

Rd. 134325

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Penal

TE
1.068



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5311771519



LA FALSEDAD DOCUMENTAL INOCUA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

TESIS DOCTORAL

Autor: MARIA VICTORIA CALLE RODRIGUEZ

Director: Dr. D. MANUEL COBO DEL ROSAL

DONATIVO

1995



PARTE PRIMERA: Inocuidad y acción falsaria documental

I. EL DELITO DE FALSEDAD DOCUMENTAL. Consideraciones generales.

1. Concepto de "no verdad" y de "falsedad" en la perspectiva filosófico-moral.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es falsedad la "falta de verdad", la "falta de conformidad entre las palabras, las ideas y las cosas". En lenguaje común, falsedad no es otra cosa que la falta de verdad, y es una voz que se aplica a las personas y a las cosas, pero no a las acciones, para las que se utiliza, como veremos, el término "falsificación".

En sentido etimológico la palabra falsedad proviene del término latino "falsum" que, a su vez, es derivación del verbo "fallere" que significa engañar. Partiendo de esta previa aproximación conceptual, falsedad es tanto como decir ausencia de verdad, "mudamiento de la verdad" en la expresiva terminología de Las Partidas¹ ("mutatio veritatis")².

¹ Partida 7ª, Título VII, Ley 1ª.

² Explícitamente, se refiere GROIZARD a las Partidas, señalando que este Código alfonsino definió con propiedad este delito al llamar a la falsedad "mudamiento de la verdad"; todo acto mediante el que la verdad se altera, ora introduciendo modificaciones

Precisamente, a partir de este significado etimológico de la palabra falsedad COBO DEL ROSAL³ puntualiza algo que va a resultar del "máximo interés" y que va a afectar -en su opinión- al eje del concepto de falsedad, a saber: "falso" o si se prefiere su expresión latina < falsum >, proviene de < fallo >, < fefelli >, que no significa otra cosa sino sencillamente engañar, frustrar la esperanza de uno, o faltar a la palabra dada. Y la misma raíz, añade el autor, tiene la palabra "falacia" que no es otra cosa sino engaño o superchería.

De suerte que, como señala CASAS BARQUERO⁴, en esta acepción la noción de falsedad es algo que rebasa la órbita del Derecho penal y también del Derecho civil, así como de la propia valoración jurídica general, entrando en el terreno de la moral y la Teología, e incluso en estas disciplinas la mutación de verdad en ocasiones (< la pia frans >) puede ser irrelevante.

La base moral de la falsedad es la falta de sinceridad⁵, pero sus

dolosas de un documento, ora atribuyéndose al autor facultades que no le competen, ya invadiendo la esfera de acción propia del Poder público (...), o ya afirmando a ciencia cierta lo que no ha acontecido (GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO: "El Código Penal de 1870. Concordado y Comentado", Sucesores de J.A.García, Madrid, 1911, tomo III, p. 768).

³ "Discursos pronunciados en el acto de investidura de Doctor < Honoris causa > del Excelentísimo Señor MANUEL COBO DEL ROSAL", Universidad de Granada, MCMXCIII, separata, p. 23.

⁴ "El delito de falsedad en documento privado", Ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 8.

⁵ Asevera CARRARA que "la falsedad acompaña constantemente a todos los fraudes. Sea con palabras, sea con falsos signos exteriores, mentir siempre es la divisa del estafador. Pero, por una antigua costumbre de los juristas, se ha dado casi por antonomasia el nombre de falsedad a la mentira que se exterioriza por escrito" (CARRARA, FRANCESCO: "Programa del Curso de Derecho Criminal", Edit. Depalma, Buenos Aires, vol. IV, parág. 2.363). En esta perspectiva, ilustra con señuelos de añoranza VALDES RUBIO cuando asevera que "el fraude y el engaño, la mentira y la mala fe han reemplazado en muchos

manifestaciones no siempre constituyen delito, por lo que existen supuestos de falsedad que no llevan consigo una sanción penal y otros en los que sólo procede una responsabilidad puramente económica. La falsedad será, pues, la usurpación de una forma de verdad valorada especialmente por el Derecho⁶.

También COBO DEL ROSAL⁷ se hace eco de esta **dimensión ética de la falsedad** cuando se refiere al concepto histórico de lo falso en las Partidas ("mudamiento de la verdad"), afirmando que se trata de "un concepto que comprendía todos los supuestos, pero, en suma, se trata más de una fórmula de naturaleza ética acerca de lo falso y de la falsedad, y no de un concepto jurídicamente válido".

Desde esta perspectiva podemos afirmar que la norma ética prescribe decir la verdad y evitar el engaño o mentira, lo cual resulta una exigencia natural que deriva tanto de la dignidad de la persona cuanto de una convivencia ordenada⁸.

casos, como negras manchas que obscurecen las más espléndidas civilizaciones, á la veracidad, que era carácter honroso de otras edades y siglos, descritos admirablemente por nuestro prodigioso Cervantes en el inmortal discurso de universal fama (...). Primero bastó la palabra para que lo convenido fuera exactamente cumplido; luego se empleó como prueba una tableta partida, de la que conservaba una parte cada parte contratante. Escribiéronse después en ellas las obligaciones contraídas (cantidad, plazo de entrega, etc.). El juramento fué durante muchos siglos la garantía del cumplimiento de lo convenido; y ya no bastaron ni la prueba testifical, que muchas legislaciones modernas rechazan si la cuantía excede de un límite marcado, ni los documentos privados" (VALDES RUBIO, JOSE MARIA: "Derecho Penal", Imp. del Asilo de Huérfanos del S.C. de Jesús, Madrid, 1913, tomo I, p. 291).

⁶ CASAS BARQUERO, op. y loc. cit.

⁷ "Discursos...", op. cit., p. 22.

⁸ BENEYTEZ MERINO ("El bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público", en "Las falsedades documentales", Ed. Comares, Madrid, 1994, p. 181), citando a SALVADOR DE MADARIAGA y su obra "Dios y los españoles", reseña una curiosa reflexión sobre la norma que prohíbe mentir; allí se lee: "(...) Pasamos así del pensamiento (filosofía) a la acción (ética o moral). Moisés no iba, desierto adelante, rodeado

Señala la **sentencia de 30 de junio de 1972** (Pte. Escudero del Corral. Ar. 3.463) "que dentro de las relaciones humanas, **la mentira posee un amplio registro valorativo, pues dada su gran frecuencia, por la proclividad del hombre a alterar la verdad, su intensidad cualitativa y sus diversos efectos, determinan que la reprochabilidad necesaria, vaya desde el mero campo de la moral a la ilicitud civil, para terminar en la más enérgica y restringida falsedad penal**" (CDO. 1^o).

Sentado que la norma moral que prohíbe la mentira constituye la sustancia ética de esta parcela del ordenamiento jurídico penal⁹, hay que convenir no obstante

de filósofos, sino de labradores y comerciantes, gentes para quienes verdad y mentira no eran aspectos y conceptos de teoría del conocimiento, sino modos de llevar a cabo actos y contratos (...). No mentir es, pues, no dar gato por liebre; no sisar en el volumen, peso o cantidad; es el principio del comercio honrado, la base de lo que iba a ser el capitalismo moderno, la banca, el cambio, la estabilidad monetaria, todo lo que reinó en el mundo atlántico hasta la primera guerra mundial (...)" y sigue reinando, al parecer, precisa BENEYTEZ MERINO.

⁹ En las antiguas definiciones de la falsedad, la mutación de la verdad aparece como el elemento primario de la estructura del falso. Así, la de PAULO: <Quidquid in veritate non est, sed pro vero adseveratur> (lo que no es verdad, pero se afirma como si lo fuera); y la posterior de FARINACIO: <Veritatis mutatio dolosa et alterius praejudicio facta> (alteración de la verdad dolosa y hecha en perjuicio de otro). Desde antiguo existe una estrecha relación entre falsedad y moral, constituyendo la primera de una alteración, ocultación o apariencia engañosa de la verdad. En este sentido, GROIZARD destaca la normalidad de dicha relación por cuanto se deriva de la naturaleza y acompaña a los hombres en todos los tiempos y lugares ("El Código penal...", op. cit., p. 769). Por su parte, VALDES RUBIO afirma que "todo se falsifica, porque no reina la buena fe, el amor y el temor á Dios y la obediencia de sus Mandamientos sobre todo estímulo ilícito que á ellos se oponga, con grave perjuicio de la vida individual y de la social" ("Derecho Penal", op. cit., t.I, p. 291). Este mismo autor habrá referido con anterioridad uno de los criterios necesarios para el análisis del Derecho penal y su aplicación a la vida, la moral, "porque la Ética contribuye á fijar exactamente la apreciación de los hechos perturbadores de las relaciones jurídicas, y, por lo tanto, constitutivos de delito ó de falta, y las condiciones de las penas adecuadas y justas, (...). Este fondo ético del Derecho penal hace su estudio, no sólo instructivo, sino eminentemente educador, dirigiéndose, a la vez que a la inteligencia, al sentimiento, á la voluntad y, supremamente, á la conciencia" (p. 71). Una exposición de la proyección histórica de las falsedades documentales en QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO: "La falsedad documental", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952, pp. 27 y ss.

con QUINTANO RIPOLLES¹⁰ que si bien la noción ética o moral de falsedad ha servido de base a las figuras delictivas para las que aquélla sirve de subsuelo del conjunto normativo que en determinadas condiciones prohíbe el engaño (falso testimonio, acusación o denuncia falsa, estafa, etc.), ello no constituye empero un agotamiento de su naturaleza, por ser distinto el radio de acción de ambos conceptos, más extenso el moral que el jurídico, pues si toda falsedad es una mentira (desde la perspectiva ética o moral), no toda mentira constituye falsedad (desde el punto de vista jurídico o penal). Así lo entiende también COBO DEL ROSAL al significar que "la mentira no siempre tiene significación para el Derecho; ni mentir siempre ha de ser constitutivo de delito".

Es ilustrativa a este respecto la **sentencia de 24 de febrero de 1958** (Pte. García Gómez. Ar. 1.588), en la que tras consignarse expresamente por el Tribunal <a quo> que no consta que los asientos de los libros Diario y Mayor en los que se llevaba la contabilidad de la fábrica de harinas, y fueron intervenidos, no reflejasen la realidad de las operaciones de dicha fábrica, por lo que no puede decirse, con sólido fundamento, que en tales libros se haya hecho alteración o mutación de la verdad, que es requisito esencial e indispensable para que surja esta figura punible, lo que unido al hecho, también demostrado, de la apertura de una nueva contabilidad, distinta de la anterior, que se comenzó a formalizar en los libros Diario y Mayor, que también fueron intervenidos, pero con los folios en los que figuraban los asientos

¹⁰ "Curso de Derecho Penal", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, vol. II, p. 405.

arrancados, "como no ha podido averiguarse en qué consistían esos asientos, ni constan que los mismos hayan servido de base para la rendición de cuentas de la administración judicial, o que hayan surtido efecto en parte alguna, no hay elementos bastantes para determinar si los actos realizados por los procesados, o que se propusieron realizar, **están tipificados en algunos de los preceptos de nuestro ordenamiento penal vigente, y aunque su conducta sea censurable en el campo de la ética, escapa del ámbito de la Ley punitiva, por no haberse plasmado en hechos concretos sancionados en la misma**" (CDO. 1º).

En definitiva, como afirma ROMERO SOTO¹¹, la mutación de la verdad ("immutatio veritatis") es un requisito de la falsedad que hace parte del cuerpo de ese delito, siendo de tal importancia que de ese fenómeno se ha hecho consistir la esencia misma de la falsedad. A este respecto, cita el autor a CARNELUTTI cuando éste señala que decir "immutatio veris" es sólo un juego de palabras ya que, hablando de falsedad, la mutación no puede referirse sino a la verdad. Por ello, indica este último, debe decirse "immutatio naturae", ya que la acción se dirige a hacer aparecer la naturaleza distinta de como es¹².

¹¹ ROMERO SOTO, LUIS E.: "La falsedad documental", Ed. Temis, Bogotá (Colombia), 1960, p. 77.

¹² Más concretamente, señala CARNELUTTI que es preferible la expresión "immutatio naturae" porque aun cuando la prueba documental pertenece a la especie de las artificiales, es decir, de las creadas por el hombre, si el documento es verdadero, viene a ser un trasunto de la verdad, y como a su vez la verdad es el espejo en que se mira la naturaleza ("speculum naturae") se tiene, en fin de cuentas, que la alteración de la verdad documental es inmutación de la naturaleza, pero no un cambio directo sino indirecto de ésta, ya que el artificio no consiste tanto en poner el arte en lugar de la naturaleza, como en el hacer de aquél un medio para que ésta aparezca diversa de como es ("Teoría del falso", pp. 40 y 41, citado por ROMERO SOTO, op. cit., p. 79).

JIMENEZ ASENJO¹³ ofrece una definición de falsificación penal para entender por tal "cualquier cambio o alteración verificada conscientemente, de una cosa jurídicamente protegida, con ánimo de que surta efectos como si fuera auténtica o verdadera".

Por otra parte, CASAS BARQUERO¹⁴ reseña que la palabra falso se presenta en ocasiones como antitética de lo genuino, en tanto que en otras lo es de verdadero. Tal es así que el término "falso" aparece normalmente relacionado con el sentido de lo no genuino o mendaz.

En esta misma línea, COBO DEL ROSAL¹⁵ da un paso más considerando que la voz "falso" tiene, en un sentido genérico, dos acepciones fundamentales: "En primer lugar, como aquello que no es genuino, esto es, que no es auténtico". Y en segundo término, como aquello "que constituye algo mendaz, es decir, no verdadero, que no se atiene a la verdad o que no se dice la verdad". Para añadir más adelante que **"lo falso y la falsedad y el engaño van y deben ir unidos indisolublemente, y esto proyectará unas consecuencias jurídicas concretas del máximo interés político criminal, no sólo de <lege data>, sino también de <lege ferenda>, y ello es natural y lógico pues se trata de una evidente consecuencia primordial: sus dos acepciones, como inauténtico y como mendaz, han de ser suficientes y tener, inexorablemente, virtualidad para provocar un juicio erróneo, esto es, han de ser**

¹³ "Falsificación", en Nueva Enciclopedia Jurídica (NEJ) Seix, Barcelona, 1958, tomo IX, p. 467.

¹⁴ Op. cit., p. 6.

¹⁵ Op. cit., pp. 22 y 23.

capaces, sin más, de engañar".

La **sentencia de 30 de junio de 1972** (Pte. Escudero del Corral. Ar. 3.463), ya citada, es expresiva al afirmar "que por mucha que sea la objetividad y el formalismo que domina el delito de falsedad documental, alterando o sustituyendo las formas genuinas, que requieren concretos actos humanos, que en tales pruebas preconstituidas se constituyen, para manifestar su eficacia dentro del campo del derecho vivo, y bien se trate de documentos públicos o de los denominados oficiales o mercantiles, señalados en los arts. 302 y 303 del C.P., **es indispensable a fin de eludir consecuencias injustas llevando la protección a ultranza, que la "mutatio veritatis", material o ideológica, varía su esencia, sustancia o genuinidad, dentro de los extremos trascendentes, con cambio cierto de la eficacia que tenían que desarrollar dentro del tráfico jurídico a que se dirigen, pues las que se manifiesten en la inveracidad sobre circunstancias accesorias, irrelevantes o inocuas e incluso con finalidad desconocida, no pueden, por su ausencia de consecuencias, ser objeto de estimación incriminativa, ya que de un lado este delito requiere el dolo falsario o voluntad maliciosa dirigida finalísticamente a la consecución de un resultado dañoso, y de otro precisa de presupuesto objetivo que obre como condición especial de su punibilidad, y que es el daño real y tangible en la vida del Derecho, al menos potencialmente, al darse aptitud para provocar un perjuicio cierto y conocido, que se identifique con la antijuridicidad de la acción que excluye del ámbito penal la simple inautenticidad formal, totalmente objetiva, ya que deben agregarse a ella los precisos ingredientes de la culpabilidad y antijuridicidad, indicados, por ser un delito de tendencia que ha de tergiversar, con "animus laedendi"**

la paz jurídica, porque el documento se haga valer con daño ajeno y provecho propio de falsificador o de tercera persona al menos, lo que aunque muchas veces pueda presumirse, si nada en contrario consta, y la naturaleza del documento impone ese daño del tráfico jurídico, sin embargo, no puede estimarse existente, si la resolución no determina en tal sentido elementos bastantes, y los que señala conduzcan a otras consecuencias diversas, por dirigirse a un buen fin, por ser consentido por las partes que se estiman perjudicadas, o por desconocer realmente su sentido dañoso, siendo el resultado de situaciones jurídicas entre partes, que pudieran defender sus derechos, en vías privadas y ante la jurisdicción común" (CDO. 2º).

2. Trascendencia civil y penal de lo falso.

Siguiendo a JIMENEZ ASENJO¹⁶, se puede afirmar que la falsedad civil y la penal están conectadas según lo están la acción civil y penal. Es decir, que la penal es preponderante, fundamental y especial y, hasta que no se haya discernido por el módulo de la tipicidad si existe o no previo delito, la vía civil queda interferida. La reprobación desde una perspectiva jurídico-civil de unos determinados hechos no significa que los mismos hayan de ser objeto de incriminación, si es que ese supuesto no se encuentra debidamente tipificado y, por lo que ahora interesa, no revela intencionalidad punible. Solamente en caso de comprobación de que el delito no existe, ha muerto o el autor no es perseguible, o bien que es imposible su

¹⁶ Op. cit., p. 472.

persecución, la acción civil fundada en causa falsa podrá prosperar porque entonces entra en ejercicio libremente, sin oposición de la acción penal.

Recordemos que la naturaleza propia del Derecho penal configura a éste como un Derecho autónomo en el establecimiento de sus presupuestos y en la fijación de sus consecuencias jurídicas propias¹⁷, que no son otras que ligar la pena establecida por el ordenamiento jurídico a aquellos comportamientos exteriorizados con relevancia penal, pues no hay que olvidar que éstos cobran significación jurídico-penal en la medida en que, asociados en su caso el desvalor de acción y de resultado, se crean riesgos o lesiones de los bienes jurídicos protegidos por la Ley penal¹⁸. De aquí que aquellas conductas que por su inocuidad respecto a la producción, eventual o probable, de un resultado lesivo en la esfera jurídica de los intereses, públicos o privados, penalmente protegidos resultan impunes, ello no obstante pueden, en su caso, merecer el reproche desde otra rama del Derecho, en este caso el Derecho civil.

En síntesis, la falsedad civil es lo genérico, en tanto que la falsedad penal lo específico. Así lo entiende la jurisprudencia en reiterados pronunciamientos en los que reuniendo los hechos examinados todas las condiciones para merecer la respuesta correspondiente de parte del Derecho civil, sin embargo no alcanzan a tener entidad suficiente como para resultar penalmente relevantes a los efectos de su incriminación.

Ya la **sentencia de 6 de marzo de 1947** (Ar. 370) declaraba que "las anomalías de los libros de contabilidad del procesado y la falta de completa

¹⁷ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: "Derecho Penal. Parte General", Universidad de Valencia, 1984, p. 35.

¹⁸ RODRIGUEZ MOURULLO, GONZALO: "Derecho Penal. Parte General", Ed. Civitas, Madrid, 1978, p. 24.

concordancia entre éstos y los documentos que se tachan de falsos en el recurso, tampoco evidencian el error de hecho del juzgador, cuando el mismo sostiene no existen pruebas sobre la certeza de semejantes falsedades, porque **las consecuencias civiles que pueden derivarse conforme al Código de Comercio, en modo alguno alcanzan al orden penal**, ni significarán la necesaria simulación de contratos u obligaciones bilaterales donde intervino como parte otra persona extraña al proceso" (CDO. 3º).

La **sentencia de 30 de abril de 1952** (Pte. Castejón y Martínez de Arizala. Ar. 958) declara que en relación a los hechos examinados, éstos "sólo revelan que los procesados, de modo acertado o equivocado, han pretendido usar de un derecho que creían asistirles, con visos de credulidad, sea por estimar el contrato como condicional, como declara la Audiencia en el único considerando de su sentencia, sea porque variadas las circunstancias bajo las que se contrató y cambiadas las finalidades que cada parte pretendía recabar de su contratación, unos y otros han procurado para sí el provecho que consideraban les era debido, **y si ello es discutible en la esfera civil, no lo es en modo alguno en lo que afecta a la penal, que no permite enjuiciar situaciones que ofrezcan mayor o menor aspecto de legalidad, sino que exige terminante la conducta contra lo dispuesto en la Ley**, que no existe en el hecho de declararse propietario de una finca, anunciar procesalmente a la otra parte la resolución de la venta de las mismas fincas, con ofrecimiento de restituírle el importe de dicha venta con arreglo a cómputos y descuentos legales, ni tampoco es punible, como efecto de aquella creencia de resolución disponer de lo que en tal caso se considera propio, vendiéndolo a otra persona, sin perjuicio de las consecuencias

que a los actos aludidos atribuya jurisdicción distinta de la criminal" (CDO. 2º).

La **sentencia de 4 de octubre de 1966** (Pte. García Gómez. Ar. 4.122) dice que "denunciándose en el 2º motivo del mismo recurso como infringidos por inaplicación los núms. 2, 4 y 9 del art. 302 en relación con el 303 del citado Cuerpo Legal sustantivo, se hace necesario precisar que ni el acusado supuso en ningún momento la intervención en la letra de la doña M^a José L.P. que ni siquiera figuraba como librada sino que la letra iba dirigida frente al colegio y sí figuró como aceptante el procesado, **ello constituye puramente una cuestión de derecho privado cuya solución depende de la autorización que tuviera para representar a la sociedad y no una falsedad que pueda ser subsumida en tal número**" (CDO. 2º).

La **sentencia de 4 de diciembre de 1967** (Pte. Cid y Ruiz-Zorrilla. Ar. 5.254) declara que "que el delito de falsificación de documentos privados previsto y definido en el art. 306 en relación con el núm. 2º del 302, ambos del C.P. requiere un primer elemento objetivo de mutación de la verdad, suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, lo que aplicado al supuesto que contemplamos, exige como condición indispensable, que el hecho probado de la sentencia recurrida, sentara la afirmación contundente de que la cláusula octava del contrato suscrito entre los procesados y el querellante, fue puesta o añadida única y exclusivamente por aquéllos, sin intervención ni conocimiento de éste, lo que de ningún modo dice y al no decirlo, hace imposible borrar una sentencia condenatoria penal en suposiciones más o menos acertadas, como pretende el recurrente, insinuando que al no constar la fecha de la renovación del contrato, demuestra la incorporación de una entidad independiente, siguiendo argumentado, que también resulta extraño y determinante de la culpabilidad

de los encartados la no motivación de dicha cláusula aumentando el precio al arrendamiento del local, razonamiento que se le vuelve en contra, por haber aceptado en principio el querellante la subida de alquileres, llegando a pagar una mensualidad con la nueva tarifa, evidenciando acuerdo, reconocido en inspección judicial ante el Juzgado Municipal, con condición o sin ella, negándose a seguir satisfaciéndolas después, cuando el Ayuntamiento negó autorización para efectuar las obras solicitadas, lo que **viene a poner de manifiesto que nos encontramos ante un caso de marcado carácter civil, en el que se discute la validez del nuevo contrato de arrendamiento del local para tienda, que en manera alguna se puede ventilar en procedimiento criminal**" (CDO. Único).

La **sentencia de 16 de octubre de 1991** (Pte. de Vega Ruiz. Ar. 7.287) declara que "la línea decisoria entre el dolo penal y el dolo civil, el ilícito penal frente a la antijuricidad civil, exige que sólo cuando el engaño, el abuso de confianza o el quebrantamiento de la lealtad rebase el ámbito civil, puede cuestionarse la consumación del delito. **La simple lesión contractual, si no va unida a otros elementos que revelen el propósito o dolo característico del tipo, no tiene por qué desembocar obligatoriamente en el campo penal** porque la Ley da medios suficientes para reestablecer el imperio del derecho ante vicios de puro orden civil, sobre todo si de supuestos dudosos se trata en los que la frontera entre lo civil y lo penal aparece difusa" (FD. 5º).

Finalmente, la **sentencia de 25 de marzo de 1992** (Pte. Puerta Luis. Ar. 2.438) resuelve finalmente una cuestión de orden estrictamente civil. En efecto, se contempla un supuesto de endoso de letras de cambio, respecto de lo cual ha de

tenerse en cuenta: 1º) Que las letras de cambio fueron libradas, y aceptadas por el señor R.G., como medio de pago de una parte del precio de la obra contratada por el mismo con el procesado; 2º) que los interesados convinieron únicamente que "la primera letra tendría validez o (sería) presentada al cobro a los treinta días de estar funcionando la referida Discoteca, siguiendo las demás el trámite sucesivo"; y 3º) que las letras de cambio, por esencia, son títulos destinados a la circulación (v. arts. 461 y siguientes del Código de Comercio y, actualmente, arts. 14 y siguientes de la Ley Cambiaria y del Cheque). Y, b) En cuanto a la consignación de las fechas de vencimiento de las letras, en la forma que se dice en el "factum": 1º) que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, anterior a la publicación de la Ley Cambiaria y del Cheque (v. SS. 5-3-1943 y 18-4-1981), como actualmente el art. 12 de la citada Ley Cambiaria, admiten la validez jurídica de las denominadas "letras en blanco", es decir, las firmadas sin constar en ellas todos los extremos que en las mismas deben consignarse (v. arts. 444 del C.Com., y, actualmente el art. 1º de la Ley Cambiaria); y 2º) que las fechas de vencimiento consignadas por el procesado en las referidas letras de cambio correspondían, en principio, con lo contractualmente convenido con el señor R.G., es decir, con la fecha prevista para la terminación de las obras (del 10 al 15 diciembre 1981), al consignarse como fecha de vencimiento de la primera de ellas el día 15-1-1982 (es decir, treinta días después).

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, es preciso concluir, dice la sentencia de referencia, "que el procesado -tras suscribir un contrato de obra con el señor R.B.-, se limitó a completar determinados extremos de las letras aceptadas por el último, de acuerdo sustancialmente con las previsiones consignadas en el contrato,

procediendo seguidamente a endosarlas a una entidad bancaria, siguiendo una práctica que debe considerarse habitual en el comercio. **La conducta del procesado es penalmente atípica y debe ser valorada desde el punto de vista estrictamente obligacional, por lo que corresponde a la jurisdicción civil conocer de las cuestiones que el posible incumplimiento de sus obligaciones por parte del procesado puedan plantearse entre los interesados**, en suma, la estimación de este motivo".

Sobre el mismo tema pueden verse las **sentencias de 4 de diciembre de 1967** (Pte. Cid y Ruiz-Zorrilla. Ar. 5.254) y **de 21 de octubre de 1988** (Pte. Ruiz Vadillo. Ar. 8.377).

3. Distinción entre falsedad y falsificación.

Es unánime la consideración de concepto más amplio o lato el de falsedad en relación al de falsificación. Así lo entienden, entre otros, GROIZARD¹⁹, RODRIGUEZ DEVESA²⁰ y CASAS BARQUERO²¹. Por su parte, PACHECO²² atribuye a la palabra falsedad un valor neutro, aplicable a personas, en tanto que la

¹⁹ Op. cit., pp. 769 y 770.

²⁰ "Derecho Penal. Parte Especial", Madrid, 1980, p. 906.

²¹ Op. cit., p. 6.

²² PACHECO, JOAQUIN FRANCISCO: "El Código Penal. Concordado y Comentado", Imprenta de Santiago Sau, Madrid, 1848, tomo II, p. 266.

falsificación se aplicaría a las acciones.

La distinción, empero, sugiere ya el diferente perfil conceptual que presentan uno y otro término. De suerte que si falsedad, como se ha dicho, es la cualidad o condición de lo falso, alteración o falta de la verdad; en cambio, la falsificación se refiere a la acción o efecto de falsificar, esto es, la operación por la cual se realiza precisamente la falsedad, se altera la verdad de una cosa, su sustancia, su calidad o su cantidad. De donde se infiere que la falsificación precisa de un objeto en el cual se materialice, en tanto que la falsedad tiene una existencia autónoma sin necesidad de objeto.

Ha puesto de relieve ROMERO SOTO²³ cómo los términos falsedad y falsificación suelen usarse como sinónimos y, en este sentido, hay legislaciones que emplean el término "falsedad" (v.gr. Italia, Colombia, etc.), mientras que otras prefieren el de "falsificación" (v.gr. España, Argentina, etc.)²⁴. Ahora bien, como acaba de señalarse, el primero de los términos suele reservarse para la creación total o parcial de un documento falso, en tanto que el segundo lo es para el supuesto de alteración de uno verdadero. Algunas legislaciones diferencian ambas acciones denominándolas de distinta manera. Este es el caso del Código penal suizo donde se distingue entre falsear ("fälschen") y falsificar ("verfälschen"), y se habla de "Urkundenfälschung" o falsedad en documentos (alteración de un documento verdadero) y de "Fälschbeurkundung" o falsa documentación (acto de documentar

²³ "La falsedad...", op. cit., p. 115.

²⁴ La **sentencia de 15 de marzo de 1988** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 2.025) habla de "falsedad o falsificación", como acciones equivalentes "a alteración o mudamiento de verdad, a inveracidad o mendacidad".

falsamente o creación de un documento falso). También el Código penal alemán recoge esta diferenciación, reservando el título de "Fälschbeurkundung" exclusivamente para las falsedades cometidas por los funcionarios públicos que tienen la obligación de atestar verazmente los hechos cumplidos en su presencia.

Como sintetiza GROIZARD²⁵, la falsedad se comete sin la necesidad de la existencia previa de un objeto, al paso que la falsificación no se produce sin ella, por lo que bien puede afirmarse con el autor que la falsedad es el género en tanto que la falsificación será una de sus especies. Por esto mismo, para que esta última tenga lugar es necesaria la previa existencia de un documento o de un objeto verdadero que a través de determinados procedimientos se ha alterado y al alterarse se falsifica. Por su parte, 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.

Por su parte, COBO DEL ROSAL²⁶, tras aludir a la ausencia de una diferenciación neta en nuestro Código penal entre falsedad y falsificación²⁷, cuestión

²⁵ Op. cit., p. 770.

²⁶ "Discursos...", op. cit., pp. 24 y 25.

²⁷ Se recuerda que el Título III del Libro II del Código penal se denomina "De los delitos de falsedades", para, seguidamente, en los diferentes Capítulos y Secciones hablar de las "falsificaciones". Por otra parte, una oportunidad fallida de profundizar en la distinción entre ambas categorías penales resultó ser el artículo 368 del Anteproyecto de Código penal de 1992, que definía la falsificación de documento en los siguientes términos: "además de la simulación total o parcial del mismo o de la realidad jurídica que refleja, toda actuación o intervención material 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". En el Anteproyecto de Código penal de 1994 no se incorpora precepto alguno equivalente.

esta que no se presenta precisamente como baladí, sino que, por el contrario, alcanza una importante significación conceptual. En efecto, como afirma el autor, la "falsificación" supone siempre la falsedad, pero la "falsedad" no requiere inexorable y estructuralmente la falsificación. Sin embargo, la falsificación exige, necesariamente, la anterior existencia o referencia a un documento u objeto verdadero que se altera o falsifica en definitiva. En cambio, la falsedad, lo único que requiere es la afirmación de un hecho o ejecución de un acto que no expresa la verdad. Por eso, como hemos adelantado, la falsedad se puede predicar incluso de las personas, en tanto que la falsificación sólo se contrae a las acciones de las personas.

En consecuencia, el autor citado distingue la "falsificación" en sentido estricto, que comporta conceptualmente la intervención material de una o varias personas, esto es, lo que podría denominarse "falsedades reales". Por el contrario, la "falsedad" exigiría tan sólo una simple actitud intelectual, como es la llamada falsedad ideológica, cuyo ejemplo clásico es la redacción de un documento por un funcionario o fedatario público haciendo constar declaraciones distintas a las realmente verificadas²⁸.

Concluyendo, la falsedad no es sino mutación de la verdad atribuible a las personas (se habla así de falsedad en ellas), en tanto que la falsificación queda referida a la actividad de las personas o a su resultado (se habla entonces de falsificación en las cosas que adolecen de falsedad o que son falsas). Se ha propuesto una fórmula de diferenciación aceptable en teoría: la de que hay falsedad en la simple imitación,

²⁸ Este tema será objeto de posterior estudio con ocasión del examen de las modalidades falsarias del artículo 302 y siguientes del Código penal.

consistente en poner lo falso en vez de lo que debiera ser verdadero y falsificación en la sustitución o puesta de lo falso en el lugar en que estuvo lo verdadero²⁹.

La **sentencia de 27 de junio de 1991** (Pte. de Vega Ruiz. Ar. 4.832) acierta al plantear la distinción de una manera clara y sintética señalando que **"si la falsedad consiste en poner lo falso por lo que debería ser verdadero, la falsificación es poner lo falso en lo que ya estuvo verdadero"** (FD. 3^o).

Y la **sentencia de 12 de diciembre de 1991** (Pte. de Vega Ruiz. Ar. 9.297) avanza algo más en esta materia cuando dice que **"falsedad o falsificación, que se han querido diferenciar en tanto la primera afecta a los sujetos y la segunda a las acciones. En tal sentido la falsedad consiste en poner lo falso en lo que debería ser verdadero, y falsificación en poner lo falso en el lugar en que ya estuvo lo verdadero. En cualquier caso, si hablamos de documentos, lo importante es que aquella inveracidad recaiga sobre puntos esenciales y no inanes, inocuos o intrascendentes [S. 26-11-1990], según un criterio más cualitativo sometido siempre a puntos de vista que nunca serán unánimes y respecto de los que nunca tampoco podrán establecerse reglas apriorísticas exactas y concretas, ya que finalmente el juicio de valor, en cada supuesto determinará la importancia o trascendencia de la alteración"**.

²⁹ CASAS BARQUERO (op. cit., p. 10) dice que, jurisprudencialmente, se ha denotado que no se puede estimar la delimitación de que el delito de falsedad consiste en consignar lo no verdadero y el de falsificación en sustituir o colocar lo falso en el lugar anteriormente ocupado por lo verdadero. No pueden ser eficaces, por tanto, las diferencias entre los conceptos de falsedad y falsificación, ya que el Código penal no las establece.

3.1. Proyección de la distinción en el Código penal.

Se destaca por la doctrina la absoluta sinonimia del empleo de los vocablos de falsedad y falsificación en los textos legales, fundamentalmente en el Código penal. Así lo advertía ya PACHECO³⁰ cuando afirmaba que la Ley daba siempre técnicamente el nombre de falsedad a lo que realmente comprendía la falsificación. Y así se ha denominado falsedad a toda "alteración o mudamiento de la verdad entendida como acción o resultado".

Y en el mismo sentido se expresa QUINTANO RIPOLLES³¹ refiriéndose a la ausencia de trascendencia desde el punto de vista jurídico de dicha distinción, no así desde el punto de vista gramatical, que está ciertamente justificado. Es por ello que no se encuentra una definición de falsedad en el Código penal, el cual se limita en ocasiones a especificar, casuísticamente, conductas tenidas como falsarias (como es el supuesto del artículo 302 del Código penal vigente respecto a la de documentos públicos). Y también lo anota COBO DEL ROSAL, como acabamos de exponer.

Se colige, pues, que lo verdaderamente decisivo en este punto no es tanto la modalidad formal como que la actuación falsaria sea o no típica conforme a las figuras penales preestablecidas, resultando entonces como **falsedad toda alteración o mutación de la verdad prevista como delictiva en la Ley penal.**

Así se expresa la **sentencia de 30 de junio de 1972** (Pte. Escudero del Corral. Ar. 3.466), citada, al reseñar que "únicamente se aplicará esta última y más grave

³⁰ Op. cit., p. 266.

³¹ "Curso...", op. cit., p. 406.

categoría (la falsedad penal), dadas sus consecuencias punitivas y su excepcionalidad, cuando la conducta mendaz esté especialmente tipificada, y además afecte en sus consecuencias al mundo exterior, dada su calidad jurídica concreta, y sin importar el <quantum> material, **ya que no toda mentira es incriminable, sino sólo aquella que por su entidad cualitativa incide peyorativamente en el ámbito del derecho, culpabilístico e ilícitamente**" (CDO. 1º).

En términos similares se expresa la **sentencia de 28 de enero de 1974** (Pte. Escudero del Corral. Ar. 287) cuando afirma que "para que la falsedad, o mutación de la genuina verdad, realizada material o idealmente, constituya delito de falsedad en documento de cualquier clase, entre ellos el mercantil, **se requiere como indispensable la presencia del presupuesto objetivo de originar daño real en la vida del Derecho, al menos potencialmente, por poseer aptitud para causar un perjuicio que se identifique con la antijuricidad de la acción**" (CDO. 6º).

Finalmente, la **sentencia de 8 de octubre de 1975** (Pte. Escudero del Corral. Ar. 3.928) reitera nuevamente que "la falsedad documental requiere la <mutatio veritatis>, o cambio de la verdad (...), para el adecuado tráfico jurídico (...), pudiendo la alteración mudar la forma o fondo intrínseco -falsedad material- o exclusivamente operar en su contenido intrínseco -falsedad ideológica-, pero a tal representación gráfica inveraz debe sumársele **la <mutatio veri> esencial trascendente y no meramente accidental o inocua, que se produce remedando para engañar y lesionar, con daño real o potencial, el tráfico jurídico protegido, lo que siempre es presumible, haciendo que la mentira, no siempre incriminable, entre en el campo penal por acogerla sus tipicidades falsarias**" (CDO. 8º).

Obviamente, esta dependencia de la falsedad o falsificación respecto a la Ley penal ha sufrido las consecuencias del proceso evolutivo connatural con el Derecho mismo, del cual el Derecho penal no es sino una de sus expresiones concretas y, por consiguiente, la evolución legislativa ha producido cambios notables por lo que a la extensión de esta figura penal se refiere. Y así nos encontramos con conductas que, en otro tiempo tipificadas sistemáticamente como falsedades, se han segregado modernamente de dicha tipificación para integrarse en otra categoría delictiva: es el caso, por ejemplo, del falso testimonio, que actualmente se considera como delito contra la Administración de Justicia³².

Pero esta ausencia de definición legal no ha de ser óbice para que podamos encontrar una suerte de conceptualización de la falsificación desde el punto de vista jurídico penal³³ para entender por tal toda alteración de la verdad realizada de una manera consciente en relación a un bien jurídicamente protegido, con ánimo de que

³² Se refiere RAMOS MENDEZ a este carácter evolutivo de la norma penal que acompaña al curso histórico afirmando que "es curioso observar cómo el Código penal es el cuerpo legislativo que menos resiste el paso del tiempo. La penalización y despenalización de conductas está en estado de revisión permanente para acomodarse a los dictados que impone la convivencia social". Para inmediatamente poner como paradigma de esta aseveración nuestra reciente experiencia legislativa, pues "desde la promulgación de la Constitución no ha dejado de revisarse el Código punitivo y aun puede decirse que dicha revisión ha sido provisional e incompleta" (RAMOS MENDEZ, FRANCISCO: "El proceso penal. Tercera lectura constitucional", Ed. Bosch, Barcelona, 1993, p. 4).

³³ Paralelamente a la problemática que suscita la distinción entre la ilicitud penal y la civil se presenta la derivada de la distinción entre falsedad civil y criminal. En este sentido, el problema se resuelve mediante el juego de la tipicidad, esto es, que ante un acto falsario que puede revestir una idéntica dinamicidad en el orden civil o penal -en cuanto mutación jurídica de la verdad- la criminalización del mismo es consecuencia de que esté prevista, específicamente, como delito penal y, por consiguiente, excluido del campo civil. Véase en este sentido QUINTANO RIPOLLES, "Curso...", op. cit., p. 407, y JIMENEZ ASENJO, "Falsificación", NEJ, op. cit., p. 471.

surta efectos en el tráfico jurídico, como si se tratara de auténtica o verdadera. Nos encontramos de esta manera con que es la alteración de la verdad lo que constituye la esencialidad propia de la acción punible³⁴. Y en este sentido el delito de falsedad tiene un doble efecto perturbador, como ocurre con la generalidad de los delitos, esto es, produce un daño inmediato que no es otro que la alarma y perturbación ocasionados en la sociedad y la justicia, y un daño mediato constituido por la lesión del derecho de un tercero que se erige en fin último de la conducta delictiva³⁵.

3.2 Clases y caracteres de la falsificación.

Cuatro son los **tipos** de falsificación que distingue JIMENEZ ASENJO³⁶, atendiendo a los diversos elementos que la componen:

1º) Atendiendo al sujeto culpable, se distingue entre falsificación realizada por particulares y por funcionarios públicos.

2º) En razón de la cualidad de la acción, tradicionalmente se viene distinguiendo entre falsificaciones cometidas por la palabra (falso testimonio), por actos (ocultación fraudulenta de bienes) o por escritos (también documentales). Ciertamente que la evolución histórica tiende a simplificar esta distinción para diferenciar solamente a las documentales y por escrito. A su

³⁴ GROIZARD, op. cit., p. 770.

³⁵ Idem, p. 771.

³⁶ Op. cit., p. 469.

vez, la falsificación documental puede revestir la manifestación de falsificación de hecho o material de primer grado (alteración total o íntegra del documento, su sustancia o contenido, la calidad, la forma, etc.) y la falsificación de uso o abuso (puesta en circulación del documento falsificado).

3º) Por razón del objeto, se distinguen tantos tipos de falsificaciones como sean la clase de cosas objeto de la alteración (monedas, firmas, sellos, estampillas, documentos, etc.).

4º) Por razón de la materia jurídica implicada se distingue entre falsedad civil y penal.

Por su parte, ROMERO SOTO³⁷ se refiere a las siguientes clases de falsedades:

1º La **falsedad por contrafacción**, es decir, la formación total de un documento falso, que tendrá el carácter de ideológica si es llevada a cabo por un funcionario público de aquellos a quienes la ley inviste de la facultad de atestar (v.gr. Notarios), y el de material cuando se trate de documentos formados por particulares o por funcionarios públicos cuando actúan fuera del ejercicio de sus funciones. La formación total debe comprender no sólo el texto del documento, sino también la firma, ya que si ésta es verdadera y sólo aquél es falso, nos encontraríamos ante un supuesto de falsedad ideológica pero no material³⁸.

³⁷ "La falsedad...", op. cit., pp. 116 y ss.

³⁸ Más adelante tendremos ocasión de referirnos con mayor extensión a las figuras de la falsedad ideológica y material, por lo que nos remitimos a ese lugar.

2º La **falsedad accesoria** o formación parcial de un documento falso.

La conexión de ésta con la anterior es evidente, pues consiste también en la formación total de un documento, pero se diferencia de ella en que, mientras la primera permanece aislada y es autónoma, la segunda (la falsedad accesoria o formación parcial) viene a agregarse a un documento ya redactado. Esta forma de falsedad puede ser cometida tanto por el autor del documento mismo o por terceras personas.

3º La **falsedad por adulteración**, esto es, la alteración de un documento genuino, lo que está presuponiendo la preexistencia de un escrito que tenga todos los caracteres de un documento. Ahora bien, como veremos en su momento, la falsificación o alteración debe consistir en la ilegítima variación del documento en cualquier punto importante para los efectos de la prueba. Se relaciona con la anterior en que ambas tienen en común que necesitan la preexistencia de un documento auténtico, pero en tanto que la falsedad parcial, sin alterar su contenido, le agrega algo, la alteración toma el texto mismo del documento para cambiarlo parcialmente.

4º Las **falsedades impropias**, a saber: la destrucción, la supresión y el ocultamiento de un documento³⁹. La primera consiste en hacer desaparecer un documento en su esencia física, aun cuando no desaparezca la materia de la que está hecho. La supresión implica la mutación de la esencia intelectual en tal forma que ya

³⁹ Es de observar que en nuestro vigente Código penal este tipo de falsedad impropia viene regulado en el artículo 364, dentro del Libro II ("Delitos y sus penas"), Título VII ("De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos"), Capítulo III ("De la infidelidad en la custodia de documentos"), que castiga al "funcionario público que sustrajere, destruyere u ocultare documentos o papeles que le estuvieren confiados por razón de su cargo". En el Anteproyecto de Código penal de 1994 este precepto recibe un nuevo tratamiento sistemático: constituye el ordinal 390, abriendo el Capítulo IV ("De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos") del Título XVI ("Delitos contra la Administración Pública") del Libro II ("Delitos y sus penas").

no sirva en general como medio de prueba o no sirva para demostrar la relación jurídica en virtud de la cual fue creado. Finalmente, el ocultamiento no supone ni destrucción ni supresión del documento en cuestión, sino su apartamiento, temporalmente, fuera del alcance de la persona que tiene derecho a usarlo. O cuando la persona obligada a exhibir el documento no lo hace, o la obligada a consignarlo o restituirlo, no lo entrega o devuelve.

En cuanto a los **caracteres** de esta figura delictiva se refiere, el delito de falsificación presenta las siguientes notas o caracteres comunes:

a) Es un delito normalmente de acción, puesto que incluso cuando se trata de simular la verdad la propia simulación implica una acción positiva y no negativa.

b) Es regularmente un delito público, puesto que afecta a un bien público, a saber: la confianza social que ofrece un documento que se nos presenta como auténtico en el marco de las relaciones jurídicas intersubjetivas.

c) Es casi siempre un delito instrumental, pues sirve al autor como medio para la obtención de un fin ulterior.

d) Es normalmente un delito de daño potencial o peligro abstracto, pues no se requiere que se acredite la realización de un daño efectivo, bastando el hecho de haberse amenazado con éste.

e) Es un delito de fraude o engaño y no violento.

f) Es un delito de usurpación o sustitución de una cosa u objeto (el auténtico) por otro (el falso) al cual se trata de reemplazar en el tráfico

jurídico.

g) Es un delito formal, ya que para su consumación solamente se requiere la acción del agente, sin que sea necesario esperar la concurrencia de un hecho eventual⁴⁰.

4. El bien jurídico protegido y la antijuricidad y tipicidad en la falsedad documental.

4.1. Aspectos generales: la idea de valor y la teoría de la dañosidad social.

Como ha señalado GONÇALVES⁴¹, la parte especial del Derecho penal se organiza de acuerdo con lo que podría denominarse "grupos de hechos punibles", organización esta que tiene precisamente por base un "concepto de bien jurídico". Se impone de esta manera una previa delimitación del bien jurídico protegido a la hora de interpretar los distintos tipos de falsedad documental, en la medida en que la forma de protección penal no es más que el contenido formal de la

⁴⁰ Así lo califica GROIZARD, op. cit., p. 771.

⁴¹ GONÇALVES MONIZ, HELENA ISABEL: "O crime de falsificação de documentos", Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 48.

tipificación de una conducta⁴².

La evolución del concepto de bien jurídico en la falsedad documental corre paralela al proceso de transformación social y económico que tiene lugar a partir de

⁴² GARCIA CANTIZANO, M^a CARMEN: "Falsedades documentales", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 46. Señala a este respecto la autora que de aquí se deriva la triple función que el concepto de bien jurídico juega en la teoría general del delito, a saber: de interpretación, de clasificación y de garantía (cita concretamente a JESCHECK, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON). Por su parte, VARGAS CABRERA ("La culpabilidad en las falsedades documentales. La incriminación a título de imprudencia", en "Las falsedades documentales", Ed. Comares, Granada, 1994, p. 203) afirma rotundo que el bien jurídico protegido es la razón de ser de la contemplación por el Derecho penal de las conductas sobre las que versan sus mandatos y prohibiciones.

La noción de bien jurídico, en general, constituye el núcleo esencial de la base del Derecho penal mismo. En este sentido, es ya clásica la presentación que hacía VON LISZT del Derecho penal como sistema de protección de los intereses ("Interessenschutz"). En concreto, partiendo de la idea de que el Derecho es la ordenación de la sociedad organizada en Estado, aquél "se manifiesta en un sistema de normas coercitivas que ligan a los particulares como a la comunidad y que garantizan la consecución de los fines comunes". De esta manera, puede afirmarse que "todo Derecho existe para el hombre. Tiene por objeto la defensa de los intereses de la vida humana ("Lebensinteressen"). El Derecho es, por su naturaleza, la protección de los intereses; la idea de fin da fuerza generadora al Derecho". De aquí que para el autor alemán el bien jurídico no resulta ser tanto un "bien del Derecho" (como postulaban BINDING y otros) cuanto un "bien de los hombres", reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico. Por ello, VON LISZT llama bienes jurídicos a los intereses protegidos por el Derecho: "**bien jurídico** es el interés jurídicamente protegido". Y explica a continuación: "Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico. La libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia eran vitales, como los derechos de autor e inventor, mucho antes de llegar a estar garantizados por la Constitución contra las intromisiones arbitrarias del poder del Estado, o por las leyes penales, contra las violaciones procedentes de los individuos. La necesidad crea la defensa y con el cambio de los intereses varía el número y la especie de los bienes jurídicos". Para añadir seguidamente que "para no encender la guerra entre todos se necesita un orden de paz ("Friedensordnung"), una demarcación de las esferas de acción ("Machtkreise"). La voluntad general, que está por encima de las individuales, se encarga de esta misión, resolviéndola en el ORDEN JURIDICO: en la separación de los intereses autorizados de los no autorizados (...). La protección jurídica que presta el orden del Derecho a los intereses de la vida es la protección por las normas ("Normenschutz") (VON LISZT, FRANZ: "Tratado de Derecho Penal" -trad. española-, Ed. Reus, Madrid, 1927, tomo II, pp. 1-3). Un análisis de la noción del bien jurídico-penal protegido tanto en la doctrina italiana como alemana en GONÇALVES MONIZ, "O crime...", op. cit., pp. 49 a 68).

mediados del siglo XIX. Ningún otro sector del ordenamiento jurídico representa una intervención tan extrema en el ámbito de la esfera privada del individuo como el Derecho penal. En este sentido, el concepto de bien jurídico ha ido evolucionando siguiendo las pautas marcadas por la transformación del concepto y principios que marcan la noción de Estado.

Es en la época del Iluminismo cuando surge la primera elaboración de una teoría sobre el bien jurídico con objeto de buscar un fundamento al poder punitivo del Estado. El concepto de **bien jurídico**, nos dice HASSEMER⁴³, lo fundamentó y formuló FEUERBACH como arma contra una concepción moralizante del Derecho penal: para declarar una conducta como delito no debería bastar que suponga una infracción de la norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses, materiales o morales, de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos. De esta manera se sentaron las bases para un sistema penal orientado empíricamente en el que aparece con proyección propia la máxima de que "la conducta humana solamente puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico". Esto es, como fundamento del merecimiento de castigo penal de una conducta, al legislador no puede bastarle la referencia a la vulneración de una norma ética o divina, antes al contrario, tiene que demostrar la lesión de un bien jurídico: reaparece de esta manera la "víctima" como titular de los bienes, derechos o intereses que han sido lesionados. Desde este punto de vista, el poder punitivo del Estado irá encaminado a salvaguardar un cierto grupo de intereses, valores o bienes que gozan

⁴³ HASSEMER, WINFRIED: "Fundamentos del Derecho Penal" (trad. española), Ed. Bosch, Barcelona, p. 37.

de una especial significación en el ámbito de las relaciones sociales⁴⁴.

Para que dicha protección sea relevante ha de ir acompañada de una sanción, la pena, que ha de ser adecuada al grado de lesión o de puesta en peligro al que dichos bienes han sido expuestos. Es necesario, además, que esa protección que brinda la norma esté rodeada de ciertos principios correctivos que garanticen, por un lado, su efectividad en el ámbito real de aplicación y, por otro, su adecuación a las auténticas necesidades sociales del momento⁴⁵.

Pero con carácter previo a la definición del bien jurídico se plantea una cuestión de gran importancia y que se encuentra en íntima relación con el principio de intervención mínima y del carácter fragmentario del Derecho penal: la de la existencia de bienes jurídicos penales, cuya determinación supone una mayor

⁴⁴ BENEYTEZ MERINO parte de una concepción del Derecho penal como instrumento jurídico de protección de valores ("El bien jurídico protegido...", op. cit., p. 39). En este mismo sentido CASAS BARQUERO señala que por bien jurídico se puede entender, en una perspectiva dogmática de estimación de la teoría del delito, todas las categorías conceptuales que asumen un valor, contienen un sentido o sustentan un significado que son positivamente evaluados dentro de una consideración institucional de la vida regulada por el Derecho, como merecedores de la máxima protección jurídica representada por la conminación penal de determinados comportamientos mediante descripciones típicas legales de éstos ("El delito de falsedad en documento privado", op. cit., p. 135).

⁴⁵ En este sentido, afirma MIR PUIG que el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos de proporcionalidad y de culpabilidad ("Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho", Ed. Bosch, Barcelona, 1982, p. 30). Por su parte, HASSEMER alude a la incidencia del sistema penal orientado empíricamente no ya sólo en el ámbito del legislador penal, sino también en la jurisprudencia y en la ejecución de la pena. En este sentido, afirma el autor que el Juez penal, a la hora de determinación de la pena, ha de tomar en consideración también las consecuencias que son de esperar que la misma produzca en el sujeto, reclamándose también que la ejecución penitenciaria proporcione al penado posibilidades para que pueda llevar en el futuro una vida social responsable sin incurrir en el delito. O sea, de este modo el sistema deja de ser un "sistema de realización (cumplimiento) de las normas" y se transforma en un "sistema de orientación social de las conductas" (op. cit., pp. 38-39).

delimitación del objeto de protección exclusivamente penal. En este sentido todas las teorías referentes al bien jurídico tienen en común el concebir la idea de bien en torno a la persona y a su relación con la sociedad. Es por ello que la doctrina penal moderna, nos recuerda también HASSEMER, ha transformado la concepción del bien jurídico en una **teoría de la dañosidad social**⁴⁶.

⁴⁶ Refiere el autor que esta teoría marca las más importantes orientaciones de la política criminal, concretamente las tres siguientes: primero, la teoría y la praxis del Derecho penal ha de tener en cuenta las necesidades e intereses del sistema social; segundo, se apunta que no toda lesión de un interés humano (bien jurídico) exige una reacción mediante el Derecho penal, sino tan sólo aquella que, además, presenta el carácter de socialmente dañosa, esto es, que en sus efectos lesivos va más allá del conflicto entre autor y víctima y del daño individual que esta última sufre; y tercero, exige al legislador penal que disponga de conocimientos empíricos y que los aplique en la formulación de las conductas punibles y en la previsión de las consecuencias jurídicas (HASSEMER, op. cit., p. 38). Entre nosotros, GOMEZ BENITEZ ha estudiado con detalle el problema de la protección de los bienes jurídicos como teoría sobre el proceso de criminalización, con especial consideración de la "teoría espiritualista", de influencia neokantiana, que se expresa jurídico-penalmente a través de la teoría de la protección de bienes jurídicos como valores espirituales-culturales, así como de las interpretaciones "sociales" del bien jurídico que pretenden acceder a un concepto material de la lesión del bien jurídico (de lo prohibido, del injusto penal) que tenga contenido social. Las conclusiones críticas a las que llega el autor se resumen de la siguiente forma: El concepto espiritual y valorativo del bien jurídico y del injusto ha quedado superado, dada su inaptitud para servir de límite a la criminalización de conductas no perjudiciales socialmente y dada, también, su incapacidad para asumir coherentemente el sistema de causas de justificación y de explicar coherentemente su significado negador de injusto penal, así como por su incapacidad para asumir y explicar coherentemente los aspectos sociales que también fundamentan el desvalor de la acción. Su teoría del injusto penal -agrega- como hecho anticultural centrado en el resultado ofrece, actualmente, sin embargo, un concepto material del proceso de criminalización de la materia de prohibición contenida en el tipo y de la antijuricidad, que supera los antiguos términos causalistas. Por lo que se refiere al concepto social del bien jurídico y del injusto, entiende el autor que la teoría del bien jurídico es útil, por el contrario, en cuanto que permite sólo la criminalización de conductas perjudiciales socialmente y posibilita así, además, una explicación coherente del sistema de causas de justificación como solución social de conflictos. No obstante, dicho concepto social, en cuanto quiera su utilidad, debe someterse a las correcciones que señala GOMEZ BENITEZ, a saber: 1º El bien jurídico debe ser, en todo caso y directamente, un concepto de contenido social, es decir, expresión directa de funcionalidad; 2º El perjuicio social, que es el criterio por el que se dirige el proceso de criminalización, se identifica con la necesidad preventivo-general de penar; y 3º En consecuencia, el injusto penal deducido de este proceso de criminalización se refiere a peligros para los bienes jurídicos y no a su efectiva lesión (lo

En efecto, como señala COBO DEL ROSAL⁴⁷, el concepto de bien jurídico es inescindible de la idea de **valor** como aglutinadora de las exigencias éticas que se hallan (o habrían de hallarse) en la base de todo ordenamiento jurídico. En esta perspectiva, hablar de bien jurídico es tanto como hablar de todo valor de la vida humana protegido por el Derecho; bien entendido que la correspondencia bien jurídico-valor no ha de entenderse en los términos estrictos de una acepción individual y personalista⁴⁸, sino en otra más amplia y compleja consecuencia de planteamientos sociales comunitarios. Puede afirmarse entonces que la esencia del bien jurídico, además de individual o individualista será también social, pública y comunitaria, que generará auténticos bienes jurídicos (valores), independientes de los individuales, y dignos de protección y tutela penal. Se subraya a este respecto la particular relevancia que los penalistas adheridos a la filosofía de los valores han concedido al bien jurídico como concepto central de la teoría del delito⁴⁹.

que no significa que el desvalor del resultado sea intrascendente al respecto) y a hechos objetivamente innecesarios <ex ante> (lo que no es idéntico a la ausencia de causas de justificación) (GOMEZ BENITEZ, JOSE MANUEL: "Sobre la teoría del <bien jurídico> (aproximación al ilícito penal)", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 69, 1983, pp. 85 y ss., especialmente citadas pp. 110-111).

⁴⁷ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: "Derecho penal. Parte general", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 249, siguiendo a ROCCO.

⁴⁸ Históricamente se ha considerado el bien jurídico como **derecho subjetivo** (Ibídem).

⁴⁹ De acuerdo con HASSEMER la estructura de la teoría del delito es la siguiente: 1. Acción; 2. Tipicidad; 3. Antijuricidad; 4. Culpabilidad; 5. Causas personales de exclusión y de anulación de la punibilidad; 6. Presupuestos procesales y obstáculos de la pena (op. cit., p. 255, nota núm. 73). Por su parte, STRATENWERTH se refiere a los niveles estructurales del delito señalando que la punibilidad de un comportamiento depende de numerosas condiciones que, en primer lugar, surgen de las exigencias del Estado de Derecho referidas a la legalidad de la amenaza penal; en segundo lugar, de la limitación del Derecho penal al comportamiento reprochable; y finalmente, del principio de que solamente es justificable la

Como pone de manifiesto el autor citado, este tema del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta delictiva, en cuanto a su proyección y operatividad general, ha posibilitado que pudiera hablarse de una suerte de "dogmática del bien jurídico" basada en un entendimiento general del Derecho como tutelador, protector y conservador de bienes e intereses constituidos, y no como un orden meramente imperativista, regulador de las voluntades individuales⁵⁰. Ahora bien, este **principio de ofensión o lesividad** se encuentra condicionado por el principio de legalidad, al cual debe reconducirse inexorablemente. A través de la afirmación de este último debe concretarse el primero, mediante la unificación de la contradicción con el precepto penal positivo y la ofensa del bien jurídico considerado. Es más, dice COBO DEL ROSAL, "toda contradicción de un hecho con la norma penal constituye, al mismo tiempo, la verificación de un menoscabo para un bien jurídico". En este sentido puede afirmarse con el autor que "el bien jurídico es típico", pues se extrae fundamentalmente del tipo y para la interpretación de éste.

pena que aparece político-criminalmente como ineludible. Y establece el autor la siguiente ordenación interrelacionada de estas condiciones: el comportamiento tiene que poner de manifiesto, como primer presupuesto de toda responsabilidad jurídico-penal, los elementos descritos en la amenaza penal legal. Fuera de esto, continúa, el comportamiento tiene que encontrarse en contradicción con el orden jurídico, cosa que, advierte, no siempre resulta de la realización del hecho descrito en la amenaza penal dado que el comportamiento prohibido, por regla general, en situaciones especiales puede ser excepcionalmente admisible. Además, la sanción presupone que lo ilícito jurídico-penalmente relevante haya sido cometido también en forma culpable, con lo que se encuentran vinculadas otras exigencias. Por último, la necesidad de sanción puede desaparecer, no obstante la realización antijurídica y culpable de un supuesto de hecho típico penal cuando ello no constituye una seria perturbación del orden jurídico (STRATENWERTH, GÜNTER: "Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible" (trad. española), Edersa, Madrid, p. 60).

⁵⁰ Op. cit., p. 247. Se habla entonces del principio de "ofensividad", o "lesividad" u "ofensión", para expresar el dogma < nullum crimen sine iniuria >, es decir, que todo delito comporta, necesariamente, un daño u ofensa a un bien jurídico determinado.

Puede adelantarse ya que el bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental no es tanto el libre desenvolvimiento de la personalidad individual del hombre cuanto la vertiente social de éste integrado en la sociedad y con los derechos y deberes ante ésta. Más concretamente, se pretende proteger los documentos cuya falsedad o falsificación puedan poner en riesgo la seguridad del tráfico jurídico basada en la confianza pública y en la autenticidad y veracidad del contenido de aquéllos⁵¹.

4.2. La antijuricidad.

En línea con lo que acaba de exponerse, es evidente que la conducta falsaria, en cuanto hecho reprobable jurídicamente, se configura como **acción antijurídica**, esto es, una acción que infringe normas de Derecho⁵². No podemos

⁵¹ GONÇALVES MONIZ, "O crime...", op. cit., pp. 69-70.

⁵² Recuerda QUINTANO RIPOLLES que la "antijuricidad" o "antijuridicidad" es una noción originaria de la teoría general del derecho, incorporada después al Derecho penal principalmente por BINDING. Constituye una versión de los conceptos de "injusticia" o "ilicitud", pero en un sentido desprovisto del lastre moral o iusnaturalista que aquél entraña, y del de contrario a la ley propio de éste. Reseña el autor que la forma más aceptable de concebir la antijuricidad en la dogmática española consiste en contemplarla desde la vertiente negativa del delito, puesto que desde la positiva se confundiría irremisiblemente con la tipicidad. Así, una acción típica es sólo antijurídica cuando no es amparada por alguna causa de justificación. Ahora bien, como quiera que puede acontecer que un acto sea típicamente antijurídico y no sea culpable, de donde surge la enconada polémica entre objetivistas y subjetivistas en torno a la antijuricidad. Para remediar esta polaridad, QUINTANO considera que la antijuricidad, cualidad negativa de no integrarse o ampararse el acto en una causa de justificación, presenta elementos subjetivos u objetivos, según la estructura típica de la infracción de que se trate; y así, en los delitos de dolo específico suelen ser visibles y aun predominantes los subjetivos (el ánimo de lucro), en tanto que en los de estructura de mera actividad o formales la antijuricidad se basa en su expresión objetiva (carencia de alguna autorización) (QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO: "Compendio de Derecho Penal", Ed.

olvidar que el ordenamiento jurídico es un "conjunto de preceptos que valoran las conductas humanas, de modo que, con relación a aquéllas, éstas son declaradas conforme al derecho (lícitas) o antijurídicas"⁵³. Según esto, un hecho es antijurídico, desde el punto de vista del Derecho positivo, cuando está comprendido en una figura de delito (tipicidad) y no lo está en ninguna de las eximentes que se acostumbra a llamar causas de justificación⁵⁴. En consecuencia, y así se destaca por DEL ROSAL⁵⁵, la antijuricidad, en cuanto presupuesto y carácter para la punición de una conducta, supone una estimación objetiva. En concreto, continúa el autor, si la antijuricidad es una <contradictio> con el orden jurídico, la esencia de la misma se esconde justamente en la estimación objetiva de esa desvaloración: la conducta típicamente antijurídica -en nuestro caso, faltar a la verdad- implica un disvalor de cara a la jerarquía de valores penalmente defendidos en la simbología vigente.

Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, vol. 1, pp. 183-184). Por su parte, STRATENWERTH señala que la tarea del Derecho consiste en ordenar la vida social mediante normas que delimitan los comportamientos admisibles de los que no lo son: el traspaso de tales límites da lugar a la coacción jurídica y, si se interviene en el ámbito de libertad de otro, inclusive genera derechos de defensa del afectado. Cabalmente, el concepto de antijuricidad se refiere al traspaso de esas barreras puestas por el Derecho. Y con ella se vinculan también puntos de vista que tienen que ver con el Estado de Derecho: las autoridades estatales son competentes para penetrar en el ámbito personal del individuo con preguntas inquisitoriales referentes a la especie y medida de la culpabilidad sólo en relación a un comportamiento antijurídico ("Derecho penal...", op. cit., p. 67).

⁵³ ANTON ONECA, JOSE y RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A.: "Derecho Penal", Madrid, 1949, tomo I (Parte general), p. 177.

⁵⁴ Afirma en este sentido STRATENWERTH que "la adecuación al supuesto de hecho típico y eventualmente las causas de justificación deciden en forma definitiva sobre la antijuricidad del comportamiento" (op. y loc. citadas).

⁵⁵ DEL ROSAL, JUAN: "Tratado de Derecho penal español", Madrid, 1978, vol. I, p. 803.

A este respecto, ANTON ONECA distingue dos conceptos: primero, el delito es una acción antijurídica (género); segundo, el delito es una acción específicamente antijurídica, esto es, contraria al ordenamiento jurídico penal (especie)⁵⁶. En este segundo caso, obviamente se añade al carácter de **antijuricidad** el de **penalidad**.

Fue precisamente LISZT⁵⁷ quien estableció la distinción entre **antijuricidad formal y material**: la acción⁵⁸ es formalmente antijurídica en cuanto transgresión

⁵⁶ Refiere ANTON ONECA las dos corrientes doctrinales que se han pronunciado en relación a la naturaleza de la antijuricidad: la tendencia objetivista (BELING, HIPPEL, LISZT, MEZGER, BATTAGLINI, entre otros), postura dominante, según la cual la antijuricidad resulta de un juicio formulado sobre la acción, al cual es indiferente que el sujeto sea o no culpable; y la tendencia subjetivista o doctrina de los imperativos (MERKEL, BINDING, MAYER, PETROCELLI, entre otros), en virtud de la cual las normas jurídicas son imperativos que imponen al sujeto el deber de obrar de modo determinado y es, por consiguiente, necesario un acto anímico, la conciencia de obrar contra el deber, la voluntad contraria al Derecho, para que la conducta pueda calificarse de antijurídica. Entre objetivistas y subjetivistas se ha articulado la doctrina de los elementos subjetivos de la antijuricidad (FINGER, HEGLER, MAYER y MERKEL), cuya formulación consiste en la regla general de que el carácter antijurídico de la conducta no depende de elementos subjetivos, si bien hay casos en que, excepcionalmente, la tipicidad de la conducta o la existencia de una causa de justificación depende de la intención o móviles del sujeto, de suerte que entre dos acciones externamente iguales, una será antijurídica y otra no, en virtud precisamente de elementos psicológicos del sujeto activo (op. cit., pp. 178-179).

⁵⁷ Citado por ANTON ONECA (op. cit., p. 180), a quien seguimos en esta exposición.

⁵⁸ La **acción**, afirma HASSEMER, es el primer elemento de la teoría del hecho punible: de entrada, sólo la conducta (activa u omisiva) humana puede ser objeto de comprobación jurídico-penal. La conducta humana, la acción en definitiva, es el punto por el que comienza la comprobación de la punibilidad. Si el comportamiento es punible, si es imputable objetiva y subjetivamente, será objeto de discusión en otras categorías de la estructura del delito. Lo que, por consiguiente, constituye la materia específica objeto de la acción es lo más elemental, lo menos excluyente. Y añade el autor: Con mayor concreción y precisión se formulan los límites de la imputación del caso fortuito en la culpabilidad y, dentro de ella, en la imprudencia, cuando se plantea si la producción (o no evitación) de un resultado era previsible y evitable de un modo general e individual para el agente. Los criterios de la "responsabilidad" no corresponden a la acción, sino a la culpabilidad. El concepto de acción es mucho más elemental y sólo sirve para separar, desde un principio, de la comprobación de la punibilidad, todo aquello que es irrelevante desde el punto de vista jurídico-penal, lo que desde ningún punto de vista es controlable por una persona. Y dice más: la distinción,

de una norma establecida por el Estado; la acción es materialmente antijurídica en cuanto significa una conducta dañosa para la sociedad, un ataque a los intereses de los particulares o de la colectividad, esto es, lesiona o pone en peligro un bien jurídico⁵⁹. Sin embargo, COBO DEL ROSAL⁶⁰ disiente de esta distinción bipartita sobre la base de la vigencia absoluta del principio de legalidad y de una concepción "unidimensional" de las fuentes de Derecho penal, descartando aquélla⁶¹. De acuerdo con este autor, "solamente cabe hablar de antijuricidad sin ulteriores calificativos,

dentro de las normas jurídico-penales, entre **normas de valoración y de determinación** puede ayudar a comprender las restricciones del concepto de acción a la hora de delimitarlo del caso fortuito. Las leyes penales son normas de valoración en el sentido de que valoran (negativamente) la conducta descrita en ellas y exigen del Juez una valoración análoga. Pero, al mismo tiempo, son también normas de determinación, en cuanto que exigen de sus destinatarios una conducta que se mantenga alejada del ilícito descrito en ellas. Por todo ello, se concluye que la norma jurídico-penal solamente puede comprenderse si se combinan su carácter determinante con el valorativo ("Fundamentos...", op. cit., pp. 256-259).

⁵⁹ Dice DEL ROSAL ("Tratado...", op. cit., I, p. 816) que "la acción u omisión antijurídica siempre revestirá este aspecto bifronte. De un lado, la infracción de una norma penal, con la consiguiente lesión o puesta en peligro de un valor jurídicamente defendido. De otra parte, la estimación formal de la simple transgresión de un mandato penal".

⁶⁰ "Derecho penal. Parte general", op. cit., p. 231.

⁶¹ "La concepción de una antijuricidad material, determinante y distinta de la formal, conduce a un cierto y proteico entendimiento de las fuentes en Derecho penal, abiertamente contrario al principio de seguridad jurídica, como radicalmente sucedió en la dogmática penal alemana de la época nacionalsocialista, basada en un planteamiento pluridimensional de la teoría de las fuentes" (op. y loc. citadas). Y anota a este respecto lo siguiente: La distinción entre antijuricidad formal y material procede, según pone de manifiesto BAUMANN de los dos modos posibles de concebir el injusto: como realización de la conducta prohibida o como lesión del interés tutelado. La integración del sistema con la admisión de dos clases o aspectos de la antijuricidad sólo puede efectuarse disociando la antijuricidad de la infracción de la Ley positiva, como hiciera VON LISZT. Pero tal disociación que, de modo más o menos explícito, ha de inspirar los planteamientos dualistas es inadmisibles pues no puede concebirse la antijuricidad ni desde el punto de vista puramente formal (porque la antijuricidad no es nada si se le priva del contenido valorativo) ni desde un punto de vista puramente material (pues ningún hecho es antijurídico si no entra en contradicción con la norma de derecho positivo) (p. 236, nota núm. 3).

pues la antijuricidad, en suma, es una sola. Y más concretamente, se decanta por la **naturaleza objetiva** de la antijuricidad, en la medida en que toda conducta materialmente antijurídica lo será también formalmente y viceversa, pues uno y otro aspecto de la antijuricidad, material y formal, son inseparables⁶².

La antijuricidad -que es, en definitiva, un concepto unitario válido para todo el ordenamiento jurídico- supone un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico⁶³.

Y así, el bien jurídico, protegido por el precepto penal y atacado por el delito, no es sólo un interés⁶⁴ defendido por el Estado mediante el precepto penal, sino la

⁶² Previamente indica el autor que "consecuentemente con la concepción general del derecho que se sustente, la antijuricidad puede ser entendida **objetivamente** (como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico) o **subjetivamente** (como voluntad contraria a los mandatos del Derecho). Para añadir más adelante que "el dilema entre concepción objetiva o subjetiva de la antijuricidad se halla estrechamente relacionado con la distinción entre aspecto material y formal de la antijuricidad, pudiendo ser, en ocasiones, planteado como premisa de la postura que al respecto se adopte". Precisamente, "cuando se habla de antijuricidad objetiva o subjetiva en los términos expuestos se está haciendo referencia al **fundamento** del juicio de desvalor, no a su **objeto**: se concibe objetivamente la antijuricidad cuando se estima antijurídica una conducta en razón de su lesividad efectiva o potencial y se la concibe subjetivamente cuando se estima antijurídica una conducta en razón de la mala voluntad que la rige" (pp. 232 y 233).

⁶³ MUÑOZ CONDE, F.: "Teoría general del delito", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 48.

⁶⁴ En la perspectiva metódica de la jurisprudencia de intereses, señala POLAINO NAVARRETE que "conforme al criterio de un sector relativamente amplio de la doctrina penalista, el concepto de interés representa aquella categoría de valor jurídicamente estimada en sentido positivo que permite fundamentar en su aspecto sustantivo-material el carácter injusto del comportamiento típico, que afecta a la misma en cualesquiera de las modalidades de lesión o de puesta en peligro desaprobadas por las normas penales, según la peculiar estructura de los tipos singulares y las específicas formas o fases perceptibles en la concreción típica respectiva". Un entendimiento tal lleva, según el autor, "a través de una visión valorizada del momento del interés a una asimilación de este concepto,

síntesis valorativa de la figura delictiva, el fin con arreglo al cual debe ser interpretada aquélla. En este sentido, ANTON ONECA pone como ejemplo, precisamente, la figura del delito de falsedad, pues tratándose éste de un delito contra la fe pública, se deduce que la simple mutación de verdad, sin peligro para el tráfico jurídico cuya seguridad la fe pública garantiza, no constituirá falsificación de documento público⁶⁵.

valorativamente entendido, al del bien jurídico, estimando como genuino objeto de tutela penal y, correlativamente, como momento categorial de establecimiento del contenido material de la antijuricidad típica" ("Documentación Jurídica", núm. 14, 1977, p. 348).

⁶⁵ Resulta interesante la referencia del autor a las objeciones más importantes que se han formulado a la doctrina del bien jurídico -bajo la influencia de la filosofía de los valores- en el contexto del Derecho penal autoritario.

1ª Se ha dicho que la teoría del bien jurídico es una variante de la formulada por FEUERBACH y otros penalistas de la Ilustración, que sólo veían en el delito la violación de derechos subjetivos, o sea, un sistema penal con una finalidad protectora de una serie de intereses individuales. Frente a esta concepción objetiva se reivindica (SCHAFFSTEIN) un concepto de delito como violación del deber de obediencia al Estado, como voluntad rebelde a la colectividad. La cual objeción es para ONECA infundada puesto que, sobre la base del propio Derecho positivo, se observa que detrás del objeto del delito, "envolviéndolo y sosteniéndolo", aparece siempre el denominado "objeto genérico del delito" (ROCCO): el interés del Estado a su propia conservación y defensa.

2ª También se ha afirmado que la doctrina del bien jurídico ha incurrido en excesos de abstracción, de apartamiento de la realidad, cuyos ejemplos más claros serían las rúbricas -tomadas del Código penal italiano- de "delitos contra la incolumidad pública; la moral pública o la **fe pública**". A lo que ha de responderse que el método jurídico es precisamente un proceso de generalización: los tipos delictivos son ya abstracciones de hechos reales y los elementos generales del delito son abstracciones de abstracciones. Renunciar a ellas equivale a prescindir de la dogmática. En todo caso, lo resolutivo es que en el fondo de los conceptos "palpite la vida real", y ésta aparece con toda su concreción cuando hablamos de la vida o del patrimonio como contenido del bien jurídico.

3ª Finalmente, se ha reprochado a la teoría del bien jurídico su tendencia unilateral y monopolizadora. Esta sí es una objeción acertada en opinión de ONECA en cuanto que, en efecto, aunque el bien jurídico sea básico para la constitución de las figuras de delito y para la correspondiente sistematización de éstas en los cuerpos legales, no es menos cierto que en la constitución y gravedad de las infracciones criminales influyen, además, otros elementos: la condición de la persona (delitos de funcionarios públicos); los medios y modos del ataque al bien jurídico (decisivos en las falsedades).

4.3. La tipicidad.

Y como acaba de apuntarse, a la propiedad de adaptación de la acción a una determinada figura de delito se denomina **tipicidad**⁶⁶, esto es, la adecuación de un hecho ejecutado a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal⁶⁷. Partiendo de la doble función que sirve de fundamento de las figuras delictivas - garantizadora⁶⁸ y conminatoria-, se constata que en relación con esta última las

⁶⁶ Pone de manifiesto QUINTANO RIPOLLES cómo dentro de la autonomía de los elementos constitutivos del delito, las relaciones entre la antijuricidad y la tipicidad son insoslayables. Ello no obstante, es preciso establecer con MAURACH un signo diferencial entre ambos elementos, ya que la antijuricidad es un injusto abstracto e hipotético, en tanto que la tipicidad es un injusto concreto. Esto es, la tipicidad constituiría la previsión abstracta del delito, y la antijuricidad su concreción al caso dado, es decir, el delito concreto en que no aparezca justificación alguna. De donde resulta que la tipicidad, en tanto que definición del delito, constituye sólo una hipótesis, manifestación de la antijuricidad en tanto que no destruya por la presencia de causas justificativas. La tipicidad es, por lo tanto, manifestación de la antijuricidad, pero únicamente hipotética. La consecuencia de todo lo dicho y de la primacía conceptual de la tipicidad es que ésta puede existir, y existe de hecho muchas veces, siempre que concurren causas de justificación, sin la antijuricidad, en tanto que es inconcebible ésta sin la tipicidad, al menos en la dogmática legalista ("Compendio...", op. cit., vol. I, pp. 184-185).

⁶⁷ MUÑOZ CONDE, "Teoría general...", op. cit., p. 48. Y añade a continuación: "Por imperativo del principio de legalidad en su vertiente del <nullum crimen sine lege> sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. Ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si, al mismo tiempo, no es típico, es decir, no corresponde a la descripción contenida en una norma penal". Por su parte, DEL ROSAL afirma que "la estimación que una acción u omisión es típica supone su inscripción en una regla penal. A <sensu contrario> su atipicidad se traduce por su falta de subsunción en un precepto. La atipicidad, por tanto, delimita la órbita penal, pues lo que cae por fuera de ella no interesa a la valoración jurídico-penal" ("Tratado...", op. cit., vol. I, p. 792).

⁶⁸ Se refiere a esta función MEZGER con las siguientes palabras: "Es indudable que el delito es actualmente acción antijurídica (...) Por ello, resulta imprescindible que el mismo derecho penal se procure el remedio adecuado y la claridad indispensable para que en su ámbito la antijuricidad, por lo menos en lo que concierne a la fundamentación del delito, aparezca determinada de manera precisa e inequívoca. El derecho penal ha creado esta

legislaciones del antiguo régimen contuvieran también, más o menos imperfectos, tipos delictivos; si bien a diferencia de los actuales sistemas cerrados, eran aquéllos abiertos, susceptibles de ser completados por el Juez ante el caso concreto. Tal es así que puede muy bien afirmarse que el instrumento técnico de la función conminatoria es también la figura del delito⁶⁹.

En este sentido, HASSEMER⁷⁰ señala que en el estadio de la tipicidad del comportamiento humano aparece con fuerza la función crítica del sistema del hecho punible; estadio este que determina los límites de la punibilidad y cuya misión específica es caracterizar el "relieve de la protección de los bienes jurídicos", que es lo que en definitiva -asevera el autor- constituye la especificidad de toda cultura jurídico-penal pues en dicho estadio se pueden reconocer las grandes líneas que traza el sistema jurídico-penal entre la libertad de uno y la libertad de otro. Más concretamente, las informaciones positivas que ofrece la tipicidad caracterizan el sector del comportamiento humano en el que el Derecho penal es competente, determinando, al mismo tiempo, los intereses humanos y **bienes jurídicos** que gozan de la protección del Derecho penal.

Como sintetiza COBO DEL ROSAL, los tipos penales expresan, pues, la

claridad necesaria mediante un medio extraordinariamente ingenioso: mediante el tipo" (citado por ANTON ONECA, op. cit., p. 183).

⁶⁹ ANTON ONECA, "Derecho Penal", op. cit., p. 183. Y añade el autor: "Si el estado, por medio de la amenaza penal, dispone las conductas de que todo el mundo debe abstenerse, es preciso la delimitación previa de tales acciones de modo que puedan ser conocidas. Donde falta tal precisión podrán crearse estados de terror y desasosiego, frenos para el desenvolvimiento y progreso de la vida colectiva, pero la justicia penal, más temida que respetada, no ejercerá su magisterio moralizador".

⁷⁰ "Fundamentos...", op. cit., pp. 261-262.

desvalorización objetiva que el ordenamiento jurídico penal atribuye a ciertas clases de hechos⁷¹. De aquí que al efectuar el juicio de antijuricidad proceda examinar, en primer lugar, la formulación y realización del tipo y, posteriormente, la presencia o ausencia de causas de justificación. Porque como afirma MUÑOZ CONDE⁷², el bien jurídico es la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento, pues como sabemos, todo tipo de delito está orientado hacia la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico, el cual no es sino el valor que la ley quiere

⁷¹ Op. cit., p. 235. Ello no obstante, puntualiza el autor que la "antijuricidad no es una relación establecida entre el tipo y el ordenamiento jurídico, sino entre **una determinada realización del tipo y el Derecho**". De aquí que "en determinados casos, el ordenamiento jurídico puede contemplar como adecuadas y conformes a Derecho ciertas lesiones de bienes o intereses jurídicamente protegidos. La lesión o puesta en peligro de un bien jurídico deja, en tales casos, de ser contraria a Derecho". Consecuencia esta que "tiene lugar cuando el ordenamiento jurídico permite el sacrificio de determinados bienes o intereses en beneficio de otros que estima superiores". De esta manera, "junto a los diversos tipos, se contienen en los Códigos penales **causas de justificación**, esto es, causas que excluyen la antijuricidad de la conducta típica, pues la hacen conforme a Derecho". Por su parte, MUÑOZ CONDE se refiere al binomio tipo-adequación social para señalar que aunque el tipo, a diferencia de lo que pensaba su creador ERNST BELING, no es una categoría neutra valorativamente, sino que implica ya una selección de comportamientos y, por tanto, una valoración (lo típico es ya lo relevante penalmente), no es menos cierto, sin embargo, que en ciertas acciones en sí típicas carecen de relevancia al ser corrientes en el ámbito social. Así, por ejemplo, la ponderación excesiva de las cualidades de una mercancía en la propaganda comercial, un tipo de estafa. Sin embargo -añade-, se confunde con esta teoría de la adecuación social dos planos distintos y con distinta trascendencia: el social y el jurídico. En este sentido, el desfase que puede producirse entre lo que las normas penales prohíben y lo que socialmente se considera adecuado puede llevar incluso a la derogación de hecho de la norma jurídica y a proponer su derogación formal, pero en tanto esto último no suceda, no **puede admitirse que la adecuación social sea una causa de exclusión de la tipicidad**: todo lo más que puede ser la adecuación es un criterio que permita, en algunos casos, una interpretación restrictiva de los tipos penales que, redactados con excesiva amplitud, extienden en demasía el ámbito de prohibición ("Teoría general...", op. cit., p. 51). Vid. sobre este tema ROLDAN BARBERO: "Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales", Córdoba, 1992 y CANCIO MELIA, MANUEL: "La teoría de la adecuación social en Welzel", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVI, fasc. II, mayo-agosto 1993, pp. 697 y ss.

⁷² "Teoría general...", op. cit., p. 56.

proteger de las acciones que pueden dañarlo: la cualidad de bien jurídico es, por lo tanto, producto de la ley misma y no algo preexistente a ella.

Y, específicamente, en relación con el problema del bien jurídico en las falsedades documentales, tiene importancia la división que se produce entre bienes jurídicos catalogables de universales o colectivos y los individuales. A este respecto, tradicionalmente se viene calificando al delito de falsedad documental dentro del grupo de delitos con un bien jurídico universal.

La reciente **sentencia de 9 de marzo de 1995** (Pte. Moyna Ménguez. Ar. 1.919) ilustra lo que acaba de exponerse en los siguientes términos: "La doctrina jurisprudencial que, además de otras más alejadas, ha tenido próxima manifestación en las sentencias de 17 de diciembre de 1990, 11 de abril y 20 de mayo de 1994, viene manteniendo, en consideración al bien jurídico protegido que se añade a la descripción típica, ciertas exigencias atinentes a la **antijuricidad material** como son el **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 unas veces, o constitutivo en otras, de los documentos**". Y precisamente, como en el caso examinado no aparece la "nota de antijuricidad material expresada en el perjuicio real o potencial, su aptitud para incidir en el tráfico jurídico" del documento en cuestión -fotocomposición de un documento de concesión de visado, pues "no existió intención por parte del acusado de que el documento llegara a tener la efectividad inherente a su contenido, ni objetivamente era idóneo para demostrar la exención de visado", por lo que "**el relato describe una falsedad inocua** que queda extramuros del derecho penal, aunque

podiera provocar otras reacciones o correcciones de índole administrativa" (FD. Único).

4.4. La fe pública: concepciones subjetiva y objetiva.

La expresión de "delitos contra la fe pública" se encuentra, avanzada ya la segunda mitad del siglo XVIII. Más concretamente, es a partir del siglo XIX cuando la fe pública comienza a considerarse como un bien en sí mismo. Como recuerda ROMERO SOTO⁷³, el desenvolvimiento histórico del concepto de "fe pública" muestra que es esta una creación moderna, debida al Derecho italiano. Entre los romanos, la fe estaba ligada a la divinidad en cuanto aquella era un reflejo de ésta en el hombre, de manera que quien violaba la fe, estaba ofendiendo a la divinidad. Este concepto fue despojado de sus elementos religiosos y se protegió la fe por sí misma, pero en nombre de la ética, considerando la falsedad como una inmoralidad. En tiempos más recientes, se dejaron de lado los intereses abstractos y ya no se castigaron la mentira y el engaño como entidades autónomas, sino que se las penó como violación o amenaza de otros intereses penalmente protegidos: así, el falso juramento o el falso testimonio. Sólo a partir del siglo XIX se vino a considerar la fe pública como un bien en sí mismo.

Desde el punto de vista dogmático, señala el mismo autor cómo, en el Derecho penal, la determinación del interés jurídicamente protegido en los casos de falsedad

⁷³ "La falsedad documental", op. cit., p. 14.

documental ha sido siempre una <vexata quaestio>, dando lugar a una polémica doctrinal en torno a este tema que queda patente en las diversas posiciones de los autores, quienes <grosso modo> se dividen entre los que aceptan la existencia de la fe pública y los que la niegan. Y aun dentro de cada una de estas posiciones tampoco existe unanimidad, pues, en primer lugar, entre los que aceptan la existencia de un bien jurídicamente determinado que se llama "fe pública" no todos están de acuerdo en el contenido conceptual de la misma ni en su origen⁷⁴.

Así, unos (CARRARA) entienden la fe pública como una imposición del Estado en la medida en que éste, como forma superior de la evolución social, tiene el deber de facilitar las relaciones entre los asociados, para lo cual debe crear medios que disfruten de la confianza pública; en tanto que otros (ROCCO, MIRTO) la consideran fruto de la confianza de los particulares, teniendo en cuenta que la fe pública es un bien social que surge de la necesidad de satisfacer una exigencia colectiva, como es la mutua confianza entre los asociados. Finalmente, entre quienes niegan la existencia de la fe pública o, por lo menos, que ella sea el bien jurídico ofendido por el delito, se encuentran, de una parte, aquellos que, como LOMBARDI, OPPENHEIM, LISZT y BINDING consideran que el concepto de fe pública es vago y artificioso que, más que una institución, constituye una costumbre social y, de otra, los que como WACHTER, HENKE, BAUER, HEFFTER y ORTLOFF consideran que el bien ofendido por el delito de falsedad no es la fe pública, sino el "derecho a

⁷⁴ Por su parte, GONÇALVES MONIZ ("O crime...", op. cit., p. 69) considera que la fe pública no es un bien jurídico-penal, sino una característica que emana de determinados documentos.

la verdad"⁷⁵.

El primero en definir el concepto fue FILANGIERI, quien se refiere a los mismos diciendo que "servirse un ciudadano de la confianza pública que en él se ha depositado para faltar a las obligaciones que de la misma dependen, es el carácter de los delitos comprendidos en esta clase"⁷⁶. Por su parte, ROCCO define la fe pública como "la confianza que la sociedad pone en los objetos, en los signos y en las formas externas -monedas, emblemas, documentos- a los que el Derecho, privado o público, atribuye un valor probatorio, así como la buena fe y los créditos de los ciudadanos en las relaciones de la vida comercial e industrial"⁷⁷.

⁷⁵ Op. cit., pp. 14-25.

⁷⁶ "Ciencia de la Legislación" (trad. española), Madrid, 1787, t. VII, pp. 151 y ss. Considera ROMERO SOTO que este concepto de la fe pública, entendida únicamente como la confianza que se pone en las personas, era demasiado estrecho y, además, excesivamente genérico. No servía, por lo tanto, para caracterizar la objetividad jurídica del delito de falsedad. Por su parte, la definición de CARMIGNANI, repitiendo la dada por los prácticos, no representa un avance reseñable en la medida que, según él, este delito lesiona la propiedad de los bienes muebles (op. cit., p. 15).

⁷⁷ "L'oggetto del reato e della tutela giuridica", Torino, 1913, p. 199. Matiza esta idea C. CREUS ("Falsificación de documentos en general", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 2 y 3) señalando que "si bien es jurídicamente pensable una fe pública, como aquello que el Derecho propone para que todos lo crean como representación de lo verdadero, mediante la asignación de una determinada simbología, no es nada fácil pensar en una confianza colectiva si no es como expresión de una suma de confianzas individuales. Estamos en dos planos distintos, en los actuales la ingerencia de lo jurídico no es la misma: el Derecho puede otorgar fe pública a determinados objetos, condicionando sus efectos en virtud de ella; pero, por supuesto, no puede obligar a que todos confíen en él como expresión de lo verdadero. El tema va más allá de la mera curiosidad ontológica: si lo atacado por los delitos que vamos a tratar es la fe pública en sí misma, en principio todo lo que desfigure (material o ideológicamente) el instrumento al que la Ley le asigna la función de portarla, podrá tener cabida en las figuras típicas; pero si lo que se considera atacado es la confianza de los integrantes de la sociedad en tales instrumentos, la conducta debe constituir un algo más para poner realmente en peligro el bien protegido: ya no bastará con la deformación del instrumento, tendrá que ser idónea para mantener la confianza que aquél merezca como portador de la fe pública". Y más adelante definirá el autor la fe pública indicando que ésta,

CARRARA⁷⁸ se refiere a la fe pública como concepto que expresa una realidad positiva, no es una "sutil abstracción", que nace de un acto de la potestad superior; concretamente, se presenta como un vínculo común que constriñe a creer ciertas cosas, derivado de una providencia del Estado, bien porque cree por sí mismo los signos materiales o porque delegue en determinados ciudadanos la potestad de crear una presunción de verdad entre los particulares, asegurando mediante procedimientos o fórmulas prefijadas la existencia o las condiciones de un objeto o de un acto o la veracidad de una atestación.

Entre nosotros, la doctrina entendiende con carácter general que el interés protegido con la incriminación de la falsedad es la **fe pública**⁷⁹ que, en un primer momento, es concebida como especial cualidad concedida por el Estado a ciertos objetos o signos (documentos) para, posteriormente, ser identificada con la confianza general del público depositada en la apariencia de autenticidad y veracidad de dichos

"como confianza pública o colectiva, no es la confianza del público, sino la confianza que una persona cualquiera (no determinada) puede otorgar al documento que jurídicamente es portador de aquélla como prueba del acto a que se refiere" (p. 7).

⁷⁸ CARRARA, FRANCESCO: "Programa del curso de Derecho Criminal...", op. cit., vol. V, párrafos 3.355-3.358.

⁷⁹ Precisamente, atendiendo a la fe pública y la alarma social se ha establecido desde un primer momento en los Códigos penales una mayor penalidad para el delito de falsedad en documento público que para el privado. Sobre este particular, ANTON ONECA ("Derecho penal", op. cit., II, pp. 146 y 147) señala que "la desigualdad aún hoy aparece en que la falsificación de documentos privados, por sí misma, esto es, cuando falta el perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo, no es punible. El perjuicio real o potencial pasa en la falsificación de un documento privado a ser un elemento del tipo. En la falsificación de documentos públicos se presume ex lege; aquí ha de demostrarse. En aquellos es inherente a la misma falsificación, en éstos la Ley reconoce que la mera falsificación es inocua y no tiene carácter delictivo". En el mismo sentido se pronuncia GROIZARD, "El Código penal de 1870...", op. cit., III, p. 636.

instrumentos⁸⁰. Lo que en buena medida supone relacionar la fe pública con la fuerza probatoria de los documentos como estudiaremos más adelante⁸¹.

Ya FERRER SAMA señalaba que el objeto de la tutela penal de esta figura penal es la fe pública y, más concretamente, "aquella manifestación de tal fe, que el público en general reconoce como inherente a los documentos, sean estos públicos o privados, en cuanto fijan, materializan y perpetúan manifestaciones o declaraciones de voluntad o testimonios de verdad jurídicamente relevantes"⁸².

Más recientemente, QUERALT⁸³ considera que con los delitos de falsedades

⁸⁰ Como reseña DE RIVACOBIA, "con toda la vaguedad y todos los inconvenientes del concepto de fe pública, cuando a fines del siglo pasado o comienzos del actual se ha pretendido disolverlo o aniquilarlo y reemplazarlo por la garantía de legitimidad y veracidad de los medios de prueba (Binding y Carnelutti) o la seguridad y autenticidad del tráfico jurídico (Frank), y aun prescindiendo de la insuficiencia de estas nociones, ninguna de ellas y de las funciones consiguientes es comprensible ni posible si a su pie o en su raíz no hay una confianza generalizada que se base en el respaldo del estado a objetos, signos o documentos, imponiéndose de este modo la reivindicación del controvertido concepto y cobrando así nuevo brillo". Tras este razonamiento el autor ofrece la siguiente definición de fe pública: "Confianza generalizada en la autenticidad y el valor de ciertos objetos, signos o documentos que suscita o impone la garantía que les dispensa el Estado, sea directamente o a través de las instituciones o los funcionarios o ministros en quienes delega al efecto" (DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL: "Objeto jurídico y sujeto pasivo de la falsificación de moneda", en "Doctrina penal. Teoría y práctica en las Ciencias Penales", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, núms. 33 a 36, pp. 43-44).

⁸¹ "La conducta delictuosa pone en peligro el bien jurídico cuando la actividad sobre el instrumento logra que cualquiera pueda apreciarlo como el que auténtica y verdaderamente es prueba de la relación jurídica de que se trate. El carácter del instrumento, la idoneidad de la falsificación y la exigencia típica de la posibilidad de perjuicio, forman unidad en torno al concepto jurídico-penal de fe pública, al menos en el capítulo de las falsedades documentales" (CREUS, "Falsificación...", op. cit., p. 6).

⁸² FERRER SAMA, ANTONIO: "Comentarios al Código penal", Sucesores de Nogués, Murcia, 1948, tomo III, p. 325.

⁸³ QUERALT JIMENEZ, JOAN J.: "Derecho penal español. Parte especial", Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 361.

se quiere proteger la confianza social de ciertas relaciones, es decir, asegurar la correspondencia entre la realidad y los símbolos que la representan a fin de permitir la fluidez en el tráfico jurídico cuando estos símbolos son fundamentales para la estabilidad de una relación determinada.

Por su parte, CASAS BARQUERO⁸⁴ afirma que la exigencia de tutela del tráfico jurídico en realidad viene realizada por la norma penal propiamente a través de la tutela del Derecho, que condiciona y facilita el normal desenvolvimiento de las relaciones sociales. Se refiere el autor a la doble perspectiva objetiva-subjetiva de la noción de fe pública, para indicarnos que desde una perspectiva psicológico-naturalística o subjetiva se entiende por fe pública tanto una actitud psicológica de la persona como un sentimiento o estado de ánimo de la colectividad en consideración a los documentos. Desde un punto de vista publicístico-normativo u objetivo, la fe pública equivale al crédito o la certeza de que gozan los documentos o que deben atribuirse a los mismos. Más sintéticamente, la fe pública en sentido subjetivo es sinónimo de sentimiento, en tanto que en sentido objetivo lo es de crédito legal. también alude el autor a la fe pública entendida como confianza impuesta por la ley o el Estado o como expresión de un común sentimiento de confianza colectiva y como eficacia probatoria de documento. En este sentido, precisa que la referencia a "pública" ha de entenderse como un conjunto de concretas confianzas individuales y no como una indeterminada e imprecisa colectividad social en su conjunto

⁸⁴ "El delito de falsedad...", op. cit., pp. 61 y ss. y 103.

indiferenciado⁸⁵.

Para CONDE PUMPIDO⁸⁶ en las falsedades la fe pública es el bien jurídico tutelado por su punición y tiene por objeto del tipo siempre una cosa que, según la Ley o el uso social, goza de una particular fiducia o crédito en las relaciones de la vida comunitaria.

COBO DEL ROSAL⁸⁷, por su parte, apunta la necesidad de una "singularización del bien jurídico" en el delito de falsedad, que no es otra cosa que averiguar cuál es el "criterio sustancial de incriminación" de la conducta falsaria. A este respecto, señala el autor que la primera razón que salta a nuestra reflexión es la necesidad social de que determinados objetos gocen de un crédito público, esto es, sean portadores de un mínimo de confianza. De aquí que sea precisamente la "fe pública" la proyección de esa singularización mencionada, concepto este de reciente elaboración y que para COBO DEL ROSAL encontraría su mejor expresión definitoria en la Relación Ministerial al Ante-Proyecto de Código Penal italiano que

⁸⁵ Señala el autor que, igualmente, cuando se alude a "fe", ello debe entenderse, lógicamente, bajo el aspecto concreto de fe individual, que cada persona considerada individualmente pone en los objetos o documentos (CASAS BARQUERO: "Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades del Título III, del Libro II del Código Penal", en Documentación Jurídica, Publicaciones del Ministerio de Justicia, vol. 2, enero-diciembre 1983, 37/40, p. 1.058).

⁸⁶ Lo que sucede, puntualiza el autor, es que en algunos casos (v.gr. falsificación de sellos, moneda o documentos públicos) prima el interés de la fe pública y por ello el momento de la consumación se anticipa al instante de la falsificación; mientras que en otros casos se parifican el interés de la fe pública y de la lesión de tercero, por lo que exige para la punición o perfección del delito que haya un perjuicio o un ánimo específico de perjudicar a tercero determinado (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CANDIDO: "Derecho penal. Parte especial", Ed. Colex, Madrid, 1990, pp. 482-483).

⁸⁷ "Discursos...", op. cit., 27 a 29.

lo conceptúa 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".

Ahora bien, como quiera que esta noción parte de un presupuesto preciso, cual es la existencia de un precepto o, cuando menos, mandato de la autoridad que determine el señalamiento de esa fe pública en esos concretos objetos, no se hurta al autor la posible crítica que la misma merezca, a saber: la confianza no siempre obedece ni a la previa existencia de un precepto ni menos de un mandato de la autoridad, pues pueden existir ambos y no producirse la confianza, y sin duda la hipótesis inversa puede darse perfectamente. Y es que en el fondo, no hay que olvidar con COBO DEL ROSAL, que la expresión que encierra la "fe pública" proviene, básicamente, de un uso social que puede ser creado por precepto, por mandato de la Autoridad o simplemente por la costumbre; uso social que debe ser comprobado por el jurista.

Como apuntaba MANZINI⁸⁸, la fe pública es la confianza usual que el mismo orden social y su actuación práctica determina entre los particulares o entre la Administración y los particulares en relación con la emisión y circulación monetaria, los medios de autenticación, los documentos y la calidad de las personas.

En efecto, como señala PAREJO ALFONSO⁸⁹, la idea de la fe como elemento o factor que proporciona confianza y seguridad juega tanto en el ámbito de las relaciones privadas como en el de las públicas. A este respecto, cita el artículo 7

⁸⁸ Citado por BENEYTEZ MERINO, "El bien jurídico protegido...", op. cit., p. 41.

⁸⁹ "Fe pública y Administración Pública", en "La fe pública", Colegios Notariales de España, Madrid, 1994, pp. 160-161.

del Código civil, a tenor del cual en el ejercicio de los derechos (de todos los poderes jurídicos, precisa el autor) está ínsita, en el plano de la legitimidad, la exigencia de la buena fe. Ello es así, explica PAREJO, porque el derecho subjetivo, el poder jurídico, es sólo la vertiente que puede calificarse como estática del mundo jurídico, cuya realidad se expresa más bien en la dinámica de las relaciones, del tráfico jurídico: "el correcto funcionamiento de éste tiene como presupuesto que la existencia misma y, en su caso, los términos de dichas relaciones y, por tanto, de las situaciones jurídicas (derechos, obligaciones) en que se traducen o concretan no se pongan en duda, no se cuestionen, es decir, que pueda existir una confianza en el reconocimiento de los actos y negocios jurídicos y, por ende, una seguridad mínima en punto a su existencia, contenido y consecuencias". Para agregar a continuación que "a este fin sirve la fe pública, que obviamente es un valor cuyo radio de acción alcanza la totalidad del ordenamiento jurídico. Quiere esto decir, que la necesidad a que responde y el criterio estimativo que expresa operan igualmente en las relaciones jurídicas privadas y en las públicas, en el tráfico social de los sujetos comunes y en el propio y específico de los sujetos singulares o poderes públicos".

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1.216 del Código civil el documento público es el resultado de la autorización de la formalización del negocio, con las solemnidades correspondientes, por un Notario o empleado público, lo que -a juicio del autor, y ello constituye un elemento fundamental como veremos más adelante- es decisivo para la caracterización de la fe pública, la cual, según esto, "se traduce en la intervención de un tercero respecto del negocio y consiste en una declaración que se añade a las realizadas por las partes en éste; cabalmente en una

declaración de conocimiento (conocer a las partes o haber determinado su actividad; declaraciones efectuadas por las partes). Se trata, pues, de una actividad (...), más precisamente aún, de una actividad pública"⁹⁰.

En esta idea insiste RODRIGUEZ-PIÑEIRO⁹¹ cuando afirma que, por su propia naturaleza, la fe pública es una institución jurídico pública, de suerte que el calificativo de público de la fe y del fedatario implica que es una autoridad pública la que garantiza la certeza de la que da fe. Y en relación precisamente a cuál sea el significado de esta institución jurídica, destaca el autor que la misma lo tiene no sólo de representación exacta, correcta de la realidad, de certeza ideológica o material, como <inmutatio veritas>, sino también un sentido jurídico de certeza o fuerza probante atribuida por el ordenamiento a determinados actos o documentos en función del oficial público que interviene en las mismas. El valor jurídico de certeza que implica la fe pública -añade- presupone la correspondencia de la realidad y de lo reflejado, pero al mismo tiempo impone esa correspondencia, como certeza tutelada por el Derecho. Por esto, la fe pública es una certidumbre producida por el Derecho, como certeza de hechos, actos o relaciones que la ley deriva como efecto jurídico de determinados actos de los fedatarios públicos. En definitiva, el fundamento de la aparición y existencia de la fe pública se encuentra en que la vida social requiere estabilidad en las relaciones, que éstas alcancen evidencia y permanencia⁹².

⁹⁰ Idem, p. 163.

⁹¹ RODRIGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO FERRER, MIGUEL: "La fe pública como valor constitucional", en "La fe pública", op. cit., p. 18.

⁹² Idem, p. 17.

Ahora bien, quedaría por precisar con FERRER SAMA⁹³, que sigue a su vez a MANZINI, que es errónea la creencia de que el documento resulte tutelable sólo en cuanto al mismo sea atribuida por un órgano oficial la fe pública. No es esta fe pública, concebida en un sentido subjetivo, la que se toma en consideración por el Derecho penal en relación con la clase de delitos que nos ocupa, sino la fe pública en sentido objetivo, esto es, el crédito que los documentos de cualquier especie suelen encontrar en la opinión pública, solamente porque son tales documentos, con independencia de toda especial garantía, de tal forma que no es la función oficial la que imprime a los documentos la fe de que aquí se trata, sino el público en general. Es por esta concreta razón por lo que atentan también contra esta fe pública los que cometen falsedad en documento privado⁹⁴.

En conclusión, la fe pública como bien jurídico protegido por las falsedades ha sido concebido con anterioridad básicamente bajo dos acepciones que inicialmente son distintas, si bien posteriormente se muestran complementarios. De un lado, cabe señalar que, según la concepción objetiva normativa, la fe está en los sujetos como fenómeno derivante, o en virtud de la prescripción o del mandato de la autoridad que la impone, en cuya virtud aquéllos están obligados a creer en la certeza de los documentos. Y de otro lado, desde la concepción psicológica o subjetiva en función

⁹³ "Comentarios...", op. cit., III, p. 326.

⁹⁴ Afirma CREUS ("Falsificación...", op. cit., p. 8) que para que sea atacado o puesto en peligro el bien jurídico de la fe pública no bastará "ni la mera objetividad deformante ni la mera confianza infundada en la autenticidad y veracidad del instrumentos", pues una y otra han de estar presentes. Se requiere, en concreto, "la posibilidad de que esa confianza infundada (o errónea) originada en la deformación objetiva del instrumento, sea extensible a cualquier sujeto que pueda encontrarse en la misma situación que el sujeto en quien se ha producido esa confianza".

de la cual el objeto de la tutela penal es la fe pública entendida como la fe o el crédito que el público considera inherente en los documentos, independientemente de cualquier especial garantía de los mismos en tanto en ellos se trata de hacer permanente y duraderas las manifestaciones o declaraciones de voluntad jurídicamente relevantes.

La **sentencia de 27 de mayo de 1988** (Pte. Puerta Luis. Ar. 4.098) hace una resumida y significativa exposición de las cuestiones hasta aquí planteadas cuando declara que respecto de la falsedad documental es preciso tener en cuenta, con carácter general⁹⁵:

- a) el delito de falsedad documental requiere, para su efectiva existencia, no sólo el cumplimiento de los elementos integrantes del tipo sino, además, el que la acción respectiva merezca bajo el punto de vista material la consideración de **antijurídica**;
- b) la antijuricidad de las acciones tipificadas en el art. 302 del C.P. está constituida por un **ataque a la fe pública** y, en último término, a la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos que, en definitiva, constituyen los bienes o intereses protegidos por el tipo penal;
- c) por tanto, no cabe hablar de existencia de delito de falsedad cuando haya constancia de que los intereses citados **no han sufrido riesgo alguno**;
- d) consiguientemente, es lícita una **interpretación restrictiva** de la letra de la ley, con objeto de adaptarla a la finalidad citada;

⁹⁵ En el mismo sentido, las sentencias precedentes de 27 de mayo de 1971, 19 de febrero de 1974 y 23 de noviembre de 1982.

y e) por todo ello, la existencia de la falsedad documental requiere que la inveracidad o < mutatio veritatis > varíe la esencia, sustancia o genuinidad del documento, en sus extremos trascendentes, con cambio cierto de la eficacia que debían desarrollar dentro del tráfico jurídico; es decir, que para la existencia de este delito es preciso la < mutatio veritatis > -típica- junto con el elemento objetivo, que conduce a la antijuricidad de la acción y forja la punibilidad, el daño potencial en la vida del derecho.

La **sentencia de 20 de febrero de 1991** (Pte. Martín Pallín. Ar. 1.303) se refiere a **la confección de un documento público que altere la realidad jurídica que pretende representar en el tráfico jurídico conculcando la fe pública de que deben estar revestidos los actos jurídicos documentados** (FD. 2º).

Por ello la inmediatamente posterior **sentencia de 27 de junio de 1991** (Pte. de Vega Ruiz. Ar. 4.832), en relación con los delitos de falsedad o falsificación, señala que "lo importante, en cualquier caso, es mantener una infracción absolutamente **precisa para la convivencia pacífica y para la seguridad jurídica de una sociedad en paz. Se trata de proteger la fe pública**" (FD. 3º).

Y, finalmente, la **sentencia de 12 de diciembre de 1991** (Pte. de Vega Ruiz. Ar. 9.297) se refiere explícitamente a la "**protección de la fe pública, protección para la no alteración de los medios probatorios o atentado al tráfico jurídico en su más amplio espectro, cuya autenticidad y seguridad constituye la razón primordial de la incriminación de estas infracciones**".

4.5. La seguridad del tráfico jurídico: seguridad estática y seguridad dinámica.

Una visión más utilitaria del bien jurídico considera que el documento desempeña un papel decisivo en la prueba de las relaciones jurídicas que, debido al desarrollo del tráfico económico, necesitan un instrumento que asegure el alcance de las obligaciones y derechos que constituyen su contenido. De este modo, la seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico⁹⁶ pasan así a identificarse con el contenido del interés cuya protección se pretende mediante la incriminación de la falsedad documental. La finalidad de esta incriminación se basa en la objetiva peligrosidad de la falsedad para la fe pública y para el tráfico jurídico en general. Más precisamente, se concreta en la exigencia de salvaguardar el interés de la colectividad en el normal desenvolvimiento y circulación de los documentos en el tráfico jurídico⁹⁷.

Declara la **sentencia de 17 de julio de 1990** (Martín Pallín. Ar. 6.727) que **"la acción falsaria no se detiene en la alteración material o ideológica de un documento, sino que exige la intención de trastocar su estructura y contenido, pretendiendo que produzca efectos en el tráfico jurídico"** (FD. 1º).

⁹⁶ Un estudio exhaustivo sobre la teoría de la seguridad jurídica en su doble proyección, pública y privada, en MEZQUITA DEL CACHO, "Seguridad jurídica y sistema cautelar", Ed. Bosch, Barcelona, 1989, vol. 1, pp. 15 y ss.

⁹⁷ CASAS BARQUERO: "Reflexiones técnico-jurídicas...", op. cit., p. 1.058. Señala GONÇALVES MONIZ ("O crime...", op. cit., p. 31) que la verdadera lesión del bien jurídico protegido en la falsedad documental sólo se verifica cuando el documento es utilizado como medio de prueba de algún hecho, es decir, cuando es colocado en el tráfico jurídico. Porque, como apostilla la autora, el bien jurídico protegido por este tipo legal es la seguridad del tráfico jurídico y, de forma especial, del tráfico de los medios de prueba (p. 70).

En efecto, como pone de relieve COBO DEL ROSAL⁹⁸, falsificar tiene siempre un fin esencial, normalmente obtener una ventaja ilícita, por ejemplo, conseguir un provecho ilegal. Esto constituye la <ratio> genérica de las falsificaciones: la falsificación por la falsificación no tiene sentido jurídico penal. La finalidad de la falsificación es extrínseca al mero acto de falsificación.

En definitiva, nos encontramos ante un bien jurídico no sólo colectivo, como es la fe pública, sino también ante la necesidad de paliar los perjuicios que pueden sufrir los particulares como consecuencia de la acción falsaria.

En este punto, es significativo el carácter de **delitos complejos** de las falsedades desde el punto de vista de su lesividad, pudiéndose incluir -dice COBO DEL ROSAL- dentro de los llamados potencialmente **pluriofensivos**. Porque, como acabamos de exponer, tales conductas delictivas lesionan no sólo la fe pública como bien jurídico de naturaleza colectiva, sino también singulares bienes jurídicos (propiedad, honor, etc.), cuando menos en la perspectiva de la puesta en peligro de los mismos.

Referida la seguridad al tráfico jurídico como elemento de certeza, firmeza y consistencia, obviamente la misma será valor preferente en el seno de las relaciones jurídicas intersubjetivas en la medida en que los actos que crean, modifican o extinguen estas últimas están adornadas de caracteres auténticos. Efectivamente, el entramado de relaciones jurídicas que integran la dinamicidad del tráfico jurídico exige, para velar por seguridad jurídica, que los hechos, actos o negocios jurídicos sean veraces, auténticos. En este sentido, la protección de los derechos subjetivos

⁹⁸ "Discursos...", op. cit., p. 30.

atendiendo a un "título" o "titularidad" (motivación "objetiva") constituye, afirma LOPEZ BURNIOL⁹⁹, el enfoque clásico del tratamiento de la seguridad jurídica privada y que lo conocemos como "seguridad estática". En cambio, la protección de las situaciones producidas sobre la base de la confianza suscitada por la apariencia ostensible y razonablemente fiable (motivación "subjetiva") es el enfoque moderno que complementa el anterior y que se conoce como "seguridad dinámica".

La **sentencia del Tribunal Constitucional 27/1981**, tras referirse a la intercomunicabilidad de los principios constitucionales que integran el artículo 9. 3 de la Constitución, afirma en relación específica al principio de la seguridad jurídica que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad.

Como indica RODRIGUEZ-PIÑERO¹⁰⁰, cabe una consideración objetiva y otra subjetiva de la seguridad jurídica. En un sentido objetivo la seguridad jurídica es un calificativo de hecho, resultado del cumplimiento de unas exigencias indispensables

⁹⁹ LOPEZ BURNIOL, JUAN JOSE: "Fe pública i mercat de serveis", en "IURIS. Quaderns de Política Jurídica" -Departament de Justicia. Generalitat de Catalunya-, núm. 1, 1994, p. 117. Precisamente, como reseñará más adelante el autor (p. 122), la protección preventiva de la seguridad jurídica se ha venido haciendo efectiva a través de las siguientes instituciones:

- para la esfera de amparo cautelar, la Magistratura y el Ministerio Fiscal, así como el Secretariado de la Administración de Justicia.

- para la esfera documentadora, básicamente el Notario, además de Corredores de Comercio (actos mercantiles) y los funcionarios diplomáticos o consulares (ejercicio de la fe pública documental en otorgamientos de españoles en el extranjero).

- para la esfera publicadora, los Registros técnicos de seguridad jurídica, sean de personas, de bienes o de actos.

¹⁰⁰ "La fe pública como valor constitucional", op. cit., p. 21.

para la creación y aplicación "segura" de la regla jurídica ("legal security"). Implica ello una calidad de la situación o estado de certeza o no incertidumbre de la situación jurídica que ha de conectarse directamente con factores estructurales en la creación, promulgación y aplicación de la regla jurídica¹⁰¹.

Desde la perspectiva subjetiva, la seguridad o certeza ("certainty of law") alude a una consecuencia de esa seguridad en sentido objetivo: la posibilidad de que el individuo pueda prever las consecuencias que el Derecho hace derivar de su actuación, de forma que pueda conocer con claridad la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de sus actos y hechos¹⁰².

Constituyendo la seguridad jurídica una de las exigencias que la sociedad demanda, esta aspiración se erige en uno de los fundamentos de la forma de las normas y actos jurídicos, cuyos presupuestos, requisitos y efectos tienden, entre otras finalidades, a garantizar la certeza de las relaciones¹⁰³. Pues bien, precisamente

¹⁰¹ Cita el autor, a este respecto, a FULLER quien menciona ocho requisitos exigibles para satisfacer la seguridad jurídica, a saber: la generalidad de las normas, la promulgación, la irretroactividad, la claridad, la coherencia, la posibilidad de cumplimiento, la estabilidad y la congruencia entre lo dispuesto en las leyes y su aplicación.

¹⁰² Como dice FLORES MICHEO, "para satisfacer a la persona su deseo de seguridad jurídica, el Derecho le ofrece: objetivamente, la previsibilidad de las consecuencias jurídicas y la exclusión de la arbitrariedad; y subjetivamente, la coacción preventiva y represiva de la norma y los mecanismos y figuras jurídicas que garantizan la estática de las relaciones y la dinámica del intercambio de bienes o servicios, así como la potestad de que cada uno regule soberanamente, dentro de ciertos límites, la singularidad de sus necesidades, dentro de relaciones en las que la situación de cada parte queda establecida con claridad" (FLORES MICHEO, R.: "Formas indirectas o atípicas de garantía", en "Estudios de Derecho Privado", Edersa, Madrid, 1962, vol. I, pp. 587 y ss.).

¹⁰³ Sostiene MEZQUITA DEL CACHO la idea de que "la Forma sirve al fondo de las relaciones jurídicas, ya que constituye la ocasión de control de sus circunstancias y permite proyectar sobre ellas la luz de la libertad y de la equidad, alcanzándose <seguridad sustancial> a través de la <certeza formal>" (op. cit., I, p. 380).

entre esas "formas" destacan, como acaba de exponerse, las dotadas de fe pública, por el grado de fiabilidad que la sociedad y la ley le han atribuido.

En relación con las precedentes consideraciones, la doctrina jurisprudencial ha considerado que en determinados supuestos la falsedad cometida resultaba **irrelevante o inocua** en la medida en que de su comisión no se derivaban consecuencias nocivas para la seguridad y certeza que requieren el tráfico jurídico de las relaciones intersubjetivas.

Ya la **sentencia de 24 de febrero de 1880** señalaba que "si una **falta de exactitud que no tuviere objeto alguno ilícito ni reportase provecho para el actor** no podría reputarse como falsedad, que es, según la Ley de Partida, la imitación, traslación o alteración de la verdad hecha en perjuicio de otro" (CDO. 2º).

Posteriormente, la **sentencia de 21 de octubre de 1954** (Pte. Castejón y Martínez de Arizala. Ar. 2.226) decide la absolución de los condenados por la Sala de instancia al considerar que "la confección por los mismos (procesados) en su carácter de albaceas de un cuaderno particional en el que consta que la causante no tenía a su muerte más que una pequeña cantidad que destinaron al legado por el alma de la testadora **no puede constituir delito**", pues "**ello no crea la situación jurídica o influyente en el tráfico jurídico...** pues tiene el remedio normal de la reclamación de cuota hereditaria y de complemento de partición para los bienes no incluidos" (CDO. 3º).

También la **sentencia de 10 abril de 1969** (Pte. Pera Verdaguer. Ar. 2.238) confirma el fallo absolutorio de la Audiencia en el caso de autos considerando "que la manifestación emitida por un sujeto y reflejada documentalmente, referente a poseer

determinado domicilio, sin ser ello cierto, es **absolutamente inocua** ante el Derecho penal si la única consecuencia que con tal inveracidad se pretende en su caso lograr es la de probar una convivencia con inquilino a efectos de subrogación en contrato de arrendamiento urbano, puesto que tal manifestación unilateralmente emitida se halla en absoluto privada de valor y eficacia, y de ella ningún perjuicio puede advenir a terceras personas, ni tampoco crearse riesgo alguno al tráfico económico, jurídico o de otro orden, tratándose, en definitiva, de extremo plenamente accesorio, no esencial, ni creador o extintivo de vínculo o relación alguna, ni probatorio bajo ningún aspecto, por lo que igualmente debe desestimarse el segundo de los motivos amparado en el núm. 1º del art. 849 de la L.E. Crim., por inaplicación del art. 304, en relación con los 302 núm. 4º y art. 1º, todos del vigente Código Penal" (CDO. 2º).

Por su parte, la **sentencia de 31 de enero de 1972** (Pte. García Tenorio y Sanmiguel. Ar. 371), que absuelve al condenado en primera instancia como autor de una falsedad en documento mercantil -en concreto, se enjuiciaba la creación por el procesado de un cheque correspondiente al talonario de la cuenta corriente de la mujer con la que convivía maritalmente realizada "con anuencia y a sabiendas" de dicha mujer, entregando a ésta el dinero retirado de la sucursal bancaria, pero que es denunciado por la misma "por el enojo de que el encartado hubiese pasado dos noches fuera del domicilio"- por entender que tales hechos "no son útiles para calificarlos como integrantes del delito de falsificación del art. 303 en relación con el número 1 del art. 302 del Código penal, por el que condenó la Audiencia; porque abandonada la materialidad falsaria como única base de comisión delictuosa, ya que **una**

irregularidad formal es inocua en el campo de la punición si no va animada de la vocación del agente de alterar la seguridad del tráfico jurídico" (CDO. único).

Por su parte, la **sentencia de 31 de marzo de 1992** (Pte. Hernández Hernández. Ar. 2.540) se refiere a la mendacidad, en este caso **no inocua** o intrascendente mediando por parte de los procesados la firma de letras de cambio "vacías" o sin causa para, utilizando el descuento que la compañía mercantil de la que uno de ellos era prácticamente propietario -junto con su esposa- tenía en varias entidades bancarias, hacerse primero con el capital figurado en las cambiales, que repartieron entre sí, y conseguir posteriormente que dicho numerario fuera cargado en otro Banco en la cuenta de la compañía de la que el otro acusado era contable, con el fin de aportar, con esta maniobra, dinerario a un negocio que tenían entre sí, creando de esta manera **"un documento inauténtico con daño y peligro para la seguridad del tráfico jurídico (bien jurídico protegido)**, apreciándose así todos y cada uno de los requisitos o elementos precisos para el nacimiento a la vida jurídica del tipo de falsedad en documento mercantil previsto en el artículo 303, en relación con su antecedente el 302, ambos del Código penal"¹⁰⁴.

La **sentencia de 3 de julio de 1992** (Pte. Carrero Ramos. Ar. 6.023), en referencia a la sentencia impugnada, señala que en ésta "no se estima probada la comisión del delito objeto de acusación por faltar algunos requisitos, en primer lugar la mutación de la verdad real pues es cierto que la otorgante de la 2.ª escritura

¹⁰⁴ Hipótesis estas que han servido para separar la falsedad documental de otros delitos con los que nació y con los que ha ido conviviendo a lo largo de su evolución histórica, la cual no ha concluido totalmente y buena prueba de ello es la reciente problemática que se suscita en relación al mundo de los ordenadores y de la informática, en general.

rectificó su expresión de voluntad en el sentido de volver a la primera decisión (adjudicación privada ya liquidada en Hacienda) de aceptar el derecho de usufructo vital y es lo que el Notario rectificó; bien es verdad que este deseo posterior modificó el intermedio pero si la primera copia no hubiera en el intervalo entrado en la Delegación, **todo ello hubiera sido irrelevante para el tráfico jurídico y la fe pública. Las acusaciones en la instancia hacen hincapié en que la reprochabilidad penal reside en la raspadura de «renunciar» por «aceptar» salvada por el Notario, pero más que por su rectificación por haberla hecho, según aquéllos, a sabiendas o al menos presumiendo que el documento ya había entrado en el tráfico jurídico. Así la falsedad estribaría en ese dato más que en su forma" (FD. 2º).**

Para añadir seguidamente que la sentencia impugnada "ha motivado su decisión con extensas razones. En ellas se insiste en que se ha probado que por medio alguno el acusado conociese que la copia hubiese surtido efectos en el tráfico jurídico y, desde luego Hacienda aún no había practicado diligencia liquidatoria alguna (distinta de la correspondiente a la declaración inicial de herederos, con aceptación de usufructo). **De todo ello resulta: a) que no concurre la lesión de la fe pública ya que no se ha falseado el consentimiento de la otorgante; b) no ha surtido efectos en el tráfico jurídico, ni hubo conciencia de las incidencias relacionadas con la oficina liquidatoria; y c) como consecuencia no existió dolo falsario, ya que la rectificación se hizo veritatis causa [S. 10-3-1971].** Aplicado a las figuras del art. 302 no hubo caso para el núm. 3.º pues no se atribuyeron manifestaciones distintas a la otorgante, ni por lo tanto el 6.º y 7.º puesto que el documento coincidía con las manifestaciones concordes con la voluntad de aquélla. Si la aceptación ya estaba

liquidada, la renuncia no existió y el supuesto derecho renunciado no tenía contenido por haber precedido separación judicial, **no había incidencia perjudicial en el tráfico jurídico**" (FD. 4º).

Más cercana de nosotros, la **sentencia de 26 de enero de 1994** (Pte. Moyna Ménguez. Ar. 117) -conociendo del supuesto de la reproducción, por la Secretaria del Ayuntamiento expropiante previamente asesorada por los miembros de la Comisión municipal, en un nuevo impreso debido a su extravío casual, del Acta previa de ocupación de una determinada parcela, la cual contó con la negativa a su firma por uno de los sujetos intervinientes en el procedimiento expropiatorio alegando que el Acta reproducida no se ajustaba a la verdad por cuanto nunca se había levantado respecto a la parcela de referencia y que, además, ésta era de su exclusiva propiedad y no de la sociedad a la que se atribuía en esta Acta-, y con referencia expresa a las sentencias de 26 de noviembre de 1990 y 12 de diciembre de 1991, señala que la falsedad documental exige, esencialmente, la conciencia de la < mutatio veritatis > (voluntad de alterar la verdad consignada en el documento o documentos), en **acción "antijurídica", a través de la cual se ataca la "fe pública" y la "confianza" que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos**, "dolo falsario" que, en el caso cuestionado, no aparece en forma alguna pues la **supuesta imputada falsedad no tiene entidad suficiente para entrar en el "tráfico jurídico"** (FD. 3º).

En orden a la falsedad en los documentos públicos, se ha consignado reiterada y expresamente el tráfico jurídico como objetivo de ataque típico. Cabalmente, también en la falsificación de documentos privados se ha considerado la ofensa al

tráfico jurídico. Y así, la **sentencia de 22 de mayo de 1992** (Pte. Delgado García. Ar. 4263) confirma el fallo absolutorio de la Audiencia Provincial en relación a la acusación a M^a V. por delito de falsedad porque había firmado unos recibos de renta con opción de compra mediante rúbrica semejante a la que venía poniendo en una época anterior la recurrente, cobrando de tal guisa unas cantidades en perjuicio de la querellante, propietaria a la sazón del local arrendado. A este respecto, el Tribunal Supremo entiende que "el conocimiento por parte de todos los interesados respecto de la realidad de esa falsedad ideológica, así como su aceptación continuada por todos ellos durante varias mensualidades en tiempo superior a un año, hace irrelevante el dato de que la firma del recibo fuera puesta por persona distinta de la titular del contrato, **en el sentido de que para nada afecta a la seguridad del tráfico, que es el bien jurídico protegido en esta clase de delito**" (FD. 8º).

4.6. Valor probatorio como objeto de tutela: genuinidad y veracidad de los medios de prueba.

Ahora bien, no basta con reseñar que el bien jurídico protegido por la falsedad sea la fe pública, pues como la opinión dominante y más reciente de la doctrina entiende el concepto de la fe pública comprendería no sólo la confianza y la seguridad del tráfico jurídico, como acabamos de exponer, sino además el interés específico que encuentra una garantía en la genuinidad y la veracidad de los medios probatorios, considerados éstos como objetos o manifestaciones que, según la

conciencia social, merecen un especial crédito en las relaciones intersubjetivas¹⁰⁵.

Sobre el particular, señala VARGAS CABRERA¹⁰⁶ que la doctrina penal de nuestro país viene utilizando el concepto clásico más abstracto de fe pública, aunque en los modernos penalistas principalmente se tiende a concretarlo con las alusiones a la autenticidad del tráfico jurídico y de los medios de prueba. Por ello la doctrina extranjera -v. gr. ANTOLISEI- habla del delito de falsedad como un delito pluriofensivo, pues de un lado ataca la fe pública genéricamente y, en forma específica, el interés que encuentra una garantía en la autenticidad del medio de prueba de que se trate¹⁰⁷. Otros, como FEUERBACH, lo califican de "delito vago y proteico" precisamente por la pluralidad irreductible de bienes jurídicos protegidos que viola o arriesga¹⁰⁸. Señala también este autor que en contra de la admisión de la categoría de delitos pluriofensivos referida a los delitos de falsedad, se ha

¹⁰⁵ En este sentido CASAS BARQUERO, en cita a ANTOLISEI ("El delito...", op. cit., p. 51). Por su parte, BACIGALUPO señala que en la medida en que los delitos de falsedad documental afectan a una "declaración probatoria por escrito", se ha propuesto confirmar una categoría única con todos aquellos delitos que impliquen una falsedad en las declaraciones y agrupar los delitos de falsedad documental con los de falsas declaraciones testimoniales o de peritos, lo que daría lugar a una categoría de hechos punibles que tendrían en común la protección de todo medio de prueba constituido por declaraciones de personas ("Estudios sobre la parte especial del Derecho penal", Ed. Akal, Madrid, 1991, p. 321). Explícitamente, GONÇALVES MONIZ ("O crime...", op. cit., pp. 31 y 70) señala que la verdadera lesión del bien jurídico protegido por la falsedad documental solamente se verifica cuando el documento se utiliza como medio de prueba de algún hecho, esto es, cuando aquél es colocado en el tráfico jurídico, pues no hay que olvidar que el bien jurídico protegido por este tipo legal es la seguridad del tráfico jurídico y, especialmente, del tráfico de los medios de prueba.

¹⁰⁶ "La culpabilidad en las falsedades documentales...", op. cit., p. 206.

¹⁰⁷ Citado por CAMARGO HERNANDEZ, CESAR: "Falsificación de documentos públicos", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1957, tomo X, p. 530.

¹⁰⁸ Citado por QUINTANO RIPOLLES, "La falsedad...", op. cit., p. 58)

argumentado que si la fe pública es un real interés social merecedor de protección por parte del Estado y no una categoría abstracta, queda injustificada la pretensión de una ulterior lesión para la protección del delito de falsedad. No obstante, añade que ha de advertirse que no siempre la falsedad tiene como meta un fin ulterior, sino que también puede agotarse en sí misma y, en su caso, con la teoría de la pluriofensividad quedarían tales hechos impunes.

Entre nosotros, CONDE PUMPIDO¹⁰⁹ indica que consecuencia del carácter pluriofensivo de la falsedad es el doble límite mínimo que separa la falsedad punible y la impune: en primer lugar, por no poder inducir a engaño y no atentar por ello a la fe pública, quedan excluidas del campo penal las "**falsedades groseras**", esto es, aquellas que saltan a la vista y no pueden engañar a nadie. En segundo lugar, por la falta de propósito de perjudicar a tercero quedan excluidas las llamadas "**falsedades inocuas**", es decir, aquellas que afectan a extremos que carezcan de trascendencia jurídica (< falsitas que nemine nocet non punitur >).

Cuando la falsedad no es susceptible de dañar a nadie desaparece el interés penal de la punición porque -citando el autor a MANZINI- en tal caso no hay falsedad jurídicamente estimable. Ambos principios han sido recogidos por nuestra jurisprudencia (sentencias de 25 de noviembre de 1982 y 28 de junio de 1988, entre otras).

Más precisamente, CASAS BARQUERO¹¹⁰ señala que para que la falsedad pueda considerarse jurídicamente relevante debe, en todo caso, dañar o poner en

¹⁰⁹ "Derecho penal...", op. cit., p. 483.

¹¹⁰ "Reflexiones técnico-jurídicas...", op. cit., p. 1.022.

peligro un interés probatorio o de documentación, es decir, ha de crearse al menos una situación de peligro para el medio u objeto probatorio que se falsifica, afectando en alguna medida a la genuinidad o veracidad de ellos¹¹¹. La posibilidad de daño - entiende este autor- debe recaer exclusivamente en aquello que se documenta, se prueba, o quiere probarse con el objeto y no en el ulterior daño público o privado que, como consecuencia de la falsedad, pueda engendrarse o producirse. La acción falsaria ha de ser, por consiguiente, apta para alterar la significación que originariamente se pretendía con lo verdadero o genuino y con independencia de que ello determine otras lesiones en bienes jurídicos distintos del probatorio, normalmente el económico. En definitiva, para CASAS BARQUERO ha de tratarse de un interés probatorio el puesto en peligro el que determine la inclusión del delito en el ámbito propio de las falsedades: es en el ámbito de la prueba donde se encuentra el objeto jurídico de los tipos delictivos que se encuadran bajo el ámbito propio de las falsedades.

Más adelante precisará el autor estas ideas señalando que, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, el concepto de tráfico o de fe no es determinante, sino que adquiere fundamental interés el relativo a la eficacia probatoria del documento y a la necesidad de la tutela del mismo, siendo la característica

¹¹¹ La dogmática distingue, teniendo en cuenta la acción del sujeto sobre el bien jurídico, entre delitos de peligro y delitos de daño; distinguiendo a su vez dentro de la primera categoría los delitos de peligro abstracto y de peligro concreto. El delito de falsificación de documentos es, de acuerdo con GONÇALVES MONIZ ("O crime...", op. cit., pp. 31-34), un **delito de peligro abstracto o presunto**, pues para que el tipo legal se considere realizado no es necesario que, en concreto, se verifique ese peligro, bastando que exista una probabilidad de lesión de la confianza y de la seguridad que la sociedad deposita en los documentos y, por tanto, en el tráfico jurídico.

preponderante en los documentos, propiamente, su valor o eficacia probatoria. De aquí que concluya afirmando que el bien jurídico protegido con la tipificación de los delitos de falsedad en documentos consiste en el interés probatorio documental, que se circunscribe en el interés de una persona en la inexistencia de una prueba falsa idónea para engendrar la prueba de un hecho desfavorable, así como el interés en la integridad o conservación de una prueba verdadera susceptible de crear la prueba o documentación de un hecho beneficioso¹¹².

Consideraciones estas que vienen a coincidir con lo ya expuesto en su día por ROMERO SOTO¹¹³ al afirmar que se protege la fe pública para salvaguardar la prueba documental y a ésta para defender los intereses particulares. La fe pública viene a ser entonces la creencia en la integridad y genuinidad de los medios de prueba, o sea, la confianza en que los documentos son genuinos y veraces, debido a que se han producido conforme a normas legales y que, por ello, pueden servir de prueba.

En estas condiciones la falsedad es, ante todo, un delito contra los medios de prueba, pero no considerados en sí mismos, como formas autónomas, sino como elementos protegidos por la ley en vista de la confianza o fe depositado en ellos por la sociedad y del perjuicio que para ésta resultaría de la alteración de esos medios. De aquí que se pueda concluir afirmando que la ley no protege la función pública documentadora por sí misma, sino como un medio, el mejor, para asegurar la

¹¹² "Reflexiones técnico-jurídicas...", op. cit., p. 1.059.

¹¹³ "La falsedad...", op. cit., p. 26.

capacidad probatoria del documento y el derecho que, por medio de esa prueba, puede hacerse exigible o demostrarse.

La doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo se recoge, explícita y concluyentemente, entre otras, en la **sentencia de 7 de octubre de 1988** (Pte. Bacigalupo Zapater. Ar. 7.713) "**un documento será falso cuando su contenido no refleje la materia que él mismo está destinado a probar**". También en la **sentencia de 27 de junio de 1991**, ya citada, cuando afirma que "**la alteración de los medios probatorios en el diario vivir de un pueblo, atenta al tráfico jurídico cuya autenticidad y seguridad constituye la meta pretendida por el legislador en aras de la confianza que no puede ser defraudada**" (FD. 3º).

Asimismo, la **sentencia de 13 de octubre de 1992** (Pte. Martín Pallín. Ar. 8.318) declara que "**para que exista el delito de falsedad, además del contenido falsario de las declaraciones es necesario, que produzcan una alteración en el mundo exterior, creando una situación jurídica o de hecho distinta de la que existe en la realidad**". Citando más adelante la "**sentencia de 15 de abril de 1966** señala que el Código penal no protege un derecho universal a la verdad, sino que castiga solamente aquellas falsedades que afectan a la fe pública como medio de prueba" (FD. 1º.3).

De este modo, desde un determinado ámbito de la consideración doctrinal, se trata de abandonar el concepto de fe pública, cuya existencia venía puesta en duda también sobre el plano mismo de la lógica formal, y se tiende a buscar otra objetividad jurídica de los delitos de falsedad. Así, en primer lugar, se busca la

identificación de la falsedad con la <inmutatio veri> y, en segundo término, la concepción del documento como medio de prueba de un hecho.

La prueba como bien jurídico protegido por las falsedades documentales se presenta bajo tres dimensiones básicas: de un lado, se ha estimado el bien jurídico de las falsedades documentales como la **genuinidad y veracidad** de los medios de prueba objetivamente reconocidos en los documentos.

Es concluyente en este sentido la **sentencia de 18 de marzo de 1994** (Pte. Martín Pallín. Ar. 2.343) cuando, con ocasión del enjuiciamiento de la conducta de un funcionario que desempeñaba el cargo de agente ejecutivo interino de una Corporación Local y firmó una diligencia de embargo a practicar con una deudora haciendo constar en lugar reservado al ejecutor que se había constituido en su domicilio pese a no haberse desplazado, y habida cuenta que no se había acreditado en el proceso de instancia si la deudora tuvo conocimiento por cualquier otro medio de la citada diligencia de apremio, entiende el Tribunal Supremo que no hay constancia de que se haya causado un perjuicio real a la fe pública. Porque, añade la sentencia, **"para que exista el delito de falsedad es necesario que se produzca un mudamiento o alteración sustancial de la verdad que afecta no solamente a la realidad, sino también a la virtualidad de los actos que se trata de reflejar documentalmente con indudable influencia e incidencia sobre el tráfico jurídico o vida del derecho"**. Y dice aún más: **"La actuación falsaria tiene que ser de tal naturaleza que varíe la genuinidad, sustancia y finalidad del documento provocando un perjuicio en la credibilidad pública o confianza colectiva sobre la veracidad de las actuaciones de los funcionarios encargados de documentar las actuaciones**

administrativas. Solamente entran en los módulos del tipo de la falsedad aquellas mendacidades documentales en las que realmente el interés público se quebrante afectando a la autenticidad y seguridad del tráfico jurídico" (FD. Unico).

De otro lado, se ha caracterizado al bien jurídico en la prueba, pero de forma limitada a aquella que tiene eficacia en el proceso.

Una tercera calificación de la prueba como objeto jurídico de las falsedades documentales es aquella que considera que se produce un atentado a la prueba en sentido amplio, siempre y cuando el documento como simple medio de prueba sea destinado e idóneo a probar algún hecho relevante jurídicamente¹¹⁴.

Así, la **sentencia de 19 de julio de 1993** (Pte. Delgado García. 6.488) se refiere a un borrador del acta de una sesión, en el cual, entre otros acuerdos, figuraba el de denunciar en el Juzgado de Cervera los hechos relativos a dos talones con firmas imitadas, borrador que el procesado se llevó del Ayuntamiento redactando otro diferente en el que se omitía el mencionado acuerdo de denunciar y otros pequeños

¹¹⁴ Por ello, QUERALT ("Derecho penal...", op. cit., p. 362) afirma que lo que verdaderamente se protege con el delito de falsedad es la "capacidad de prueba" de una serie de instrumentos como son los documentos y otros objetos perceptibles por los sentidos. E insiste en ello VARGAS CABRERA ("La culpabilidad en las falsedades documentales...", op. cit., p. 206) cuando, tras referirse a la imprecisión del concepto de < fides publica > para determinar el bien jurídico protegido del delito de falsedad y, en aras de alumbrar dicha imprecisión señala que la razón última de la incriminación sería el riesgo o peligro que de las falsificaciones se pueden derivar para otros bienes o intereses penalmente protegidos por instrumentos o actuaciones falsarias (eficacia de la actuación administrativa, economía nacional, estado civil, derechos patrimoniales, etc.). En este sentido, para BACIGALUPO ZAPATER ("Estudios...", op. cit., p. 321) resulta objetable considerar a este bien jurídicamente protegido dentro de la amplia categoría de los "valores sociales supraestatales" pues, agrega el autor, el tráfico jurídico no puede estar por encima del Estado ya que sin la protección que le brinda éste carecería de toda entidad.

detalles que, pese a que fue firmado por él y por otros concejales, no llegó a reflejarse en el Libro de Actas del Ayuntamiento. En relación a estos hechos, el Tribunal Supremo declara que **"el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es la seguridad del tráfico, que no resulta afectada cuando, como aquí ocurrió, el pretendido documento oficial no puede reputarse tal por carecer, por su propia naturaleza, de aptitud para acreditar como auténtico lo que no lo era"** (FD. 3º).

La **sentencia de 7 de febrero de 1994** (Pte. Hernández Hernández. Ar. 706), conociendo del hecho del otorgamiento del acta previa a una finca determinada del expediente de expropiación en la que se hace constar la presencia e intervención de una persona que en realidad no estuvo ni intervino, consignándose en la misma la fecha de ocupación de la finca distinta a la que se redacta, ratifica la decisión absolutoria de la Sala de instancia de la acusación de falsedad en documento público (art. 302, apartados 2, 3 y 5 del Código penal) porque la falsedad documental exige, esencialmente, la consciencia de la < mutatio veritatis > (voluntad de alterar la verdad consignada en el documento o documentos), en acción antijurídica, a través de la cual **se ataca la "fe pública" y la "confianza" que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos, "dolo falsario"** que, en el caso cuestionado, no aparece en forma alguna pues **la supuesta e imputada falsedad no tiene entidad suficiente para entrar en el "tráfico jurídico"** (FD. 3º).

Ha de ponerse de relieve que la jurisprudencia, después de considerar a la **falsedad en documento público** como el atentado a un interés colectivo y general, y como tal merecedor de fe pública, varía de dirección en cuanto a la consideración

del bien jurídico atacado por las **falsificaciones en documentos privados**, cuyo objeto de tutela se constituye en un interés concreto e individual y, por consecuencia, según se expresa jurisprudencialmente, también en base a las exigencias típicas de irrogación del perjuicio de tercero. Así la falsificación de documentos públicos y oficiales, que se satisface con el perjuicio general y abstracto contra la fe pública y el tráfico jurídico implícito en tales atentados, en tanto que la falsedad documental privada precisa un concreto perjuicio de tercero o, al menos, de propósito de causarlo, que deviene de este modo en elemento subjetivo del injusto que convierte a la infracción en similar a las patrimoniales, perjuicio que no es menester que se valore y cifre en términos pecuniarios como sucede en los delitos que atacan estrictamente la propiedad, sino que se satisface con la exigencia de que la falsedad agrave la posición jurídica de uno de los contratantes que, sin su consentimiento, se ve abocado a asumir mayores responsabilidades a las realmente contraídas¹¹⁵.

Sobre las precedentes consideraciones podemos leer en la **sentencia de 23 de febrero de 1955** (García Murga y Mateos. Ar. 521) que "**el delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil**, que delimita y sanciona el art. 303 del Código penal, no consiste en la obtención de lucro para el agente ni en el perjuicio patrimonial para un tercero, sino en la **alteración material del documento, con mutación de la verdad de su contenido, por alguno de los medios que detalla el 302, siendo el interés de la comunidad el que, de manera fundamental, resulta violado por él**" (CDO. 1º).

Finalmente, en este apartado ha de recogerse la **sentencia de 10 de febrero**

¹¹⁵ Sentencia de 9 de noviembre de 1971.



de 1992 (Pte. Puerta Luis. Ar. 1.110) que, tratando el supuesto muy reiterado de declaraciones inveraces vertidas por particular en escritura notarial, se remite a la sentencia de 15 de julio de 1989 para señalar que **"no todas las manifestaciones inveraces de los particulares ante Notario merecen la calificación de documento público; solamente tienen dicha trascendencia las que inciden en la fe probatoria del documento o en extremos esenciales que el fedatario garantiza;** aquellas otras de las que el autorizante es mero transcriptor, aunque insinceras, no crean el tipo de falsedad documental ideológica del art. 302-4º del Código penal al que hace expresa remisión el art. 303; **habida cuenta, en último término, de que la fe pública es el bien jurídico aquí protegido.** Así las cosas -añade la sentencia-, en un caso similar al presente, dice la sentencia últimamente citada que es incuestionable que la declaración de libertad de cargas de los inmuebles hipotecados, vertida por el acusado en la escritura notarial, no es falta de veracidad que tilde de falsedad al documento, con fundamento en el art. 302-4º del Código penal por cuanto dicha afirmación no queda cubierta por la fe pública que protege el texto legal". Tales afirmaciones sirven al Tribunal <ad quem> para, en aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial al caso examinado, estimar la infracción legal denunciada por la parte recurrente y absolver a ésta del delito de falsedad de que era acusada, "ya que, en último término, **no cabe afirmar que la manifestación inveraz del vendedor inculcado haya influido directamente o trastocado el tráfico jurídico, ni que tenga virtud creadora de situaciones o estados de hecho, o que afecte a extremos esenciales que**

el fedatario garante"¹¹⁶.

La mutación de la verdad para que constituya el delito de falsedad criminal requiere la presencia como presupuesto objetivo o condición material de punibilidad del daño real en la vida del Derecho, al menos apreciado potencialmente, por tener aptitud para generar un perjuicio que se identifique con la antijuricidad de la acción, por lo que únicamente las variaciones esenciales o genuinas en los extremos trascendentes que hayan de garantizar la fe documentada, y no las irrelevantes, inocuas o accesorias, son las que incidiendo en valores públicos o privados dignos de amparo deben acogerse dentro de su contenido y reprocharse, por superar la **simple inautenticidad formal impune, que no afecta a la seguridad del tráfico jurídico**¹¹⁷.

Sobre este particular, la **sentencia de 26 de abril de 1955** (Pte. Lozano Escalona. Ar. 1.251), conociendo del supuesto de un Secretario de un Ayuntamiento que extiende un Acta de una sesión de la Corporación para la elección de un compromisario para las elecciones a Diputados provinciales, dando por asistidos a la referida sesión a los nueve componentes del Ayuntamiento cuando en realidad solamente tres de ellos fueron los asistentes, declara que **"el documento público u oficial tiene por sí propio unas garantías de seguridad y protección jurídica en la vida de relación, y por tanto, no es preciso que se persiga un fin lucrativo, porque lo que se castiga en la falsedad cometida en el mismo es el grave**

¹¹⁶ En el mismo sentido las sentencias de 6 de marzo de 1971, 22 de junio de 1973, 15 de julio de 1989 y 1 de julio de 1991.

¹¹⁷ Sentencia de 11 de febrero de 1972.

quebranto de tal crédito público" (CDO. 3º).

Y la **sentencia de 15 de diciembre de 1986** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 7.916) afirma que "la falsificación de documentos oficiales es figura delictiva que requiere, sintéticamente hablando, **una inveracidad o mendacidad, recayente, sobre extremos esenciales y no inocuos o intrascendentes**, perpetradas en cualquiera de las formas que se enumeran en el artículo 302 del Código penal y con dolo falsario, esto es, **con la intención de faltar o desfigurar la verdad, sea con fines defraudatorios, sea simplemente con fines apócrifos mediante los cuales se atenta únicamente a la fe pública" (CDO. 10º).**

La **sentencia de 27 de mayo de 1988** (Pte. Puerta Luis. Ar. 4.098), citada anteriormente, sintetiza la doctrina de los elementos configuradores de la falsedad documental en los términos que han quedado expresados precedentemente de la siguiente manera:

a) El delito de falsedad documental requiere, para su efectiva existencia, no sólo el cumplimiento de los elementos integrantes del tipo, sino, además, el que la acción respectiva merezca bajo el punto de vista material la consideración de antijurídica.

b) La antijuridicidad de las acciones tipificadas en el artículo 302 del Código penal está constituida por un ataque a la fe pública y, en último término, a la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos, que, en definitiva, constituyen los bienes o intereses protegidos por el tipo penal.

c) Por tanto, no cabe hablar de existencia de delito de falsedad cuando

haya constancia de que los intereses citados no han sufrido riesgo alguno.

d) Consiguientemente, es lícita una interpretación restrictiva de la letra de la Ley, con objeto de adaptarla a la finalidad citada. Y,

e) Por todo ello, la existencia de la falsedad documental requiere que la inveracidad o < mutatio veritatis > varíe la esencia, sustancia o genuinidad del documento, en sus extremos trascendentes, con cambio cierto de la eficacia que debían desarrollar dentro del tráfico jurídico (sentencia de 27 de mayo de 1971); es decir, que para la existencia de este delito es preciso la < mutatio veritatis > -típica- junto con el elemento objetivo que conduce a la antijuricidad de la acción y forja la punibilidad, el daño potencial en la vida del derecho (sentencias de 19 de febrero de 1974 y 23 de noviembre de 1982).

Ya con anterioridad, la **sentencia de 30 de diciembre de 1977** (Pte. Gil Sáez. Ar. 5.044) afirmaba que "por mucha amplitud que se otorgue a la objetividad y formalidad del delito de falsedad documental, bien se trate de documentos públicos o de los denominados oficiales o mercantiles, es **necesario a fin de soslayar posibles consecuencias injustas llevando la protección a ultranza, que la "mutatio veritatis" material o ideológica, varíe la esencia, sustancia o genuinidad, dentro de extremos trascendentes, con cambio o alteración cierta de la eficacia que los documentos falseados debían desarrollar dentro del tráfico jurídico al que se destinaban, ya que las simples variaciones que se manifiestan en la inveracidad sobre circunstancias puramente accesorias o con finalidad desconocida, no pueden por su ausencia de consecuencias, ser objeto de estimación incriminativa,** ya que de

un lado el delito requiere el dolo falsario y de otro precisa del elemento o presupuesto objeto que obre como condición especial de punibilidad, que es el efecto real y tangible en el campo del derecho, al menos potencialmente, a lo que cabe agregar a fines de integración del delito la culpabilidad y antijuridicidad como delito de tendencia, que pretende hacer valer el documento alterado con daño ajeno y provecho del culpable o tercera persona" (CDO. 2º).

II. EL DOCUMENTO COMO OBJETO MATERIAL DE LA FALSEDAD.

1. Concepto de documento.

1.1. Consideraciones previas.

Considerando que nuestro estudio tiene como eje fundamental de análisis la figura penal de la **falsedad documental**¹¹⁸, es evidente que con carácter previo al tratamiento exegético de la misma se requiere un breve análisis -desde el punto de vista conceptual- de ese término **documental**, pues los diversos tipos que, como veremos, se agrupan en torno a esta figura penal tienen por común denominador, desde la perspectiva del objeto material, el **documento**, esto es, aquella porción de la realidad material sobre la que recae la actividad física del agente falsario¹¹⁹.

¹¹⁸ Matiza CARRARA, tras señalar que "el nombre no crea el objeto", que en la falsedad, lo mismo que ocurre en otros casos, "el criterio determinante de la noción de los delitos no puede ser ni el <accidens> del nombre, ni el <accidens> de una materialidad, ni el de la pena, sino solamente la naturaleza del derecho lesionado con el maleficio; y, en el caso de lesión de varios derechos, el derecho prevaleciente ("Programa...", op. cit., vol. IV, parág. 2.365).

¹¹⁹ Señala ROMERO SOTO que no toda alteración escrita de la verdad constituye falsedad documental. De aquí que el autor distinga entre "mentira escrita" y "falsedad documental" para afirmar que para que se configure un delito contra la fe pública se necesita, en primer término, que el escrito tenga todas las características de un documento (inmediatamente veremos que existen documentos no escritos) y, en segundo lugar, que esté destinado o sea adecuado (apto) para servir de prueba sobre la afirmación mentirosa. Así, pone el autor el ejemplo del individuo que consigna en su tarjeta de visita que es médico, sin tener en realidad ese título, que no incurre en

En este sentido es ilustrativa la afirmación de QUINTANO RIPOLLES¹²⁰ al señalar que en el aspecto material de objeto del delito de falsedad y aun en el procesal criminal de <corpus delicti>, el documento es apenas nada, un insignificante trozo de sustancia, generalmente deleznable, radicando toda su importancia en la trascendencia que se le quiera otorgar como receptáculo de valores ideales. En esta perspectiva, el documento es portador de un pensamiento o voluntad capaz de consecuencias en el mundo exterior, jurídicas o no, según el régimen a que se halle sometido y la categoría que las leyes le confieran.

Y ello sin olvidar que la noción de la palabra documento constituye, de acuerdo con este mismo autor, uno de los clásicos puntos de fricción entre las concepciones jurídicas más diversas (penal, civil, administrativa, mercantil y procesal), lo que se corresponde con la naturaleza no sólo ambigua, sino múltiple de este término.

La acción falsaria ha de ejecutarse, necesariamente, sobre una base material concreta que viene constituida por el documento. Solamente respecto de aquéllos objetos en los que quepa la posibilidad de cometer de alguna forma la acción típica descrita legalmente ha de admitirse su consideración como objeto material del delito falsario; el resto podrá seguir teniendo la calificación como documento por asimilación o analogía, pero de ningún modo su alteración no típica será constitutiva de falsedad

falsedad documental porque la tarjeta no es un documento, ya que carece de uno de los elementos sustanciales del mismo cual es el tenor ("La falsedad...", op. cit., p. 28).

¹²⁰ QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO: "La falsedad documental", op. cit., p. 82.

documental.

1.2. Concepto doctrinal: estructura y función del documento.

El concepto de documento encuentra, etimológicamente, una raíz griega en la palabra "dék", proveniente de la locución "dekós", empleada en los círculos religiosos y consistente en un gesto hecho con las manos extendidas para ofrecer o recibir algo. Precedente este que se corresponde con la forma verbal latina "doceo" que, a su vez, constituye una conjunción de los términos "do" y "scio", que quiere decir enseñar, mostrar o hacer conocer¹²¹.

Desde esta perspectiva, y en su acepción más genérica, el concepto de documento equivale a conocimiento o instrucción de alguna cosa: hacer conocer o dar ciencia¹²². Así lo entiende también NUÑEZ LAGOS¹²³, para quien el documento es una cosa -en sentido físico corporal- que "docet", que enseña, que hace conocer: el documento enseña lo que pretende representar, el documento "docet" muestra su

¹²¹ Vid. sobre el particular PARRA QUIJANO, J.: "Tratado de la prueba judicial. Los documentos", Ed. Librería del Profesional, Bogotá (Colombia), 1989, t. III, pp. 3 y ss.

¹²² Cfr. CASAS BARQUERO: "El delito...", op. cit., p. 225, en especial nota 1 bibliográfica; y MARTINEZ PEREDA: "Las falsedades en documentos oficiales", en "Las falsedades documentales", op. cit., p. 79. Una reseña sobre los antecedentes históricos del documento en NAVARRO HERNAN, MANUEL: "El documento auténtico y la casación civil y penal", Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, pp. 67-71.

¹²³ "Hechos y derechos en el documento público", Imp. Viuda de Galo Sáez, Madrid, 1950, pp. 26 y ss.

contenido representativo¹²⁴.

Aparece aquí ya el doble sentido que la palabra documento puede alcanzar: en primer lugar, puede referirse a la instrucción que se da a alguna persona sobre cualquier materia y, especialmente en el contexto jurídico-penal, el aviso y consejo para apartarle de obrar mal; y en segundo término, puede significar el instrumento, acta o escritura con que se prueba, acredita o hace constar alguna cosa¹²⁵.

En cualquier caso, al objeto que aquí interesa se ha de partir de una concepción de documento que ve en éste el objeto o instrumento válido para la representación de un conocimiento o de una declaración de voluntad¹²⁶. Según esto, el documento aparece como la corporeización de un pensamiento¹²⁷, lo que a su vez

¹²⁴ En relación con la naturaleza jurídica del documento, NAVARRO HERNAN alude al perfil físico (material) y espiritual (representativo) del mismo (Op. cit., pp. 72-75). Sobre el concepto del documento en general y las diversas clases del mismo puede verse DOMINGUEZ LUIS, JOSE ANTONIO: "Registro de la Propiedad y Administración Pública", vol. II, pp. 746 y ss. (Tesis Doctoral de inminente publicación).

¹²⁵ Vid. CASAS BARQUERO en cita a VIADA, "El delito...", op. cit., p. 226. Dice CREUS ("Falsificación...", op. cit., p. 14) que "es documento todo el que, con significación de constancia atinente a una relación jurídica, observa las formas requeridas por el orden jurídico como presupuestos para asignar valor de acreditación del hecho o acto que le da vida, modifica o extingue".

¹²⁶ Referencia a QUERALT sobre la expresión "declaración humana", p. 363. Señala CASAS BARQUERO que "los documentos han de ser necesariamente idóneos a la obtención de una representación permanente de unos hechos o pensamientos de la realidad pasada. La capacidad de representación de los hechos es el elemento diferenciador del documento de otros objetos que, en todo caso, puedan tener la cualidad de indicar y, en este sentido, deben excluirse de la categoría de documentos las contraseñas o las marcas, las cuales en todo caso serían constitutivas de indicios" ("Reflexiones técnico-jurídicas...", op. cit., p. 1.067).

¹²⁷ Como observa CREUS (op. cit., p. 17), el documento, como objeto material de la falsificación, exige que la expresión del pensamiento o "tenor" documental esté realmente expresado en él, por lo que "el dislate escrito, carente de significación, no

requiere siempre la presencia de un soporte físico indeleble para la constancia efectiva de dicho pensamiento o declaración de ciencia. Esta composición doble del documento -material y representativa; el perfil físico y el aspecto espiritual- constituyen la **estructura** y la **función** del documento, a partir de la cual, como señala NAVARRO HERNAN¹²⁸, la doctrina científica ha formulado diversas teorías que sintéticamente pueden expresarse del modo que sigue:

a) Teoría de la expresión escrita.- 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**. De ahí que en la mayor parte de las definiciones del documento se alude precisamente al pensamiento escrito de su autor (así, WELZEL, SIEGEL, PRIETO CASTRO, GOMEZ ORBANEJA y NUÑEZ LAGOS).

b) Teoría de la representación.- Formulada por CARNELUTTI a fin de superar los inconvenientes de la teoría anterior y poder reunir en un concepto unitario toda clase de documentos, escritos y no escritos, y según la cual **el documento no es sino una cosa que representa a otra**¹²⁹. En consecuencia, el documento no consiste tanto en la expresión de un

es documento que sea objeto de falsificaciones documentales".

¹²⁸ "El documento auténtico...", op. cit., pp. 72-75.

¹²⁹ Dice expresivamente el autor italiano: "La persona, en cuanto representa un hecho, se llama testigo; la cosa, en cuanto representa un hecho, se llama documento" ("Teoría General del Derecho", traducción española, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 363).

pensamiento cuanto en la representación de éste. Cuatro son las notas que caracterizan esta formulación teórica:

- el documento es una cosa que representa otra.
- junto a los documentos escritos se califican como tales las reproducciones mecánicas: fotografías, fotocopias, xerocopias, cintas magnetofónicas, discos, radiografías, etc.
- a las reproducciones mecánicas se les llama documentos directos, y a los escritos, indirectos.
- el hecho que el documento representa no se halla dentro, sino fuera del propio documento.

c) Teoría de la reflexión.- Constituye una modalidad de la anterior y, en cierto modo, también se debe su formulación a CARNELUTTI. Para esta posición, **el documento es el espejo en que el contrato se refleja**. Al igual que la teoría de la representación toma en cuenta las reproducciones mecánicas como documentos, si bien separa éstos del hecho o hechos que forman su contenido¹³⁰.

Con estos precedentes, estamos ya en condiciones de apuntar una definición

¹³⁰ Por lo que a la aptitud probatoria del documento se refiere, las teorías que en esta perspectiva se han formulado -y que NAVARRO HERNAN reseña- son, entre otras, las siguientes:

- a) Teoría de la prueba legal (FURNO).
- b) Teoría de la certeza jurídica (MOSSA).
- c) Teoría del medio de prueba procesal de naturaleza real (GUASP).
- d) Teoría de la publicidad del documento (SORIANO).
- e) Teoría de la legitimidad (Notarialistas españoles).

de lo que ha de entenderse por documento. Y así, por tal se entiende el soporte material en el que se incorpora un pensamiento¹³¹ destinado a entrar en el tráfico jurídico¹³². Sobre esta base puede afirmarse que soporte documental puede serlo cualquiera que tenga una cualidad material corpórea, lo que a su vez comporta las siguientes **notas**:

- a) la **vinculación** del pensamiento humano que se quiere reflejar con su soporte;
- b) la **perdurabilidad** del soporte mismo y de su contenido durante cierto tiempo;
- c) la **visualización** del pensamiento a través de dicho soporte¹³³.

Es por ello que tradicionalmente se suele identificar el documento con el documento escrito, constituyendo de esta manera la escritura el soporte físico por antonomasia¹³⁴. Correspondencia esta que sin embargo ha de ser revisada en los momentos actuales en los que, como de inmediato comprobaremos, la incorporación de las modernas tecnologías a los procesos de difusión de la información y el conocimiento ha provocado la aparición de nuevos soportes físicos como canalizadores

¹³¹ CASAS, op. cit., p. 226.

¹³² RODRIGUEZ DEVESA, p. 935. En el mismo sentido, con cita de éste, BACIGALUPO: "Estudios...", p. 322.

¹³³ ROMEO CASABONA: "Poder informático y seguridad jurídica", Fundesco, Madrid, 1988, p. 78. Un tratamiento más amplio de estas notas en CASAS BARQUERO, op. cit., pp. 246 y ss.

¹³⁴ Vid. RODRIGUEZ DEVESA, "Derecho penal. Parte especial", op. cit., p. 935 y QUERALT JIMENEZ, "Derecho penal. Parte especial", op. cit., p. 362.

de la difusión del pensamiento humano y, en consecuencia, merezcan la misma consideración de documento.

Nos referimos por supuesto no ya a soportes más clásicos, pero de novedosa configuración física, como los planos o la fotografía, sino a productos de la innovación tecnológica tales como las cintas magnetofónicas, los videos, los discos y bandas magnéticas de los ordenadores, etc., esto es, instrumentos que posibilitan la corporeización de un pensamiento y que en el momento presente tienden a relegar a un segundo plano el hasta ahora protagonismo y exclusividad ostentado por el papel. Problema distinto, pero al cual habrá ocasión de referirse en otro lugar, es el referido a la mayor o menor fiabilidad de estos nuevos soportes físicos y su mayor o menor susceptibilidad de falsificación, como pone de relieve QUERALT¹³⁵.

Podríamos concluir, pues, con CREUS señalando que, en cuanto objeto material del delito de falsedad documental, es "documento todo el que, con significación de constancia atinente a una relación jurídica, observa las formas requeridas por el orden jurídico como presupuestos para asignar valor de acreditación del hecho o acto que le da vida, modifica o extingue"¹³⁶

¹³⁵ Op. cit., p. 363. Ello no obstante, la **sentencia de 28 de octubre de 1994** (Pte. Martínez-Pereda) reitera la doctrina de la Sala que tiene repetidamente declarado que carecen de carácter "documental", eso sí, a efectos casacionales, las cintas magnetofónicas y las cintas de video-cassette por la falta de "perseidad", "autarquía" y "litosuficiencia" en las mismas (sentencias de 3 de marzo de 1990, 9 de julio de 1993 y 18 de abril, 21 y 23 de mayo de 1994).

¹³⁶ "Falsificación...", op. cit., p. 14. Insiste el autor en que "la decisión sobre el carácter de documento penalmente falsificable dependerá de su inclusión en el ordenamiento normativo como instrumentación merecedora de fe" (p. 16). Al mismo tiempo, se subraya que para que el documento alcance la cualidad de típico en la falsedad documental "debe tener una significación jurídica actual, o sea, tiene que producir o ser capaz de producir efectos jurídicos, ya por constituir la prueba de un

1.3. Concepto legal. El fenómeno informático en la falsedad documental.

Es coincidente la doctrina¹³⁷ en destacar la ausencia en nuestro Derecho de un concepto de documento¹³⁸, no obstante la referencia que por parte

acto ocurrido y por medio del cual se hayan extinguido obligaciones, facultades, etc., ya por expresar la voluntad del sujeto otorgante de obligarse en el futuro, o crear derechos u otorgar facultades a otro sujeto" (pp. 23 y 26). En definitiva, se requiere la "juridicidad" o trascendencia jurídica del documento (p. 28)

¹³⁷ Por todos, RODRIGUEZ ADRADOS: "El documento en el Código Civil", Revista de Derecho Notarial, núm. CXLIII, 1989, pp. 214 y ss., y LUZON CUESTA: "Compendio de Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Dykinson, Madrid, 1990).", p. 262. Ya QUINTANO RIPOLLES ("La falsedad...", op. cit., p. 85) reparaba que "la ausencia de definición penal del documento y del alcance de sus diversas calificaciones es fuente de errores motivados por la diferente valoración jurídica en lo penal y lo extrapenal". Por ello, añade el autor, lo preferible es que la propia norma predetermine el alcance de su terminología, como lo han hecho para el documento y sus clases el Código noruego, el polaco y el suizo.

¹³⁸ Es de reseñar en este punto que en el Proyecto de Código Penal de 1992 se previó por vez primera un concepto de documento en su artículo 376.1 para entender por tal, a los efectos de dicho texto legal, "todo papel o soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones de inmediata o potencial relevancia jurídica o eficacia probatoria". Dentro de este concepto el precepto incluía, sin perjuicio de otros, los siguientes documentos: "1º Los documentos públicos u oficiales emitidos o autorizados por el Jefe del Estado, autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, los obrantes en oficinas o registros públicos, los que contengan sellos o membretes cuyo uso esté reservado a dichas autoridades o funcionarios, y el documento nacional de identidad. 2º Los documentos de la Administración o de los particulares emitidos o usados en las relaciones comerciales, industriales o económicas, o en la actividad de las sociedades o cualquier otra persona jurídica. 3º Los documentos privados, creados o utilizados por los particulares o personas jurídicas en sus relaciones directas, indirectas, postales o telegráficas, no comprendidos en el número anterior. 4º Los demás documentos de identidad o acreditación y los certificados referidos a personas o cosas. 5º La matrícula, folio o registro de cualquier vehículo automóvil, embarcación o aeronave". Sin embargo, dicho Proyecto no vió la luz finalmente y en el actual Anteproyecto de Código penal de 1994 un precepto como el referenciado ha desaparecido, perdiéndose de esta manera la oportunidad de colmar el vacío legal a este respecto existente.

de algún autor se hace al artículo 208.1 del Proyecto de Código Civil de 1821 en el que se habla del "instrumento" como el escrito en el que se se perpetúa la memoria de un hecho, fórmula esta originaria de Las Partidas y que subsiste en el artículo 1.215 del Código Civil vigente donde al enumerarse los medios de prueba se alude a la de "por instrumentos"¹³⁹.

Para subsanar esta laguna, la propia doctrina se ha encargado de acuñar un concepto de documento por el que ha de entenderse el escrito en que se recoge una manifestación de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio atribuible a una persona determinada, con ánimo y potencial aptitud de incorporación al tráfico jurídico¹⁴⁰.

La dificultad estriba en que el capítulo IV del título III del libro II del Código penal vigente reza "De la falsificación de documentos", incluyendo en las secciones incluídas en este capítulo y el propio texto de los artículos integrados en ellas, en

¹³⁹ Concretamente RODRIGUEZ ADRADOS, op. cit., p. 216.

¹⁴⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE: "Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pp. 542-544. Por su parte, QUINTANO RIPOLLES ofrecía la siguiente definición de documento a efectos penales: "todo objeto transmisible emanante de una persona y que sea susceptible de constituir, disponer o testimoniar un derecho a un hecho de trascendencia jurídica". Definición esta que, como se encarga de precisar el propio autor, tiene un alcance ciertamente penalístico que "nada prejuzga de su valor en otros terrenos civiles, procesales o mercantiles". En efecto, como ya se ha adelantado y en ello insiste QUINTANO, "en defecto de una definición legal, tenemos en nuestro Código penal vigente una terminología que es menester concordar con la civil, mercantil y procesal; labor no siempre sencilla y sujeta a ambigüedades cuando la valoración es diversa" ("La falsedad...", op. cit., pp. 86-87). Por su parte, ROMERO SOTO define el documento como "todo escrito que contiene una manifestación de voluntad o una declaración de verdad jurídicamente relevante, aptas para servir de prueba y cuyo autor puede ser claramente identificado" ("La falsedad documental", op. cit., p. 31).

ocasiones, objetos que, literalmente, no aparecen concebidos como documentos, tales como los despachos telegráficos (art. 305), documentos de identidad (arts. 308 a 310), certificados de enfermedad (art. 311), de méritos o de servicios (art. 312), sometidos a su correspondiente normativa.

Ahora bien, siendo cierto el tradicional vacío normativo a la hora de ofrecérsenos un concepto de documento, al menos por lo que al Código Civil se refiere, conviene recordar que ha sido la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Nacional la que ha venido a colmar este hueco legal para definir en el artículo 49.1, a los efectos de dicha Ley se precisa, el documento como "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". Comprobamos pues que este concepto legal define en su justa dimensión la realidad del fenómeno documental en el momento presente, haciendo referencia expresa a la incorporación de los nuevos soportes provenientes de las modernas tecnologías tal como anteriormente señalábamos. Pero también es cierto que no deja de ser esta una concepción estrictamente material o corporal, todo lo más referencial de una determinada forma de exteriorización o expresión del hecho, sin que indique el grado de su valor o eficacia en el mundo jurídico¹⁴¹.

Porque la definición de documento público que aparece en el artículo 1.216 del Código Civil, según la cual "son documentos públicos los autorizados por un Notario

¹⁴¹ DOMINGUEZ LUIS, "Registro de la Propiedad...", op. cit., II, p. 749.

o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley"¹⁴², da por supuesto, como percibe RODRIGUEZ ADRADOS¹⁴³, el previo concepto de documento que el propio Código Civil omite.

De aquí el concepto que propone el autor se deduzca de una interpretación sistemática de los diversos artículos de este texto legal en que dispersamente aparecen referencias al documento¹⁴⁴, resultando entonces que por documento ha de entenderse la expresión, en principio escrita, de un pensamiento humano jurídicamente relevante, el pensamiento de su autor, y en su caso, del autor o autores de las declaraciones que contiene.

Según esto, la relevancia jurídica del documento no se reduce a constituir el medio de prueba, procesal y extraprocesal, regulado en los artículos 1.215 a 1.230

¹⁴² Esta definición vendría a coincidir con el concepto de "**documento o acto auténtico**" -habida cuenta que en nuestro Código civil no se establece la distinción entre documento público y documento o acto auténtico-, y de ella podrían extraerse las siguientes para que el escrito sea considerado auténtico:

- a) El escrito debe ser **redactado por un funcionario público competente** (notario, encargado del Registro Civil, Secretario judicial, Cónsul, etc.).
- b) El escrito debe ser redactado **respetando ciertas formalidades**, entre ellas, la firma por las partes que intervienen en su redacción.

La esencialidad de las formas es tal que, de acuerdo con el artículo 1.223 del C.C., "la escritura defectuosa, por incompetencia del Notario o por otra falta en la forma, tendrá el concepto de documento privado, si estuviere firmado por los otorgantes".

¹⁴³ RODRIGUEZ ADRADOS, ANTONIO: "Comentario al artículo 1.216 del CC", en "Comentario del Código Civil", op. cit., t. II, pp. 327 y ss. También puede verse del mismo autor "El documento en el Código Civil", op. cit. pp. 225 y ss., donde acompaña su exposición con ilustrativas referencias a los precedentes sobre la materia en nuestra codificación civil y en la europea.

¹⁴⁴ Entre ellas, los arts. 632 y 633 en materia de donaciones; 1.321 sobre capitulaciones matrimoniales; 1.462 sobre tradición instrumental; 1.865 y 1872 sobre prenda y 1.875 sobre hipoteca; además de los dos títulos especialmente dedicados al Registro Civil -arts. 325 a 332- y al Registro de la Propiedad -arts. 605 a 608-.

del Código civil y 578 y 596 a 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁴⁵, sino que también es medio de constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas; medio de consecución de la certeza jurídica; medio de legitimación y medio de publicidad, entre otras importantes funciones que más adelante examinaremos¹⁴⁶.

Téngase en cuenta la prevención anteriormente apuntada sobre la actual no exclusividad de la escritura papilográfica como soporte físico de manifestación de la voluntad o conocimiento¹⁴⁷. En este sentido, hay que destacar que al intentar

¹⁴⁵ Como indica QUINTANO RIPOLLES la referencia a la definición descriptiva genérica del art. 1.216 del CC y a la enumerativa del 596 de la LEC es imposición consecuencia de la remisión pura y simple que hace nuestro Código penal a las fuentes extrapenales para definir el documento. Para añadir que "los defectos técnicos del tratamiento de las falsedades en nuestro Código provienen, en lo objetivo, de la falta de coordinación entre las terminologías penal, civil y procesal, así como del hecho de que los preceptos de la primera tengan prácticamente la categoría de tipificaciones <en blanco>" ("La falsedad...", op. cit., pp. 89-90).

¹⁴⁶ Afirma VAZQUEZ IRUZUBIETA ("Doctrina y jurisprudencia del Código Penal", Revista de Derecho Privado, 1988, p. 1.374) que el documento es para el Derecho o un instrumento de prueba o un requisito necesario para dar nacimiento a ciertas declaraciones o derechos en los casos en que la Ley exige la certeza escrita <ad solemnitatem> (en algunas legislaciones extranjeras la escritura pública para la transmisión de bienes inmuebles y demás derechos reales y en nuestro Derecho las capitulaciones matrimoniales, conforme al artículo 1.327 del Código civil, que exige la escritura pública para su validez).

¹⁴⁷ Pone de relieve NAVARRO HERNAN que en nuestro Derecho, cuando los textos legales utilizan los vocablos documentos, sean éstos públicos o privados, se están refiriendo normalmente a documentos "escritos". Así, por ejemplo, los artículos 1.216 a 1.230 del Código civil, en cuyos preceptos se emplean frecuentemente las palabras "escrituras", "letras", "escritos", etc. Y el propio artículo 1.248 del mismo cuerpo legal se refiere a "los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados, o algún principio de prueba por escrito". Incluso el artículo 51 del Código de comercio, fiel a esta concepción clásica de documento, determina que la correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio en "contrato escrito". No obstante, se resalta cómo ya en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal -"dirigida más abiertamente a la búsqueda de la verdad material", dice el autor- cita como expresos medios probatorios los planos y fotografías. Este es el caso del artículo 327, que dispone que "cuando fuere

construir el concepto de documento sobre los modernos inventos de la técnica -a ellos alude el art. 49.1 de la LPHE como acabamos de ver- se ha difundido la teoría de que el documento no contiene directamente la "expresión" del pensamiento humano, sino sólo su "representación" o su "reflejo" originando la desnaturalización del concepto de documento. Precisamente, la nota de corporalidad ha estado casi siempre referida al soporte físico papel y escritura, y como ejemplo puede citarse, por todos, la definición de documento que ofrece PRIETO CASTRO¹⁴⁸ al decir de éste que se trata del objeto o materia en que consta, **por escrito**, una declaración de voluntad o de conocimiento o cualquier expresión del pensamiento, según resulta de los preceptos de la legislación positiva.

Sin embargo, ya QUINTANO RIPOLLES¹⁴⁹ observaba que en nuestro Código penal no se habla concretamente, como ocurre en el francés, de "escrito", por lo que se planteaba lícitamente la previa cuestión de si el término documento había

conveniente para mayor claridad o comprobación de los hechos, se levantará el plano del lugar(...) o se hará el retrato de las personas que hubieren sido objeto del delito, o la copia o diseño de los efectos o instrumentos del mismo que se hubieren hallado" ("El documento auténtico...", op. cit., pp. 75-76). Por ello se suele hablar de los problemas que soporta la informática para llegar a "suprimir" el documento escrito (papel), que es obligatorio en la mayoría de las transacciones. Estos problemas se deben de una parte, a la seguridad que se le ha acordado al documento escrito y, por otra, a la "bendición" jurídica del documento escrito, al ser considerado como el medio probatorio perfecto. En este sentido, advierte VIVANT que "la reticencia y la resistencia frente a los procesos informáticos es un hecho a no descuidar por parte de los juristas" (CARRASCOSA LOPEZ, VALENTIN; BAUZA REILLY, MARCELO y GONZALEZ AGUILAR, AUDILIO: "El Derecho de la prueba y la informática", en "Informática y Derecho", núm. 2, Revista del Centro Regional de Extremadura de la UNED, Mérida, 1991, p. 57).

¹⁴⁸ "Derecho Procesal Civil", Tecnos, Madrid, 1980, p. 155.

¹⁴⁹ "La falsedad...", op. cit., p. 87.

de circunscribirse exclusivamente a esta forma de manifestación. Aludía el autor a la opinión de otros destacados penalistas (PACHECO, GROIZARD, VIADA y CUELLO CALON), en los que está siempre presente la referencia al elemento escriturario como soporte característico del concepto de documento, para expresar su criterio favorable a la exégesis extensiva del vocablo.

Cabalmente, señala el autor, salvo en los números en que se hace referencia expresa o tácita a formas escriturarias, como los 1º, 5º y 8º del art. 302 (Código penal de 1944), la falsedad puede muy bien recaer sobre objetos no precisamente escritos, siempre y cuando sean obra humana y respondan a una manifestación de voluntad testimonial o probatoria. Reconoce que es casi seguro que la intención del legislador (dada la época y ambiente de afrancesamiento en que el Código inicial de 1848 se gestó) fué la de amparar tan sólo, bajo el nombre de documento, la escritura, pero puntualiza a continuación que tiene por provechosa la posibilidad de una interpretación amplia del concepto, que el texto de la ley tolera y que no permite incriminar interesantes actividades falsarias que de otro modo tendrían difícil encaje en lo penal.

Ahora bien, sin coincidir con la tesis germánica según la cual es documento cualquier objeto apto para la prueba¹⁵⁰, entiende QUINTANO que "no sólo (es)

¹⁵⁰ Enfrente, la concepción latina más restringida y de la que son exponentes PACHECO, GROIZARD, VIADA, JIMENEZ ASENJO, RODRIGUEZ DEVESA, MUÑOZ CONDE, CORDOBA RODA, BACIGALUPO Y CASAS BARQUERO, entre otros. Para BACIGALUPO, concretamente, el carácter de escrito del documento es dimanante de los artículos 1.216 del CC y 596 de la LEC ("Estudios ...", op. cit., p. 323). Por su parte, CORDOBA RODA subraya que es preciso tener en cuenta no sólo que el requisito de la escritura aparece implícito a las nociones de documento en el lenguaje vulgar y jurídico extrapenal, sino que de prescindir de la referida exigencia adquiriría el concepto de documento un ámbito desmesurado por ausencia de un

posible, sino también deseable el abarcar en el término documento cosas no escritas, pero de trascendencia documental y probatoria evidente": concretamente cita la fotografía, la fotocopia o el plano¹⁵¹.

La nueva realidad social presenta un desarrollo tecnológico e informático que no puede ignorarse, y mucho menos por el Derecho, que ha de procurar acompasar, cuando no mejor preveer, los nuevos pasos en que se desenvuelve ese progreso social¹⁵².

A este respecto, y así lo pone de relieve HEREDERO HIGUERAS¹⁵³, las nuevas tecnologías permiten prescindir del soporte, significantes y significados tradicionales (papel, palabra, gráfico, imagen) para utilizar magnitudes físicas que

adecuado criterio delimitador ("Comentarios al Código Penal", Ed. Ariel, Barcelona, 1978, tomo III, p. 777).

¹⁵¹ En cambio, FERRER SAMA consideraba que muchos de los medios admitidos por el Derecho penal como probatorios "no pueden calificarse de documento a efectos penales; tal ocurre con los discos de gramófono, las fotografías y otros análogos". No obstante, admite la consideración de la fotografía como documento cuando precisamente lo es de un escrito (fotocopia) ("Comentarios...", op. cit., tomo III, p. 328). Más matizado, ORTS BERENGUER entiende que nada se opone a que objetos que por sí mismos no constituyen un documento, como es el caso de un plano, pero que han sido agregados a un documento, de forma que éste efectúe remisiones o alusiones a aquél, si experimentan alguna manipulación de las tipificadas que afecte a extremos esenciales, transfieren los efectos de las alteraciones al propio documento, dando pie a la existencia de un delito de falsedad documental ("Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 228). Así también LUZON CUESTA, para quien determinados objetos, como planos o fotografías, pueden ser objeto de falsedad documental en cuanto forman parte de un documento compuesto en el que será esencial la escritura ("Compendio...", op. cit., p. 262).

¹⁵² DOMINGUEZ LUIS, "Registro de la Propiedad...", op. cit., II, p. 749, nota núm. 708.

¹⁵³ "Valor probatorio de los documentos electrónicos", en "Encuentros sobre Informática y Derecho" 1990-1991, ICADE-Aranzadi, Madrid, 1992, p. 19 y ss.

representen, mediante la codificación binaria de los datos en un soporte informático, nociones y noticias susceptibles de registro, proceso y transmisión. Afirma el autor que la doctrina tiende, en general, a equiparar documento con escrito y ello estimando que es una consecuencia de una interpretación correcta de los artículos 1.215 del Código civil y 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los términos antes expuestos.

Ahora bien, el "**documento electrónico**" -término corrientemente utilizado para designar el más exacto y significativo de "**documento informático**" o "**documento informatizado**"- es propiamente un soporte de información: el documento escrito es una de las varias modalidades del soporte de información, aquella en la que la información está representada por los signos del lenguaje. Pero otra modalidad es la constituida por un soporte de información creado mediante un sistema informático: aquí el soporte no es el papel, sino un disquete, una cinta, un disco magnético, etc. y los "significantes" o signos representativos del contenido o "significado" pueden no ser palabras, grafismos o imágenes, sino magnitudes físicas que representan en forma codificada unas nociones o noticias y son susceptibles de registro, proceso y transmisión¹⁵⁴.

¹⁵⁴ La doctrina (Vid. CARRACOSA LOPEZ, VALENTIN, BAUZA REILLY, MARCELO y GONZALEZ AGUILAR, AUDILIO: "El Derecho de la prueba y la informática", op. cit, pp. 60-61) se ha encargado de exponer las diferencias y similitudes entre el documento escrito y el soporte informático.

- La **diferencia** más destacada es aquella en virtud de la cual se sostiene (X. LINANT DE BELLEFONDS y A. HOLLANDE) que el registro informático no puede ser considerado como una información escrita en el sentido jurídico, por tres razones principalmente:

- a) el escrito no puede concebirse sin soporte papel. El registro informático puede ser fácilmente modificado, mientras que el documento escrito es aún difícil de modificarlo sin dejar huellas.
- b) El escrito debe ser firmado, mientras que el documento informático contiene llaves de acceso. Estas son formalidades de finalidades diferentes en cada tipo

En conclusión, "el soporte informático sobre el que se encuentran palabras u otros signos que identifican ideas, es un documento con todas las características de cualquier otro de los que tradicionalmente se aceptan en soporte papel"¹⁵⁵.

En todo caso, **hay que aceptar la virtualidad jurídica de esta clase de documentos por la exigencia misma de la realidad social en que se desenvuelven las actuales relaciones jurídicas, como ha tenido ocasión de subrayar el Tribunal Supremo -Sala Segunda- en sentencia de 5 de febrero de 1988, avanzando en la**

de documento.

c) En el caso de un registro informático la diferencia entre copia y original desaparece, mientras que en el documento escrito esta diferencia es de gran importancia.

- La **similitud** entre documento escrito y documento informático para otros autores (LARRIEU, BORUSSO, AMORY y POULLET) es evidente, pues este último no es sino una manera electrónica de escribir. Los argumentos que se exponen en este sentido son los siguientes:

- 1) El lenguaje binario puede ser considerado como un alfabeto, porque la Ley no dice cuáles son los signos por los cuales debe manifestarse la escritura.
- 2) Se ha discutido el lenguaje binario que utiliza la informática porque no es inteligible directamente. Al respecto, se vuelve a reseñar que la Ley no se pronuncia al respecto: ésta no precisa que los signos deben ser leídos o inteligibles al momento de la creación del documento. Lo contrario significaría un obstáculo no sólo para los registros informáticos, sino para otras técnicas de reproducción de documentos ya aceptadas por la Ley, como puede ser el caso de los microfilmes o microfichas, solamente inteligibles con la ayuda de aparatos específicos (lectores de microfichas, pantallas).
- 3) El carácter indestructible y la permanencia del soporte no constituyen una exigencia legal. La Ley no precisa la indestructibilidad del soporte. Tanto el documento escrito como el soporte informático se enfrentan a riesgos similares de destrucción (fuego, humedad, etc.).
- 4) El carácter de irreversibilidad del documento escrito podría ser el punto débil de soporte informático. Ahora bien, tampoco la Ley exige el carácter indeleble de la escritura (se puede escribir en lápiz). Frente a la falsificación los dos tipos de soporte corren los mismos riesgos y se benefician de la misma protección penal.

¹⁵⁵ DAVARA RODRIGUEZ, MIGUEL ANGEL: "Derecho Informático", Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 386.

línea marcada por la sentencia de la Sala Primera de 30 de noviembre de 1981, al decir que las relaciones de medios probatorios de las leyes rituales no tienen un carácter exhaustivo, puesto que las innovaciones tecnológicas (cine, video, ordenadores,...) "pueden y deben incorporarse al acervo jurídico procesal en la medida en que son expresión de una realidad social que el derecho no puede desconocer". En esta perspectiva, habría que considerar la plena validez jurídica del documento electrónico en cuanto inserto dentro del concepto jurídico usualmente manejado¹⁵⁶.

Por otra parte, ya se ha hecho referencia a la atención particular que dedica la **Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJPC)** a la difusión en el ámbito de la Administración Pública del tratamiento automatizado y registro de la información en soportes informáticos mediante la **incorporación de las técnicas informáticas y telemáticas** (cfr. arts. 38.3 y 4, y 45), reconociendo los documentos generados por estos medios, una vez cumplidos determinados requisitos de identificación y seguridad, "como adecuados para ser utilizados en su función instrumental, para mayor garantía, agilización y flexibilidad de los procedimientos"¹⁵⁷.

¹⁵⁶ DOMINGUEZ LUIS, "Registro de la Propiedad...", op. cit., II, p. 749, nota núm. 708.

¹⁵⁷ DAVARA RODRIGUEZ, "Derecho informático", op. cit., p. 382, y también en "El documento electrónico en la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", Revista de Administración Pública, núm. 131, 1993, pp. 455 y ss. En el mismo sentido, DOMINGUEZ LUIS, op. y loc. citadas.

Llegados a este punto es de rigor verter algunas consideraciones en relación con la falsificación a través de medios informáticos, cuestión esta que, como subraya GONÇALVES MONIZ¹⁵⁸, reviste gran dificultad, sobre todo por lo que se refiere a la integración de estos nuevos instrumentos -el programa informático, los datos informáticos- dentro del concepto tradicional (escrito) de documento. Ahora bien, a este respecto hay que apuntar que si bien en la mayor parte de las legislaciones (a excepción, precisamente, de la portuguesa y de la alemana) la falsificación de documentos está restringida a la noción de documento escrito, hemos comprobado que en nuestro caso el concepto ha sido objeto de una ampliación por vía jurisprudencial y doctrinal para comprender dentro del mismo a otros soportes físicos además del papel escrito, en este caso los medios informáticos.

Indica la autora que, en el ámbito de la Informática, la manipulación de los datos de este carácter se puede realizar tanto en fase de introducción de nuevos datos como en fase de tratamiento de éstos (manipulaciones "input"), como en fase de salida de estos datos (manipulaciones "output"). Pues bien, es dentro de esta última categoría donde se incluye la falsificación de datos informáticos, la cual puede realizarse a partir de una manipulación del programa (falsificación en fase de programación) o una manipulación en fase de operación, normalmente a través de una manipulación de ficheros, también denominada "manipulación de consola"¹⁵⁹.

¹⁵⁸ "O crime...", op. cit., pp. 247 y ss., a quien seguimos en este tema.

¹⁵⁹ Op. cit., pp. 252-253. Es interesante a este respecto la diferenciación que hace la autora entre **datos informáticos** y **programas informáticos directamente insertados en el ordenador** en relación con la posibilidad de comisión del delito de falsificación. Y así, en la medida en que los datos informáticos reflejan un pensamiento humano cuando los medios informáticos son utilizados como objeto

Por lo que se refiere al denominado sabotaje de programación de datos realizada a través de la alteración o supresión de datos almacenados en ficheros magnéticos, nos encontramos también en este caso una forma de falsificación de datos informáticos que en cuanto portadores de las mismas características de un documento debe ser también castigada como falsificación de documentos.

En cualquier caso, se reconoce la dificultad de descubrir la falsificación realizada por medios informáticos sobre documentos de la misma naturaleza, tanto por lo que se refiere a la acción delictiva como a los efectos de la misma habida cuenta la singularidad del propio medio en que nos situamos. Por otra parte, se trata de una clase de delito cuyos efectos son permanentes, a la vez que se multiplican de forma automática, principalmente en el caso de la manipulación de programas o de datos¹⁶⁰.

En definitiva, para GONÇALVES MONIZ¹⁶¹, constituye delito de falsedad informática todo aquel que introduce, modifica, oculta o suprime datos o programas informáticos, o interfiere un tratamiento automatizado de datos, con intención de provocar engaño en las relaciones jurídicas, siempre que esos datos o programas sirvan como medio de prueba, de suerte que su visualización produzca los mismos

material donde dicho pensamiento encuentra plasmación, cabe la falsificación documental, pues el delito de falsedad presupone que el documento contenga una declaración de voluntad idónea para producir un hecho jurídicamente relevante. En cambio, tratándose del programa informático, como quiera que éste no contiene una declaración de voluntad, la falsificación, adulteración o alteración del mismo no puede constituir el delito de falsificación de documentos, al menos en la perspectiva del Código penal portugués.

¹⁶⁰ Op. y loc. citadas.

¹⁶¹ Op. cit., pp. 265-266.

efectos que un documento falso. Se trata, por consiguiente, de proteger la seguridad y credibilidad del tráfico jurídico, en especial de los medios de prueba.

1.4. Concepto jurisprudencial.

Las precedentes consideraciones han tenido su reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se **acoge tradicionalmente a la interpretación estricta de documento** y donde es perceptible el criterio de objeto material y jurídico del delito falsario adoptado por la doctrina alemana más moderna que lo sitúa en la "seguridad y pureza del tráfico jurídico"¹⁶².

Y así la **sentencia de 5 de diciembre de 1962** (Pte. Quintano Ripollés. Ar. 4.575) no detecta conducta delictiva falsaria en el supuesto examinado "porque falta en la ocasión de autos, según la narración de los hechos probados, el objeto material y jurídico del delito falsario, esto es, el **documento** mismo, no en cuanto a papel escrito, sino **en su calidad de mínima vocación falsaria de alterar el tráfico, inexistente en el acto que se describe, pues por parte del procesado jamás se pretendió alterar su tenor para engañar a la titular cuenta correntista ni al Banco**, utilizando el cheque en su propia función mercantil, dado que estampó la firma suya carente de toda eficacia operativa, constituyendo, pues, un mero instrumento para perpetrar la falaz maniobra constitutiva de la subsiguiente estafa, cuya calificación se detiene al no ser objeto de recurso" (CDO. 1º).

¹⁶² Vid. QUINTANO RIPOLLES, "La falsedad...", op. cit., pp. 77-79.

Por su parte, es concluyente la **sentencia de 19 de octubre de 1963** (Pte. Quintano Ripollés. Ar. 4.135) al declarar, en el considerando primero, que "el delito de falsedad, por su propia naturaleza y por imperativo del epígrafe del Capítulo 4º, Título 3º, Libro 2º del C.P., requiere como primero e inexcusable elemento de la acción, **el objeto material de la misma que, en nuestro derecho es y no puede ser otro que el documento, objeto constantemente circunscrito por la jurisprudencia al escrito en que se acredita un hecho o situación susceptible de constituir un elemento de prueba**". Añadiéndose seguidamente que "la **carencia del objeto jurídico de delito priva a la acción de todo contenido penal, al no ajustarse a una determinada descripción típica**, como acontece en el caso que este recurso contempla, a través de cuyos dos motivos el Fiscal recurrente pretende la extensión de las tipicidades de la falsedad documental a conductas fraudulentas que versaron, no sobre el documento mismo, sino sobre el motor y chasis de un automóvil cuyos números se cambiaron para ajustarlos aparentemente a los que figuraban en la documentación legítima pero referida a otro vehículo y adquirida por el procesado para la finalidad de suplantar la identidad del coche propio".

Pues bien, cuál sea la determinación de un **concepto de documento** a efectos jurídico-penales es uno de los objetivos que viene a cumplir la **sentencia de 13 de octubre de 1976** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 3.965), que se refiere a éste como "trascendente receptáculo de valores ideales" que a efectos del capítulo IV, del título III, del libro II del C.P. ha sido formulado, de diferente modo, aunque coincidente o complementario en el fondo por la doctrina extranjera y española, constituyendo tema predilecto de ambas, exponiendo a continuación las distintas definiciones

ofrecidas por una y otra, ora como un "pensamiento objetivado", ora como "todo objeto que por su contenido de pensamiento, y no sólo por su existencia, está destinado a probar alguna realidad jurídica", ora, en fin, como "escritura fijada sobre un medio transmisible y debida a autor determinado, que contenga manifestaciones y declaraciones de voluntad o atestación de verdad, aptas para fundar o impedir una pretensión jurídica o probar un hecho jurídicamente relevante, en una relación procesal o jurídica"; habiéndosele conceptualizado también como "vox mortua", resaltando en este caso su carácter constitutivo, dispositivo y testimonial, añadiéndose que se trata de una manifestación de voluntad, en forma escrita, capaz de probar hechos de trascendencia jurídica, o bien como escrito en el que se da cuerpo a un contenido de pensamiento destinado a entrar en el tráfico jurídico. Concluye en esta ocasión el Tribunal Supremo recogiendo la definición acuñada en otras sentencias¹⁶³ que entienden el documento como **"toda representación gráfica del pensamiento, reducida generalmente a escrito, generada o extendida con finalidad primordial de preconstitución probatoria y vocada o con destino ulterior al tráfico jurídico"**. También en este sentido se manifiesta la **sentencia de 16 de octubre de 1991** (Pte. de Vega Ruiz. Ar. 7.287).

Abundan en esta postura la **sentencia de 15 de marzo de 1988** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 2.025) que designa con el concepto de documento a "todo vestigio del pasado, <vox mortua>, y, con mayor concreción, toda representación gráfica del pensamiento, generalmente por escrito y en papel, creada con fines de preconstitución

¹⁶³ Se citan expresamente como paradigmáticas las de 3 de mayo de 1974, 28 de febrero de 1975 y 19 de junio de 1976.

probatoria y destinada a surtir efectos en el tráfico jurídico" (FD 1º).

Para recordar de nuevo la **sentencia de 7 de octubre de 1991** (Pte. Bacigalupo Zapater. Ar. 7.014) que "la jurisprudencia reciente de esta Sala ha definido el documento, en el sentido de los arts. 302 y ss. del Código penal, como **la corporización escrita de una declaración de voluntad, de tal manera que se pueda conocer directamente quién la emitió, destinada a probar hechos jurídicamente relevantes y apropiada para ello. De esta forma la jurisprudencia ha señalado que un escrito determinado tendrá el carácter de documento a los efectos de los delitos previstos en los artículos 302 y siguientes si cumple tres funciones, la de perpetuar y probar su contenido y la de garantizar la identidad de quien ha emitido la declaración de voluntad**" (FD 2º). En el mismo sentido se expresa la **sentencia de 7 de octubre de 1992** (Pte. Bacigalupo Zapater. Ar. 7.812).

Consecuente con esta doctrina, la **sentencia de 25 de septiembre de 1978** (Pte. Castro Pérez. Ar. 2.908) niega que una tarjeta en al que consta una simple anotación escrita a lápiz por el imputado que dice "2000 bobinas, peso 37,870 kilogramos", pueda ser considerada jurídicamente como documento en sentido estricto, "**al no contener ninguna manifestación de voluntad que dé lugar a la creación, extinción, modificación o reconocimiento de derechos u obligaciones**" (CDO. 1º).

Insistiendo precisamente en la finalidad del documento de "preconstitución probatoria y destinada a surtir efectos en el tráfico jurídico", la **sentencia de 16 de noviembre de 1987** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 8.520) considera que "**la carta de despido disciplinario (...) no es propiamente documento puesto que no tiene**

finalidad de preconstitución probatoria, sin que, con ella, se acredite o intente acreditar otra cosa que su propia existencia y la voluntad de extinción de la relación laboral que anima al empresario o patrono, careciendo de trascendencia, por lo tanto, que las razones invocadas para la cesación dicha, sean auténticas o, por el contrario, mendaces o inveraces, máxime cuando, ya se ha dicho, que su finalidad no es acreditar hechos ni la existencia de ellos" (FD. 4º y 5º).

Es **indiferente el medio empleado para la escritura, así como el idioma** usado, siempre que el escrito reúna el requisito de **legibilidad**¹⁶⁴.

Hay que considerar no obstante que si lo escriturario puede significar, en casos excepcionales, documento, **no todo escrito tiene naturaleza documental en sentido jurídico**, precisamente incidiendo en el aspecto de su funcionalidad probatoria. Esta es la doctrina sentada por la **sentencia de 16 de noviembre de 1987** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 8.520) que acabamos de citar.

Y no habría que olvidar tampoco que es doctrina reiterada que, **a efectos casacionales, no se consideran documento** los actos personales documentados como pueden ser las manifestaciones de testigos o procesados, el acta de juicio oral, las cartas personales, etc. Así las **sentencias de 16 de octubre de 1991** (Pte. de Vega Ruiz. Ar. 7.287), **4 de marzo de 1992** (Pte. Montero Fernández-Cid. Ar. 1.733) y **19 de enero** (Pte. Martínez-Pereda), **9 de febrero** (Pte. Conde-Pumpido) y **23 de febrero de 1994** (Pte. Ruiz Vadillo) y el **Auto de 25 de mayo de 1992** (Pte. Ruiz Vadillo. Ar. 4.337).

¹⁶⁴ Vid. CAMARGO, "Falsificación...", op. cit., p. 522.

Concretamente, la **sentencia de 19 de enero de 1994** (Pte. Martínez-Pereda) niega virtualidad documental a los **informes médicos**¹⁶⁵.

Por otra parte, es relevante en esta materia el tratamiento que han de tener las **fotocopias**, avance de la técnica cada día más profusamente utilizado y, al tiempo, también progresivamente fiel reproducción de la realidad. Se discute al respecto si las fotocopias de documentos pueden constituir un documento falso a efectos de la posible comisión de un delito de falsedad documental. Cuestión distinta, obviamente, es que la fotocopia pueda servir de documento para apreciar una estafa. La jurisprudencia entiende a este respecto que para que las fotocopias tengan valor documental han de estar legalizadas y, en consecuencia, ser auténticas¹⁶⁶.

La **sentencia de 4 de julio de 1980** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 3.127) declara que la "**fotocopia que no es autenticada por fedatario público**, ni testimoniada ni certificada (...) a tenor de lo dispuesto en los arts. 596.1 de la LEC y 1.216 y 1.220 del C.C., **ni siquiera extrínsecamente tiene el rango de documento público y solemne**" (CDO. 2º).

¹⁶⁵ Se cita numerosa jurisprudencia, entre otras, sentencias de 10 de marzo y 20 de septiembre de 1989, 28 de febrero y 4 de octubre de 1990 y 2 de abril de 1992. En relación al reconocimiento a la prueba pericial de eficacia documental para demostrar el error de hechos, y después de referirse a la concurrencia de los requisitos al efecto exigidos, se citan las sentencias de 29 de noviembre de 1989, 17 de enero, 9 de abril, 11 de octubre y 7 de diciembre de 1991, 10 de julio y 9 de septiembre de 1992 y 1 de julio de 1993, entre otras muchas.

¹⁶⁶ La doctrina por su parte (ORTS BERENGUER, "Derecho penal...", op. cit., p. 230) estima que el problema que se plantea en torno a si las copias de documento merecen la consideración de tales ha de resolverse atendiendo a si las reproducciones en cuestión revisten las formalidades requeridas, como puede ser la legitimación notarial.

Posteriormente, la **sentencia de 7 de octubre de 1991** (Pte. Bacigalupo Zapater. Ar. 7.014), ya citada, en la que examina, entre otras cuestiones, la relativa a la alteración del documento a través de la fotocopia remitida al Juzgado de Instrucción para justificar la existencia de un crédito contra la Cooperativa "Unconar", poniéndose en duda que la **fotocopia hubiera podido afectar la función probatoria de los extremos establecidos en el original**. Comienza el Tribunal por advertir que es discutible que una fotocopia pueda tener el carácter de objeto de la acción del delito de falsedad documental, porque si bien la fotocopia puede ser un elemento adecuado para engañar, esta consideración solamente sería relevante, en principio, en relación al delito de estafa, cuestión esta distinta de la posible conceptualización de la fotocopia como documento falso en el sentido de los delitos de falsedad. Por ello, a partir del concepto de documento acuñado por esta jurisprudencia en el sentido de "corporización escrita de una declaración de voluntad", se señala que "un escrito determinado tendrá el carácter de documento a los efectos de los delitos previstos en los arts. 302 y siguientes si cumple tres funciones, la de **perpetuar y probar** y la de **garantizar** la identidad de quien ha emitido la declaración de voluntad". Añadiendo seguidamente que "**en la doctrina moderna se entiende que es, por lo menos dudoso, que las fotocopias cumplan con estas funciones. Básicamente se sostiene que no serían un documento, pues no contienen una declaración de voluntad, dado que sólo constituyen la foto de un documento, es decir, de la corporización de una declaración de aquellas características**". Este punto de vista -concluye el razonamiento- sólo acepta que una fotocopia tenga el carácter de documento cuando está certificada, dado que la certificación, como tal, importa ya un documento" (FD

2º del primer recurso).

En esta misma línea la **sentencia de 5 de octubre de 1992** (Pte. Hernández Hernández. Ar. 7.790) rechaza la calificación de la sentencia de instancia como falsedad en documento oficial (en su faceta de continuidad delictiva) la alteración (o mudamiento de la verdad) cometida en unas fotocopias (no autenticadas) de Documentos Nacionales de Identidad, con la finalidad de burlar el control automatizado que se programa por la Consejería de Agricultura y Pesca del Principado de Asturias en los expedientes seguidos para la concesión de cotos salmoneros, regidos por la norma prohibitiva de intervenir una misma persona en dos o más peticiones. Declaraba la sentencia recurrida que la alteración de las fotocopias de documentos originales han de integrar el delito de falsedad documental, que concretamente califica de documento oficial "por incorporación".

La sentencia del Tribunal Supremo acoge al motivo de casación aducido por el recurrente por vulneración, por aplicación indebida, del artículo 303 del Código penal afirmando que la fotocopia de un documento es sin duda otro documento, como escrito que refleja una idea (la misma del documento original)¹⁶⁷, obteniéndose por medio de ella una reproducción fiel o imitación exacta del documento sobre el que se obtiene, dotando a la copia de una apariencia de realidad, cada vez más acentuada dado el avance tecnológico en la materia¹⁶⁸. Para añadir seguidamente que **la**

¹⁶⁷ Sentencias, entre otras, de 9 de febrero de 1989 y 1 de abril de 1991.

¹⁶⁸ Sentencia de 1 de junio de 1992, donde se dice que "el documento original transmite su imagen a la reproducción fotográfica, pero ello no quiere decir que le transmita también su naturaleza jurídica en cuanto ésta viene determinada por la concurrencia de una serie de factores, que no se dan en el momento de la reproducción". Para concluir afirmando que la falsedad realizada en fotocopia no

doctrina reciente de la Sala¹⁶⁹, superando la mantenida con anterioridad¹⁷⁰, sostiene que si "el documento original transmite su imagen a la reproducción fotográfica... ello no quiere decir que le transmita también su naturaleza jurídica en cuanto que ésta viene determinada por la concurrencia de una serie de factores que no se dan en el momento de la reproducción, como es el de su posterior autenticación. En el caso que se realice por un Notario que expida copia fotográfica de una escritura pública, su reproducción mecánica tendrá también este carácter, y si la autenticación procede de algún organismo público gozará del carácter de documento oficial".

Sentado lo anterior, la sentencia vuelve a considerar el supuesto sometido a examen, esto es, unas fotocopias no autenticadas de tres Documentos Nacionales de Identidad sobre cuyo contenido se realizaron las alteraciones de las cifras de sus números, para concluir que "la falsedad así realizada en una fotocopia no autenticada, no puede por <analogía> (reprobada en el ámbito penal, en contra del reo) parificarse a la realizada en un documento de la naturaleza que tenga el original, por lo que la naturaleza de la fotocopia, y consecuentemente la falsedad cometida en ella,

autenticada "sólo puede ser equiparada a un documento privado que la parte obtiene para su uso y que a falta de cualquier forma de autenticación no puede ser equiparado a documento público u oficial".

¹⁶⁹ Sentencia de 1 de junio de 1992 que acaba de citarse.

¹⁷⁰ Precisamente la contenida en las antes citadas de 9 de febrero de 1989 y 1 de abril de 1991, si bien en la primera se ponía ya en duda la comunicación de la naturaleza del documento original a la fotocopia, resultado de su fiel y exacta reproducción, en la medida en que textualmente decía "si bien fuera posible negar en principio a las repetidas fotocopias el carácter de documento oficial ostentado por aquél del que fueron tomados".

sólo puede ser equiparada a un documento privado y que a falta de cualquier forma de autenticación no puede obtener el parangón al documento público, mercantil u oficial (incluido en este último el de < identidad >)" (FD 5º).

En términos análogos se expresa la **sentencia de 7 de octubre de 1992** (Pte. Hernández Hernández. Ar. 7.813) en relación a la fotocopia no autenticada de la nota informativa del Registro de la Propiedad, entendiendo que en el supuesto de autos "la alteración mendaz no recayó en documento oficial, sino que se materializó en una fotocopia no autenticada por quien podía hacerlo", y si bien la propia Sala reconoce que la fotocopia de un documento "es sin duda otro documento, como escrito que refleja una idea (la misma del documento original)¹⁷¹, **dicha transmisión de imagen a la reproducción fotográfica no implica ni conlleva la de su naturaleza jurídica**, en cuanto ésta viene determinada por la concurrencia de una serie de factores que no se dan en el momento de la reproducción, como es el de su posterior autenticación. Dice textualmente lo siguiente: "**la fotocopia de su documento, es sin duda otro documento**, como escrito que refleja una idea (la misma del documento original) (cfr. Sentencias, entre otras, de 9-2-1989 y 1-4-1991), dicha transmisión de imagen a la reproducción fotográfica, no implica ni conlleva la de su naturaleza jurídica, en cuanto ésta viene determinada por la concurrencia de una serie de factores que no se dan en el momento de la reproducción, como es el de su posterior autenticación [cfr. S. 1-6-1992], resultando así que **el mudamiento de la verdad realizada en una fotocopia no autenticada, no puede por «analogía» (reprobada en el ámbito penal cuando se utiliza en contra del reo) parificarse a la realizada en un documento**

¹⁷¹ Cfr. sentencias de 9 de febrero de 1989 y 1 de abril de 1991, entre otras.

de la naturaleza que tenga el original (público, oficial o mercantil), y sí, únicamente, a la llevada a cabo en un documento privado, naturaleza atribuible a la simple fotocopia" (FD. Único).

2. Caracterización del documento.

2.1. Perspectiva funcional.

La caracterización del documento puede realizarse, adecuadamente, utilizando las categorías de estructura y función.

Desde una perspectiva funcional el documento es, ante todo y así se ha adelantado, un instrumento de preconstitución de prueba que opera fijando y dando consistencia para el futuro a un contenido ideal, ya se trate de un pensamiento o de un acto de voluntad. Tres son las funciones que la doctrina atribuye a los documentos: una **función probatoria**, pues permite probar una declaración de voluntad¹⁷²; una

¹⁷² FERRER SAMA ("Comentarios....", op. cit., tomo III, pp. 327-328), a partir de la definición de documento propuesta por MANZINI (recordemos: "Documento, en sentido propio, es toda escritura fijada sobre un medio transmisible, debida a un autor determinado, que contiene manifestaciones o declaraciones de voluntad o bien testimonios de verdad, aptos para fundamentar o para apoyar una pretensión jurídica o bien para probar un acto jurídicamente relevante en una relación procesal o en otra relación jurídica", enuncia entre los caracteres esenciales del documento en sentido penal la "aptitud probatoria del escrito". En este sentido, afirma el autor que "el documento objeto de tutela penal es siempre considerado en su entidad de medio probatorio, actual o eventual. Es estimado como un elemento de prueba autónoma, como una fuente de fe pública, como un bien jurídico por sí mismo. Mas es indiferente que el documento sea preordenado a la prueba misma o que originariamente no estuviese destinado a esta finalidad".

función perpetuante, que consiste en dar forma permanente a una declaración de voluntad (<vox mortua>); y una **función garantizadora**, ya que informa sobre el autor de la declaración de la voluntad. Solamente si alguna de estas funciones del documento se ve afectada podrá existir falsedad o, de lo contrario, será irrelevante para el tráfico jurídico.

Así, la **sentencia de 17 de diciembre de 1990** (Pte. Ruiz Vadillo. Ar. 9.525) que rehúsa el fallo de la Sala de instancia que consideró que los recurrentes habían tomado parte en un delito de falsedad ideológica (art. 302, 4º Código penal), pues habían tomado parte en la reunión de la Comisión Permanente del Ayuntamiento en la fecha en que se acordó un abono de casi ocho millones de pesetas, sin que el Director de Obras expidiera la certificación ordenada por el Concejal de Urbanismo, no obstante lo cual la Comisión, vista la certificación de referencia y el informe favorable y visado del Arquitecto municipal, acuerda por unanimidad aprobar y proceder al abono de la primera certificación. Al analizar el motivo de recurso de casación aducido por los condenados en primera instancia, comienza por aclarar si la mencionada acta de la reunión de la Comisión Permanente municipal reúne los elementos requeridos por el **concepto de documento en el sentido del art. 302 del Código penal**, lo que **depende, señala el Tribunal Supremo, de que se la pueda considerar como instrumento que documenta una declaración de voluntad (función de perpetuación), destinado a probar la existencia de los presupuestos administrativos de las decisiones adoptadas (función probatoria) y si es posible determinar quién ha emitido el instrumento (función de garantía).**

Precisamente, en el caso enjuiciado la problemática se suscita respecto a la

función probatoria del acta de la Comisión en relación a la existencia de los presupuestos documentales de las decisiones administrativas adoptadas en la sesión que se documenta en ella o si, por el contrario, el acta sólo tiene la función de probar la decisión adoptada. Cuestión esta que, como afirma el Tribunal Supremo, tiene trascendencia pues la jurisprudencia de la Sala Segunda viene subrayando desde antiguo que la falsedad que requieren todas las hipótesis del art. 302 del Código penal se debe referir a los "efectos" del documento¹⁷³, entendiéndose por tales los que afecten a "aspectos esenciales del documento"¹⁷⁴.

Por su parte, **la sentencia de 21 de marzo de 1975** afirma que "no toda falsedad por escrito lo es documental delictiva (...) ya que a veces los elementos sobre los que recae la mentira no son más que coadyuvantes". Y en este mismo sentido se ratifican las sentencias de 27 de mayo y 28 de junio de 1988 cuando afirman que tal tipicidad requiere "un cambio cierto de la eficacia que (los documentos) debían desarrollar dentro del tráfico jurídico". Aplicando todos estos principios al supuesto contemplado por la sentencia de referencia se impone una respuesta negativa.

Efectivamente, dice el Tribunal Supremo que **"el efecto probatorio del acta no se extiende a la prueba de los documentos que en ella se mencionan; por el contrario, se limita a la prueba de las decisiones adoptadas. Si éstas responden a las exigencias del procedimiento o no es una cuestión diversa de la decisión misma (...). Por lo tanto las actas de las sesiones de un cuerpo administrativo sólo tienen**

¹⁷³ Sentencias de 4 de junio de 1960 y 11 de abril de 1985.

¹⁷⁴ Sentencias de 22 de mayo de 1968, 26 de marzo de 1986 y 4 de febrero de 1989.

la función de probar las manifestaciones formuladas por los miembros del órgano y las decisiones que éste adopta". Por consiguiente, "la manifestación falsa en el acta, de haber observado los requisitos procesales de una decisión del órgano administrativo no es una afirmación carente de veracidad que recae sobre una circunstancia que el documento tiene la función de probar". De donde se colige, resuelve la sentencia, que la participación en la reunión en la que se tomó la decisión no se ajusta al tipo penal del artículo 302.4 del Código penal, así como tampoco lo es el registro en el acta de las declaraciones de quienes afirmaron la existencia del informe.

La **sentencia de 18 de marzo de 1991** (Pte. Bacigalupo Zapater. Ar. 2.311), en la que se conoce del otorgamiento de una escritura pública de compraventa en favor de una persona en la que manifestó ser propietario de pleno derecho de la vivienda que con anterioridad había transmitido a los querellantes, confirma el fallo absolutorio de la Sala de instancia considerando que en el supuesto de autos no se ha producido falsedad alguna toda vez que no se han afectado las funciones esenciales del documento, esto es, las funciones probatoria, perpetuadora y garantizadora.

Razona el Alto Tribunal afirmando que **"en el presente caso no cabe duda que ninguna de estas funciones ha sido afectada. Ni la función de perpetuación ni la de garantía ha sufrido el menor detrimento, pues la escritura perpetúa eficazmente la manifestación de voluntad del vendedor y la firma permite identificar al autor de la misma. Tampoco la función probatoria ha sido afectada en lo más mínimo,** toda vez que la escritura pública de compraventa no tiene la función de probar si el que vende es o no el propietario del inmueble. Por el contrario,

la escritura pública sólo tiene que probar que uno de los sujetos transfiere al otro la propiedad sobre un inmueble determinado, pues los derechos reales no se prueban por declaración de su titular ante Notario, sino en la forma prevista por el art. 38 de la Ley Hipotecaria. Dicho de otra manera, la escritura prueba lo que se declaró, pero no la verdad de lo declarado en relación a la propiedad sobre los bienes inmuebles que se enajenan. Por lo tanto -concluye el Tribunal Supremo- no se dan los elementos del tipo objetivo del delito de falsedad en documento descrito en el art. 302 del Código penal y, en virtud de ello, ya no tiene sentido plantear el problema del dolo" (FD Unico).

La **sentencia de 12 de mayo de 1994** (Pte. Moner Muñoz. Ar. 3.692) insiste en este planteamiento cuando declara que el caso de autos -atribución por el procesado de la condición de dueño de unas fincas que ha había enajenado con ocasión de constituir las correspondientes hipotecas y omisión de los gravámenes que sobre aquéllas recaían- **no integra el delito de falsedad en documento público ya que no han sido afectadas las funciones esenciales del documento: concretamente, "en este caso las escrituras perpetúan las declaraciones de voluntad, garantizan la identificación del autor, y la función probatoria tampoco se vió afectada porque las escrituras no tienen la función de probar si el que hipoteca o vende es el propietario del inmueble"** (FD 1º).

Finalmente, la **sentencia de 23 de abril de 1992** (Pte. Bacigalupo Zapater. Ar. 6.783) ratifica esta línea jurisprudencial subrayando que es presupuesto de la falsedad documental la alteración objetiva del documento pues, precisamente, **la alteración de la verdad que caracteriza a estos delitos requiere la alteración material del**

documento y que afecte "en forma directa a alguna de las funciones del mismo, es decir, a la función de perpetuación, a la probatoria o a la de garantía"¹⁷⁵. Por ello, ante el argumento de los recurrentes de que la omisión de declarar el verdadero propósito, es decir, el engaño (omisivo) sobre el verdadero designio del importador de una mercancía, constituye una acción típica de falsedad documental en el sentido del artículo 302 del Código penal, el Tribunal Supremo responde que aceptada la premisa antes expuesta, **"las omisiones en el contenido del documento no afectan ninguna de dichas funciones, pues un documento sólo puede perpetuar la declaración de voluntad que está manifestada en él;** asimismo un documento no puede probar lo que no forma parte de su contenido; y la función de garantía, por medio de la cual se permite identificar al que ha formulado la declaración de voluntad, tampoco se ve afectada, pues la omisión de hacer constar un determinado contenido de la voluntad en nada afecta a la identificación del que realizó lo que realmente consta en el documento".

Y se indica a continuación lo que constituye una clave en el supuesto de las manifestaciones documentadas en escritura pública, a saber, que ésta da fe de lo declarado ante el fedatario público, pero no de la veracidad del contenido de aquéllas. Concretamente, se dice: "Por lo tanto, cuando el particular expone por escrito una declaración de voluntad, **lo único que este documento prueba es que él declaró lo expresado, pero no que lo declarado sea verdadero** -como la experiencia forense lo demuestra-. De allí se deduce que, en realidad, **el particular que formula una**

¹⁷⁵ Sentencias, entre otras, de 29 de junio, 2 de octubre y 10 de noviembre de 1990 y 18 de marzo y 7 de octubre de 1991.

declaración incompleta no falta a la verdad de los hechos que el documento debe probar, siempre y cuando, claro está, que lo que conste sea aquello que declara.

Naturalmente que ello puede generar engaño, pero no es acertado considerar que todo engaño que provenga de un escrito, convierte a este último en documento. Dicho gráficamente: el acta de declaración de un testigo no es falsa, en el sentido del artículo 302.4 del Código penal, porque se haya cometido falso testimonio. Precisamente por ello es que **el legislador ha distinguido entre la falsedad documental y las declaraciones falsas** (arts. 326 y ss.)" (FD 25º).

Y concluye apodóticamente la sentencia: que **"la omisión de una declaración, por lo tanto, no puede dar lugar, en ningún caso, a una declaración documentada, es decir, perpetuada, dado que no es posible perpetuar lo que no existe"** (FD 36º).

2.2. Perspectiva estructural.

Desde el punto de vista estructural, es preciso recordar que en su momento esencial el documento consiste en la incorporación a un medio material de una realidad espiritual, mediante la escritura. En este sentido, cabe formular la cuestión de si constituyen documentos determinados medios de incorporación de la palabra, como son la grabación en disco fonográfico o en cinta magnética, con o sin reproducción de imagen.

Responde a ello la **sentencia de 19 de abril de 1991** (Pte. Soto Nieto. Ar.

2.813) aseverando que **"el concepto de documento, actualmente, no puede ceñirse en exclusividad al papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana desde el momento que nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento y a la declaración de voluntad;** una grabación de video, o cinematográfica, un disco o una cinta magnetofónica, los disquetes informáticos, portadores de manifestaciones y acreditamientos, con vocación probatoria, pueden ser susceptibles de manipulaciones falsarias al igual que el documento escrito. **Una inspiración ampliatoria** -reseña- **late en el artículo 560 del Código penal al aludir, diferenciadamente, a <papeles o documentos>**. En el propio campo de la Administración Pública se extiende el uso de nuevas técnicas en la llevanza de los Registros". Es por ello que, concluye el razonamiento, "se impone un concepto material de documento, en racional y fundada homologación de los más adelantados y funcionales medios con los sistemas tradicionales imperantes hasta ahora" (FD 4º).

Y como adelantábamos más atrás, es cabalmente la técnica informática la que ha producido una verdadera revolución en esta materia. Técnica esta que, como se explicita en la sentencia de referencia, "viene apoyada sobre tres conceptos o manifestaciones que la configuran: grandes ordenadores que albergan una considerable información en forma de bases de datos, usuarios dispersos que, a través de redes de comunicaciones, acceden a aquélla, y ordenadores individuales que siguen trabajando y alimentando el ordenador central, como terminales del mismo.

Es en estos terminales donde pueden llevarse a cabo manipulaciones alteradoras de la verdad real, introduciendo movimientos falsos en todo o en parte o

eliminando transacciones verdaderas que debieron ser introducidas, todo con correlativo reflejo e incorporación al soporte material magnético instalado en el ordenador central" (FD 5º)¹⁷⁶. En definitiva, admite la sentencia "la condición de documento de la cinta o disco magnético acumulador de datos con adecuada perdurabilidad", en este caso, referidos a cuentas corrientes de diversos clientes de una sucursal bancaria, lo que permite en el supuesto de autos la incriminación de la

¹⁷⁶ Se plantea BUENO ARUS ("El delito informático", Rev. de Actualidad Informática Aranzadi, núm. 11, abril de 1994, pp.3 y 4) la posibilidad de calificar la manipulación informática en cuanto tal, esto es, prescindiendo del perjuicio patrimonial resultante, como una falsificación de documento privado con perjuicio de tercero encuadrable en el artículo 306 del CP. Alude al autor a la dificultad doctrinal que a tal fin se presenta precisamente dimanante de la interpretación usual de "documento", a efectos penales, como "escrito en el que se da cuerpo a un contenido de pensamiento (o a una declaración de voluntad) destinado a entrar en el tráfico jurídico" (RODRIGUEZ DEVESA), pues en este orden de cosas ni el programa informático es un escrito ni encarna un pensamiento o declaración de voluntad de una persona determinada. Y tampoco sería un documento la visualización de los datos en la pantalla del ordenador, que no constituiría un soporte duradero susceptible de traslación, aunque sí podrían serlo los datos introducidos en el mismo, así como, indudablemente, los datos extraídos una vez reproducidos por la impresora. Por ello BUENO ARUS se plantea también en este punto si la dificultad nace del texto de la Ley o solamente es consecuencia de la aludida interpretación usual de la misma, surtida en un momento histórico que no se corresponde con la variedad y complejidad de los problemas que en la actualidad, a resultas de la evolución científica y técnica, demandan una respuesta desde el ámbito penal. La resolución de la dificultad apuntada pasaría, dice el autor, por el criterio funcional aplicado por la misma doctrina que se cita al término documento para entender por tal "un objeto que representa o da cuenta de la existencia de otro hecho distinto a su propia existencia". Si bien la doctrina más exigente con la interpretación restrictiva de los tipos penales (GARCIA RIVAS, ROMEO CASABONA) prefiere que dicha incertidumbre sea ventilada por el propio legislador expresamente, bien mediante la creación de **tipos de equivalencia**, o sea, la introducción de nuevos tipos penales que complementen a los ya existentes, bien mediante la descripción de conductas normalmente peligrosas para el correcto funcionamiento de los sistemas informáticos. El Proyecto de Código Penal de 1992 sigue la primera de las soluciones apuntadas, modificando los tipos delictivos (fraude o falsificación informático, sabotaje informático, espionaje informático y sustracción de servicios o hurto de tiempo fundamentalmente) a fin de que su nueva redacción no deje lugar a dudas sobre su aplicabilidad a los hechos que sean realizados por medios informáticos.

conducta falsaria, pues "el hecho de que el delito esté ligado a la informática no hace cambiar el carácter de la infracción criminal" (FD 6º)¹⁷⁷.

Sin duda alguna que la cuestión así planteada no puede pasar inadvertida a la dogmática del Derecho Penal sustantivo; por ello es preciso sentar de principio que el documento alcanza protección penal solamente en la medida en que el sistema 2 procesal le concede valor de prueba¹⁷⁸.

2.3. Perspectiva probatoria.

El destino probatorio del documento¹⁷⁹ ha sido concretado desde distintos puntos de vista: en primer lugar, desde una perspectiva subjetiva como la

¹⁷⁷ En la literatura alemana se niega la cualidad de documento a las bandas sonoras o a los discos fonográficos, porque aunque resultan ser el soporte material de *declaraciones de pensamiento o de voluntad*, es esencial del documento la comprensión óptica o visual de su contenido (Cfr. SCHÖNKE SCHRÖDER, p. 1.573).

¹⁷⁸ Refiere a este respecto LUIS BENEYTEZ MERINO que "hoy sólo será posible denominar documentos a tales formas de reproducción mediante una extensión analógica del término, que está vedada en una norma de incriminación, por lo que resulta preferible mantener el sentido actual del término, sin atormentar un concepto que (...) se ha debido inducir del complejo normativo que establece el sistema de pruebas", para citar seguidamente el autor alguna jurisprudencia que disiente de la posición que se mantiene, por ejemplo la sentencia de 5 de febrero de 1988, junto con otra línea jurisprudencial más próxima a aquélla, v. gr. las sentencias de 17 de abril de 1989 y 3 de marzo de 1990 ("Las falsedades documentales", Ed. Comares, Granada, 1994, p. 50).

¹⁷⁹ "Ese destino probatorio del documento se ha presentado como indispensable para que se le considere objeto de estos delitos y, en principio, se ha considerado que tal exigencia se infiere del requisito típico de la posibilidad de perjuicio determinada por la conducta falsaria" (CREUS: "Falsificación...", op. cit., p. 24).

exigencia de un <animus probandi>; y en segundo término, se considera que este elemento se ha de verificar en forma objetiva, esto es, la capacidad del documento de producir una prueba. Se trata del elemento que permite distinguir entre "documentos intencionales", ya que en el momento de su creación están destinados a servir de medio de prueba (v. gr. un contrato celebrado por escrito), y "documentos accidentales", que con posterioridad a su confección son destinados a medio de prueba.

En todo caso, la opinión dominante acepta que la determinación probatoria puede tener lugar incluso después de la creación del documento, es decir, subjetivamente, aunque no necesariamente como <animus probandi> en el momento de la confección del documento¹⁸⁰.

La cuestión puede tener sin embargo importancia en el supuesto del artículo 560 del Código penal -referido a la destrucción de documentos-, pues aquí el autor de la destrucción no tendrá, por lo general, interés alguno en darle al objeto de su acción "finalidad probatoria", sino todo lo contrario.

Que el documento, o más específicamente, la declaración que contiene, ha de gozar de eficacia probatoria, es algo que carece de toda duda. Pero, en relación directa con este concepto, se ha diferenciado entre la finalidad para la prueba que, desde un punto de vista subjetivo, tiene la declaración destinada al tráfico jurídico y la idoneidad de que, objetivamente, disfruta la manifestación mental materializada a

¹⁸⁰ A este respecto, señala CREUS (op. cit., p. 25) que "la función probatoria del documento puede serle atribuida en su mismo nacimiento o insertándola con posterioridad, acudiendo a la virtualidad que posee su virtualidad para acreditar lo pasado".

fin de producir efectivamente la prueba de su contenido. Desde este punto de vista, es reseñable la posición que ha adoptado el Tribunal Supremo cuando, en la definición de documento, combina los dos aspectos que confluyen en la caracterización fundamental de toda declaración documental: la preconstitución probatoria y la producción de efectos en el tráfico jurídico, al afirmar que "documento... es toda representación gráfica del pensamiento... surgida al mundo exterior con una finalidad probatoria y preconstituida, destinada a producir efectos en el tráfico jurídico".

Así la **sentencia de 13 de octubre de 1976** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 3.965), ya citada, que se refiere al documento como "**pensamiento objetivado (...), destinado a probar alguna realidad jurídica (...), un hecho jurídicamente relevante, en una relación procesal o jurídica**" (CDO 1º). Hay que tener presente no obstante la doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre el valor probatorio de determinados documentos a efectos casacionales, en los mismos términos que más atrás quedaron apuntados.

De aquí que la **sentencia de 25 de junio de 1990** (Pte. Ruiz Vadillo. Ar. 5.665) sea concluyente al declarar, eso sí, por vía de exclusión o negación, que "**no son documentos las pruebas personales documentadas¹⁸¹ y tampoco aquellas pruebas preconstituidas en forma documental que podían haberse practicado en el juicio oral, ni tampoco los informes, dictámenes, etc., a salvo los supuestos excepcionales del dictamen pericial único o plural coincidente, si se acepta de manera**

¹⁸¹ También las sentencias de 4 de marzo y 18 de diciembre de 1986 reiteran esta doctrina.

fraccionada por el Tribunal <a quo> sin la adecuada justificación¹⁸² o el informe pericial dactilográfico en los supuestos a los que la doctrina de esta Sala se refiere en cuanto a su naturaleza documental <sui generis>¹⁸³" (FD 26º).

Y como insiste recordando la **sentencia de 23 de febrero de 1994** (Pte. Ruiz Vadillo), no todo documento tiene este carácter respecto de la casación y así, como ocurre en el supuesto de autos, cuando "se invoca un error como motivo de casación, éste ha de ser acreditado por una prueba documental que tenga ese carácter <per se>, en los términos ya indicados, no en función de una actividad probatoria de otro carácter que no puede recibir el título de documento por el solo hecho de documentarse. **Tampoco es documento, a estos efectos, cualquier prueba preconstituida y documentada porque, de serlo, se daría el contrasentido de que la misma, si hubiera tenido, por vía de hipótesis, el carácter de prueba ordinaria, estaría sujeta a la discrecionalidad -dentro de la racionalidad- del Tribunal y, en cambio, siendo preconstituida, sería, en los términos que se vienen diciendo, relativamente vinculante**". Para añadir a continuación, con referencia expresa a la sentencia de 5 de diciembre de 1991, "el carácter de documentos a efectos casacionales indicados, queda reservado a aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito creados con fines de preconstitución probatoria, destinados a producir efectos en el tráfico jurídico, producidos fuera de la causa, incorporados a ésta, litemos suficientes y siempre que su contenido no aparezca desvirtuado por otras pruebas" (FD 1º).

¹⁸² STS de 13 de enero de 1989.

¹⁸³ STS de 15 de febrero de 1989.

2.4. Perspectiva volitiva.

Otra de las notas características del documento es la declaración de voluntad¹⁸⁴ de persona determinada, lo que comporta su atribución a una o varias personas que son las que la han realizado, bien porque a su pie figuren las firmas de los intervinientes, sea por la constancia de cualquier otro que permita su identificación.

Por ejemplo, la **sentencia de 13 de octubre de 1976** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 3.965) afirma que "por más que es frecuente sostener que el documento privado queda ultimado cuando ha sido redactado y suscrito por los otorgantes, deduciéndose así de lo prescrito en el artículo 1.225 del CC, es lo cierto que, examinado el contexto de los artículos 1.228 y 1.229 del mismo cuerpo legal, se deduce la eficacia de los documentos o notas firmadas por los otorgantes e incluso el de los meramientos escritos aunque no firmados, si bien en este último caso ha de tratarse, naturalmente, de manuscritos autógrafos, es decir, redactados manualmente o de puño y letra por aquella persona a quien han de perjudicar. Lo que comporta -agrega el Tribunal Supremo- **que el documento privado podrá ser de redacción macanografiada o**

¹⁸⁴ Señala FERRER SAMA que el contenido del escrito ha de estar constituido, para que éste tenga la consideración de documento, por una manifestación o declaración de voluntad o un testimonio, serios y jurídicamente relevantes. Tal contenido es precisamente el tenor del escrito y sin el mismo, no existe documento. Por ello, por falta de tenor se ha negado -afirma el autor- el carácter de documento a los pliegos firmados en blanco, sin perjuicio de que por medio de ellos puedan cometerse otros delitos, como la estafa. En definitiva, si el tenor del escrito, aun siendo serio y jurídicamente relevante, no es una declaración o manifestación de voluntad ni un testimonio, no habrá documento, lo cual ocurre, por ejemplo, con una obra literaria ("Comentarios...", op. cit., t. III, p. 328).

impresa, e incluso manuscrita por un tercero o por uno de los otorgantes, y en tal caso será indispensable la suscripción del mismo por todos los intervinientes, y desde el momento de dicha suscripción, el documento quedará debidamente terminado y en condiciones de idoneidad objetiva para la práctica de las alteraciones o intercalaciones a que se refiere el número 6 del artículo 302 antes citado, o, por el contrario, de redacción manuscrita y autógrafa del único otorgante, en cuyo supuesto la firma o suscripción no es siempre indispensable para que el documento se repunte concluso y constituya materia proclive a las variaciones referidas" (CDO 3º).

Ahora bien, no es unánime la respuesta que se debe dar a la cuestión de quién es el verdadero titular de la declaración de voluntad. Existen dos teorías a este respecto, la teoría de la corporeidad y la de la espiritualidad. La primera sostiene que el autor de la declaración de voluntad concreta debía ser el que la realiza materialmente, el que la documenta. Empero, en la actualidad, es dominante la segunda teoría según la cual la declaración de voluntad pertenece a aquél del que proviene espiritualmente.

Lo decisivo es, pues, que sea factible determinar al autor del documento ya que de no ser así, se trataría más bien de un escrito anónimo del que, eventualmente, podrían segregarse consecuencias a otros efectos.

2.5. Perspectiva de la eficacia jurídica.

El documento ha de ser legalmente apto, es decir, ha de ser capaz de

producir efectos jurídicos, que genere derechos y obligaciones. Es por ello que puede, desde ya, afirmarse que no existe falsedad en documento nulo (por ejemplo, testamento ológrafo escrito a máquina); pero sí en el anulable, pues jurídicamente existe mientras que no sea anulado judicialmente¹⁸⁵.

Esta cuestión nos pone en relación directa con el tema de la ineficacia y nulidad de los actos y negocios jurídicos, que constituye, como observa CASTAN, "uno de los conceptos más confusos del Derecho civil"¹⁸⁶. No obstante, la técnica jurídica ha ido perfilando una serie de tipos de ineficacia a los que se refieren las diferentes disposiciones legales. Entre estos tipos importa aquí referirse a los de nulidad y anulabilidad, cuyo origen está ya presente en el mismo Derecho romano¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Vid. ORTS, op. cit., pp. 229 y 230. Señala el autor que no basta con que en un escrito se reconozca o se pretenda generar derechos u obligaciones para que se le pueda calificar de documento, si se presenta alguno de los requisitos esenciales de que debe ir acompañado y resulta, por ende, nulo. Aunque, en ocasiones, como ha hecho notar FERRER SAMA y CORDOBA, un escrito puede ser nulo en un determinado aspecto y derivar efectos jurídicos en otros, en cuyo caso, si la falsificación deja sentir su influencia en las facetas en las que sí es eficaz, existirá objeto material, esto es, documento, desde el punto de vista penal. Lo mismo sucederá cuando la nulidad de un escrito no impida que produzca ciertos efectos jurídicos durante algún tiempo.

¹⁸⁶ CASTAN TOBEÑAS, JOSE: "Derecho civil español, común y foral", Ed. Reus, Madrid, 1978, tomo I, vol. II, p. 915. Resalta el autor la imprecisión con la que tradicionalmente se han utilizado los términos de ineficacia, inexistencia, invalidez, nulidad, anulabilidad, rescisión, etc., si bien en la actualidad se ha ido aclarando el panorama y estableciendo parámetros de fijeza. Así, el término ineficacia es de mayor amplitud que el resto de los aludidos e implica la carencia de efectos jurídicos del acto o negocio jurídico (p. 916).

¹⁸⁷ Idem, p. 919. Se refiere también CASTAN al reparo entre nuestra doctrina a aceptar la clasificación propuesta por la doctrina francesa al distinguir dos categorías de actos nulos con nulidad absoluta: el acto inexistente y el acto nulo de pleno derecho. Al respecto, recuerda cómo la doctrina de la inexistencia tiene otra dimensión concretada en la llamada nulidad "estructural", originada en la antigua

Ya sabemos que la nulidad de pleno derecho o nulidad propiamente dicha ¹⁸⁸ tiene lugar cuando el acto se ha realizado contraviniendo las prescripciones legales (v.gr. arts. 6.3, 1.255 y 1.271 del C.C.) y, en consecuencia, se considera jurídicamente inexistente o no realizado¹⁸⁹; siendo sus características: a) la posibilidad de ser reclamada, mediante acción o excepción, por toda persona que tenga interés en ella; y b) la inexistencia que comporta es perpetua e insubsanable, no pudiendo ser objeto de confirmación ni prescripción.

La anulabilidad o nulidad relativa, por su parte, comporta un acto o negocio jurídico que integran todos los requisitos esenciales del mismo y no es contrario a la Ley, pero adolece de un vicio o defecto susceptible de propiciar su anulación judicial, presentando como características básicas las siguientes: a) la acción o excepción de nulidad se atribuye exclusivamente a las personas en cuya protección es acordada; y b) es susceptible de subsanación por la confirmación o la prescripción.

Pues bien, si el supuesto de la anulabilidad no parece plantear mayores problemas entre la doctrina penalista a la hora de considerar la posibilidad de cometer falsedad en acto o negocio anulable documentado, sí en cambio suscita motivos de

distinción entre nulidades "textuales" y nulidades "virtuales" (pp. 920-921).

¹⁸⁸ Siguiendo a CASTAN, Idem, pp. 923 y ss. En términos análogos se expresa RUIZ VADILLO, ENRIQUE: "Derecho civil", Ed. Ochoa, Logroño, 1988-1989, pp. 218 y ss.

¹⁸⁹ Como señala el autor, "cuadra a la inexistencia la denominación de nulidad absoluta, en contraposición a la anulabilidad que, por dejar la acción reservada a las personas a quienes la ley concede el derecho, puede llamarse nulidad relativa" (Idem, p. 926, nota núm. 1).

controversia el supuesto de la nulidad absoluta del acto o negocio que se documenta¹⁹⁰. Cabalmente, el punto discordante radica en el hecho de aplicarse los principios civilistas respecto a la invalidez de los actos y negocios jurídicos, que evidentemente pueden ser objeto de documentación, pero que nada tienen que ver -se dice- respecto a la existencia o no del objeto material de la falsedad documental, pues se entiende que el ámbito de aplicación de dichas normas puede constituirse en un mero indicio de la existencia de un documento¹⁹¹. Esto lleva a la conclusión, en palabras de la autora que acabamos de citar, de que un documento nulo puede ser penalmente falso y, por consiguiente, falsificado, con la consecuente sanción de punición para el autor de la falsedad. Se añade además, para reforzar esta aseveración, que en el caso del delito de falsedad no se requiere tanto una efectiva relevancia jurídica cuanto una "potencial relevancia jurídica", la que alcanza también al documento nulo.

Sin embargo, entendemos por nuestra parte que una tal solución es discutible en la medida en que olvida una de las notas esenciales que caracterizan a la nulidad

¹⁹⁰ Véase en este sentido QUINTANO RIPOLLES, "La falsedad...", op. cit., p. 102; ROMERO SOTO, "La falsedad...", op. cit., pp. 48 y ss.; JIMENEZ ASENJO, "Falsificación", op. cit., p. 476 y ss.; CORDOBA RODA, "Comentarios...", op. cit., pp. 780 y 781; y GARCIA CANTIZANO, "Falsedades...", op. cit., pp. 158 y ss., todos ellos con abundantes referencias a la doctrina italiana (CARRARA, MANZINI, MAGGIORE, PESSINA, MIRTO, entre otros).

¹⁹¹ En este sentido, GARCIA CANTIZANO (op. cit., p. 161), indicando a continuación que "la determinación de la naturaleza documental de una manifestación materializada no depende de la validez del negocio que puede formar su concreto contenido, sino de la eficacia que ésta pueda tener en el tráfico jurídico para lesionar el desarrollo normal de la funcionalidad del documento en cuanto medio de prueba, de perpetuación y de garantía, frente a los partícipes en cualquier tipo de relación social trascendente".

absoluta o radical es, precisamente, la inexistencia del acto o negocio jurídico que se documenta, del cual derivan los derechos u obligaciones que se expresan documentalmente. Y, en esta perspectiva, es difícil poder escindir el acto o negocio jurídico del documento en que se plasman. Pues como ha declarado nuestro Tribunal Supremo el documento no es sino "toda representación gráfica del pensamiento, reducida generalmente a escrito, generada o extendida con finalidad primordial de preconstitución probatoria y vocada o con destino ulterior al tráfico jurídico" (sentencia de 13 de octubre de 1976). De donde se sigue que si el acto o negocio jurídico de donde dimana la declaración de voluntad luego documentada es nulo absoluta y radicalmente, con efectos <ex tunc> y, por tanto, inexistente en el mundo del derecho, difícilmente puede decirse que ha producido efecto jurídico alguno que sea digno de protección penal (<quod nullum est, nullum habet effectum>). Otra cosa distinta es el caso ya considerado de la nulidad relativa o anulabilidad, cuya declaración produce efectos <ex nunc> y, por tanto, en este supuesto sí se han producido unos efectos jurídicos derivados de un acto o negocio jurídicamente existente (y relevante) que conservan la plena validez hasta el momento en que se decreta su anulabilidad.

En consecuencia, consideramos más acertada la solución expuesta que rechaza la posibilidad de cometer falsedad en un documento en el que el acto o negocio jurídico a que sirve de soporte es declarado nulo radicalmente, pues siendo el contenido (acto o negocio) inexistente para el Derecho igual suerte ha de correr el

continente (documento)¹⁹². Tan sólo podrá merecer una tal conducta una reprobación ética o moral, pues hemos salido del ámbito de la juridicidad al no existir hecho jurídico que considerar. Es por ello, precisamente, que QUINTANO RIPOLLES¹⁹³ señala que es el documento nulo por causa inmoral el supuesto que parece de más fácil resolución en lo penal, imponiéndose entonces la negativa de incriminación.

La jurisprudencia, por su parte, entiende que la nulidad de un documento es susceptible de destruir la posibilidad del delito de falsedad por ausencia de objeto material, si bien siempre que aquélla sea <ex origine>. Así la **sentencia de 22 de diciembre de 1961** (Pte. Quintano Ripollés. Ar. 4.423), en la que se plantea la tesis de la inexistencia de delito de falsedad en nueve letras de cambio que precedieron a otra datada en fecha 15 de enero de 1952, que las anuló y dejó sin efecto, "**por carencia de objeto al ser nulos los precitados documentos mercantiles y resultar ineficaces la alteraciones de verdad realizadas sobre ellos**". Tesis esta que aun siendo correcta, sin embargo el Tribunal Supremo considera no aplicable al caso de

¹⁹² Tan sólo cabría una excepción a esta aseveración, cual es el supuesto de la falsificación de un documento que, siendo nulo como documento público, puede mantener su validez como documento privado y, en este caso, siempre que reuniera los requisitos al efecto exigidos por el tipo penal para esta clase de documentos, podría constituir objeto de falsificación. A este respecto, como se ha apuntado anteriormente, la inobservancia en los documentos notariales de las solemnidades o la incompetencia del Notario autorizante relega el documento a la categoría de privado siempre que en él concurren los requisitos establecidos legalmente. En este sentido, el art. 1.223 del C.C. dispone que "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". Véase sobre el particular CREUS, "Falsificación...", op. cit., p. 84.

¹⁹³ "La falsedad...", op. cit. p. 103.

autos porque, como fundamental argumento, **"la nulidad del documento susceptible de destruir los tipos de falsedad por ausencia de objeto material, ha de ser ex origine, no la surgida ulteriormente por defectos sobrevenidos o por actividades de voluntad propias o extrañas**, como sucedió, según el recurrente, con las nuevas letras sustituidas por la del importe global posterior, **pues cuando fueron extendidas deformándose falsariamente su verdad, ostentaron una aparente y querida validez así como una eficacia potencial que no perdieron hasta después de consumarse los respectivos delitos**; esto es, en momento en que la acción criminal actual y finalista había agotado su valoración criminal, no pudiéndose retrotraer su carencia de efectos mercantiles a la fecha de consumación en que indubitadamente los tenía" (CDO. 4º).

2.6. Perspectiva teleológica.

Por último, el documento debe estar destinado a incorporarse al tráfico jurídico, para lo cual será necesario algo más que el deseo o la intención de sus redactores o firmantes, ya que sin la concurrencia de las características que se han ido desglosando, no podrá afirmarse con propiedad la realidad de un documento.

Y frente a estos documentos, denominados en la doctrina "intencionales", los llamados "ocasionales" no pensados por sus autores para surtir efectos en el ámbito jurídico pero, con posterioridad, avocados a entrar en él, no adquiriendo la calidad de objeto material de estos delitos hasta que aquella integración no se corporeiza.

Recordemos a este respecto lo que decía la **sentencia de 5 de diciembre de**



1962 (Pte. Quintano Ripollés. Ar. 4.575) al referirse al objeto material y jurídico del delito falsario, "esto es, **el documento mismo, no en cuanto a papel escrito, sino en su cualidad de mínima vocación falsaria de alterar el tráfico**" (CDO 1º).

En conclusión, podríamos definir con QUINTANO RIPOLLES el documento, a efectos penales, como "todo objeto transmisible emanante de una persona y que sea susceptible de constituir, disponer o testimoniar un derecho o un hecho de trascendencia jurídica"¹⁹⁴.

Este es el concepto ínsito en la **sentencia de 25 de septiembre de 1978** (Pte. Castro Pérez. Ar. 2.908), ya citado, y más recientemente en la **sentencia de 22 de abril de 1994** (Pte. Montero Cid) cuando se reitera la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia¹⁹⁵ que "ha venido configurando los delitos de falsedad documental en forma de hermenéutica restrictiva, al **exigir un plus sobreañadido a la simple descripción típica, cual es el de la consideración de los bienes jurídicamente 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 peligro al menos en aquéllos; lo que se ratifica en la jurisprudencia reciente** (SS., por todas, de 28 de junio de 1988, 17 de diciembre de 1990 y 10 de febrero de 1992)" (FD 4º).

¹⁹⁴ "La falsedad...", op. cit., p. 88.

¹⁹⁵ SsTS de 15 de marzo de 1955, 21 de enero de 1960, 8 de abril de 1968 y 21 de mayo de 1974, entre otras muchas.

3. Tipología documental.

3.1. El documento público.

A) Concepto.

Con carácter previo ha de significarse con CREUS¹⁹⁶ que cada clase de documento tiene un relieve particular y único en función del bien jurídico tutelado y, más concretamente, por el contenido de dicho bien jurídico y la posibilidad de puesta en peligro sólo por determinado tipo de documento. Pues no debe olvidarse que la confianza genérica en el documento lo es en cuanto pertenece a una determinada categoría jurídica formalmente configurada.

En este orden de cosas, y por lo que a la categoría de documento público se refiere, es perceptible la ausencia de definición legal alguna, razón por la cual se hace preciso acudir a la doctrina y a la jurisprudencia en orden a construir una definición conceptual de esta categoría de documentos¹⁹⁷.

¹⁹⁶ "Falsificación...", op. cit., p. 13, citando a BAIGUN y TOZZINI.

¹⁹⁷ Son elocuentes las palabras de CARRARA cuando afirma que "en la falsedad documental, el hecho de ser el documento privado o público no produce solamente una diferencia de gravedad relativa. No; de ello emerge una diversidad de objeto, esto es, una diversidad de derecho lesionado. En la falsedad pública, el culpable tiene en mira ofender la propiedad privada, lo mismo que en la falsedad privada. Pero en aquélla, recayendo el medio voluntariamente elegido sobre un documento al cual las instituciones sociales dan la autoridad de hacer fe respecto de todos, acontece que la fe pública que representa un derecho universal de todos los ciudadanos que tienen un interés común en que se respeten los documentos públicos, presenta una <lesión medio> preponderante sobre la <lesión fin>. De consiguiente, por obsequio a las reglas cardinales (se está refiriendo a aquellas que sirven para determinar que la

El concepto de documento público recogido en las codificaciones civiles - refiere DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON¹⁹⁸, a quien seguimos en este punto-, procede de R.J. Pothier, concretamente a partir de su "Tratado de las Obligaciones", que dedica la cuarta parte a examinar la "prueba de las obligaciones y de los pagos", abriendo una línea que pasará después al Código civil francés y a los Códigos posteriores influenciados por éste, entre ellos nuestro Código civil. Como advierte DIEZ-PICAZO, tanto Pothier como el Código civil francés no utilizan la locución documento, que más tarde manejará el Código civil español, sino la de actos y títulos, los cuales, de acuerdo con el clásico autor francés, son auténticos o privados: los actos auténticos o títulos auténticos son aquellos que son emitidos por una persona pública con las solemnidades requeridas para ello.

Por lo que se refiere a los precedentes de la codificación española, se señala, además de la indicada influencia francesa, el libro de J. Febrero "Librería de jueces, abogados y escribanos" en el que, al tratar de la distinción entre documentos públicos y documentos privados, se afirma que "entiéndese por instrumento público el escrito

variedad del derecho agredido o violado -verdadero criterio ontológico del ente jurídico- es el único criterio exacto y seguro de la cualidad de los delitos) y por necesidad lógica, la prevalencia del medio sobre el fin conduce al **delito de falsedad en documento público** a la clase donde lo reclama el <medio>, y debe, si queremos ser exactos y obedientes a la verdad ontológica, llevarse este delito al orden de los <sociales> y a la familia de los <delitos contra la fe pública>". Por el contrario, en la falsedad privada falta esa preponderancia del medio sobre el fin. En definitiva, la falsedad en documento público y la falsedad en documento privado son dos entes jurídicos intrínsecamente diferentes, porque el ente jurídico se determina por el diverso objeto y por el derecho lesionado ("Programa...", op. cit., vol. IV, parág. 2.366).

¹⁹⁸ "Fe pública y documento público", en "La fe pública", Colegios Notariales de España, Madrid, 1994, pp. 197 y ss.

que autoriza un funcionario de esta clase en los negocios relativos al ejercicio de su empleo", poniéndose énfasis, por tanto, en la autorización y en el carácter público del funcionario¹⁹⁹. Como destaca DIEZ-PICAZO, aun cuando la característica en la definición es la "autorización", resulta clara la idea del autor de que la función pública es de documentación, en el sentido de que el funcionario redacta y extiende el documento, pues sólo a él pueden referirse las obligaciones relativas al modo de redacción. Ahora bien, como reseña el propio autor, en el Código civil español, de forma similar a lo que habría ocurrido con el Código francés, la actividad documentadora del funcionario público ha quedado en segundo plano, mientras que se considera básico establecer la fuerza de autoridad (fe pública) que el documento, en virtud de la actuación del funcionario público, adquiere.

En este sentido, hay que recordar que el artículo 1.216 del Código civil que "son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley"²⁰⁰. Ciertamente que, como señalaba MANRESA²⁰¹ se trata de una definición que indica el aspecto formal externo que abarca las tres notas que distinguen el documento público -la intervención

¹⁹⁹ Dentro de los instrumentos públicos, recibe por antonomasia esta denominación la escritura "en que se consigna cualquier hecho ante la presencia de un Escribano, que son los testigos públicos en los pleitos et en las posturas que los homes facen entra sí" (Ley 3, Título 19, Partida 3).

²⁰⁰ Definición casi coincidente con la ofrecida por el Proyecto de Código civil de 1851, con pocas variantes de redacción, destacando entre éstas: la sustitución de la palabra instrumento por la de documento y la de Oficial o empleado por Notario o empleado.

²⁰¹ MANRESA y NAVARRO ("Comentarios al Código Civil español", Madrid, 1929, tomo VIII, pp. 420 y ss.), citado por DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, op. cit., p. 207.

de un Notario o funcionario público que preste autenticidad; la competencia de aquél, y la concurrencia en el documento de las solemnidades exigidas por la ley- y que ofrece la necesaria amplitud para que en ella estén comprendidos todos los documentos públicos, y en ella quedarían incluidos cada uno de los documentos enumerados en el artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁰². Enumera este precepto los documentos públicos citando entre ellos:

1º Las escrituras públicas otorgadas con arreglo a Derecho.

2º 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 Código de Comercio y Leyes especiales.

3º Los documentos públicos expedidos por funcionarios públicos que estén autorizados para ello en lo que se refiera al ejercicio de sus funciones.

4º Los libros, actas, estatutos, ordenanzas, registros, catastros y demás documentos que se hallen en los archivos públicos o dependientes del Estado,

²⁰² La **sentencia de 2 de septiembre de 1992** (Pte. Ruiz Vadillo. Ar. 7.080) se refiere a uno de los argumentos de defensa del recurso interpuesto en el sentido de que el documento que obra al folio 89 de los autos, consistente en un «oficio» del Delegado del Gobierno en el Monopolio de Tabacos comunicando al Juzgado la salida del Almacén de «Tabacalera» el día 23-11-1983 con destino a la expendiduría de Vall d'Uxo, no puede encuadrarse en la enumeración que efectúa el art. 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con cita complementaria del art. 1216 del Código Civil. Pero respecto a este punto, dice la sentencia, lo que hace el Tribunal «a quo» es, sencillamente, una operación intelectual de inferencia, sin que tenga nada que ver con la naturaleza del documento".

de las provincias o de los pueblos²⁰³ y las copias sacadas y autorizados por los Secretarios y Archiveros por mandato de la Autoridad competente.

5º 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.

6º 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 cargo el Registro Civil.

7º Las ejecutorias y las actuaciones judiciales de toda especie.

De lo expuesto puede colegirse que el carácter público del documento viene determinado por el ámbito en que se produce y por el sujeto u órgano del cual emana su formación, sea que éste actúe en función de creador del contenido íntegro del documento (v.gr. una sentencia judicial), sea que lo haga en función de otorgador de autenticidad (v.gr. los fedatarios públicos); a lo que tiene que unirse -en lo que atañe a la validez del documento para producir sus efectos- la observancia de las formalidades legalmente establecidas para que esté dotado de la autenticidad oficial que los presenta como veraces con una presunción <iuris tantum>, que permite oponerlos <erga omnes>, mientras la prueba no destruya esa presunción²⁰⁴.

²⁰³ Obviamente, ha de tenerse en cuenta hoy el nuevo marco de organización territorial resultante de la Constitución Española de 1978 y, particularmente, los artículos 2 y 137 de la misma en los que aparece una nueva entidad territorial con plena capacidad jurídica y autonomía para la gestión de sus respectivos intereses: las Comunidades Autónomas.

²⁰⁴ CREUS, "Falsificación...", op. cit., pp. 35 y 36).

B) Caracterización.

A partir de estos presupuestos legales, no deja de ser interesante la propuesta de GUASP²⁰⁵ de tres métodos fundamentales propuestos para llegar a una caracterización precisa del documento público, a saber: el de la definición, el de la enumeración y el de la eliminación de la materia que se quiere decir.

b.1. Método de definición: documento fehaciente y documento notarial.

Mediante el "**método de definición**" se intenta descubrir si existe alguna nota esencial que califique a los documentos públicos. De esta manera, siguiendo la definición legal del artículo 1.216 del Código civil, dos serían los elementos esenciales de este objeto probatorio: el elemento subjetivo, constituido por la intervención del funcionario público; y el elemento formal, la observancia de las solemnidades legales.

Ello no obstante, la definición legal resulta poco profunda para GUASP por cuanto, si bien desde un punto de vista teórico y práctico puede ser apreciable y suficiente, sin embargo "no cala en la esencia más íntima del fenómeno que se conoce con el nombre de documento público". A este respecto, el autor asevera que las notas que se recogen en aquélla constituyen distintivos hasta cierto punto superficiales del

²⁰⁵ "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", Madrid, 1947, tomo II, vol. I, 2ª parte, pp. 550 y ss., citado por DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, op. cit., pp. 209 a 211.

fenómeno pero que no indican el por qué de la índole pública del documento. Y añade que ni el sujeto, ni el objeto, ni la actividad califican en el fondo al documento público, sino la plena y radical pertenencia de ésta a la esfera del ordenamiento jurídico público, esto es, que el documento se refiera a una realidad ínsita en la esfera pública y no en la privada.

A este propósito, GUASP propone, por ejemplo, el supuesto -que más adelante examinaremos- del ejercicio por los particulares de funciones públicas y su correspondiente documentación y su relación con la definición legal si se considera que lo decisivo para definir un documento como público fuera la intervención de un funcionario público. Por todo ello, para calificar a un documento de público es necesario exigir la adscripción de su esencia -de aquello que hace del documento lo que es y no de sus elementos aislados o yuxtapuestos- al ámbito del Derecho público²⁰⁶. En coherencia con esta definición y a partir de la misma, el autor niega el carácter público a los documentos notariales, a los que considera como "documentos privados investidos de eficacia privilegiada, equivalente a la de los documentos públicos, pero sin que su esencia se confunda: no documentos públicos, sino **documentos fehacientes**". Tales documentos fehacientes son los de los números 1 y 2 del artículo 596 de la L.E.C., esto es, "aquellos que, versando sobre situaciones jurídicas de orden privado, son formados con la intervención de personas a quienes se encomienda la función de dar fe pública a los mismos, proporcionando así a los particulares el medio de otorgar a las relaciones jurídicas en que están interesados una

²⁰⁶ En cualquier caso, GUASP reconoce la vaguedad de esta fórmula, pero entiende también que una definición de tipo general es insuficiente para precisar más.

eficacia probatoria superior a la que normalmente tendrían".

Por lo que se refiere a los **instrumentos públicos notariales**, se definen por AVILA ALVAREZ²⁰⁷ como "los documentos autorizados con las solemnidades legales por Notario competente a requerimiento de parte e incluidos en el protocolo y que contienen, revelan o exteriorizan un hecho, un acto o negocios jurídicos, para su prueba, eficacia o constitución, así como las copias o reproducciones notariales de ellos"²⁰⁸.

Sin duda que los instrumentos públicos fundamentales son las **escrituras públicas** y las **actas**. Las primeras son instrumentos públicos notariales cuyo contenido propio son declaraciones de voluntad o actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento o contratos de todas clases (art. 144.2 del Reglamento Notarial). Las actas, por su parte, son instrumentos públicos cuyo contenido propio son hechos jurídicos que por su naturaleza no sean materia de contrato (art. 144.3 RN). Tanto en las escrituras como en las actas hay que distinguir la matriz de las copias²⁰⁹. Escritura o acta matriz es la original redactada por el Notario y que, firmada por los otorgantes y, en su caso, testigos, y signada y firmada por el Notario, conserva éste, formando el respectivo protocolo (art. 17 de la Ley del Notariado). Es primera copia, según el mismo precepto, "el traslado de la escritura matriz que tiene

²⁰⁷ "Derecho Notarial", Ed. Bosch, Barcelona, 1986, p. 67.

²⁰⁸ Es de notar que la inobservancia de tales solemnidades o la incompetencia del Notario autorizante relega el documento notarial a la categoría de privado.

²⁰⁹ De conformidad con el artículo 221 del Reglamento Notarial se consideran escrituras públicas, además de la matriz, las copias de esta misma expedidas con las formalidades de Derecho.

derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes". Segundas o posteriores copias son las que se expiden a las personas que hayan obtenido ya la primera²¹⁰.

Tienen también carácter de instrumento público los testimonios por exhibición, esto es, aquellos que por no estar el documento oficialmente en poder del Notario, se le muestra por el solicitante para que se trasvase su contenido en otro contenido, dando fe de que el nuevo es reproducción del otro (art. 144.4 RN).

En la función notarial, afirma DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON²¹¹, se distinguen nítidamente dos cometidos concurrentes en la configuración de un documento como documento público:

1º El **Notario** como cualificado técnico en Derecho, legalmente habilitado, para llevar a cabo la redacción de documentos que contengan las declaraciones de voluntad y los negocios jurídicos realizados por los particulares. Esa función supone un proceso de calificación, previo a cualquier otro, de la legalidad y de la licitud de los actos y contratos.

2º La **prestación de la fe pública**, que es, respecto de los extremos sobre que recae, un valor probatorio absoluto, que no admite en contrario más prueba que la de la falsedad. Puede afirmarse en este sentido, parafraseando el brocardo que define la fuerza de cosa juzgada, aquello sobre lo que la fe pública recae <pro veritate habetur>.

²¹⁰ DOMINGUEZ LUIS, "Registro de la Propiedad...", op. cit., II, p. 756.

²¹¹ "Fe pública y documento público", op. cit., pp. 214 y ss.

b.2. Método de enumeración: documento oficial, documento administrativo y documento auténtico.

En segundo lugar, de acuerdo con el denominado "**método de enumeración**" se trata de hacer una enumeración sistemática y no desordenada y de "arbitrario casuismo" como la del artículo 596 de la L.E.C. Y así, divide los documentos públicos en legislativos, administrativos y judiciales²¹².

Sin duda que esta solución puede resultar adecuada para resolver la tradicional confusión que ha producido la dicotomía entre documentos públicos y **documentos oficiales**²¹³, que trasplantada del viejo Código penal francés ha perdurado entre nosotros, sin alcanzar ni tomar en cuenta, como subraya MATINEZ-PEREDA, los efectos distorsionantes de este dualismo frente a la común y general clasificación de

²¹² Dentro del ámbito administrativo, GUASP distingue tres supuestos: que el Estado (< lato sensu >) documente realidades causadas por él mismo; que documente realidades causadas por otros sujetos, pero autorizadas o asistidas por él; y en tercer lugar, que documente realidades causadas por otros sin asistencia estatal, limitándose al aspecto externo del documento o de la actividad documentada.

²¹³ Para JARAMILLO -en postura ciertamente discutible- parece evidente la diferenciación entre ambas clases de documentos, si bien resulta difícil buscar qué documentos, sin ser públicos, llegarán a ostentar el carácter de oficiales. En este sentido el autor, partiendo de la ausencia en el Código de una definición de estos últimos, se atreve a ofrecer una diciendo "que serán los autorizados por el Gobierno o sus agentes o por los funcionarios que estén facultados para expedirlos, y que no tengan el carácter de públicos". Lo que no obsta para que reconozca acto seguido que nos encontramos ante un círculo vicioso, por lo que ha de convenirse que documento público será finalmente aquél en el que ha intervenido un funcionario público, dejando los demás con la consideración, a efectos penales, de documentos oficiales" (JARAMILLO GARCIA, A.: "Novísimo Código penal comentado y cotejado con el de 1870", Imp. de la Gaceta Regional, Salamanca, 1929, p. 92).

los documentos en las dos categorías de públicos y privados²¹⁴.

La doctrina más reciente (PUIG PEÑA, RODRIGUEZ DEVESA, CAMARGO, entre otros) es partidaria de una asimilación de los documentos públicos con los oficiales, los cuales no serían sino una clase de los públicos, es decir, de los expedidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (art. 596.3 LEC)²¹⁵.

²¹⁴ MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, JOSE MANUEL: "Las falsedades en documentos oficiales", en "Las falsedades documentales", op. cit., p. 120. Nos remitimos a la exposición que hace el autor de la etimología y codificación española en relación a los documentos oficiales, destacándose en este sentido que fue nuestro Código penal de 1822 el que tradujo la expresión "documentos administrativos" del texto galo por "documentos oficiales", estimando por tales los libros o asientos de oficina o establecimiento público, títulos, certificados y cartas de pago. Pero no sólo éstos, sino que el legislador añadió, ante el fracaso de toda casuística, "cualquier otro documento oficial". Ello no obstante, se advertía ya la dificultad para obtener un concepto de documento oficial, habida cuenta que sólo se exponía, ejemplificativamente, una noción, pero existía una eliminación negativa, no sólo referida a "escritura pública", "testimonio", "acta judicial", "partida de casamiento, muerte, nacimiento o bautismo", sino también a "acuerdo de la autoridad pública de la misma clase", con lo que aumentaba la confusión porque -como apunta el autor- se excluyen del concepto de documento oficial no sólo los documentos notariales o judiciales en sentido amplio, extensibles al Registro Civil, sino también los acuerdos de autoridad pública civil, eclesiástica o militar (p. 91). Sobre este tema puede verse el documentado trabajo de ECHANO BASALDUA, JUAN I.: "Aproximación histórica al concepto de documento oficial (artículos 302 y 303 del Código penal)", Actualidad Penal. Por su parte, JARAMILLO insistía en la dificultad de la distinción al afirmar que "bien se ve que si éstos son documentos públicos (se refiere a los que como tales regulan el C.C. y la L.E.C.), lo son oficiales y que por lo tanto, es algo difícil buscar cuáles, sin ser públicos, llegarán a ostentar el carácter de oficiales, y aunque el Código no establece claramente la definición podemos entenderla diciendo que serán los autorizados por el Gobierno o sus agentes o por los funcionarios que estén facultados para expedirlos, y que no tengan el carácter de públicos". Para añadir seguidamente que "ya estamos dentro del círculo vicioso" (JARAMILLO GARCIA, A.: "Novísimo Código penal...", op. cit., vol. II, p. 92).

²¹⁵ Tratándose del aspecto probatorio del documento, sin duda que el documento público tiene una eficacia probatoria privilegiada. Así, el artículo 1.218 del Código civil dice que "los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste"; respecto de los contratantes y sus

En este sentido, la **sentencia de 14 de junio de 1951** (Pte. Ruiz Falcó. Ar. 1.733) **viene a identificar documento público y documento oficial** cuando dice que aquél lo es a efectos jurídico-penales en la medida en que está comprendido en el art. 596 de la LEC, no estándolo en este sentido "la hoja de papel en que se hizo figurar una autorización, de un hijo del propietario de la arboleda a favor del denunciado L.L., para que éste aprovechase los chopos y leñas, que en ella existían por el precio de doscientas cincuenta pesetas, y cuya autorización aparece reconocida tiempo después de su fecha, por el propietario de la finca, padre del que la suscribe; **ni tampoco resulta que dicha autorización estuviese expedida por funcionario público que lo hiciera por razón de su cargo y la imprimiera el carácter de documento oficial**" (CDO. 2º).

Por ello, la **sentencia de 12 de diciembre de 1953** (Pte. García Murga. Ar. 3.007) considera documento oficial a los efectos del art. 303 del C.P. los **libros registro llevados por los vendedores de uva** según lo prescrito en la Ley de 26 de mayo de 1933, una vez que dichos libros se ajustan al modelo oficial y están sellados por el Servicio Agronómico Provincial o sus Delegaciones.

Postura esta de la que disiente MARTINEZ-PEREDA porque -dice- "si partimos que constituyen una clase de los públicos ¿Para qué mencionarlos

causahabientes hacen prueba también "en cuanto a las declaraciones que en ellos hubieren hecho los primeros". El valor probatorio que al documento se otorga por el ordenamiento jurídico es determinante de la norma jurídico-penal de protección. Por ello, indica BENEYTEZ MERINO que el término "documento público u oficial" sólo puede considerarse como un elemento normativo del tipo, lo que hace preciso acudir a las normas sobre la prueba para determinar su concepto. Precisamente, en las normas sobre la prueba no hay distinción entre documentos públicos y oficiales ("Bien jurídico protegido...", op. cit., p. 64).

expresamente, además de los públicos, si luego se van a equiparar en todos sus efectos penales?"²¹⁶. Es por ello que el autor, desde el punto de vista del Derecho positivo penal, se alinea con la posición de JIMENEZ ASENJO cuando afirma que el concepto de documento oficial constituye un <tertium genus>, si atiende exclusivamente al Código penal, no si se refiere al Código civil y a la propia Ley de Enjuiciamiento Civil²¹⁷.

Incluso, el propio Tribunal Supremo, en **sentencia de 27 de octubre de 1994** (Pte. Ruiz Vadillo. Rec. nº 2.450/93) advierte sobre la **dificultad de encontrar una línea de diferenciación precisa e indubitada entre ambos tipos de documentos, subrayando por ello las reservas que ofrece en la actualidad el perfil del denominado tradicionalmente documento oficial.**

Ello no obsta para que esta misma jurisprudencia haya intentado acuñar una noción de lo que ha de entenderse por documento oficial. En este sentido, puede citarse la **sentencia de 30 de septiembre de 1981** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 3.412), que afirma "que, a diferencia de los documentos públicos que se definen y enumeran

²¹⁶ Idem, p. 101.

²¹⁷ Idem, p. 95. Considera el autor a este respecto un error equiparar los documentos oficiales a los públicos a través del número 3 del artículo 596 de la Ley Procesal Civil, pues si partimos de que los primeros constituyen una clase o especie de los segundos, entiende este autor que no es preciso mencionarlos expresamente, además de los públicos, si luego se van a equiparar en todos sus efectos penales. Y explicita, siguiendo a QUINTANO RIPOLLES, que a partir de esta doble noción de "documento público" y "documento oficial" -de origen parece ser más civil y procesal que penal- nos encontramos con una tripartición documental penal de publicidad, privacidad y cuasipublicidad un tanto caprichosa y ambigua que no parece tener otra finalidad que la de tratar de paliar los inconvenientes del formalismo riguroso y la ausencia de móviles y motivos determinantes del acto, pues en tales condiciones la total equiparación de los documentos al estilo germánico acarrearán las más injustas consecuencias.

respectivamente en el art. 1216 del C.C. y en el art. 596 de la L.E.C., no existe, en la legislación española una definición de lo que debe entenderse por documento oficial, habiendo llenado el vacío tanto la doctrina científica como la jurisprudencia. Aquella conceptúa **documentos oficiales, los provenientes de las entidades públicas en el desempeño de sus funciones o fines, o bien, los expedidos por el Gobierno, por sus agentes, por los empleados públicos que tienen el poder de hacerlo o por las oficinas de toda clase que, con arreglo a la institución, los expidan o, finalmente, los que acreditan una situación jurídica, función o garantía mediante la intervención de algún organismo público del Estado, Provincia o Municipio o entidad a los que legalmente estén atribuidas tales funciones**" (CDO. 1º).

Esta misma sentencia se refiere a pronunciamientos precedentes sobre esta misma cuestión; en concreto, cita las sentencias de 16 abril 1890 y 30 marzo 1894 que definían tales documentos como **aquellos que, para satisfacer necesidades o conveniencias del servicio público, se expiden o firman por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos**, en las de 13 enero 1944 se reputa esencial a los efectos debatidos que **se trate de un acto de poder estatal y que el documento tenga una finalidad pública**, y en la de 30 noviembre 1954 se estima que es documento oficial **el expedido por un funcionario de algún organismo, entidad o dependencia integrantes de la organización administrativa del Estado o de aquellos otros similares o autónomos**.

La **sentencia de 20 de marzo de 1992** (Pte. de Vega Ruiz. Ar. 2.373) se refiere a la **"necesidad de definir el documento público u oficial"**. A este fin señala que "el concepto lo facilitan los arts. 1216 del Código Civil y 596 de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal. Realmente son al menos oficiales aquellos que provienen de las entidades públicas en el desempeño de sus funciones o fines, aunque no todo funcionario sea apto e idóneo para la perpetración del delito [S. 16-5-1990]". Para agregar más adelante que **"en el inicio, el documento público u oficial viene de la Administración Pública, de la entidad pública y oficial, más o menos autónoma"** (FD. 2º). Reconoce empero que **"difícil es llegar a una exacta definición del documento aquí alterado, aunque de conformidad con lo expuesto parece colegirse la naturaleza oficial de las matrices que, como garantía del servicio prestado, legitiman, con los demás detalles anexos identificativos, una función y una prestación"** (FD. 3º).

Por su parte, la **sentencia de 10 de noviembre de 1993** (Pte. Martín Canivell. 8.496), que reitera el concepto acuñado por la de 18 de enero de 1991, señala que "los documentos oficiales no lo son porque se expidan o porque se presenten ante organismos oficiales. **En términos generales se entiende por documentos oficiales los que provienen de las Administraciones públicas -Estado, Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios- encaminados al cumplimiento y desarrollo de sus funciones y de los servicios públicos**"²¹⁸.

²¹⁸ La **sentencia de 5 de octubre de 1957** (Pte. García Gómez. Ar. 2.637) señala que el Montepío Nacional de la Construcción y Obras Públicas, si bien tiene determinada autonomía en cuanto a su funcionamiento para la recaudación de cuotas a sus asociados y concesión de premios, pensiones y auxilios, es un Organismo paraestatal, dependiente de la Dirección General de Previsión y que está bajo la tutela del Ministerio de Trabajo, y por tanto **hay que considerar oficiales los expedientes y recibos de cantidades que se extienden por los beneficiarios en el papel timbrado del mencionado Montepío** para percibir las cantidades que les correspondan por pensiones o por cualquier otro concepto.

Criterio jurisprudencial este del que ya se hacía eco QUINTANO RIPOLLES cuando se refiere a los documentos oficiales como una categoría conceptual para la que no existe una definición ni enumeración en el ordenamiento positivo penal ni civil, y que es precisamente la jurisprudencia la que se encarga de suplir al estimarse por tales "los que acrediten una situación jurídica, función o garantía mediante la intervención de algún organismo público del Estado, Provincia, Municipio o entidades a las que legalmente estén atribuidas tales funciones"²¹⁹.

Según esto, es fácil advertir que la anterior fórmula jurisprudencial viene a coincidir con el concepto de **documento administrativo**, entendiendo por tal, desde el punto de vista positivo-legal vigente, el documento válidamente emitido por los órganos de las Administraciones Públicas (art. 46.4 LRJAPyPC), categoría esta última que integra la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas (art. 2 LRJAPyPC).

Por todo ello, habría que coincidir con MARTINEZ-PEREDA cuando estima este autor que el concepto de documento público en la vigente legalidad penal española cubre sobradamente la especie "oficial" y que la dualidad reseñada (documento público-documento oficial) no conduce más que a continuas confusiones, sin ofrecer beneficio alguno²²⁰.

²¹⁹ "Compendio de Derecho penal", op. cit., vol. II, p. 112.

²²⁰ Y así, la Sección Primera del Capítulo II del Título XV reza "De la falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por Servicios de telecomunicación".

Pese a ello, el Anteproyecto de Código penal de 1994 conserva la distinción tradicional cuando rotula la Sección Primera del Capítulo II del Título XV "De la falsificación de documentos públicos, oficiales,..." . Incluso, la propia Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, en el artículo 135 dispone que "a los mismos efectos (alude al Capítulo VIII del Título I, sobre "Delitos e infracciones electorales") tienen la consideración de documentos oficiales, el censo y sus copias autorizadas, 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". En correspondencia con lo que acabamos de exponer, sería más preciso hablar en este caso de documentos públicos administrativos emanados de órganos de la Administración electoral.

En este punto, habría que referirse por último a la usual equiparación entre documento público y **documento auténtico** para resaltar el diferente significado que tienen ambas expresiones. Así, como acabamos de exponer, la calidad de público del documento hace referencia al hecho de ser otorgado por un funcionario público en ejercicio de sus funciones o competencias, mientras que la autenticidad se refiere, en cambio, al hecho de que su autor verdadero sea el que aparece como tal en el documento²²¹.

²²¹ Vid. ROMERO SOTO, "La falsedad...", op. cit., p. 42. Para JARAMILLO ("Novísimo Código penal...", op. cit., p. 92) "es documento verdadero el legítimo, el auténtico".

b.3. Método de eliminación.

Finalmente, el "**método de eliminación**" consiste en calificar como públicos todos aquellos documentos que no son privados, o que gozan de una eficacia probatoria superior a los meros documentos privados. Método que para GUASP es muy deficiente porque, en todo caso, si la calificación precisa se predica de los documentos públicos, dicho método de eliminación serviría para definir los documentos privados, pero no a la inversa.

En este punto, es interesante hacer referencia a la distinción que hace MANZINI²²² entre "**actos formal y sustancialmente públicos**" y "**actos formalmente públicos y sustancialmente privados**". Los primeros son aquellos formados por un funcionario público en ejercicio de sus funciones y cuyo contenido es, por naturaleza, de Derecho público, o tiene importancia para ese Derecho (v.gr. actos legislativos, administrativos y judiciales). Los segundos, en cambio, tienen dos autores: *el funcionario que recibe la atestación y el particular que la hace*. En este caso, la presunción de autenticidad y de veracidad sólo alcanza a la parte que tiene naturaleza documental pública, pero no en cuanto a las declaraciones de los particulares, que tienen simple valor de documento privado. Pueden ser de dos clases: los ejecutados por la Administración Pública actuando en el tráfico jurídico como sujeto privado y los recibidos por los Notarios y otros funcionarios semejantes.

Por su parte, la doctrina penal mayoritariamente comprende dentro del

²²² "Trattato di diritto penale italiano", t. VI, p. 633, citado por ROMERO SOTO, op. cit., p. 42.

concepto de documento público a los documentos a que se refiere la Sección 1ª del Capítulo IV del Título III del Código Penal, esto es, aquellos provenientes de las sujetos públicos en el desempeño de sus funciones o fines.

C) Criterio jurisprudencial.

Con arreglo al concepto de documento público del artículo 1.216 Código civil citado - el cual hay que relacionar con la enumeración de tales que establece el artículo 596 de la L.E.C.- destacaremos como criterio básico de distinción el de que el autor de aquél sea **funcionario público** y, más precisamente, el funcionario público actuando como tal, es decir, dentro del marco de sus competencias y de acuerdo con las normas que rigen su función. En este sentido, el apartado 3º del citado artículo 596 L.E.C. considera documentos públicos "los documentos públicos expedidos por los funcionarios públicos que estén autorizados para ello".

En sede jurisprudencial, de acuerdo con la **sentencia de 15 de marzo de 1988** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 2.025), "**documento público es todo aquel que se subsume en la definición del artículo 1.216 del Código civil o que se halla comprendido en la enumeración del artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**" (FD. 1º). Agregando el artículo 1.217 que "los documentos en que intervenga Notario público se registrarán por la legislación notarial". A este respecto, la **sentencia de 13 de diciembre de 1963** (Pte. González Díaz. Ar. 4.986) expresa que "la falsificación de documentos públicos expone necesariamente que la actividad del falsario actúe sobre

un documento de esa naturaleza y como en el Código penal no se da un concepto o definición de tales documentos, habrá que reputar como tales, a efectos de punición, de acuerdo con el artículo 1.216 del CC, además de los autorizados por un Notario, todos aquellos que en su otorgamiento, confección o expedición intervenga un funcionario público por razón de su oficio" (CDO. 4º).

Ahora bien, la jurisprudencia ha tratado de precisar conceptualmente esta materia, sobre todo en relación a la posibilidad de que puedan actuar en nombre de la correspondiente entidad pública todos aquellos que, conforme a las normas administrativas sobre funcionarios ya aludidas, estén en situación de hacerlo válidamente, con independencia de que, según las mismas normas, ostenten o no la cualidad de funcionarios públicos y de que concurran o dejen de hacerlo los presupuestos que establece el artículo 119 del Código penal citado. Veamos.

La antigua sentencia de 27 de mayo de 1882 venía a sentar que la **intervención de una persona -funcionario público-** en una relación jurídica al margen de su esfera competencial, es decir, no ejercitando función pública sino actuando como mero particular, no desvirtúa la índole del negocio realizado y, por consecuencia, la **naturaleza del documento o documentos** a que dé lugar este último: el resultado documentado será de naturaleza estrictamente privada pues no es posible atribuir a ese documento privado el carácter de público u oficial que no le corresponde por su propia cualidad.

Más explícitamente, la **sentencia de 2 de noviembre de 1882** establece que para que el **documento oficial** pueda ser considerado como tal se requiere que sea

autorizado o expedido por autoridades o funcionarios que, con arreglo a las leyes, se ejecuten en uso de sus atribuciones o cumpliendo con su deber. Sintéticamente, la hipótesis de autos consistía en que el procesado, rematante de consumos, llevaba un libro en el que sentaba los derechos que le correspondía percibir a cada uno de los contribuyentes del pueblo y en el que puso al dorso de la primera hoja una diligencia que decía "abría y autorizaba por el Alcalde, Síndico y Secretario, que la firman", sellándose todas las hojas con el de la Alcaldía. La solución dada por el Tribunal Supremo es que todo esto que se hizo **cuando el libro en cuestión estaba en blanco no le otorga el carácter de documento público u oficial ni, por ende, "da valor oficial a lo que posteriormente se ha escrito en él (libro) por particulares que eran árbitros de poner o quitar lo que a sus derechos o intereses creyeran más conveniente"** (CDO. 2º).

De interés es la **sentencia de 1 de julio de 1884**, que tras referirse a que "conforme a lo dispuesto en el núm. 4 del art. 314 en relación con el 315, ambos del C.P., cometen falsedades los particulares que faltaren a la verdad en la narración de los hechos consignados en documento público, oficial o mercantil", considera "que si bien **los expedientes de apremio instruídos por los comisionados para el cobro de las contribuciones son de carácter oficial**, las diligencias terminan una vez realizado el pago a la Hacienda y **no pueden estimarse como propios de las mismas, ni con el carácter de practicadas oficialmente ni en documento mercantil ni público cualquiera otras posteriores extrañas a la realización de la deuda, que se verifiquen por conveniencia particular y mutuo acuerdo de los interesados**, los cuales no tienen más significación ni trascendencia que la de manifestaciones privadas

hechas por escrito y ante testigos".

Por eso la **sentencia de 4 de abril de 1887** declara que el **documento oficial** adquiere su valor jurídico por la interposición del ministerio que realiza el funcionario público, y en este sentido "son documentos oficiales los **expedientes que los funcionarios públicos promueven o dirigen por razón de las funciones** que les corresponden, aun cuando no tenga otro fin su intervención que el de prestar su autoridad a actos privados" (CDO. 1º).

Por su parte, la **sentencia de 19 de octubre de 1962** (Pte. Cid y Ruiz-Zorrilla. Ar. 3.950) corrobora la idea anteriormente apuntada en el sentido de que no todo funcionario público es apto o idóneo para cometer una falsedad en documento oficial, sino que es necesario que intervenga en condición de tal, es decir, "para considerar el documento público u oficial a efectos penales, **no basta con la intervención de un funcionario público, es preciso que el mismo por sí provoque una resolución o acuerdo por el carácter de autenticidad que al mismo se conceda por la simple firma del funcionario que lo autorice**". Por ello, se añade, "no puede estimarse como tal un contrato privado de compraventa y depósito aunque uno de los contratantes sea el Estado" (CDO. 2º).

De acuerdo pues con esta jurisprudencia, la determinación de la naturaleza oficial del documento no es tanto una cuestión de mera calificación como tal cuanto de que el documento sea producto de la intervención inmediata de un funcionario en el ejercicio de sus funciones y directamente relacionado con éstas.

Así lo indicaba ya la **sentencia de 26 de junio de 1930** (Ar. 345) al negar el

carácter de documento oficial, a efectos penales, a la matriz de ingresos y al libro oficial de llegada de mercancías a la estación férrea en el que se raspó y enmendó un asiento porque "en la sentencia recurrida no se le señalaba expresamente los elementos imprescindibles para adquirir tal condición, no bastando el calificativo de oficial que al mismo se aplica, pues siendo referente a la llegada de las mercancías a la estación de Pola de Siero, **no puede tener el alcance necesario a los efectos jurídicos antes mencionados**, limitándose ellos -dentro de los términos poco expresivos del segundo Resultando probado de dicha sentencia- a la apreciación de que el mencionado libro es sólo de comprobación ferroviaria que interesa a la Compañía y del que se tomaban datos y antecedentes para la más perfecta normalización de la contabilidad municipal" (CDO. 5º).

En cambio, sí reviste todas las condiciones de documento oficial el carnet o permiso de circulación, pues como afirma la **sentencia de 12 de marzo de 1975** (Pte. Hijas Palacios. Ar. 1.139) éste es "un **documento oficial en cuanto que está expedido por organismo público, la Jefatura de Tráfico, dentro de las funciones de su competencia**, y es el título que declara la aptitud para conducir vehículos, tras de las oportunas pruebas de suficiencia y con trascendencia jurídica en cuanto que legitima para su conducción"²²³.

²²³ La **sentencia de 30 de junio de 1961** (Pte. González Díaz. Ar. 2.703) niega que pueda constituir un delito de falsedad la conducta por la que se procede al limado del número del motor de un vehículo cambiándolo por otro, haciéndole lo propio con el número de matrícula y numeración de motor, hechos estos que pudieran implicar infracciones de otra índole pero nunca encuadrarse dentro de las falsedades que castiga el artículo 303 del CP; lo que en cambio sí sucedería si lo que se hubiera alterado hubiera sido el permiso de circulación de la motocicleta en cuestión. En el mismo sentido, la **sentencia de 19 de octubre de 1963** (Pte. Quintano Ripollés. Ar. 4.135), citada, sobre alteraciones en un vehículo pero "sin afectar para nada a los

La sentencia de 7 de julio de 1930 (Ar. 368) se remite a los ya aludidos artículos 1.216 del Código civil y 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para definir a los documentos que revisten el carácter de público, oficial o, incluso, mercantil a efectos penales. En concreto, el considerando segundo de esta resolución dice textualmente: "**Que, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, el carácter de público, oficial o mercantil de un documento a los efectos de falsedades en ellos cometidos, no se puede asignar más que en aquellos casos en que, de modo claro y evidente merezca tal calificación, dadas las graves responsabilidades penales impuestas a los que cometieron tal delito en los mismos, sin que pueda señalarse, por lo tanto, con tal denominación a ningún documento distinto de aquellos a quienes taxativamente les corresponda con arreglo a lo preceptuado en los artículos 1.216 del Código civil y 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**"²²⁴.

En el mismo sentido se expresa la **sentencia de 18 de octubre de 1971** (Pte. Sáez Jiménez. Ar. 3.869), referente a un documento que se afirma falsificado cuando en realidad "se trata de un mero impreso (permiso temporal de circulación de la Jefatura Provincial de Tráfico) no debidamente rellenado, con claros esenciales, del que nada garantiza que fuera expedido por un funcionario público por razón de su

documentos, intactos en su aspecto material y también ideológico" (CDO. 2º). En cambio, la **sentencia de 10 de febrero de 1989** (Pte. Ruiz Vadillo. Ar. 1.538), respecto a los permisos de conducir reitera la doctrina jurisprudencial que los ha incluido entre los documentos oficiales (sentencias de 14 de junio y 7 de noviembre de 1987).

²²⁴ Y añade el considerando segundo: "Que ni el libro recetario de que se trata, ni las hojas de él donde se realizaron las manipulaciones llevadas a cabo por el procesado, se encuentran comprendidos entre los documentos que enumeran los artículos antes citados, teniendo un carácter meramente particular o privado a todos los efectos jurídicos dimanantes de los mismos".

cargo, pues carece de firma y del sello autenticador", por lo que, concluye el Tribunal, en el presente caso no se da el presupuesto delictivo de la falsificación de un documento oficial, pues **para que el documento pueda ser reputado verdaderamente como oficial es necesario que reúna los requisitos del artículo 1.216 del Código civil**²²⁵.

Y ya más recientemente, la **sentencia de 20 de marzo de 1992** (Pte. de Vega Ruiz. Ar. 2.373) -teniendo en cuenta los avances de las modernas tecnologías en la *creación de soportes capaces de incorporar contenidos intelectivos o de conocimiento concretos*, como adelantábamos anteriormente- se refiere a la "interpretación extensiva" que en la actualidad experimenta el concepto de documento público u oficial ex artículos 1.216 del Código civil y 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues -se dice- "su determinación no puede dejarse, reservarse o ceñirse exclusivamente a papeles o impresos receptores por escrito de una declaración, manifestación o contenido concreto. **Hay nuevas técnicas que han multiplicado las ofertas, las necesidades, las peticiones. Por eso nuevos son también los soportes capaces de acoger y perpetuar un pensamiento, una declaración de voluntad, una certificación, un acreditamiento, una titulación, un derecho, una obligación**" (CDO. 2º).

Por su parte, la **sentencia de 15 de marzo de 1988** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 2.025) intenta precisar las **diferencias entre el documento público y el oficial**, entendiéndolo por el primero "**todo aquel que se subsume en la definición del art.**

²²⁵ La cita que en la misma se hace al artículo 1.261 del mismo cuerpo legal no deja de constituir un error tipográfico.

1.216 del CC o que se halla comprendido en la enumeración del art. 596 de la LEC", en tanto que por oficial "hay que entender todos aquellos (documentos) que se utilizan o expiden en las oficinas públicas para facilitar el funcionamiento de las mismas y de los servicios públicos".

Los anteriores razonamientos permiten ya la exclusión del grupo de los documentos calificados como oficiales aquellos que figuran, simplemente, en un efecto timbrado si no reúnen las características de haber sido expedidos por funcionarios u organismos públicos y para desarrollo o cumplimiento de servicios o fines de carácter igualmente público o de interés general. En tales casos dichos documentos sólo merecerán el calificativo de privados.

Así se expresaba la **sentencia de 25 de junio de 1953** (Pte. García Murga. Ar. 1.542) al afirmar que **"como documentos oficiales no han de estimarse más que aquellos autorizados o expedidos por autoridades o funcionarios públicos, por lo que el simple membrete y sello del Colegio de Médicos que llevaban impreso las recetas de que se trata, y que estaban suscritas por diversos facultativos, no pueden ser bastante para que se les reconozca tal carácter ni ninguno otro más que el que verdaderamente tienen de simples documentos privados"** (CDO. 1º)²²⁶.

²²⁶ Los hechos declarados probados en este caso son, sucintamente, los siguientes: el procesado G.R. al ser detenido llevaba en su poder 11 recetas para el despacho de penicilina que tienen membrete y sello impreso del Colegio Oficial de Médicos, y están autorizadas con la firma de diversos facultativos, las que le había entregado al procesado un dependiente de farmacia para que con ellas adquiriese dicho antibiótico que precisaba para un hermano suyo, para cuya finalidad hizo el procesado de su puño y letra en las mismas recetas, con las que ya había sido expedido el mismo producto en dicho establecimiento, diversas modificaciones, como fueron enmendar el mes en una de ellas, cambiar la fecha en otras siete y enmendar la cantidad de antibiótico en

En este mismo sentido se pronuncia la **sentencia de 11 de enero de 1954** (Pte. García Murga. Ar. 10)²²⁷. Los hechos declarados probados en el presente caso eran, sucintamente, los siguientes: En fecha 31 de julio de 1945 don D. del C., propietario de un inmueble, formuló un documento de carácter privado por el que se comprometía a hacer un contrato de los diversos locales del mismo a favor del procesado E. F. A. en la misma forma y condiciones que lo tenían anteriormente hecho respecto de D. C. S. y de D^a R. G, los cuales renunciaban a sus derechos en favor de E. F. A., estipulándose la vigencia del compromiso desde 1º de agosto de 1945, cuando el impreso en el que se redactó el negocio jurídico salió de la Expendeduría de Tabacalera S.A. en 16 de julio de 1946, obrando los contratantes de acuerdo con poner fecha atrasada para eludir responsabilidades que pudieran afectarlas por las disposiciones a la sazón vigentes sobre arrendamientos urbanos.

Al respecto, el Tribunal Supremo declaraba en el considerando tercero de la sentencia que "el delito de falsedad en documento oficial que se aprecia en el fallo de instancia, lo deriva éste del extremo de los hechos probados en que se sienta que el procesado y otra persona ya fallecida convinieron el alquiler de una parte del solar de que se trata suscribiendo al efecto contrato de inquilinato número 0019527, en el que estamparon la fecha de 1º de diciembre de 1945, con notoria falsedad, toda vez que

las demás.

²²⁷ La sentencia de 25 de abril de 1994 mantiene este mismo criterio cuando entiende por documento oficial "el proveniente de entidades públicas en el desempeño de sus funciones o fines o de los servicios públicos (sentencias de 20 de marzo de 1992 y 10 de noviembre de 1993) y que tenga ya tal naturaleza de oficial cuando sobre él se realice la maniobra mendaz que convierte su contenido en inveraz (sentencia de 9 de octubre de 1992)".

el impreso salió de la administración de Tabacalera, S.A. para su venta por la Expendeduría número 73 de Madrid en 16 de julio de 1945. Más es lo exacto que **tal contrato de inquilinato no puede merecer la consideración de "documento oficial" que se le concedió por la mera circunstancia de que figurase extendido en un efecto timbrado, sino que a tal concepción no alcanza más que aquellos que fuesen expedidos por funcionarios y organismos públicos para el desarrollo o cumplimiento de los servicios o fines de carácter igualmente público o de interés general; y también aquellos otros que siendo en su inicio o confección de naturaleza privada fueron presentados en alguna dependencia pública o registrados en sus libros y que por tales acaecimientos tomaron estado oficial bien por acreditar alguna situación jurídica amparada por el Poder Público, bien por originar relaciones de igual naturaleza oficial entre el particular y el organismo a que el documento se dirige, o ya por surtir cualesquiera efectos ante la Administración del Estado; ninguna de cuyas condiciones se dan en el contrato de inquilinato de que se trata, el que, en consecuencia, ha de reputarse como un simple documento privado...**"²²⁸.

Abunda en estos razonamientos la **sentencia de 15 de mayo de 1984** (Pte. Huerta y Alvarez de Lara. Ar. 2.612) en relación, en este caso, a la formación de un contrato de arrendamiento en el que intervinieron los procesados, donde **no cabe hablar de la existencia de un documento oficial pues en ningún momento se dice que en la formación del mismo "interviniera funcionario público alguno; tan sólo**

²²⁸ La sentencia se refiere pues a los documentos oficiales considerados como tales no sólo por razón de su origen, sino también de su destino, aspecto este al que nos referiremos más adelante.

se dice que fueron padre e hijo, lo que implica que lo realmente falsificado fue un documento privado, aun en el supuesto de que éste fuese extendido en impreso timbrado de los expedidos por el Estado para esos fines", pues de acuerdo con la doctrina de la Sala²²⁹ a dichos documentos "no puede concedérseles más alcance y eficacia que la de documentos privados", para cuya punibilidad habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 306 del Código penal.

Finalmente, es interesante la **sentencia de 13 de junio de 1977** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 2.742) que al mantener una **interpretación restrictiva del concepto de documento público niega este carácter a todos aquellos expedidos por los eclesiásticos, precisamente por la no consideración de funcionarios públicos éstos.**

Concretamente, se dice en el Considerando segundo de esta sentencia que "dada la gravedad del delito de falsedad cometido en documento público, no es posible extender el concepto de éste a casos no incluidos taxativamente en las Leyes, pues la interpretación extensiva y la aplicación analógica de preceptos, en contra del reo, se hallan proscritas y repudiadas en el Derecho penal, siendo, por lo demás, imposible y desacertado, pese a la actual confesionalidad del Estado español, atribuir a los eclesiásticos el carácter de funcionarios públicos fuera de aquellos casos en los que la Ley, de modo expreso y categórico, y en determinados y especiales casos, les atribuya dicha condición. De lo que se infiere que si, con carácter general, **la Ley de 10 de junio de 1957, en su artículo 2, dispone que el Registro Civil constituye la prueba de los actos inscritos, sólo los documentos de origen y fehaciencia**

²²⁹ Se citan al efecto las sentencias de 11 de enero de 1954 y 23 de octubre de 1963.

eclesiástica que hayan de obrar en el campo del estado civil de las personas podrán reputarse documentos públicos, sin que sea posible asignar y atribuir tal rango al denominado "Libro de Familia Católica", editado por la Comisión Episcopal Española, en el que se hace constar la unión matrimonial y cuantos datos religiosos afecten a los esposos y a su futura prole, toda vez que dicho Libro, respondiendo a una iniciativa interna de la Iglesia Católica, carece de toda posible repercusión en el estado civil o en el orden extraeclesial".

Y por lo que se refiere al concepto de documento auténtico, la doctrina jurisprudencial se recoge en la **sentencia de 10 de marzo de 1971** (Pte. Escudero del Corral. Ar. 881) declara que "**para que goce de la calificación de auténtico un documento, a efectos de la casación, ha de proceder indispensablemente, de funcionario o persona, que se encuentre legitimado para dar fe de sus actos, guardando las necesarias formalidades extrínsecas exigidas para su manifestación ostensible, y además, por su contenido mismo, ha de poner de relieve intrínsecamente, una verdad plena, innegable e incontrovertible, por hacer perenne un acaecimiento hacia la posteridad, con acomodación absoluta entre su propia literalidad y lo sucedido en la vida real, debido a una declaración de certeza, y no a una mera declaración de voluntad, que se recoge en prueba preconstituída pública o privada**" (CDO. 2º).

Ya anteriormente la **sentencia de 21 diciembre de 1960** (Pte. López Ortiz. Ar. 4.139) se había referido a este mismo tema al declarar que "**si bien los testimonios en que se reflejan son documentos públicos judiciales, no gozan de la**

condición de auténticos a fines de casación por cuanto no se los aporta a este recurso sino con el intento de dar un valor concluyente a meras alegaciones de la perjudicada o de los procesados, o de sus respectivas representaciones en juicio y sabido es que en vía penal las pruebas de testimonio, a lo que se reducen por asimilación de homogeneidad procesal esas manifestaciones carecen de la valoración de documento auténtico, pasando meramente a significar un elemento más de la prueba no privilegiada y estimable en conjunto" (CDO. 1º). Ahora bien, **"por contraste gozan de la condición de auténticos, por fondo y forma, suficientes a los fines de casación, la escritura pública de protocolización del cuaderno particional** de los folios sumariales 40 y siguientes, las pólizas de operaciones de Bolsa de los folios 242, 244 y 246 y la diligencia judicial del folio 229" (CDO. 3º).

Por su parte, la **sentencia de 27 de octubre de 1965** (Pte. García Obeso. Ar. 4.781) señala "que el documento que invoca la parte recurrente para probar que se alteró la fecha verdadera en el "vendí" de acciones, póliza complementaria correspondiente y garantía prendaria del precio **no es auténtico** a efectos de casación, pues **lo único que podría dotarle de autenticidad es su carácter inequívoco de certificación y su autorización por la persona facultada para expedirla, y ninguno de estos dos requisitos concurren**, el primero por tratarse de un simple oficio de la Compañía Arrendataria de Tabacos y Timbre en el que se afirma la fecha en que salió de ella el papel timbrado en que se extendió el "vendí", fecha posterior a la que en éste consta, y no de una certificación, y el segundo porque la firma de tal oficio es ilegible y no identifica por tanto la persona que lo autoriza" (CDO. 1º).

La **sentencia de 18 de octubre de 1975** (Pte. Escudero del Corral. Ar. 3.644)

se expresa en parecidos términos, sistematizando la anterior doctrina al señalar "que el documento auténtico para la casación penal, ha de poseer, extrínsecamente, las formalidades y atributos oficiales, procediendo de personas legitimadas para dar fe de sus actos, e intrínsecamente, acreditar como cierto y positivo un hecho, con plena eficacia probatoria, de manera indiscutible, absoluta, total, palmaria o patentemente, sin posibilidad de duda alguna" (CDO. 2º).

D) Requisitos esenciales.

d.1. Expedición por funcionario público.

Indicábamos anteriormente que, de acuerdo con el artículo 1.276 del C.C., el documento público es aquel autorizado por funcionario público competente y, más precisamente, se entiende por documento administrativo, especie de documento público, el válidamente emitido por los órganos de las Administraciones Públicas. A este respecto, hay que reseñar con PAREJO ALFONSO²³⁰ que en el ámbito del tráfico jurídico común y, por tanto, de las actividades privadas prima la libertad de configuración de las relaciones jurídicas como expresión de la autonomía de la voluntad en el marco de lo lícito. Buen ejemplo de ello, en relación con los actos contractuales, es el artículo 1.278 en relación con el artículo 1.261, ambos del Código civil. En estos casos, la forma opera en el plano de la eficacia, ya por exigencia de

²³⁰ "Fe pública y Administración Pública", op. cit., pp.. 170 y ss.

la norma positiva -por la relevancia que la misma otorga al negocio-, ya por apreciación de los propios sujetos -relevancia voluntariamente concedida por éstos en aras a la seguridad-. En cambio, en el ámbito del Derecho público, y más concretamente administrativo -precisa este mismo autor-, la capacidad de la Administración, en su condición de persona meramente instrumental (art. 103.1 CE), es específica y limitada, constituida por la suma de las potestades-competencias que el ordenamiento le tenga atribuidas en cada momento: aquí la base no la constituye la autonomía del sujeto. Por otra parte, teniendo en cuenta que el núcleo esencial de la actividad administrativa está constituido por aquella directamente dirigida a producir efectos con relevancia jurídica, actividad administrativa formalizada que en último término no es sino contenido del ejercicio de un poder público (potestad-competencia), ajustado por entero al principio de legalidad, el cual incluye la observancia de la forma y, con ella, de las solemnidades o formalidades conectadas a la fe pública, que a su vez -como ya sabemos- forma parte de la propia actividad administrativa y sirve a la exigencia de seguridad.

Concretamente, y por lo que a la actividad unilateral de la Administración se refiere, esto es, los actos administrativos en general, los artículos 53 (producción y contenido) y 55 (forma), en relación con el artículo 46.4, todos ellos de la LRJAPyPC, señalan que todos los documentos válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas tienen la consideración de documentos públicos. Por lo que se refiere a los registros administrativos -generales o no- regulados en el artículo 38 de la misma Ley, también cabe formular idéntica afirmación habida cuenta que dichos registros configuran, en último término, un documento, por más que

formalizado en soporte informático. Finalmente, la actividad administrativa certificante, regulada en los artículos 37.8 y 46.1 de la Ley, determinan claramente su producción de documentos públicos, a saber: las copias auténticas o transcripciones fieles de los documentos públicos o privados que obren en los archivos administrativos.

d.2. Concepto de funcionario público a efectos penales.

La importancia práctica del tema ha sido puesto de manifiesto por COBO DEL ROSAL²³¹ en la medida en que la afirmación o negación de la cualidad de funcionario público puede suponer una calificación jurídica, un tratamiento jurídico diferente. El párrafo 3º del artículo 119 del C.P.²³² dispone que "se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección, o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas". El análisis de este precepto lleva al autor a las siguientes conclusiones, por lo que aquí interesa:

1ª El Código penal ha adoptado en el párrafo 3º del artículo 119 una noción sumamente amplia de funcionario público que es susceptible de dar cabida a

²³¹ COBO DEL ROSAL, MANUEL: "Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código penal español (Sobre el concepto de < funcionario público > a efectos penales", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo XLIV, 1962, pp. 213 y ss.

²³² Sobre los antecedentes inmediatos del precepto en los Códigos penales de 1822, 1848, 1870, 1928 y 1932, vid. COBO DEL ROSAL, Idem, pp. 218-223.

cualquier concepto de funcionario en la medida en que se participa en la ejecución de la función pública. La participación en ésta es la nota esencial del concepto legal-penal, la cual tiene un alcance más extenso que la administrativa²³³. En este sentido, el autor aboga por la necesidad de entender de una manera restrictiva el funcionario público a efectos penales²³⁴. Se insiste, la participación de la función pública es la

²³³ Apunta GUAITA, AURELIO (Voz "Funcionario público", NEJ Seix, Barcelona, 1985, t. X, pp. 496 y ss.) que el concepto de funcionario público es, posiblemente, uno de los más discutidos de cuantos maneja la doctrina jurídico-administrativa. Al respecto, observa el autor que nuestra legislación no tiene un concepto de funcionario, pero nos suministra varias definiciones. La más difundida ha sido precisamente la contenida en el art. 119.3 del C.P. Muy parecida a ésta es la definición del art. 77 de la Ley electoral de 8 de agosto de 1907, según la cual "para los efectos de esta Ley, se reputarán funcionarios públicos los de nombramiento del gobierno y los que, por razón de su cargo, desempeñen alguna función relacionada con las elecciones, así como los presidentes y vocales de las juntas del censo electoral y los presidentes, adjuntos e interventores de las mesas electorales". Se trata en realidad también esta de una definición penal, como advierte GUAITA, pues el citado art. 77 figura incluido en el título VIII de la Ley, bajo la rúbrica "De la sanción penal". Por su parte, la vigente Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, dispone en el art. 135 que "a los efectos de este Capítulo (VIII, del título I, bajo la rúbrica "Delitos e infracciones electorales") 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".

La Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Texto Articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero) ofrece una definición más concreta y característica de funcionario público desde la perspectiva administrativista señalando que "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", ofreciendo el artículo 4 una definición aún más precisa de funcionario al referirse al "funcionario de carrera". La regulación reciente de la función pública utiliza la expresión más amplia de "personal al servicio de las Administraciones Públicas" (art. 1 Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública; art. 89 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local), en el que se incluye el personal funcionario, el personal laboral y el personal eventual o de confianza.

²³⁴ Refiere GUAITA ("Funcionario público", op. cit., p. 500) cómo la jurisprudencia maneja generalmente un concepto estricto de funcionario público

esencia de la definición, puesto que en la medida en que se participa de su ejecución se es *funcionario a efectos penales*. Lo cual no evidencia sino la distinta cualidad de funcionario público a efectos penales respecto a su regulación administrativa. Al legislador penal no le interesan tanto los delitos que cometen los funcionarios públicos en el sentido que fuere, como aquellos que se realizan con ocasión del ejercicio de la función pública: de aquí la nota de especialidad y por lo que se considera que deben ser objeto de distinto tratamiento. Y de aquí también que partiendo de ese concepto penal genérico de *funcionario público*, éste se ha de proyectar sobre todos los supuestos concretos que pueden presentarse y, a su vez, extraerse de ellos por cuanto sólo si se ejercita la función pública, cuando se participa de su ejercicio, se es funcionario público a efectos penales.

Por otra parte, ha de evitarse el uso indistinto de "participación del ejercicio de la función pública" y "ejercicio del cargo". Participar en la primera no implica ejercer el cargo, esto es, se puede participar en la función pública sin ejercer y sin tener cargo.

(caracterizado por las notas de nombramiento legal, carácter permanente y sueldo con cargo a los presupuestos públicos), si bien a veces maneja un concepto amplio que, incluso en ocasiones, deriva en desorbitado. Así, la jurisprudencia criminal ha declarado que son funcionarios públicos: el obispo (s. 19 mayo 1890); el rector del seminario (s. 9 marzo 1908); el jefe interino de almacenes del Servicio Nacional del Trigo (s. 28 enero 1955); el agente ejecutivo de contribuciones (s. 18 diciembre de 1953); el depositario del Ayuntamiento, aunque no pertenezca al Cuerpo de depositarios (s. 24 noviembre 1954); empleados de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, aunque sean temporeros (ss. 8 febrero 1949 y 23 septiembre 1955); el guarda particular jurado es un agente de la autoridad (s. 26 octubre 1952). En cambio, la misma jurisprudencia ha negado el carácter de funcionario al personal de RENFE (s. 22 mayo 1946); al encargado por un jefe de sección de abastecimientos de colaborar en la confección de cartillas, tarjetas, etc. porque le faltaba el nombramiento de la autoridad competente (s. 28 junio 1942).

2ª Cabría tender a la confección de una figura unitaria que superase la distinción entre "autoridad" y "funcionario público". Indican los párrafos 1º y 2º del artículo 119 del C.P. que "a los efectos penales, se reputará autoridad al que por sí solo o como individuo de alguna Corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia. Se reputarán también autoridades los funcionarios del Ministerio Fiscal". A este respecto, observa COBO DEL ROSAL que difícilmente pueden encontrarse notas diferenciadoras que separen tajantemente un concepto del otro; antes por el contrario, la coincidencia entre ellos es frecuente y va implícita. En esta perspectiva, "autoridad" es funcionario público desde el momento que participa en el ejercicio de la función pública. La ambigüedad del concepto de "autoridad" se explica -añade el autor- en atención a que el legislador haya querido en este caso resaltar una de las características dentro del concepto más genérico de funcionario público a efectos penales. Esto es, existe entre ambos un núcleo común desde el momento en que también la "autoridad" participa del ejercicio de funciones públicas, de la contribución a conseguir los fines del Estado.

Por lo demás, dentro del concepto general de funcionario público cabe comprender:

- 1º Los especificados en el artículo 119, párrafo 2º del Código penal.
- 2º Los titulares de algunas profesiones, como los médicos, cuando expiden certificaciones de defunción para que surtan efectos en el Registro Civil (STS de 14 de octubre de 1947).
- 3º Los ministros eclesiásticos respecto a actos o documentos que puedan

producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil²³⁵.

Coincidiendo sustancialmente con las precedentes conclusiones, en cualquier caso no hay que olvidar que la complejidad actual de la organización administrativa, en la que cobra particular importancia el fenómeno de la constitución de novedosas entidades integradas en el concepto de la denominada "Administración independiente", hace necesario que en orden a la determinación de cuales sean las personas físicas que actuando en el marco organizativo y funcional de esas entidades públicas pueden

²³⁵ El artículo 302 <in fine> del Código penal considera a algunos documentos eclesiásticos, que no enumera, documentos públicos. A este respecto, CORDOBA RODA ("Comentarios...", op. cit., III, p. 810) considera que por "orden civil" ha de entenderse el integrado por normas de derecho civil. El "estado de las personas" constituirá, entonces, un sector específico de dicho orden. Y añade este mismo autor que el ámbito de los ministros eclesiásticos a que alude el último párrafo del art. 302 debe entenderse circunscrito a aquellos para los que el ordenamiento jurídico positivo reconoce una función (v.gr. de redacción o custodia) en relación a documentos idóneos para producir efectos en el estado de las personas o en el orden civil (v.gr. los artículos 75 y siguientes del C.C.). Por su parte, ORTS BERENGUER ("Derecho penal...", op. cit., p. 240) hace hincapié en el aspecto punitivo para señalar que la equiparación penológica que establece el artículo 302 entre funcionario público y ministro eclesiástico "ha de sentarse en una igualdad de su antecedente; esto es, en la necesidad de que en el ministro eclesiástico y en su conducta concurren idénticos requisitos a los recabados para los funcionarios públicos". Se muestra crítico con esta figura QUERALT JIMENEZ, quien señala que "hoy, tras la separación Iglesia-Estado, no se ve qué documento eclesiástico, en puridad, puede tener las finalidades a las que se refiere el tipo. Ni el bautizo -que acreditaría el nacimiento-, ni el matrimonio -que es civil, pero en forma canónica y que ha de ser ponderado por el Juez encargado del Registro Civil para su inscripción- parece tener hoy tal relevancia, por lo que seguramente estamos ante una norma que ha quedado sin contenido" ("Derecho penal. Parte especial", op. cit., p. 368). Y en la misma línea se inscribe BENEYTEZ MERINO afirma que "la referencia al ministro eclesiástico que realiza el tipo, equiparándolo al funcionario público respecto a actos y documentos que puedan producir efectos en el estado civil de las personas o en el orden civil, tiene fundamentalmente una significación histórica. Es sabido -añade- que la Iglesia precedió al Estado en la consignación en un Registro de actos con relevancia en el estado civil de las personas, como consecuencia de sus intereses pastorales". Para concluir aseverando que "en los casos en que todavía la certificación de un ministro eclesiástico tenga valor de prueba, resulta aplicable la disposición penal" ("Bien jurídico protegido...", op. cit., p. 63).

generar documentación oficial no puede derivarse exclusivamente de lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal, sino que habrá que tener también en cuenta a estos efectos la normativa jurídico-administrativa propia y común de esos específicos sujetos que se agrupan bajo la denominación de "Administraciones Públicas" y en las que se incorporan por una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el Derecho Administrativo las personas que adquieren así la condición de funcionarios públicos²³⁶.

La postura jurisprudencial sobre esta materia se recoge en la **sentencia de 5 de febrero de 1991** (Pte. Soto Nieto. Ar. 758) declara que: "conforme al artº 119 del C.P. se considera como **funcionario público** todo el que por disposición de la ley o por elección o **por nombramiento de autoridad competente** participe en el **ejercicio de funciones públicas**. La **condición de funcionario** se concede en base a la concurrencia de un **doble elemento**, el **subjetivo o personal**, **derivado de la designación o nombramiento** por alguno de los modos o cauces enumerados, y el **objetivo o de actividad**, **constituido por su participación en el ejercicio de funciones públicas**, **intervención efectiva en las mismas**, **finalidad de los servicios prestados**, **con traducción en un interés general o público y no meramente de índole privada**, **proyección hacia el bien común**; por medio del funcionario adquiere realidad la prestación de servicios directos a cargo del órgano estatal, provincial, oficial o corporativo de cualquier clase si tiene condición pública. **Acogiéndose por igual a los funcionarios en propiedad o interinos y a los paraestatales o de**

²³⁶ CORDOBA RODA cita en este sentido la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Texto Articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, artículos 3 y ss. ("Comentarios al Código Penal...", p. 790).

organismos autónomos, ya desempeñe su función de modo permanente o temporal, dado que el párrafo tercero del artº 119 no distingue y su conceptualización lo es "a efectos penales", con un criterio de mayor amplitud que el estrictamente administrativo -Cfr. sentencias de 11 de febrero y 27 de septiembre de 1974, 9 de diciembre de 1975, 9 de febrero de 1976, 6 de marzo de 1981 y 27 de marzo de 1982- (FD. 3º).

Más reciente, la **sentencia de 25 de enero de 1994** (Pte. García Ancos. Ar. 107)) expresa este mismo concepto amplio de funcionario público a efectos penales cuando declara que "el artº 119 del Código, que es el verdaderamente aplicable para determinar la cualidad de funcionario a estos efectos penales, nos dice, entre otras cosas, que se habrán de entender por tales "todo el que por elección o nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas. Sea cual fuese el método interpretativo que se utilice en clarificación de ese precepto, no cabe duda de que la ahora recurrente fue nombrada por la autoridad adecuada para el ejercicio de una función pública que, además, de hecho y de manera directa estaba ejerciendo en las fechas en que se cometieron las acciones enjuiciadas. Para entender lo contrario no cabe alegar, **ni la eventualidad del puesto de trabajo, ni tampoco la naturaleza del contrato a través del que se la nombró para ejercer esa función pública, pues lo esencial en esta idea de funcionario es el nombramiento por quien tiene competencia para ello, y el ejercicio directo de la función pública, siendo indiferente o inocuo, por puramente tangencial, la temporalidad del cargo y la vía o vehículo empleado para el nombramiento, siempre que éste sea legal con arreglo a la normativa vigente (Ley de la Función Pública).** Es más, en estos

supuestos, el abuso de confianza que constituye una de las bases esenciales de este delito de malversación, podríamos entenderles incluso más grave en aquellos supuestos, como el presente, en que el nombramiento se efectúa a través de una designación basada, no ya en un examen teórico o práctico, sino en los méritos y confianza que la persona designada merece respecto a la autoridad que contrató e hizo efectivo ese nombramiento" (FD. 2º).

d.3. Requisitos en cuanto a la actividad pública.

Por lo que se refiere a la falsedad en documento público, la acción se realiza por un funcionario público²³⁷ que, con su intervención, da al documento que crea una presunción de veracidad, bien porque está investida de tal facultad por ser depositario de la fe pública (Notario, Secretario Judicial, Corredor de Comercio Colegiado) o bien porque la Administración le ha otorgado facultades de acreditamiento de determinadas realidades o sucesos (v.gr. médicos del Registro Civil) que, igualmente, originan una presunción de veracidad.

²³⁷ Como señalaba VALDES RUBIO, "las personas en quienes el Estado deposita la fe pública, tan trascendental para la vida social, pues que ellas consignan los hechos en que se fundan los derechos, ora en lo judicial, ó bien en lo extrajudicial, pueden cometer diversos delitos: dando fe de cosas diferentes de aquellas que se otorgaron ó verificaron, falsificando los autos, los instrumentos ó documentos originales, dando copia inexacta de los mismos, ó, en suma, mudando ó cambiando los testimonios fehacientes, de los cuales nace la confianza, que es garantía de bienestar, y que depende en gran parte de las virtudes acrisoladas de aquellos funcionarios cuyo lema es <Nihil prius fide> ("Derecho Penal", op. cit., I, pp. 291-292).

Pone de relieve a este respecto BENEYTEZ MERINO²³⁸ que la falsificación del funcionario público como tipo específico en el campo de las falsedades documentales encuentra su razón de ser en el plus de antijuricidad que representa el que junto a la falsedad haya una infracción del deber de veracidad que resulta de la propia función. En este sentido, puede afirmarse que el funcionario se encuentra en el ejercicio de sus funciones cuando realiza los actos que entran en la específica competencia atribuída por la ley o por el órgano jerárquico superior²³⁹.

Por su parte, ROMERO SOTO²⁴⁰, en cita a MANZINI, señala la diferencia que a estos efectos se produce entre función pública y servicio público en el sentido de que si bien aquélla implica éste, no sucede a la inversa. Concretamente, la diferencia reside en que, aunque el servicio se desempeña en interés social, no implica ejercicio de autoridad. El servicio público es una actividad pública u oficial, no autoritaria, dependiente de una función pública y dirigida a fines de utilidad social. De aquí se deduce que las funciones públicas sólo pueden ser desarrolladas por el Estado u otros sujetos públicos, en tanto que los servicios públicos pueden serlo por aquéllos o por el propio particular (concesión).

²³⁸ "El bien jurídico protegido...", op. cit., p. 62. Añade el autor que "un comportamiento de esta índole presenta analogía con el delito de prevaricación, como grave infracción de un deber profesional".

²³⁹ Dispone el artículo 12.1 de la LRJAPyPC que "la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuidas como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en esta u otras leyes. La encomienda de gestión, la delegación de firma y la suplencia, no suponen la alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén".

²⁴⁰ "La falsedad...", op. cit., p. 168.

En definitiva, el funcionario, para incurrir en el delito de falsedad en documento público, ha de encontrarse en el ejercicio de sus funciones, esto es, ha de realizar el acto en cuestión en el marco de las competencias que tiene atribuidas como propias. Por ello, cuando el funcionario público actúa fuera del ejercicio de sus funciones no realiza en tales supuestos un documento público y todo lo más podrá estimarse la existencia de un documento privado o, en último término, la inexistencia de documento alguno²⁴¹.

Ahora bien, el funcionario debe intervenir abusando de su oficio. Cuando el funcionario no abusa de sus atribuciones legalmente conferidas tiene la condición de particular, pudiéndosele apreciar la agravante de prevailecimiento de acuerdo con el artículo 10.10 del Código penal²⁴². De aquí se deduce:

1º Que es preciso que el funcionario al realizar la falsedad esté en el **ejercicio de sus funciones**. Por consiguiente, no será aplicable el artículo 302 del Código penal que a éste se refiere:

- al funcionario que realice la falsedad en documento que no puede autorizar.
- al funcionario que comete falsedad en documento que expida fuera de

²⁴¹ CASAS BARQUERO: "Reflexiones técnico-jurídicas...", op. cit., p. 1.059. Se ha dicho, señala ROMERO SOTO, que la expresión "en ejercicio de sus funciones" no debe entenderse en sentido específico, sino genérico, esto es, que no es necesario que el acto jurídico se agote dentro de la esfera de competencia del funcionario, y que bien pueda suceder que éste no sea más que un colaborador en el acto. Así, cometería delito de falsedad, si faltare a la verdad, el funcionario público encargado de redactar un certificado aun cuando no sea él quien debe firmarlo (op. cit., p. 172).

²⁴² Idem, op. y loc. citadas.

su jurisdicción.

- al funcionario suspenso que con fecha verdadera autoriza un documento público.

2º Que **abuse de las funciones**. Se trata, dice algún autor, de un elemento subjetivo típico atinente a la antijuricidad, lo cual no prejuzga el problema de la culpabilidad²⁴³; y así, dicho abuso de funciones o de oficio no impedirá que pueda ser cometido lo mismo por dolo que por culpa, pues cabría perfectamente un abuso del propio oficio por negligencia si con ello hemos de entender el mal uso de una

²⁴³ Señala HASSEMER que "una vez superado el ámbito de la antijuricidad y la justificación, se pronuncia el juicio sobre el hecho. Se constata si el comportamiento humano, analizado a la luz de los criterios de decisión que brinda el Derecho penal material, ha traspasado los límites de la libertad que rigen para todos; se constata, pues, si el comportamiento era injusto". Y añade más adelante: "Al servir los elementos subjetivos del injusto -aunque exijan también conocimiento sobre el autor-sólo para cualificar el hecho, se les localiza consecuentemente en el ámbito de la tipicidad. Sólo en el ámbito de la **culpabilidad** se reúne todo el saber sistemático sobre el autor. Quien llega a este ámbito sabe ya, tras haber pasado las anteriores etapas de la investigación, que un comportamiento humano ha realizado un injusto jurídico-penal. Pero todavía no sabe si el comportamiento analizado puede ser imputado a una determinada persona, si hay que hacer responsable a esa determinada persona por ese comportamiento. En este cuarto estadio de la estructura del delito se discute y decide precisamente la **imputación subjetiva** del injusto frente a una determinada persona". Y explicita el autor la combinación de estas categorías para destacar que la culpabilidad y la tipicidad tienen bastantes semejanzas entre sí; e igualmente se diferencian de las otras dos categorías: acción y antijuricidad. En efecto, "mientras que en la **acción** o comportamiento se excluyen a < grosso modo > aquellas situaciones que bajo ningún punto de vista imaginable pueden ser relevantes para el Derecho penal, y en la **antijuricidad** se eliminan aquellas acciones típicas que excepcionalmente no son contrarias al orden valorativo jurídico-penal; mientras que, por tanto, en ambas categorías de lo que se trata es de excluir o eliminar la imputación; en la **tipicidad** y en la **culpabilidad** se trata de lo contrario: de incluir, de fundamentar la imputación, objetiva y subjetivamente". De donde se concluye, asevera el autor, "que en la acción y en la antijuricidad se trabaja con elementos negativos (excluyentes, en la tipicidad y en la culpabilidad con elementos positivos (fundamentadores)" ("Fundamentos...", op. cit., pp. 266-267).

persona o cosa²⁴⁴.

La citada **sentencia de 5 de febrero de 1991** (Pte. Soto Nieto. Ar. 758) señala en este sentido que "conforme al artº 302 del C.P. el delito de falsedad a que se provee viene determinado -sobre el presupuesto de que el dolo falsario se corporeice a través de algunas de las formas o maneras que se determinan y enumeran el precepto-, además de por la condición de funcionario público del agente, por la circunstancia de que el injusto típico se lleve a término por aquel **"abusando de su oficio"**, y no como particular en **actividad que no corresponda a las funciones o cargo desempeñados, situada fuera del cerco estricto de sus competencias**. La acción falsaria, para su incardinación en el tipo del artº 302 ha de verificarse en el marco de actuaciones que, por su competencia, corresponden al funcionario. **La conducta reprochable supone la materialización de un exceso en el desempeño de las funciones asignadas por el ordenamiento jurídico, bien de forma directa o por delegación autorizada por la ley, excesividad plasmada en alguna de las prácticas tipificadas en el precepto"**. Para añadir, en relación con el supuesto examinado, que "la misma defensa del procesado no desconoce explícitamente la adscripción de la imputada conducta al marco de las actividades propias del inculpado, centrando su alegación defensiva acerca de la indebida aplicación del apartado 9º del artº 302 del

²⁴⁴ ANTON ONECA, a propósito del abuso de funciones, resalta, con la doctrina alemana, que el funcionario no puede cometer falsedad abusando de su oficio, sino sobre documento legítimo, estos es, el expedido por él mismo en el uso de las atribuciones que la Ley le confiere. De otro modo, al no advenir con su propio nombre el documento confeccionado por su mano, en la comisión del delito su condición de funcionario público se oscurece y pasa a la vista de la Ley como simple particular, pues la cualidad de funcionario no acompaña a cualquier acto de su vida, sino a aquellos que son resultante del ejercicio de sus funciones ("Derecho penal. Parte especial", op. cit., II. p. 138).

C.P., en que Francisco R. carecía de la condición de funcionario público y en que no se simuló un documento para inducir a error sobre su autenticidad, sino que la expedición se hizo con "animus iocandi". En consecuencia, **no puede dudarse que nos hallamos ante un supuesto de falsificación de documento realizada por funcionario público, con abuso de su oficio**" (FD. 4º y 5º).

Y la **sentencia de 15 de marzo de 1994** (Pte. Ruiz Vadillo. Ar. 2.316) insiste en esta línea argumental señalando lo siguiente: "Bajo el presupuesto de ser el autor funcionario público (lo que aquí no se pone en duda: se trataba de una Secretaria de Ayuntamiento), es preciso, para que el delito del artº 302 se realice, que actúe, al llevar a cabo la falsedad, **con abuso de su cargo u oficio, es decir, que la mutación de la verdad se realice dentro de la correspondiente actividad funcional y, por tanto, dentro de las tareas atribuidas al mismo**. Cualquier otro entendimiento del precepto constituiría una no procedente aplicación del tipo penal, lo que no es hacedero teniendo en cuenta los principios por los que el Derecho Penal se rige, entre otros, el de la interpretación restrictiva de lo que sea desfavorable y la prohibición de la analogía. Si no se acredita esta relación entre la respectiva modalidad falsaria y las funciones atribuidas al sujeto, lo que es inexcusable, no es de aplicación la norma porque, como con acierto expresa parte importante de la doctrina científica y jurisprudencial de esta Sala, se privaría prácticamente de contenido y de eficacia a la expresión legal "abusando de su oficio", expresión que, debemos agregar, constituye un factor de reducción del tipo penal en el sentido de que **sólo aquellas falsedades que se llevan a cabo con abuso del oficio o cargo y, por tanto, directamente relacionadas con el mismo, son susceptibles de subsumirse en el citado artº 302**

del Código Penal (FD. 4º).

3.2. Documentos no emanados de sujetos de Derecho Público:
extensión del carácter oficial de tales documentos.

La ampliación del campo de la Administración Pública y del *intervencionismo estatal ha ensanchado el concepto y aplicación del documento oficial*. Durante todo el siglo XIX dominó el criterio de que el Derecho Administrativo era solamente aplicable a las actuaciones de las Administraciones Públicas siempre que, y sólo cuando, actuasen con poder o autoridad o revestidas de "imperium", distinguiendo los actos de autoridad de los actos de gestión para someter los primeros al Derecho Administrativo y los segundos al Derecho Privado. Por otra parte, la multiplicidad de servicios y organismos conectados con lo público ha extendido el radio de acción de los documentos oficiales.

Una segunda manifestación de la antes indicada jurisprudencia extensiva de la noción de documento oficial se refleja en aquellas sentencias, que califican como oficiales, documentos no emanados de sujetos de Derecho público en la medida en que la legislación administrativa prescribe una intervención de los organismos públicos o si los intereses que precisamente con esa intervención pública se tratan de tutelar ostentan una notable significación social. Es el caso de las recetas médicas en materia de productos estupefacientes y psicotrópicos, las cuales adquieren el carácter de documentos oficiales al ser sometidas al control farmacéutico y anotadas en un

registro especial²⁴⁵. Tales recetas -oficiales- fueron creadas por Decreto-Ley de Bases de 30 de abril de 1928 y comenzó a tener vigencia al publicarse el Decreto de 8 de julio de 1930.

La **sentencia de 22 de diciembre de 1955** (Pte. García Murga. Ar. 3.653) se refiere a esta clase de documentos oficiales, si bien haciendo una importante matización en el sentido de que han de estar provistas de sus requisitos formales o, cuando menos, simular éstos para hacerlas aparecer como auténticas y completas. La hipótesis de autos declara como probado que la procesada, con objeto de satisfacer el vicio de inyectarse estupefacientes, al no poder obtener éstos sin receta, simuló la firma de un doctor, presentando 39 recetas así firmadas en diversas farmacias, donde sin darse cuenta de la suplantación, le facilitaron diversas cajas de medicamentos,

²⁴⁵ Sobre este tema es de reseñar el comentario de DELGADO LOPEZ a la sentencia de 11 de junio de 1982, publicado en el Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, tomo XXXV de 1982, donde el autor destaca el nuevo tratamiento dado por esta sentencia a la falsificación de recetas médicas ordinarias (no de la Seguridad Social o Beneficiencia, ni las relativas a estupefacientes). A este respecto, tales recetas habían venido siendo consideradas por la jurisprudencia como simples documentos privados. Una inflexión sobre el tratamiento penal de esta clase de documentos la dió la sentencia de 22 de enero de 1981, la primera que condenaba por falsificación de recetas ordinarias, fundándose en una interpretación avanzada del requisito del perjuicio de tercero o ánimo de causárselo al utilizar la idea de que el *perjuicio exigido por el tipo puede recaer sobre intereses morales y no sólo materiales*, en cuyo caso se estima que existe un potencial perjuicio espiritual para el médico. Esta referencia al hipotético perjuicio moral a un médico fue, en opinión del autor, una "solución de emergencia", que se resolvió de un modo definitivo con la sentencia de 11 de junio de 1982 comentada, que cambia radicalmente la doctrina jurisprudencial sobre la materia. Ahora, por aplicación del Anexo de la Orden de 11 de abril de 1977 (norma esta de desarrollo del Instrumento de ratificación del Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971) se entiende que esta norma administrativa oficializa el carácter anteriormente privado de esta clase de documentos médicos porque, en definitiva, con su falsificación se lesiona la confianza de la sociedad en la actividad de control de los medicamentos que desarrolla la Administración.

todos ellos sometidos a las normas internacionales de restricción de estupefacientes.

La consideración que estos hechos merecieron al Tribunal Supremo se expresaba señalando "que **la receta oficial que para la expedición de estupefacientes creó el Decreto-Ley de Bases de 30 de abril de 1928 y que comenzó a tener vigencia al publicarse el Decreto de 8 de julio de 1930, reúne el carácter de documento oficial y las falsedades que en ellas pudieran cometerse por alguno de los medios que especifica el artículo 302 del Código penal, encajarían en la figura del delito que sanciona el 303 del mismo cuerpo legal, como ya tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala; pero esto sucederá cuando tales falsedades se lleven a cabo en una de las citadas recetas provista de sus requisitos formales o, por lo menos, simulando éstos para hacerla aparecer como auténtica y completa, circunstancias que -explica la Sala- no han concurrido en el caso de autos donde la simulación de la letra y firma del médico que se cita se verificó en unas simples hojas de papel común, sin tratar de revestirlas de formalidad externa alguna (como expresamente dice la sentencia de instancia en el primero de sus considerandos), por lo que tales recetas falseadas no pueden recibir otro calificativo que el de documentos privados, en los que para que su falsificación constituya delito es indispensable que se haya ejecutado con perjuicio de tercero o con ánimo de ocasionárselo, según prescribe el 306 del repetido Código penal"** (CDO. 3º). También considera documentos oficiales las recetas médicas de la Seguridad Social la **sentencia de 23 de junio de 1981** (Pte. Hijas Palacios. Ar. 2.789).

La **sentencia 27 de febrero de 1982** (Pte. Hijas Palacios. Ar. 680) resume la doctrina sentada sobre esta materia al afirmar -una vez hecha referencia a la

Orden de 11 abril 1977 sobre dispensación de especialidades farmacéuticas que dice textualmente que es el documento extendido por los Facultativos en el que se prescribe la medicación que debe administrarse al paciente y que ha de dispensarse por la Oficina de Farmacia, señalándose los requisitos que obligatoriamente deben figurar en las mismas, debiendo ser consignadas en el libro recetario, en la forma ordenada por la Dirección General de la Seguridad Nacional- "que **esta Sala viene distinguiendo de manera constante, aquellas recetas expedidas por Médicos con destino en Organismos públicos, en el ejercicio de su función, tales como la Seguridad Social, la Beneficencia, que entonces por razón de su origen y destino, deben considerarse como documentos oficiales -SS. de 27 noviembre 1977, 23 noviembre 1978 y 7 mayo 1980, entre otras-, de aquellas otras expedidas por Médicos particulares.** Aún dentro de estas pueden distinguirse las recetas médicas de dispensación corriente de aquellas otras que se refieren a sustancias psicotrópicas, entre las cuales están las anfetaminas que, para el cumplimiento del Convenio de Viena, se regularon por R.D. de 6 octubre 1977 (lista II núm. 1) las cuales según la Ley de Bases de 30 abril 1928, habría de dispensarse con "receta oficial", sometidas al control de la "Restricción de Estupefacientes y por el Colegio Médico de la Provincia en que resida la farmacia, según la Reglamentación que se inicia en el R.D. de 8 julio 1930 que desarrolla la Ley de Bases de 1.928 antes citadas, actualizada y en este aspecto, confirmada por la Ley de Bases de 25 noviembre 1944 y Ley de 8 abril 1967, reestructuraciones de los servicios en 1978, 1979 y 1980, que para nada alteran la necesidad de la receta oficial y los sellos antes indicados" (CDO. 3º).

Por otra parte, sin apartarnos del tema que estamos considerando, la **sentencia**

de 18 de abril de 1989 (Pte. García Ancos. Ar. 3.412) donde el Tribunal Supremo delimita el concepto de entidad pública capaz de generar documentos con carácter oficial para negar esta virtualidad a las Fundaciones, aun cuando éstas tengan la nominación externa de "públicas". En efecto, con buen criterio la sentencia, - examinado el caso de la **falsificación de recetas expedidas por una Fundación Pública**, el "Sanatorio Psiquiátrico de Conjo", de La Coruña-, analiza el concepto y naturaleza de las Fundaciones para señalar que si bien **"tienen lógicamente y por su propia finalidad una proyección necesariamente de interés social (beneficiencia médica, asistencial, cultural, etc.) y que incluso mantienen un cordón umbilical con la Administración, cual es por ejemplo, la necesidad de su inscripción en un Registro Público (normalmente situado en los Ministerios del Interior o de Cultura), así como estar sometidas a una vigilancia o fiscalización pública de su actividad**, la realidad es que se trata de personas jurídicas de carácter privado en cuanto que por su nacimiento y su esencial posterior regulación se mantienen de manera principal en el ámbito del Código civil, y así tenemos: se incluyen dentro del Capítulo II, del Título II, del Libro 1º del mencionado texto legal, bajo la rúbrica <De las Personas Jurídicas>, junto con las corporaciones y las asociaciones, su capacidad se mide por las reglas de su institución, que habrán de ser aprobadas por disposiciones administrativas, pero sólo cuando este requisito fuera necesario (artículo 37); pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles y criminales (artículo 38); su domicilio viene establecido por una norma de carácter privado; y, finalmente, las reglas a que han de someterse en caso de extinción son las indicadas en el artículo 39 de ese Texto Legal". Y

concluye el Fundamento de Derecho tercero de la sentencia resaltando el carácter privado de las fundaciones, precisamente "frente a los Organismos oficiales de carácter público"²⁴⁶, en la materia relativa a la aceptación y repudación de herencias²⁴⁷.

En otras resoluciones se llega incluso a puntualizar que el carácter de documento oficial lo tiene en sí misma la receta, sin que sea preciso el carácter de funcionario público en el médico que las utiliza.

En este sentido se pronuncia la **sentencia de 20 de abril de 1961** (Pte. Cid y Ruiz-Zorrilla. Ar. 1.700), en la que se declara probado que el procesado, médico que ejercía la especialidad de neuropsiquiatría, comenzó a prestar asistencia a un enfermo el 15 de diciembre de 1954 y estimando que era preciso someterle, por la enfermedad que padecía, a un tratamiento de "Eucodal", con este fin le facilitaba las oportunas recetas, extendidas en el recetario oficial de estupefacientes, requisito indispensable para adquirir en las farmacias tal específico, ya que se trataba de un compuesto de morfina, comprendido en el régimen de restricción de estupefacientes, habiéndose comprobado que, desde que comenzó el tratamiento hasta los últimos meses de 1955, con el fin de facilitarle dosis superiores a las normales, sin obtener el "carnet de extradosis", el procesado entregó al paciente recetas extendidas en el citado recetario oficial, con nombres y domicilios de enfermos supuestos, unas veces totalmente imaginarios y otras correspondientes a personas reales, pero para las que no iba

²⁴⁶ Resultaba innecesaria la precisión de la sentencia, pues por su propia naturaleza todos los Organismos oficiales son de carácter público, pues sometidos al régimen jurídico-público se encuentran los mismos.

²⁴⁷ Cfr. artículos 993 y 994 del CC.

destinado el medicamento, alteración que realizó en las 26 recetas obrantes en autos, sin que conste que el procesado se propusiera, con tales alteraciones, lucrarse, ni el logro de finalidad distinta que no fuera la de aplicar el tratamiento que consideraba necesario para el enfermo.

En este caso, si bien el Tribunal Supremo coincide con la decisión de la Sala de instancia que había entendido que en el supuesto de autos concurrían las circunstancias que permitían hablar de "una acción deliberada, voluntaria y reiterada de infringir una disposición legal" -pues existía una conducta reiterada en incumplir las disposiciones en vigor reguladoras de la forma de suministro de estupefacientes en cantidades superiores a las establecidas y, por tanto, no faltaba el elemento intencional, es importante lo que dice la sentencia a los efectos que aquí interesan en cuanto que en ella se pone de relieve el carácter oficial de las recetas en cuestión. Para ello argumenta el Tribunal "ad quem" que **"los Colegios Médicos son organismos oficiales encargados de expedir, entregar y en su caso recoger, los talonarios de recetas oficiales para suministros de estupefacientes, -y añade- no está por tanto la disposición de tales recetas al alcance de cualquier persona, e incluso de cualquier médico, sin cumplir una serie de requisitos, ante, como se dice anteriormente, un organismo oficial, sin que sea preciso el carácter de funcionario público en el médico que las utiliza, pues su carácter de oficial lo lleva en sí la misma receta"** (CDO. 2º).

También la **sentencia de 13 de julio de 1983** (Pte. Castro Pérez. Ar. 4.167) responde al mismo criterio doctrinal. Así, tras significar, con abundante cita jurisprudencial, que "aun cuando e indudablemente una receta médica extendida por

escrito constituye un documento privado si su confección no puede atribuirse a un facultativo y la firma que la autoriza no corresponde a ninguna persona existente y por tanto no resulta punible si con ella no se hubiera producido ningún perjuicio a tercero o intentado causárselo", agrega que "en el caso que nos ocupa como quiera que tales *recetas extendidas en papel ordinario y con membrete simulado se referían la primera a una caja de cuarenta comprimidos de Bustaid y la segunda a dos envases de supositorios de Preludin, tales recetas al ser sometidas al control farmacéutico y anotada en un registro oficial, por tratarse de productos estupefacientes y sicotrópicos, adquieren el carácter de documentos oficiales*" (CDO. 1º).

3.3 El documento mercantil.

A) Concepto.

De nuevo se ha puesto de relieve²⁴⁸ la dificultad de determinar este concepto debido a la ausencia, tanto en la legislación penal y, más específicamente, en la mercantil, de una definición o enumeración sobre el mismo. Así lo constataba ya JARAMILLO²⁴⁹ cuando aludía a esta ausencia de definición en el Código de comercio, no obstante proporcionar éste la idea para llegar a la determinación de

²⁴⁸ LUZON CUESTA, JOSE MARIA: "Las falsedades en documentos mercantiles, de identidad y certificados", en "Las falsedades documentales", op. cit., p. 124, en cita a la sentencias de 2 de enero de 1986 y 3 de marzo de 1991.

²⁴⁹ "Novísimo Código penal...", op. cit., II, p. 92.

cuáles sean los documentos mercantiles, y en este sentido no resultaba aventurado para el autor decir que por documentos de comercio han de entenderse aquellos en que constan la realización de actos u operaciones mercantiles donde intervinieron como elementos personales, comerciantes habituales o sujetos no comerciantes, pero que realizaron actos de contratación mercantil.

Es por ello que la jurisprudencia ha intentado tempranamente suplir esta laguna legal conceptual y así, la **sentencia de 9 de abril de 1887** se refiere a los **documentos de comercio como aquellos que hacen constar los derechos definidos en las leyes mercantiles, sin que quepa cualificar de tales cualesquiera otros, aunque pasen como mercantiles entre los comerciantes.**

Con posterioridad, la **sentencia de 24 de noviembre de 1926**, considera documento mercantil todo documento²⁵⁰ **"donde se consignan manifestaciones reveladoras de actos de comercio, que son los que con tal carácter se hallan expresamente comprendidos en el Código mercantil, o cualesquiera otros de naturaleza análoga"**.

Se hace, pues, una remisión directa a lo que se deriva de la regulación legal, en relación precisamente con la figura de los actos de comercio.

Por **actos de comercio**, desde la perspectiva del Derecho positivo, se entienden todos aquellos comprendidos en el Código de Comercio de 22 de agosto de 1885 (C.Com.), sean o no comerciantes los que los ejecuten, y, en general, cualesquiera

²⁵⁰ El Considerando primero de la sentencia se refiere a "escrito", lo cual es obvio habida cuanta su fecha. Ello no obstante, nos remitimos a lo dicho anteriormente al referirnos al concepto de documento en general y a la no exclusividad del medio papilográfico para revelar la existencia de un documento.

otros de naturaleza análoga (art. 2). En este sentido, este cuerpo legal considera actos de comercio los diversos contratos regulados en el mismo; y concretamente los suscritos por Compañías de crédito (art. 175), por Bancos de emisión y descuento (art. 177), por las Compañías de ferrocarriles (art. 184), por Compañías de almacenes generales de depósito (art. 193), por Compañías o Bancos de crédito territorial (art. 199), la compraventa mercantil (art. 325), la permuta mercantil (art. 346), la transferencia de créditos no endosables (art. 347), el contrato mercantil de transporte terrestre (art. 349), etc.

De aquí que la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo siga refiriéndose al documento mercantil en relación con la regulación positiva del mismo, en conexión directa con las nociones de acto de comercio y de operaciones mercantiles o de comercio.

La **sentencia de 20 de enero de 1975** (Pte. Gil Sáez. Ar. 163) es ilustrativa cuando afirma que **"son documentos mercantiles los que conforme a la legislación especial de la materia y acomodados a sus reglas, tienen por objeto hacer constar derechos concretos u obligaciones definidas de tal clase, o sirven por mérito jurídico para acreditar unas y otras, carácter que por su trascendencia al equipararlo -en la esfera penal-, por razón del interés general, a los documentos públicos u oficiales, no consiente ampliación a escritos o anotaciones distintos de aquéllos, aunque pasen en ocasiones por costumbres o meras conveniencias entre comerciantes"** (CDO. 1º). Consecuente con esta última precisión, la sentencia añade algo que merece ser destacado, a saber: que las **anotaciones particulares de índole informativa** realizadas en documento mercantil no pueden dar lugar a la comisión de

una falsedad en documento de esta clase porque **carecen de naturaleza jurídica por no crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones que pudieran ser vulnerados**, constituyendo en todo caso un principio de prueba por escrito regulado en el artículo 1.228 del Código civil.

Y del mismo Ponente, la **sentencia de 22 de diciembre de 1976 (Ar. 5513)**, después de reconocer carácter de documento mercantil a las libretas y cuentas de ahorro bancarias, declara "que no conteniendo el art. 303 mencionado, una enumeración exhaustiva que limite su alcance y contenido, ni una descripción o definición de lo que debe entenderse y comprenderse **por documento mercantil, hay que reputar como tales, no solo los regulados en el Código de Comercio, sino todos aquellos derivados de operaciones mercantiles, o que hayan de surtir efecto en las mismas o, que sirvan para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter y sin los cuales el tráfico mercantil en su actual complejidad y densidad no podría subsistir**, por lo que **con base en esta doctrina se reconocen como documentos de esta clase y naturaleza las libretas de las Cajas de Ahorro y Monte de Piedad y las cartillas de ahorro bancarias**, así como la documentación que en el orden interno de las mencionadas entidades sirven de base para la correcta normalización de la certeza de los ingresos y extracciones de fondos acreditados en las mismas por contribuir de forma esencial al tráfico mercantil entre las repetidas entidades bancarias y financieras y sus clientes titulares de cartillas, libros y cuentas corrientes, y como consecuencia de ello revisten el mismo carácter en la órbita penal, los documentos que determinan la formalización y apertura de estas últimas cuentas, es decir, los que fueron objeto de confección y mutación de verdad esencial por el

recurrente" (CDO. 1º)

Más reciente, la **sentencia de 4 de julio de 1988** (Pte. Huerta y Alvarez de Lara. Ar. 6.470) dice que es documento mercantil a efectos penales todos los documentos en los que se **"recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de carácter mercantil o sirvan para demostrarlos"**²⁵¹.

En cambio, no merecen la consideración de documentos mercantiles los "libros de Actas de una sociedad" (**sentencia de 8 de junio de 1973**. Pte. Casas y Ruiz del Árbol. Ar. 2.647).

Por su parte, la **sentencia de 16 de junio de 1992** (Pte. de Vega Ruiz. Ar. 5.386)²⁵², declara que "a estos efectos los documentos que acreditan, manifiestan y proyectan aquellas **operaciones o actividades que se producen en el círculo o ámbito propio de una <empresa>, sociedad o entidad mercantil, cualquiera que sea ésta, lo que ha de hacerse extensivo a todas las incidencias que sean consecuencia de tales actividades y en el mismo ambiente**"²⁵³.

²⁵¹ La sentencia se refiere concretamente a "la documentación que en el orden interno de las entidades bancarias sirve de base para hacer llegar a la ficha registro de las libretas y cartillas los ingresos y extracciones de los fondos acreditados en la misma, pues contribuye de manera esencial al tráfico mercantil entre la entidad bancaria y sus clientes, titulares de cartillas, libretas y cuentas corrientes". En términos de igual amplitud se expresan las sentencias de 19 de octubre de 1980, 24 de noviembre de 1983, 6 de febrero de 1986, 17 de marzo de 1987, 14 de marzo de 1988 y 21 de marzo de 1989, entre otras. Por su parte, la **sentencia de 9 de marzo de 1976** (Pte. Sáez Jiménez. Ar. 1.055) considera que los "albaranes no adverados por expreso reconocimiento" no pueden reputarse documentos mercantiles, y sí en cambio documentos privados".

²⁵² Se hace referencia a la sentencia de 13 de marzo de 1991.

²⁵³ Sentencia de 27 de marzo de 1990.

Y la **sentencia de 19 de marzo de 1994** (Pte. Hernández Hernández. Ar. 2.371) señala que "si ciertamente la doctrina de esta Sala, pacífica y reiteradamente, concede el carácter de «documento mercantil», a efectos generales, a **todos aquellos en los que se exprese o formalice una operación de comercio o que sirvan para demostrar derechos de naturaleza mercantil**, señalando concretamente, como tales «**las facturas, recibos y albaranes**»²⁵⁴ [cfr. Sentencias, entre otras, de 6 julio 1985, 2 enero 1986, 8 noviembre 1990 y 6 noviembre 1992 y el procesado empleó y utilizó las «**facturas**» e «**impresos de cobro**» de servicios menores, que trucó para evitar el control de la empresa que dirigía como Gerente, haciendo creer a los terceros, obligados al pago de los servicios derivados de actos mercantiles, que contrataban con «Transbus, SA» y a quien efectuaban los pagos, cuando era él quien, en su exclusivo beneficio, se hacía con el importe de los mismos, los documentos mendaces no pueden por menos que ser reputados mercantiles y, como se dijo en anteriores fundamentos, correctamente calificada la mutación de la verdad real realizada en los mismos, como **falsedad en documento de comercio** contemplada en el artículo 303 del Código Penal" FD. 3º).

Doctrina esta que contrasta con la anterior recogida en la **sentencia de 9 de marzo 1976** (Pte. Sáez Jiménez. Ar. 1.055) donde se señala que "**sin que tampoco albaranes no averados por expreso reconocimiento puedan reputarse documentos**

²⁵⁴ La **sentencia de 7 de octubre de 1988** (Pte. Bacigalupo Zapater. Ar. 7.713) señala que "con las facturas, albaranes y recibos se prueba la entrega de mercancías por la empresa y el pago de las mismas por el comprador, pero en manera alguna que el dependiente ha trasladado sus pagos a la firma en cuyo nombre los recibió" (FD. 1º). También se refiere a la factura como documento mercantil la **sentencia de 5 de diciembre de 1980** (Pte. Moyna Ménguez. Ar. 4.782).

mercantiles, lo que implica que al no poderles dar en esta ocasión el carácter de documentos mercantiles lo tengan de meramente privados (CDO. 1º).

De acuerdo con la doctrina precedente, no tendrán la consideración de documento mercantil aquellos que no sean consecuencia de operaciones mercantiles o de comercio. Así, la **sentencia de 10 de febrero de 1958** (Pte. González Díaz. Ar. 762) rechaza la calificación de documento mercantil, reservándole simplemente la de documento privado, a un pagaré que, además de no estar expedido a la orden, **"no hay dato alguno que permita afirmar que el documento aludido se refiriese a una operación mercantil, fuese suscrito por un comerciante o reuniese los requisitos exigidos por el art. 531 del Código de comercio"** (CDO. 1º).

Por su parte, la **sentencia de 12 marzo de 1965** (Pte. Cid y Ruiz-Zorrilla. Ar. 910) declara que **"los documentos presentados por el procesado al querellante son privados y comprendidos en el art. 306 del C.P., pues no tienen relación con los que regula el C. Com. que por sus características sean usuales exclusivamente en la vida comercial y con un rango superior al que simplemente sirve para un ajuste de cuentas en un contrato de carácter civil"**, para añadir más adelante que *desconociéndose en los autos quién y cómo ha incumplido las cláusulas pactadas, no hay por tanto, una mendacidad esencial para convertir la acción civil en penal.*

En este mismo orden de cosas, la **sentencia de 9 de febrero de 1994** (Pte. Moner Muñoz. Ar. 768) no reputa como documento mercantil, sino privado, un contrato de arrendamiento precisamente porque ninguna de las partes contratantes reúne la condición de comerciante. Dice lo siguiente: "Al amparo del número 1.º del

artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se formaliza el séptimo motivo de impugnación, en el que se aduce inaplicación de los artículos 303 y 302.4.º del Código Penal, en relación con los artículos 117, 123 y 124 del Código de Comercio. La sentencia de instancia en el Fundamento de Derecho tercero, rechaza la pretensión punitiva del recurrente, al estudiar la naturaleza del documento pretendidamente falso y a lo allí expuesto, nos remitimos, en donde se mantiene correctamente la **naturaleza privada del contrato de arrendamiento** concertado entre el acusado y el Ayuntamiento de Valencia, que no puede ser otra que la de privado, **al no incorporar acto o negocio mercantil de clase alguna, y ser un particular y no la Cooperativa la que arrienda los locales al Ayuntamiento"** (FD. 7º).

Desde otra perspectiva, pero en análoga conclusión, quiere decirse que el documento mercantil existirá siempre que sea expresión de una operación mercantil o de comercio, en el sentido admitido por los usos mercantiles y por la Ley, es decir, en la línea del propio Código cuando de manera amplia define los actos de comercio. En conclusión, **el documento mercantil surgirá al mundo jurídico desde el momento en que por el mismo se compruebe un acto inherente al tráfico mercantil**, formalizando o demostrando, en suma, cualquier derecho de tal naturaleza" (FD. 3º).

Por ello, y **"aun partiendo del concepto amplio de documento mercantil a efectos penales, delineado en múltiples sentencias de este Tribunal, sería desmesurado subsumir en él los documentos referidos en la declaración de hechos probados, pues no se tratan de documentos propios del giro y tráfico de la empresa mercantil, sino de la relación de trabajo entre ésta y sus empleados"** (sentencia de 18 de

mayo de 1966. Pte. Calvillo Martínez. Ar. 2.523. CDO. 2º).

La extensión evidente de este concepto de documento mercantil ha sido criticada por buena parte de la doctrina, por ejemplo GROIZARD, QUINTANO RIPOLLES Y CORDOBA RODA²⁵⁵, al considerar que la noción de documentos de comercio debiera constreñirse a aquéllos que reunieran las características que para los contratos y actos de comercio determinara taxativamente la ley, puesto que una extensión como la legal vigente resulta desorbitada y alejada del más elemental espíritu de la misma, puesto que a partir de ella pueden comprenderse en la misma documentos que, aun reuniendo esas características legalmente establecidas, sin embargo no dejan de ser verdaderos documentos privados, y entre éstos se recogen la correspondencia no archivada entre comerciantes y los simples recibos de pago y adeudo. Así lo ha apreciado en alguna ocasión la propia jurisprudencia.

Sirva de ejemplo la **sentencia de 26 de marzo de 1969** (Pte. Espinosa Herrera. Ar. 2.093), cuando declara "que **a efectos penales sólo pueden calificarse de documentos mercantiles** los que con arreglo a la legislación especial de la materia tienen por objeto hacer constar derechos y obligaciones definidos de tal clase, y equiparándose en la esfera penal, por razón de interés general, a los documentos públicos y oficiales, no consiente normalmente ampliación a escritos diferentes de aquellos aunque por costumbre o mutua conveniencia pasen corrientemente entre comerciantes" (CDO. 1º).

La **sentencia de 21 de junio de 1989** (Pte. Díaz Palos. Ar. 5.194) se refiere

²⁵⁵ Citados por LUZON CUESTA, "Las falsedades en documentos mercantiles...", op. cit., p. 127.

al criterio restrictivo de la doctrina para conceptuar el documento mercantil a efectos penales. Dice lo siguiente: "El motivo segundo del recurso, por igual vía casacional, alega la indebida aplicación del artículo 303 del Código Penal, al no aparecer clara la naturaleza mercantil de los documentos alterados por el procesado. Los documentos a que se refiere el relato probatorio son las «facturas», en las que bien se simuló la firma de las pagadas a un acreedor de la Comunidad de copropietarios, bien se modificaron las cantidades de otras en la triple forma explicada en el factum. El sistema ofrece interés y ha sido debatido **recientemente en la doctrina patria, la que propugna en su mayoría un criterio restrictivo, propio de la esfera penal**, de lo que deba entenderse tanto por documento oficial como mercantil, al ser equiparada su falsificación a los públicos cuando ésta es cometida por un particular.

Se introduce en la sentencia de 1969 citada un aspecto ciertamente destacable, a saber: la asimilación que realiza el artículo 303 del C.P. del documento mercantil al documento público u oficial en función de la penalidad. La cuestión ha sido tratada por CASAS BARQUERO²⁵⁶, partiendo de la consideración expuesta anteriormente por PACHECO en el sentido de que fuera de la distinción entre documentos públicos y privados, no debiera racionalmente haber ninguna clase de documentos. Afirmación ésta con la que estamos de acuerdo porque, como señala CASAS BARQUERO, entre los documentos mercantiles y los documentos privados existe una relación de especialidad en la medida en que los primeros constituyen tipos especiales de los segundos, que representan el género respecto de aquellos supuestos específicos. A este respecto, se señala que el documento mercantil goza de una protección <per se> ,

²⁵⁶ "El delito de falsedad...", op. cit., pp. 240-241.

en virtud de su potencial eficiencia en el tráfico jurídico. Cabalmente la protección debida al comercio aumenta la gravedad de la falsificación de un documento mercantil, pero no altera su naturaleza intrínseca de documento privado, siendo su equiparación a los documentos públicos una consecuencia de la celeridad de las relaciones y en atención a los contratantes.

Es explícita a este respecto la **sentencia de 15 de febrero de 1994** (Pte. Martín Canivell. Ar. 1.420) cuando afirma que "de la falsedad en documento mercantil hace grupo aparte el Código Penal (artículo 303) de tal modo, que si en principio habrían de reputarse como de documentos privados, **su falsificación se sanciona de forma más grave que la del resto de ellos porque, faltar a la verdad en ese caso, supone un más grave atentado a la seguridad del tráfico jurídico** (Sentencia de 10 junio 1993), de tal modo que son tratados cuando la falsedad es cometida por un particular, con igual sanción que la cometida en documento público u oficial" (FD. 1º).

Constreñidos ahora al concepto de documento mercantil, el artículo 303 sólo da como prototipo del mismo la **letra de cambio**, dejando al intérprete la tarea hermenéutica de averiguar los de «otra clase» igualmente mercantiles. La importancia de esta clase de título valor ha sido destacada por la jurisprudencia. Así, la **sentencia de 28 de septiembre de 1992** (Pte. Ruiz Vadillo. Ar. 7.466) afirma rotunda que "**la letra de cambio es igualmente un título-valor que alcanza en el tráfico, como ya se dijo, una importancia trascendental y cumple una serie de funciones de especial trascendencia** y que ha de ser contemplado en su totalidad, tanto desde el

punto de vista de los elementos personales que lo forman, como de los requisitos objetivos. Por ello las falsedades en cualquiera de tales requisitos tienen su correctivo penal en el texto punitivo" (FD. 1º).

De acuerdo con la naturaleza objetiva que nuestro Código de Comercio asigna al acto de comercio, serán documentos mercantiles aquellos que expresen o reflejen un acto de comercio. Y se reputan actos de comercio los comprendidos en dicho Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga. Entonces la **factura**, en cuanto documento dimanante, por regla general, del contrato de compraventa, ya sirva para perfeccionarlo, ya para su ejecución y, en todo caso, será medio probatorio del mismo, **habrá de estimarse mercantil según lo sea la compraventa a la que sirve de soporte documental**, por lo que teniendo en cuenta el concepto de compraventa mercantil que da el artículo 325 del Código de Comercio que entiende ser tal las cosas muebles para revenderlas, con ánimo de lucrarse en la reventa, excluyendo así de tal concepto (art. 326) las compras de efectos destinadas al consumo del comprador y otras enumeradas en el precepto que no tienen alcance tan general, habrá que convenir que sólo se tiñe de mercantilidad la factura que sirve de sustrato o apoyo a una compraventa mercantil y no lo será en los demás casos en los que la compraventa no tiene carácter.

La jurisprudencia ha tenido un concepto más bien amplio de lo que deba entenderse por documentos mercantiles al considerar en principio como tales no sólo los que sean expresión de una operación acto de comercio, sino también los que sirvan para constituir o cancelar obligaciones mercantiles o tiendan a demostrar hechos de tal naturaleza mercantil, enunciación que se ve favorecida por la analogía a tenor de

lo dispuesto en el artículo 2.2 del Código de Comercio -SS. 20 de mayo de 1982, 8 de marzo y 6 de julio de 1985 y 18 de julio de 1987 entre otras muchas- en cuyo concepto incluye expresamente los recibos, facturas y albaranes expedidos por los comerciantes (sentencia de 19 de septiembre de 1983).

Una inflexión en tal trayectoria, más acorde con la actual dogmática, la representa la **sentencia del 3 de febrero de 1989** (Pte. Manzanares Samaniego. Ar. 1.422), que **niega al albarán el carácter de documento mercantil** a efectos penales, con base en que **tal documento no está explícitamente contemplado en la legislación del ramo y en que los de esta clase deben tener una eficacia jurídica superior a la del simple documento privado que justifique la agravación de su falsedad respecto de aquél**, y se cita al efecto la antigua Sentencia de 9 de abril de 1887 en la que se afirmaba ser documentos mercantiles aquellos en que, conforme a las Leyes de ese orden, se hacen constar derechos definitivos en ellas; sin que quepa calificar de tales cualesquiera otros, aunque pasen como mercantiles entre comerciantes. Sin duda que la factura ha sido introducida por los comerciantes en el tráfico mercantil, pero de acuerdo con la nueva orientación y con lo antes expuesto, sólo será mercantil en cuanto sea reflejo de una compraventa de tal índole" (FD. 2º).

Y añade la sentencia en el siguiente fundamento jurídico: "En el caso de autos se afirma que las facturas enmendadas por el recurrido obedecían a operaciones en que estaba implicada la Comunidad de copropietarios, la que, evidentemente, si *adquirió productos o efectos con tales facturas no lo hizo con ánimo de revenderlos*. Menos aún si fueron en pago de suministros o de servicios prestados a dicha Comunidad, cuyo pago por estar agotada ya la posibilidad de ulterior disposición de

reventa por la propia naturaleza de tales prestaciones. **En consecuencia, hay que estimar que las facturas de que se trata en esta causa son documentos privados y no mercantiles con el consiguiente cambio de tipicidad que pasará de estar comprendida en el artículo 303 a estarlo en el artículo 306 del Código Penal**".

En un intento de reconducir este concepto amplio de documento mercantil dimanante de la jurisprudencia hacia lo que se entienden son los límites más precisos que resultan del artículo 303 del C.P., RODRIGUEZ RAMOS²⁵⁷ reclama una modificación de los criterios jurisprudenciales correspondientes a una modificación legal a fin de vencer esta "inflación penal infundada". Considera el autor que sólo tiene sentido castigar una falsedad en documento comercial cuando los peligros que se desprenden de la misma no sólo afectan a una persona particular cuyo patrimonio ya está defendido en otros preceptos del C.P., sino a un número indeterminado de ciudadanos que pueden verse implícitos en una operación mercantil basada en el documento falsificado. En este sentido, se pregunta el autor qué documentos mercantiles reúnen las condiciones de autonomía²⁵⁸ para suponer un peligro de

²⁵⁷ "Reflexiones sobre el delito de falsedad en documento mercantil", Poder Judicial, núm. 11, 1988, pp. 105 y ss. Señala el autor que "un concepto tan amplio de documento mercantil ha servido para incluir en su ámbito libros de contabilidad, facturas, libretas de cajas de ahorro, balances de sociedades, talones de cuentas corrientes, letras de cambio, pólizas de seguros, partes de siniestro entregados a compañía de seguro, albaranes, recibos, etc".

²⁵⁸ Ante la circunstancia de que el delito de falsedad casi siempre concurre con los delitos de estafa o apropiación indebida, el autor subraya que "desde el punto de vista teleológico, relativo al bien jurídico protegido y por tanto vinculado al aspecto político criminal, lo cierto es que las falsedades merecen un castigo autónomo, sean o no instrumento de otro delito en este caso contra el patrimonio, sólo si de verdad atentan contra el bien jurídico protegido en el capítulo de las falsedades documentales,

destinatario indeterminado, para responder de inmediato que, evidentemente, en esta categoría, desde la perspectiva sobre todo de la potencialidad probatoria, "ni los recibos, ni los meros albaranes, ni las facturas, ni los libros de contabilidad, ni otros muchos documentos tienen una virtualidad distinta de servir de <instrumentum sceleris> o de <instrumentum abdidendi> de delitos de estafa o de apropiación indebida"²⁵⁹.

La **sentencia de 30 de junio de 1965** (Pte. García Obeso. Ar. 3.428) declara que en el caso examinado lo único claro es "que se cometieron informalidades de las vedadas por el artículo 43 del Código de Comercio y que son trascendentales para la calificación de una quiebra cuando se cometen en libros judicialmente diligenciados, **no en libros que el Tribunal de instancia califica de borradores** y que por tal carácter **no llegan a ser documentos mercantiles ni privados**, sino más bien un principio de prueba por escrito regulado en el artículo 1.228 del Código Civil" (CDO. 1º). En el mismo sentido se expresa la **sentencia de 30 de diciembre de 1977** (Pte. Gil Sáez. Ar. 5.044), al señalar que **los simples libros provisionales o los llamados borradores carecen del carácter o condición de mercantiles"**.

La **sentencia de 16 de junio de 1992** (Pte. De Vega Ruiz. Ar. 5.386) declara no haber lugar al recurso de casación, por quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto por la acusación particular contra la sentencia de la Audiencia que

que no es otro según la unánime jurisprudencia que la seguridad del tráfico jurídico mercantil" (Idem, p. 110).

²⁵⁹ Vid. sobre esta clase de documentos las consideraciones jurisprudenciales recogidas por LUZON CUESTA, "Las falsedades en documentos mercantiles...", op. cit., pp. 149 y ss.

absolvió al procesado Luis Félix G. Ch. de los delitos de falsedad en documento mercantil, estafa y apropiación indebida de que venía siendo acusado. En el Fundamento de Derecho Tercero se dice lo siguiente: "El tercer motivo, como error de derecho, denuncia la indebida inaplicación de los arts. 303, 302 y 69 bis del Código Penal, para combatir los **razonamientos de la instancia que rechazó el delito por estimar que los documentos supuestamente falsificados no eran mercantiles sino documentos privados** con lo que la atipicidad penal devenía como consecuencia lógica al no haberse producido perjuicio alguno, requisito éste entonces fundamental de acuerdo con el art. 306 del Código (daño patrimonial ajeno o ánimo de causárselo). El acusado, como titular de un establecimiento de arte y decoración, vendió al Casino de la ciudad que se cita, y del que a su vez era Presidente, determinados efectos que previamente había adquirido de otros establecimientos mayoritarios, a los que por supuesto había pagado el importe que le facturaron. Al revender al Casino el acusado aumentó el precio con el beneficio comercial que estimó oportuno. Mas como al facturar el importe de las ventas, decidiera ocultar el hecho mismo de su intervención como comerciante, sin intención de perjudicar a persona alguna, elaboró los documentos correspondientes en los que utilizó los anagramas de las casas comerciales que a él le habían vendido los efectos inicialmente, haciendo ver que eran éstas las que suministraban tales efectos al Casino pero poniendo desde luego los precios reales a los que finalmente habían sido vendidos por el acusado a la Sociedad dicha".

Desde otra perspectiva, quiere decirse que el documento mercantil existirá siempre que sea expresión de una operación mercantil o de comercio, en el sentido admitido por los usos mercantiles y por la Ley, es decir, en la línea del propio Código

cuando de manera amplia define los actos de comercio. **En conclusión el documento mercantil surgirá al mundo jurídico desde el momento en que por el mismo se compruebe un acto inherente al tráfico mercantil, formalizando o demostrando, en suma, cualquier derecho de tal naturaleza**". De donde "a la vista de todo lo expuesto deviene la desestimación del motivo sea cual fuere la definición de los documentos alterados. De acuerdo con la **tesis de la sentencia** recurrida aquéllos son **privados porque se refieren a una compraventa civil, no mercantil. Son privados porque justifican o tratan de justificar la compra que hace el Casino para su propio consumo** (arts. 325 y 326 del Código de Comercio). Como quiera que se trataría pues de documentos cuya falsificación habría de encuadrarse penalmente dentro del art. 306 del Código Penal, obviamente no habría delito de falsedad si no fue acompañada tal alteración del correspondiente daño patrimonial, tal aquí acontece. Mas si se estima que **los documentos elaborados por el acusado fueron mercantiles porque realmente con ellos se extendieron por el acusado, comerciante, la referencia escrita de las ventas efectuadas por mayoristas a un minorista que seguidamente revendió el producto**, aunque los documentos se cambiaran para consignar una directa relación de transferencia del mayorista al Casino obviando la actuación del intermediario minorista, tampoco se consumaría la infracción de los arts. 303 y 302 del Código ante la ausencia del dolo falsario como conocimiento y voluntad de que se altera la verdad. **La falsedad no se propicia si el agente sólo pretendió ocultar su lucrativa intervención en la global operación de compraventa que no obstante ser absolutamente lícita, como dice el Fiscal, resultaba éticamente reprochable. No había intención de alterar la eficacia de unas facturas. Sustancial**

y esencialmente, la alteración carecía de importancia. Era inocua porque es cierto que el Casino adquirió, y adquirió en un precio que no se simula, y adquirió de quienes hacía constar en los papeles, aunque ocultamente fuera a través o por la mediación del acusado, también en su calidad de comerciante y minorista. **La inveracidad, el mudamiento de la verdad y la mendacidad han de estar proyectados hacia puntos esenciales, no intrascendentes.** No hay dolo falsario porque la imitación de la verdad que por el mismo se proyecta no tuvo «entidad de veracidad aparente» (S. 5-3-1992) o no tuvo importancia efectiva alguna" (FD. 4º)

Tienen la consideración de documentos mercantiles las **pólizas de seguro concertadas**. Así lo indica la **sentencia de 25 de enero de 1988** (Pte. Jiménez Villarejo. Ar. 472) al declarar que "se denuncia de nuevo la aplicación indebida del artículo 303 del Código Penal, esta vez con la alegación de que el documento firmado por el recurrente no debió ser considerado mercantil por la sentencia recaída en la instancia. El **problema de la naturaleza de las declaraciones de siniestro que han de hacer los asegurados ante las Compañías con las que tienen póliza de seguro concertada**, no es la primera vez que se plantea ante esta Sala que lo ha resuelto en numerosas ocasiones -Sentencias de 14-6-74, 22-2-85 y 18-7-87- en el sentido de que **debe ser afirmada su condición de documentos mercantiles**. Así lo impone la constante doctrina jurisprudencial a cuyo tenor **deben estimarse documentos mercantiles, no sólo los expresamente regulados como tales en el Código de Comercio y en las Leyes mercantiles, sino también todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlos**. De acuerdo con este

criterio, teniendo en cuenta el carácter mercantil del contrato de seguro y, en consecuencia, de los derechos y obligaciones que nacen de él, e impuesto por el artículo 16 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, reguladora del contrato de seguro, la obligación del tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario, de comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro que dará lugar, en su caso, al nacimiento de la obligación indemnizatoria, claro está que **no puede ponerse en duda la naturaleza mercantil del documento en que se cumple el deber de comunicación**, por lo que si en el mismo se falta a la verdad en un punto esencial, relatando el accidente de una forma, sustancialmente distinta a como realmente ocurrió, la procedencia de incardinar en el artículo 303 del Código Penal la conducta de quien así se produce será indiscutible. También este motivo, pues, ha de ser rechazado, lo que arrastra ya inevitablemente la desestimación del recurso, con todas las desfavorables consecuencias que un tal pronunciamiento comporta" (FD. 2º)

B) Los títulos valores: letra de cambio, cheque y talón de cuenta corriente.

Lo expuesto hasta ahora lleva a la conclusión de que únicamente los títulos valores deben ser considerados el objeto material típico del artículo 303 del C.P. cuando se refiere a las letras de cambio u otra clase de documento mercantil, que, en definitiva, son los que, por suponer su falsificación un efecto potencialmente pernicioso para el tráfico jurídico análogo al de los documentos públicos u oficiales,

merecerán la pena del artículo 303, por lo que el resto de documentos mercantiles carentes de esa especial peligrosidad potencial constituyen objetos materiales propios del artículo 306 relativo a la falsedad en documentos privados.

En relación con los **títulos valores**, coincide la doctrina especializada en destacar la ausencia en nuestro Código de comercio de una teoría general de los títulos valores²⁶⁰, así como la carencia de un concepto unívoco de título-valor²⁶¹. Refiere precisamente JIMENEZ SANCHEZ que nuestros viejos Códigos contemplan sólo desde perspectivas diversas y disociadas las cuestiones jurídicas que plantea la utilización de diversos documentos a los que denominan "documentos mercantiles" (art. 1.170 C.C.), "efectos de comercio" (art. 346 C.C.), "valores" (arts. 346, 347 y 1.448 C.C.), "valores mobiliarios" (art. 166 C.C.), "títulos" (arts. 1.352 y 1.899 C.C. y 548 y ss. C. de Com.), "títulos al portador" (art. 545 C. de Com.), "valores y efectos públicos" (art. 79 C. de Com.), "efectos cotizables" (art. 320 C. de Com.), etc. Ante esta situación la doctrina ha tenido que hacer un importante esfuerzo dirigido a la configuración de la categoría de los títulos valores, cuya denominación refleja la idea esencial de que en esta clase de documentos la existencia del título no reduce su significado a la información o reflejo de la existencia y contenido de una relación jurídica, sino que adquiere valor en sí misma, al determinar la aplicación de un régimen especial al ejercicio y a la transmisión de los derechos incorporados o

²⁶⁰ POLO, ANTONIO: "Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento mercantil", en "Estudios de Derecho Mercantil. En homenaje a Rodrigo Uría", Ed. Civitas, Madrid, 1978, p. 620.

²⁶¹ JIMENEZ SANCHEZ, GUILLERMO J.: "Derecho Mercantil", Ed. Ariel, Barcelona, 1990, p. 519.

materializados en el texto del instrumento o soporte documental.

La incorporación de los derechos a los títulos valores supone considerar la distinción entre obligaciones fundamentales y obligaciones cartáceas. En efecto, la consecuencia sustantiva fundamental de la creación (o, en general, de la suscripción) de un título valor es el nacimiento de una específica obligación que, por derivar del título, se denomina cartular o cartácea (cambiaría en los títulos de este carácter: letra, pagaré y cheque); obligación que trae causa de la obligación inicial, causal o subyacente que se encuentra en el origen de la creación (o de la suscripción) del documento, pero que no debe confundirse con ella. Esto es, la creación o suscripción de un título responde a una causa o a un antecedente lógico: la existencia de una obligación a cargo del creador o suscriptor, cuyo cumplimiento quiere facilitarse a través del cauce documental escogido. Ahora bien, aun cuando el título valor responde, lógicamente, a una previa relación que le sirve de causa o antecedente, no se crea para reflejarla documentarla, sino para constituir una nueva obligación que se superpone a ella y que hace del anterior deudor un deudor doblemente obligado en virtud de dos relaciones, la causal y la cartácea, jurídicamente diferenciadas²⁶².

Afirma RODRÍGUEZ RAMOS²⁶³ que los títulos valores son, sin duda, documentos mercantiles que tienen una capacidad de afectar derechos de terceros, precisamente por las características mencionadas de incorporación del derecho al título que a su vez genera la facultad de exigir el poseedor del documento la ejecución del crédito correspondiente, así como la obligación del emisor de atenderlo. De aquí que la

²⁶² JIMENEZ SANCHEZ, *Idem*, p. 521.

²⁶³ "Reflexiones...", *op. cit.*, p. 113.

peculiaridad, hemos visto, caracteriza al título-valor frente al resto de los documentos mercantiles, no análogos a la letra de cambio, justifica, según el autor, la equiparación de los mismos a la de los documentos públicos y oficiales a efectos penales, pues no sólo sirven para estafar o encubrir la apropiación indebida recaída sobre una persona concreta, sino que poseen una potencialidad <erga omnes> que es precisamente la nota peculiar del tráfico mercantil.

Y entre esos títulos valores los más destacados y destacables son, indudablemente, la **letra de cambio**, fundamentalmente, y el **cheque**. Ambos participan de la caracterización de "títulos a la orden" (que constituyeron una de las primeras manifestaciones de los títulos valores plenos o perfectos)²⁶⁴, que participan de los rasgos siguientes: son títulos nominativos, esto es, expresan necesariamente el nombre de su primer titular; y son títulos abiertos a la circulación, puesto que permiten la designación, igualmente nominativa, por dicho primer titular de uno nuevo, quien podrá también a su vez (de ordinario) transmitir a otro adquirente el título y la facultad de hacerlo circular, en la misma forma, sucesiva e indefinidamente²⁶⁵.

Sobre la base de estas precedentes consideraciones, la relevancia de la **letra**

²⁶⁴ Idem, pp. 520 y 537.

²⁶⁵ Se autoriza también la configuración como títulos a la orden, entre otros, de las "cartas de porte" (art. 350.3 C. de Com.), los "conocimientos de embarque" (arts. 706 y 708 C. de Com.), y, en general, las "pólizas de seguros" (art. 9 LCS), las "letras de cambio" (arts. 1.6, 4.a y 14 LC), los "pagarés" (arts. 94.5 y 96 LC) y los "cheques" (arts. 111.a y 120 LC).

de cambio²⁶⁶ como objeto material de la falsedad documental se ha puesto de manifiesto en la **sentencia de 17 de mayo de 1993** (Pte. Ruiz Vadillo. Ar. 4.156) al declarar textualmente que la misma es **"uno de los títulos valores de mayor importancia en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, también, desde luego, en el nuestro, por el frecuente uso que de él se hace en el tráfico jurídico mercantil,** entendida la expresión en sentido muy amplio, tanto como medio de pago, cuanto de instrumento de cambio, siendo un documento formal que contiene la orden de pago de una suma de dinero de una persona a otra en un momento dado. El librador es quien ordena el pago y expide la letra a nombre de otro, que es el librado, quien habrá de pagarla al tomador, que es el titular de la letra. Hasta tanto el librado no acepta la letra, no nace para él ninguna obligación cambiaria, de manera que, frente a su negativa de pago, el tomador, lo único que puede hacer es dirigirse contra el librador. Pero cuando el librado se convierte en aceptante, se convierte en el obligado cambiario principal y directo. Por ello, si no existe poder del representado la declaración es nula y, cuando esto acaece, ello es sin duda determinante de un quebranto del principio de seguridad jurídica, es decir, en este caso, de quiebra de la necesaria confianza en el propio sistema jurídico. Es por ello -se dice a continuación- por lo que la condición de documento de comercio, por el contenido y la forma, nunca ofreció duda respecto de la letra de cambio y así lo dice expresamente el

²⁶⁶ Sobre el origen y evolución histórica de este instrumento de pago aplazado y de obtención de crédito puede verse JIMENEZ SANCHEZ, "Derecho mercantil", op. cit., pp. 538 y ss.



Código penal en su artículo 303" (FD. 2º)²⁶⁷.

La **sentencia de 18 de junio de 1993** (Pte. García Miguel. Ar. 5.182) declara que no existe falsedad en la acción de consignar en letra de cambio a librado con quien el librador no tiene relación. El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por el acusador particular Banco Bilbao-Vizcaya, contra la sentencia de la Audiencia que absolvió a Domingo A. N. de los delitos de falsedad en documento mercantil de que venía siendo acusado. El TS fundamentó su fallo declarando que "habida cuenta que quien aparezca como librado en una letra de cambio tan sólo queda obligado cambiariamente cuando mediante la correspondiente aceptación muestre su asentimiento al mandato de pago hecho por el librador, de manera que **mientras que la aceptación no se produzca, el único obligado cambiariamente es el librador**, por ello pues, **quien acepta a descuento no sólo una letra sino la pluralidad de aquellas a las que se refiere el relato fáctico de la sentencia, es claro que no lo hace en atención a la solvencia o garantía que le ofrece la persona del librado** quien, como queda dicho, ninguna obligación cambiaria ha adquirido, por lo que **la falsedad ideológica consistente en hacer figurar en la letra como librado a alguien con quien el librador no ha tenido relación alguna, es irrelevante en cuanto que no es en atención a la veracidad o falta de veracidad de dicho dato por lo que se concede el descuento sino en atención a la solvencia ofrecida por el librador que es el único obligado cambiario**, por lo que el descuento ha de entenderse hecho en atención,

²⁶⁷ Un detallado estudio de las falsedades en letras de cambio en CORDOBA RODA: "Comentarios al Código penal", op. cit., pp. 891 y ss.

exclusivamente, a la solvencia del librador que constituye la única garantía de pago, por lo que el perjuicio únicamente puede derivarse de la errónea credulidad sobre la solvencia del librador, siendo por ello atípico la consignación como librado de persona con la que el librador no tenía ninguna relación, ya que ello más que una falsedad documental ideológica es más bien una declaración mendaz hecha por quien no tiene la obligación específica de decir la verdad viniendo a constituir un falso testimonio que sólo es punible en el ámbito judicial en los términos expresados en el art. 326 y siguientes del Código Penal" (FD 1º).

Finalmente, resulta interesante la cita de la **sentencia de 8 de mayo de 1974** (Pte. Castro Pérez. Ar. 2.177) cuando establece el **criterio de distinción entre la falsedad de la letra y el abuso de la firma en blanco puesta en la misma**. A este respecto, afirma que "mientras que el abuso se produce en aquellos casos en los que el firmante de la letra la entrega con su firma al acreedor para que éste pueda negociar la, autorizándole con ello para rellenarla con aquellos otros datos considerados como esenciales en el art. 444 del Código de comercio, conforme a determinadas condiciones que éste incumple; la falsedad se comete cuando en una letra ya completa se realizan cualquiera de las alteraciones detalladas en el art. 302 del Código penal sin consentimiento de quien firma la misma" (CDO. 6º).

Por lo que se refiere al **cheque**²⁶⁸, ya la **sentencia de 26 de octubre de 1946** (Ar. 1.249) se refirió a este título valor resaltando "la preponderancia y

²⁶⁸ Un estudio de la falsedad en este título-valor desde el punto de vista jurisprudencial en LUZON CUESTA: "Las falsedades en documentos mercantiles...", op. cit., pp. 139 y ss..

difusión" que ha alcanzado instrumento de pago²⁶⁹. Y si en el Código penal no se alude de modo expreso al delito de falsificación de cheques, sin embargo en su calidad de documento mercantil su falsificación, en cualquiera de las modalidades descritas en el artículo 302, está prevista y penada en el artículo 303²⁷⁰.

La **sentencia de 20 de julio de 1990** (Pte. Moyna Ménguez. Ar. 6.791), referida al **talón de cuenta corriente**, conoce del recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia que condenó al procesado Francisco B. B. como autor de un delito de falsedad en documento mercantil y de una falta de estafa, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de tres años de prisión menor y multa de 50.000 pesetas por el delito y a diez días de arresto menor por falta. Contra la anterior resolución Francisco B. B. recurrió en casación alegando los motivos que se estudian en los fundamentos de derecho. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, casa y anula la sentencia de la Audiencia y absuelve al acusado del delito de falsedad en documento mercantil. Dice en el Fundamento de Derecho Único lo siguiente: "Impugna el motivo primero del recurso la aplicación del artículo 303 en relación con el 302, ambos del Código Penal, en el cauce casacional del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, argumentando, en sustancia, que el **talón de cuenta corriente falsificado** no tenía potencial lesivo suficiente, y no se

²⁶⁹ La **sentencia de 3 de febrero de 1990** (Pte. Montero Fernández-Cid. Ar. 1-048) señala que "el cheque, como todos los de naturaleza mercantil, es documento destinado desde su creación a ingresar en la circulación", por tratarse, en definitiva, de un documento destinado al tráfico mercantil (FD. 3º).

²⁷⁰ MAJADA, ARTURO: "Cheques y talones de cuenta corriente", Ed. Bosch, Barcelona, 1983, p. 282.

había entregado en pago sino en prenda o garantía. Esta última afirmación, sentada en el hecho probado, carece de fuerza convincente, porque aunque no existiera finalidad de pago inmediato, es llano que **la insatisfacción del crédito otorgaría al acreedor pignoraticio un derecho de realización, con lo que, en definitiva, resultaría afectado el tráfico mercantil.** No puede decirse otro tanto de la idoneidad del cheque o talón para este tráfico, porque la falsificación no se consumó con la alteración o sustitución de las formas genuinas del documento, sino que exige, como **presupuesto objetivo o condición material de punibilidad, un daño para el tráfico mercantil,** o la potencialidad, al menos, para producirle, y si el talón de referencias fue encontrado por el sujeto, junto con otros más, en un vertedero de basura y correspondía a una cuenta «ya cancelada» de una sociedad de transportes, cuyo sello aparecía estampado en el efecto falsificado (así resulta del examen de la causa realizado al amparo del artículo 899 de la Ley Procesal), la incidencia -actual o potencial- del susodicho cheque o talón es prácticamente inexistente, y esta ineffectividad absoluta descarta el delito de falsificación denunciado, e incluso la posibilidad de una incriminación por tentativa inidónea **al no encerrar un mínimo de peligrosidad para el tráfico** ya que «en ningún caso», y por razón del objeto en que recaía, podría haber llegado a la consumación. Procede estimar el primer motivo del recurso y **dictar segunda sentencia absolutoria respecto del delito de falsificación de documento mercantil (...)**".

Precisamente, en relación con estos títulos valores -cheque y talón de cuenta corriente- la **sentencia de 18 de junio de 1992** (Pte. Moyna Ménguez. Rec. n° 5.756/89) señala que cuando los mismos "se libran sobre **cuentas canceladas,**

descarta la posibilidad de apreciar el delito de falsificación", pues en tal caso "la incidencia, actual o potencial, en el tráfico es prácticamente inexistente", constituyendo por consecuencia "un supuesto de **falsedad inocua**, como todos aquellos en que, cumpliendo los elementos del tipo penal, carece de aptitud o de idoneidad la acción falsaria para lesionar los intereses subyacentes en el documento" (FD. 2º).

3.4. El documento privado.

A) Concepto: su carácter residual.

Observa RODRIGUEZ ADRADOS²⁷¹ que el Código civil no ofrece, por contra que en el caso del documento público, un concepto de documento privado, lo cual obedece a que se trata de un concepto puramente negativo por vía de exclusión²⁷². Así lo constata también QUINTANO RIPOLLES²⁷³, para quien la caracterización del elemento objetivo material del documento privado solamente puede ser lograda por el camino negativo de las exclusiones. En efecto, es documento

²⁷¹ "Comentario del Código Civil", op. cit., II, pp. 329 y 335.

²⁷² Como señala CREUS ("Falsificación...", op. cit., p. 45), la doctrina más común considera el concepto de documento privado como residual: esto es, todo documento al que no puede asignársele la categoría de público, sería privado.

²⁷³ "Compendio de Derecho penal", op. cit., vol. II, p. 118.

privado todo documento que no tiene la condición de público, oficial o de comercio²⁷⁴²⁷⁵. Según esto, todo documento carente de alguno de los requisitos exigidos por el artículo 1.216 del C.C., es decir, los que se forman sin intervención del notario o funcionario público competente bajo las solemnidades legalmente prescritas o, por degradación, los formados con intervención pública ineficaz, por defecto (ya competencial, ya formal) determinante de nulidad que dan lugar a la escritura defectuosa que contempla el artículo 1.223, siempre que ésta "estuviese firmada por los otorgantes"²⁷⁶.

CASAS BARQUERO²⁷⁷ estima, por su parte, que la noción jurídico-penal que de documento privado se adapte no debe restringirse, ni hacerse coincidir necesariamente con la noción del mismo determinada por las normas procesales o

²⁷⁴ Téngase en cuenta lo expresado anteriormente en relación a la naturaleza intrínsecamente privada del documento mercantil o de comercio.

²⁷⁵ QUINTERO OLIVARES, en su clásico estudio "Sobre la falsedad en documento privado" (Revista Jurídica de Cataluña, núm. 1, enero-marzo 1976, pp. 31 y ss.), se refiere a esta definición de documento privado por exclusión, que inician en el ámbito del Derecho penal QUINTANO RIPOLLES y RODRIGUEZ DEVESA, señalando la idoneidad y conveniencia de la misma, a la vez que prudente en la medida en que, apunta, el error de la doctrina consiste en comenzar cualquier estudio sobre la falsedad documental preguntándose por el concepto de documento en derecho penal. Y concretamente, desde una perspectiva metodológica, alude a los Comentarios del Código penal de PACHECO, GROIZARD y VIADA, en los que se intenta ofrecer una definición de documento privado, "definición totalmente apriorística y subjetiva, que por lo mismo prejuzgaba cuál era el bien jurídico protegido, produciendo una consiguiente delimitación del ámbito de lo típico". Este proceder, siguiendo el autor a GALIANI, incurre en un vicio metodológico de origen que condiciona y determina los resultados de la investigación posterior (pp. 32-33).

²⁷⁶ RODRIGUEZ ADRADOS: "Comentario del Código Civil", op. cit., II, pp. 329 y 355. En el mismo sentido en "El documento en el Código Civil", op. cit., p. 247)

²⁷⁷ "El delito de falsedad...", op. cit., p. 232.

civiles. En referencia a la doctrina clásica, cita a PUIG PEÑA²⁷⁸, para quien el documento privado, a los efectos de falsificación, es todo escrito que directa o indirectamente puede afectar a la esfera jurídica de una persona, bien en su aspecto patrimonial, bien en el moral, siempre que se extienda sin intervención de funcionario público y no afecte a la vida mercantil. Una noción específicamente exclusiva en relación a las otras categorías o clases de documentos a efectos de falsedad documental como antes indicábamos.

La **sentencia de 27 de marzo de 1956** (Pte. Rodríguez de Celestino. Ar. 1.580) es ilustrativa al afirmar que "**para que una carta pueda merecer el carácter de documento privado** a los efectos de apreciar en ella el delito de falsedad determinado en el citado artículo 306 es indispensable, según doctrina jurisprudencial, que aquélla sea **generadora de algún derecho que por medio de la misma pueda ser vulnerado, o que se derive de su texto la existencia de una obligación que afecte a intereses de tercero** y como de dicha carta no se desprende más que una opinión o un dictamen (...)" (CDO. 2º).

Por su parte, la **sentencia de 22 de marzo de 1972** (Pte. Pera Verdaguer. Ar. 1.446) dice que "desde el punto de vista penal no podrá reputarse documento privado al que no cree o pruebe derecho alguno susceptible de vulneración a resulta de él, obligación que afecta a intereses de terceras personas o pueda causar perjuicio de orden alguno, esto es, **el documento privado penalmente estimable debe ser susceptible de constituir, disponer o testimoniar un derecho o un hecho de trascendencia jurídica, ya que en otros supuestos la Ley penal no puede dispensar**

²⁷⁸ "Derecho penal. Parte especial", op. cit., t. III, vol. I, p. 227.

protección a documentos estériles como carentes de toda efectividad posible frente a otros sujetos" (CDO. 1º).

Reproducen esta doctrina, con cita de variada jurisprudencia, la **sentencia de 30 de marzo de 1984** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 1.880) y la **sentencia de 6 de octubre de 1993** (Pte. Soto Nieto. Ar. 7.289)²⁷⁹.

La **sentencia de 25 de octubre de 1982** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 5.683) nos ofrece una ilustrativa semblanza del concepto de documento privado a propósito de la consideración desde esta perspectiva del **escrito de demanda**. En este sentido, afirma que **"la demanda no es más que el acto de parte que inicia y determina el proceso, y, en tanto en cuanto no tiene una finalidad preconstituidamente probatoria ni está autorizada o autenticada por un fedatario público, no es propiamente un documento**, sino un escrito que no es lo mismo, ni tiene un contenido de verdad de tal modo fehaciente que haya que pasar necesariamente, y de modo incontrovertible, por lo que en ella se exprese quedando excluida del soberano criterio apreciativo de las pruebas que, el art. 741 de la L.E. Crim., concede a las Audiencias" (CDO. 1º).

Pues bien, dicho esto, el Tribunal Supremo reseña a continuación que **"documento privado, es toda representación gráfica del pensamiento, generalmente por escrito y en papel, surgida al mundo exterior con una finalidad probatoria y preconstituida, destinada a producir efectos en el tráfico jurídico, que no haya sido autorizada por Notario o funcionario público competente -véase**

²⁷⁹ Doctrina, la expuesta, latente a través de muy varias sentencias, entre ellas y por cita de algunas, las de 6-4-1973, 31-5-1974, 18-3-1976, 30-6-1981, 23-2-1984, 11-4-1985, 26-5-1986, 21-6-1988, 21 y 23-6-1989, 23-3-1990 y 30-6-1992.

"a sensu contrario", art. 1216 del C.C.- y que no sea documento oficial, mercantil o de comercio -art. 303 del C.P.-; suponiendo su falsificación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 306 de dicho Código, que, en él, se opere, por cualquiera de los medios establecidos en el art. 302 del mismo, que sean idóneos o aptos para esta clase de falsedades, una "mutatio veritatis", mudamiento o alteración de la verdad, mendacidad o inveracidad que, recayendo sobre extremos esenciales o capitales y no sobre puntos inanes o inocuos, perjudique a tercero, esto es, a otro, u obedezca al propósito de causárselo -elemento subjetivo del injusto típico-, realizado todo ello con intención o dolo falsario" (CDO. 2º).

Reitera esta misma doctrina la **sentencia de 30 de marzo de 1984** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 1.880) y **de 25 de junio de 1985** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 3.049).

Finalmente, la **sentencia de 23 de febrero 1984** (Pte. Hijas Palacios. Ar. 1.164) recoge la doctrina general referente a los **elementos básicos** en relación al **delito de falsificación de documentos privados**, señalando que éste "se caracteriza fundamentalmente por estos elementos básicos: 1.º Una **mutación de la verdad**, de un documento privado, mutación que lo mismo puede ser material que ideológica, empleando alguna de las formas especificadas en el art. 302 del propio Código. 2.º Un **elemento interno o subjetivo** del agente, que consiste en perjudicar a un tercero o ánimo de causar este perjuicio ordinariamente de base patrimonial. 3.º Una **relación causal**, entre falsedad y perjuicio, es decir una falsedad en el documento privado que tienda a la causación real o potencial de un perjuicio -SS. de 30 junio 1972, 26 septiembre 1973, 27 septiembre 1977 y 6 febrero 1981-, la falsedad ha de ser motor determinante de la defraudación -S. de 13 marzo 1981-, significando que perjuicio

equivale a detrimento o nocividad para otro -S. de 30 junio 1981- y ha de estar vinculado a la falsedad -S. de 23 septiembre 1982-".

Sin olvidarnos de la **sentencia de 4 de julio de 1980** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 3.127), que después de indicar que los documentos privados **"tienen plena eficacia probatoria y su contenido ha de reputarse veraz e irrefragante"**, subraya que pretender atribuirles **"un valor y una eficacia <erga omnes> "** es **"incompatible con su naturaleza privada"** (CDO. 3º).

Por su parte FERRER SAMA²⁸⁰, entiende que a la hora de establecer la noción penal de documento privado no existe razón para limitarla a los escritos que puedan causar perjuicio a la persona a quien se atribuye, con lo que no podrían ser declarados documentos de esta índole aquellos que puedan perjudicar a un tercero. No hay obstáculo, pues, para que el escrito ocasione un perjuicio a persona distinta de aquella a quien se atribuye el escrito, pudiendo afectar el perjuicio tanto a la vida económica, física, moral de la persona.

La **sentencia de 24 de enero de 1983** (Pte. Cotta y Márquez de Prado. Ar. 45) es explícita cuando señala que es **"requisito esencial en el delito de falsedad en documento privado la existencia de un objetivo perjuicio real y efectivo o de orden moral o espiritual, que afecte al patrimonio, prestigio, crédito profesional u honorabilidad de aquel a quien se repute perjudicado, o del subjetivo ánimo de perjudicarlo"** (FD. Único).

En definitiva, el documento privado parece adolecer de la indefinición característica de la figura jurídica que se construye sobre la base no de perfiles

²⁸⁰ "Comentarios...", op. cit., t. III, p. 358.

propios, sino en relación a otras figuras ya definidas y delimitadas precisamente. De aquí que para CASAS BARQUERO²⁸¹ el documento privado, en orden a su importancia y naturaleza, ocupe el último lugar, después de los documentos públicos u oficiales y los de comercio, y, en este sentido, se considera general como una categoría residual, en cuanto la delimitación de su concepto comporta el reconocimiento de todos aquellos documentos que no entran en las otras categorías, por lo que también puede estimarse que el documento privado no presenta unos caracteres determinados.

La jurisprudencia, por su parte, comparte también la línea argumental que acabamos de exponer. Así, es paradigmática la **sentencia de 21 de junio de 1988** (Pte. Carcía Miguel. Ar. 5.154) cuando declara que **"al carecer nuestro ordenamiento punitivo, y el jurídico en general, de una definición del documento privado**, ya que ni se hace en las normas sustantivas (arts. 1.225 y ss. C.C.) ni en las procesales (art. 603 LEC), la doctrina ha venido sosteniendo que **no puede determinarse más que con carácter residual**, reputando como tales a los que no constituyan documento oficial, de comercio, de identidad o certificado, y a los efectos de la falsificación de documentos privados este Tribunal ha declarado reiteradamente, que **no puede reputarse como tal el que no cree o pruebe derecho alguno susceptible de vulneración o resulte de él obligación que afecte a terceras personas**, esto es, que el **documento privado para ser penalmente relevante ha de ser susceptible de constituir, disponer o testimoniar un derecho o un hecho de trascendencia jurídica**, ya que en otro caso la ley penal no puede prestar protección

²⁸¹ "El delito...", op. cit., p. 234.

a documentos estériles, máxime de que habida cuenta de que a nivel privado no existe la obligación de decir la verdad".

Esta sentencia recoge en buena medida la doctrina sentada en la **sentencia de 28 de febrero de 1969** (Pte. Pera Verdaguer. Ar. 1.337) y se reitera en la **sentencia de 23 de diciembre de 1992** (Pte. de Vega Ruiz. Ar. 10.309). Se refiere precisamente esta última al **concepto residual** de documento privado, para señalar que en el caso examinado "el problema a resolver reside en la naturaleza del documento que para incardinarse en el contexto penal ha de revestir los caracteres de letra de cambio, documento mercantil o, en último caso, documento privado cualificado en este supuesto por el perjuicio a tercero que establece el art. 306. Cualquier razonamiento al respecto no puede eludir el dato esencial de que, como se ha dicho, no constan las circunstancias del tomador en la tan repetida cambial. La Ley de 16-7-1985, Ley Cambiaria y del Cheque, claramente rechaza la posibilidad de atribuir a la letra naturaleza de tal (arts. 1 y 2) por ausencia del requisito que se viene reseñando, lo que quiere significar que cualquier alteración hecha lo sería siempre fuera del contexto de la letra de cambio" (FD. 2º). Añadiendo que "tampoco la letra, o letras, aquí analizada es considerada como pagaré, tal en una primera visión pudiera deducirse de lo que se consigna en el art. 450 del Código de Comercio [ver las SsTS 27-6-1964 y 8-5-1989 que se citan por el Ministerio Fiscal]. Y ello es así no sólo porque la omisión del tomador constituye la ausencia de un elemento esencial, no meramente accidental, sino porque además los arts. 94 y 95 de la citada Ley Cambiaria excluyen el pagaré si falta el requisito que se viene cuestionando. Finalmente si en ningún caso pueden considerarse como documentos mercantiles,

tampoco puede llegarse al documento privado, en términos estrictamente penales. **El documento privado representa la extensión de un acuerdo, de un pensamiento, de una manifestación, de un proyecto, de una declaración de intenciones presentes o futuras.** En ese sentido se trata ahora de un documento que, por ausencia de elementos fundamentales para el significado o contenido del mismo, no dice nada porque nada asume o aduce, sólo el vacío. **Se ha dicho que ni el Código Civil (art. 1.225 y siguientes) ni la Ley Procesal Civil (art. 603) definen el documento privado, hasta el punto de llegarse al mismo sólo residualmente. Así son privados los que no constituyen documentos públicos u oficiales, de identidad, de comercio o mercantiles. Pero ese concepto residual no completa ni mucho menos el verdadero significado del documento privado. Por eso, y se acaba de decir con otras palabras, no puede reputarse documento privado aquel que no cree o pruebe derecho alguno susceptible de vulneración o resulte de él obligación que afecte a terceras personas: el documento privado, en la perspectiva penal, ha de ser susceptible de constituir, disponer o testimoniar un derecho o un hecho de trascendencia jurídica, pues no se puede dar protección a documentos estériles, como ahora acontece" (FD. 3^o).**

Por lo que se refiere al bien o interés protegido en el delito de falsedad en documento privado, seguimos a QUINTERO OLIVARES²⁸² cuando observa que,

²⁸² "Sobre la falsedad...", op. cit., p. 34.

en contra de lo que la doctrina tradicionalmente ha venido considerando²⁸³, el interés de tercero lesionado o puesto en peligro no configura por sí solo el bien jurídico protegido en la falsedad documental, por lo que queda abierta la vía para indagar qué otro interés concurre como objeto de protección en el artículo 306 del C.P. La respuesta, apuntada ya por algún otro autor -RODRIGUEZ DEVESA-, no es otra que la condición del documento en cuestión de estar "destinado al tráfico jurídico". Constituye esta, precisamente, la nota que sirve para individualizar la naturaleza de este delito: la falsedad en documento privado incide en el rigor y honestidad que deben regir en el tráfico jurídico.

²⁸³ Refiere el autor que la doctrina española del siglo pasado -por ejemplo PACHECO y VIADA- se pronunció preferentemente en favor de una concepción que pudiera calificarse de "privatista" que consideraba que en esta infracción el castigo era menor que el de la falsedad en documento público por cuanto en ella no intervenían ni la "fe pública" ni el "interés de la sociedad", ni tampoco la "alarma social" que producía aquel otro hecho. De acuerdo con esta postura doctrinal la falsedad en documento privado atendía exclusivamente al "perjuicio de terceros", lo que apreciaba claramente en el hecho de que faltando tal perjuicio o cuando menos el propósito de causarlo, no había posibilidad de castigo, cual era el razonamiento de VIADA. A lo que responde QUINTERO señalando que "ante todo no puede confundirse un evento jurídicamente relevante con el bien jurídico protegido". Lo que significa que la decisión legal de aplicar la sanción penal sólo cuando haya perjuicio o propósito de causarlo no quiere decir que al derecho penal solamente le interese tutelar los derechos <concretos de aquel sujeto perjudicado>, sin negar, no obstante, que esos derechos tienen también incidencia en el disvalor social del hecho. Para referirse después a la doctrina más recientemente -QUINTANO RIPOLLES-, según la cual la única razón de la incriminación de la falsedad en documento privado es el daño causado o querido causar a un tercero. De esta manera se reincide en prescindir de toda referencia a intereses que excedan de la relación privada existente entre el sujeto falsificador y el sujeto afectado por la falsificación. Con ello se contempla sólo una cara del problema, y si sólo se atiende al concreto interés del particular que sufre el daño, ocurrirá -dice QUINTERO- que un precepto incluido entre las falsedades no tendrá más misión que la de extender la tutela penal de bienes jurídicos que ya están protegidos en otros lugares del Código. Por ello, concluye el autor, el delito de falsedad en documento privado ha de corresponderse con un ámbito propio de intereses penalmente tutelados ("Sobre la falsedad...", op. cit., pp. 34-35).

Ahora bien, ¿cómo puede la falsificación de un documento privado alterar el tráfico jurídico si, al contrario de lo que ocurre en el caso de la falsedad en documento público, no está rodeada de garantía pública < erga omnes >, no contiene fe ni prueba nada por sí mismo? En relación con esta última afirmación, señala QUINTANO RIPOLLES²⁸⁴ que en el documento privado apenas son imaginables modalidades de falsedad ideológica, tan frecuentes en la falsedad en documento público, habida cuenta su difícil, cuando no imposible, adecuación a escritos que en sí mismos no contienen fe alguna.

Esta tesis, a decir de QUINTERO OLIVARES²⁸⁵, es paralela a la de la doctrina y jurisprudencia italianas, las cuales niegan al delito de falsedad en escritura pública la posibilidad de comisión en forma de falsedad ideológica. Y discrepa de ella en el sentido de que ni en el Código penal italiano (art. 485) ni en el español (art. 306) contienen restricciones en este sentido, pues nada se dice respecto a la obligación de decir verdad. Para concluir en este sentido que cuando se afirme que la falsedad ideológica no cabe en el documento privado hay que demostrarlo, pues en principio, y por lo que acaba de indicarse, esa posibilidad no se niega de < lege data >. Por otra parte, si como entiende cierta doctrina, la falsedad ideológica solamente puede existir en los documentos que contengan "verdad" como interés penalmente tutelado, como probablemente ocurre en materia de documentos públicos, esta restricción -que el autor califica de "apriorística"- podría llegar a la conclusión de que en los documentos privados, como no se tutela la verdad, no puede ser trascendente la alteración de la

²⁸⁴ "Compendio...", op. cit., vol. II, p. 117.

²⁸⁵ "Sobre la falsedad...", op. cit., pp. 49-51.

misma. Ahora bien, si la norma penal pretende evitar que se creen pruebas falsas o, en otros términos, que escritos mendaces puedan actuar como prueba, y se admite que en las relaciones jurídicas los documentos privados pueden cumplir esa función, ocurrirá -afirma QUINTERO- que lo esencial será que la prueba sea falsa, y tal prueba falsa puede lograrse tanto con falsedad material como con falsedad ideológica, y ambas son formas posibles del delito.

Efectivamente, para el autor no existe duda alguna: el documento privado incide en un determinado ámbito de intereses probatorios en relevancia para el Derecho²⁸⁶. De esta manera, se puede finalmente afirmar que la principal característica del delito de falsedad en documento privado es la creación de un falso medio de prueba que incidirá en la vida del derecho y en el tráfico jurídico²⁸⁷.

B) El requisito del dolo específico.

Por otra parte, QUINTANO RIPOLLES²⁸⁸ afirma que la diversidad más marcada en esta especie falsaria es la configuración de **dolo específico** constituida por la **exigencia finalista del ánimo o perjuicio de tercero**, que se corresponde con la más clásica concepción de la falsedad <in alterius prejudicium>, de más rancio

²⁸⁶ No hay que olvidar, con el autor, la relevancia probatoria del documento privado se refleja tanto en el artículo 578.3 de la L.E.C. como en los preceptos del Código civil relativos a la prueba de obligaciones (arts. 1.225 y ss.).

²⁸⁷ "Sobre la falsedad...", op. cit., p. 37.

²⁸⁸ "Compendio...", op. cit., vol. II, pp. 117 y 119.

abolengo que la formalista de mero riesgo característica de la falsedad de documento público. En este sentido, dirá el autor, la equivalencia entre el perjuicio real y el ánimo de causarlo que disyuntivamente se requiere en el texto del artículo 306 sitúa al dolo propio de la falsificación de documento privado no solamente en la categoría de específico, sino en la de dolo de resultado, aunque fuere potencial o latente. Lo que conduce a la consecuencia de la imposibilidad de estimar en dicho delito formas de imperfección ejecutiva, ya que la intención figura como presupuesto bastante para la consumación jurídica.

En este mismo orden de cosas, ANTON ONECA²⁸⁹ se refiere a la doble configuración del perjuicio a que alude el artículo 306: una objetiva y otra subjetiva. A este respecto señala que es bastante el ánimo de causar perjuicio para la consumación de la falsificación. De esta manera, si existe un perjuicio real no hace falta intención alguna, pues se trata de dos hipótesis mutuamente excluyentes: la concurrencia del ánimo hace innecesario el perjuicio.

La **sentencia de 19 de febrero de 1952** (Pte. Castejón y Martínez de Arizala. Ar. 383) se expresa en los siguientes términos: "Respecto al motivo tercero del recurso, fundado en el número segundo del artículo 849 de la L.E.Cr., que del documento auténtico, constituido por la sentencia desestimatoria dictada en el juicio de retracto a que se refiere el hecho probado, **resulta que el perjuicio ocasionado o propuesto ocasionar con el documento privado, cuya falsedad se alega con posterioridad al pronunciamiento de dicha sentencia, no es consecuencia de la presentación del documento**, ya que la desestimación se funda, según el

²⁸⁹ "Derecho penal", op. cit., II, p. 147.

Considerando de dicha resolución, únicamente en que la casa-masía puede ser objeto del retracto por hallarse indivisa y tener la condición de cosa común, más no el campo de tierra junto a la misma, no se ha probado por el demandante el precio de venta de la mitad indivisa de la referida casa-masía, y falta para dar lugar a la demanda un presupuesto fundamental de todo retracto, como es el precio de compra, que no se ha acreditado en los autos, **y de ello se sigue que no habiendo impedido el retracto de la finca, la cantidad que aparece como precio en el documento privado presentado y que se tacha de falso, procede acoger los motivos del recurso de fondo que alega infracción de los artículos 311 en relación con el 307 del Código Penal derogado, correspondiente a los artículos 306 y 302 del Código actual** (CDO. 3º).

La **sentencia de 26 de junio de 1961** (Pte. Quintano Ripollés. Ar. 2.228) declara "que **el delito de falsedad en documento privado**, previsto y penado en el artículo 306 del Código Penal, **requiere, a diferencia de otras modalidades falsarias, la realidad de un daño patrimonial ajeno o un propósito de causarlo**, elemento típico que no figura con la deseable claridad en el hecho probado, donde más bien se infiere una mutación en el segundo cuaderno particional tendente a beneficiar a un determinado coheredero, y aunque tal beneficio pudiera interpretarse como un correlativo perjuicio en el caudal de otro u otros, no es menos cierto que esta consecuencia, por lógica que parezca, no es en absoluto obligada, dado que caben posibles beneficios de tipo afectivo o sentimental, que no entrañen fatalmente un detrimento crematístico, por lo que la interpretación favorable a esta consecuencia, supondría una presunción impropia de la absoluta certeza que debe presidir las

decisiones penales cuando se trata de volverse en contra del reo, máxime cuando, como en el presente caso, parece fuera de duda que el acto perpetrado por éste no le reportaba personalmente ventaja ni desventaja alguna, limitándose a acceder a su gestión de una parte a lo que se pretendió favorecer, y el favorecimiento propio o de tercero no integra elemento alguno típico en el delito de falsificación de documento privado, aún dando por supuesta la realidad objetiva de tal falsificación y que a consecuencia de ello se hubieren irrogado perjuicios que no estuvieron en el ánimo del agente, habiéndose infringido por ello en la sentencia impugnada el artículo 306 del Código Penal, como en el primer motivo del recurso se sostiene, sin que sea pues menester entrar en el examen del motivo segundo, ni modificar al tenor de los hechos probados para el logro del fin perseguido en el recurso".

La **sentencia de 25 de noviembre de 1964** (Pte. García Gómez. Ar. 5.128) considera que la inexactitud consignada en un contrato -hacer figurar como arrendatario del automóvil a una persona que en realidad no intervino ni firmó el documento tachado de falso- **no causó perjuicio** al arrendador del coche, "ni que los procesados tuvieran ánimo de causárselo, porque el procesado que no ha recurrido se limitó a estampar su firma en el contrato que le habían presentado ya confeccionado y a poner el sello de la industria de su hermano, en ausencia de éste " (CDO. 1º).

La **sentencia de 28 de junio de 1968** (Pte. Sáez Jiménez. Ar. 3.523) dice resueltamente que "revisada en la doctrina y la jurisprudencia la **tesis del carácter absolutamente formalista de las falsedades documentales públicas** por ser necesaria siempre una subjetividad dolosa con propósito de mal uso del documento público

falsificado; este **propósito doloso plenamente subjetivo**, se **acentúa, por exigencia legal en las falsificaciones de documentos privados**, al requerir el art. 306, con evidente **criterio finalista**, el **perjuicio de tercero, no en estricto sentido de obtención de lucro, sino de daño infringido al destinatario de la falsedad**" (CDO. 3º).

Insiste con rotundidad la **sentencia de 30 de junio de 1972** (Pte. Escudero del Corral. Ar. 3.466) en el carácter finalista del delito tipificado en el artículo 306 del C.P. en conjugación con el momento de la consumación del mismo. A este respecto, señala que **"no basta para cometerlo que concurra el elemento objetivo y material propio de toda falsedad**, de mutar o alterar la verdad, ideológica o materialmente, en un documento de tal condición, por alguno de los modos descritos en el artículo 302 al que remite aquel tipo, dado su contenido en blanco, **sino que ha de agregarse necesariamente el presupuesto subjetivo, constituido por el conocimiento del sujeto activo, de que utilizando su artificioso proceder, origina un perjuicio patrimonial e incluso moral a tercera persona , o al menos equivalentemente, tiene ánimo de causar tal perjuicio**, ya que basta el simple propósito de perjudicar o <animus laedendi> , **pues al dolo genérico de mudar la verdad ha de sumarse el específico de dañar, finalísticamente deseado -<in alterius perjudicium>- , bien logrado efectivamente o idealmente intentado**, sin requerirse además la presencia del lucro propio -<lucri faciendi>- que puede existir o no, **pues la consumación del delito se realiza por la mera posesión ideal de este deseo**, que se debe pretender efectiva e idealmente, en resultado potencial y posible" (CDO. 5º). Por ello, en relación con el supuesto de hecho examinado en la sentencia, tratándose

de una mutación de la verdad con un simple propósito de encubrir un delito de estafa, **"pero sin albergar perjuicio de tercero, ni ánimo de causárselo"**, pues en este caso el daño ya fue conseguido y consumado con la comisión del delito de estafa, razón por la cual, al faltar precisamente el indispensable elemento ideal o subjetivo, **"no puede otorgarse a la falsedad encubridora el carácter de típica, por ser realmente una conducta atípica y no sancionable criminalmente"** (CDO. 6°).

La **sentencia de 7 de diciembre de 1973** (Pte. Espinosa Herrera. Ar. 4.927), no obstante quedar acreditada la imitación perfecta por parte del procesado de la firma y rúbrica de su hermano en los impresos de órdenes de venta de valores mobiliarios de que era titular este último, sin embargo el Tribunal Supremo confirmó la sentencia absolutoria de la Sala de instancia por la razón de que **no aparece el elemento espiritual de causar daño a tercero, o al menos, tener el ánimo de causarlo** (CDO. Único).

Más recientemente, la **sentencia de 15 de junio de 1988** (Pte. Montero Fernández-Cid. Ar. 4.922) considera **"que para que exista el delito de falsificación en documento privado, definido y penado en el art. 318 del C.P. es indispensable que el que lo cometa lo haga con perjuicio de tercero, o con ánimo de causárselo y que no habiendo el procesado P.M. defraudado ni irrogado perjuicio a J.J. ni a la Caja de Ahorros al imponer y cobrar el importe del depósito que exclusivamente le pertenecía, no cometió el delito de falsificación ni el de estafa por más que al realizar la imposición y el hacerla efectiva se valiera del engaño de fingirse marido de aquélla para eludir los reglamentos, toda vez que con este ardid a nadie perjudicó, circunstancia esencial para la perpetración de dichos delitos"**.

La **sentencia de 1 de marzo de 1988** (Pte. Bacigalupo Zapater. Ar. 1.512) examina el supuesto de una simulación de contrato que no produce, precisamente, daño alguno. Dice a este respecto lo siguiente: "El delito del artículo 306 del Código Penal requiere que la falsificación del documento cause perjuicio a tercero o que el autor de la misma tenga voluntad de causárselo. Ambos aspectos se deben analizar separadamente. Del contrato de compraventa suscrito por el procesado con su hijo o de la factura, que en verdad documenta una compraventa, no se ha derivado para el denunciante perjuicio alguno. **En efecto, el daño que se debe derivar de un documento privado para la consumación del delito previsto en el artículo 306 del Código Penal se debe materializar en la pérdida de un derecho para el tercero, o, al menos, en el peligro serio de la misma.** En el presente caso los derechos del denunciante que se podrían haber visto afectados por los documentos que motivaron esta causa, son los derechos patrimoniales del mismo. **Sin embargo, como consecuencia de la simulación llevada a cabo por los procesados, aquél no ha sufrido la pérdida de derecho alguno ni ha estado expuesto seriamente a tal pérdida.** Básicamente sus derechos de crédito anteriores a la falsificación contra los acusados -que en verdad no han sido tenidos por probados en la sentencia recurrida- no se han vistos disminuidos, pues un intento fallido de pago como el aceptado por el denunciante, no puede incidir negativamente en los derechos del acreedor. Más aún, la posición de éste se vió, en realidad, jurídicamente mejorada, pues obtuvo una serie de letras que le brindaban una posibilidad de ejecución de la deuda que -al parecer- antes no tenía. **En los negocios jurídicos ficticios que se documentaron no tenían fuerza jurídica para afectar los derechos del acreedor o para ponerlos en**

peligro, no cabe admitir que con dichos documentos se le haya producido un daño" (FD. 1º).

Finalmente, sobre la necesidad de causar perjuicio como elemento básico de la falsedad en documento privado, pueden citarse las **sentencias de 13 de marzo de 1879, de 15 de junio de 1888, de 13 de junio de 1908, de 5 de enero de 1928, de 23 de mayo de 1930 (Ar. 292), de 6 de abril de 1933 (2.322), de 18 de mayo de 1935 (Ar. 970), de 7 de diciembre de 1946 (Ar. 1.348), 21 de marzo de 1958 (Pte. Díaz Plá. Ar. 838), de 10 de junio de 1959 (Pte. Codesido Silva. Ar. 1.254), de 26 de junio de 1961 (Pte. Quintano Ripollés. Ar. 2.228), de 9 de noviembre de 1963 (Pte. Espinosa Herrera. Ar. 4.482)²⁹⁰, de 7 de abril de 1964 (Pte. Riaño Goiri. Ar. 1.829), de 18 de abril de 1964 (Pte. Quintano Ripollés. Ar. 2.055), de 12 de marzo de 1965 (Pte. Cid y Ruiz-Zorrilla. Ar. 910), de 2 de julio de 1965 (Pte. García Obeso. Ar. 3.469), de 4 de octubre de 1965 (Pte. Espinosa Herrera. Ar. 4.619), de 7 de marzo de 1969, (Pte. de Oro Pulido. Ar. 1.401), de 6 de junio de 1970 (Pte. González Díaz. Ar. 2.761), de 9 de junio de 1973 (Pte. Sáez Jiménez. Ar. 2.693), de 21 de enero de 1976 (Pte. Hijas Palacios. Ar. 160), de 20 de abril de 1977 (Pte. García Miguel. Ar. 1.723), de 27 de septiembre de 1977 (Pte. Huerta y Alvarez de Lara. Ar. 3.584), de 10 de febrero de 1982 (Pte. Vivas Marzal. Ar. 645), de 19 de noviembre de 1982 (Pte. Castro Pérez. Ar. 7.160), de 3 de mayo de 1983 (Pte. Latour Brotons. Ar. 2.636), y más recientemente, la de 23 de abril de 1993 (Pte. Granados Pérez. Ar. 3.179) y la de 13 de julio de 1994 (Pte. Conde-Pumpido**

²⁹⁰ Esta sentencia se refiere, concretamente, a un documento privado que "sin intervención, en su misión propia por su cargo u oficio, contiene o engendra una obligación civil que puede ser incumplida en perjuicio de tercero".

Ferreiro. Ar. 6.375).

Esta última sentencia hace la importante precisión de que **"el sentido de perjuicio que el tipo del art. 306 utiliza es propiamente jurídico y no puramente dinerario**, de modo que puede causarse tal perjuicio, ya lesionando patrimonialmente al tercero perjudicado, ya empeorando o desconociendo sus derechos con algo que, aunque también trasladable al ámbito económico, no tenga fijado su valoración dineraria en el momento de confeccionarse el documento falsario, siendo por ello suficiente con que se menoscabe o intente menoscabar la posición jurídica o procesal de la persona afectada por la falsedad (se cita en este sentido abundante jurisprudencia, entre otras, sentencias de 31 de octubre de 1979 y 22 de enero y 25 de mayo de 1981 como más recientes) (FD. 1º).

En consecuencia, cuando existen dudas razonables sobre la existencia del daño o perjuicio, el resultado será la no incriminación del supuesto examinado. Así, la **sentencia de 22 de marzo de 1991** (Pte. Díaz Palos. Ar. 2.353) -después de referirse a la doctrina general ya conocida sobre falsificación documental que requiere "que ésta afecte a extremos esenciales del documento, y tenga por tanto, entidad suficiente para entrar en el tráfico jurídico e idoneidad para afectar, ya a la legitimidad aparente del documento, ya a su veracidad (mutatio veritatis), bastante para inducir a error a un hombre medio, al «standard man» del derecho anglosajón; en suma, **que tenga una aptitud general y potencial de daño en el mundo de las transacciones humanas** -SS. 23 noviembre 1982, 27 de mayo 1988, 19 de abril 1989-, declara una vez más que **"esta potencia de dañar se acentúa en la falsificación del documento privado:** justamente por su naturaleza privada, frente a la de los documentos públicos, oficiales

y de comercio, más abocados por su misma índole a dejar sentir con más intensidad sus efectos en el tráfico jurídico, por lo que el art. 306 CP. exige en dicha falsificación el perjuicio de tercero o el ánimo de causarlo, de modo que, además de actualizarse y concentrarse en persona determinada el daño potencial que late en toda falsedad documental, se detecte al menos el animus nocendi respecto de aquella persona singular -SS. 26 octubre de 1988 y 23 de junio 1989, entre las recientes-" (FD. 1º)

Doctrina esta que aplicada al supuesto de autos supone considerar que, "es cierto como afirma la sentencia recurrida que faltan datos fácticos probados que acrediten que la falsificación del documento privado de que se trata (una carta simulada por el procesado para lograr, al parecer el desahucio de una inquilina por causa de necesidad, cual si hubiera sido suscrita tal carta, por dicha arrendataria), pues, no obstante ser incorporada dicha misiva apócrifa al juicio correspondiente, no aparece que se llegase a producir ningún perjuicio, ni siquiera que la misma fuera idónea o congruente con el ánimo de producirlo, en tanto que no se ha hecho constar por la acusación el motivo de la demanda, ni la contestación que a la misma diese la demandada. Es decir, que como dice el Ministerio Fiscal ni siquiera sabemos si dado el tenor de la carta en cuestión, ésta obró como testimonio fehaciente del requerimiento del actor para que la inquilina dejara la vivienda por causa de necesidad de aquél tal como se exige por el art. 65 en relación con el art. 62.1 de la vigente Ley de arrendamientos Urbanos. **Quedando, pues en oscuridad o penumbra el perjuicio buscado, ni existiendo tampoco datos objetivos para conjeturar o inducir el ánimo exigido por el tipo penal invocado"** (FD. 2º).

O en otro caso, a todo lo más que se puede llegar en ausencia de dicho resultado lesivo es a un ilícito civil, fuera del campo de incriminación. Así la **sentencia de 26 de abril de 1977** (Pte. de Oro Pulido. Ar. 1.829), que afirma que la inexistencia de finalidad de daño o perjuicio en los documentos privados determina "per se" la falta de protección penal de éstos **"siendo indispensable que la falta afecte a la sustantividad del documento lo que no sucede en el supuesto contemplado pues las afirmaciones vertidas en una demanda de conciliación, sólo pueden surtir efecto en dicho acto de conciliación, pero no en el ámbito penal para producir una sanción por delito de falsedad"**.

En definitiva, como indicaba la **sentencia de 18 de marzo de 1976** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 1.194), en referencia a la reciente sentencia de este Tribunal de 13 febrero 1976, "en el art. 306 del C.P. se describe y castiga un delito de falsedad documental, en el cual, para lo que aquí importa, es indispensable: a) Que se **trate de un documento privado**, esto es, de una representación gráfica del pensamiento, generalmente por escrito realizada por particulares con fines de preconstitución probatoria y con vocación de futura y potencial inmersión en el mundo exterior y en el tráfico jurídico, y que, además, no tenga el carácter de documento mercantil, pues en este caso, a pesar de su naturaleza privada y de la no intervención de funcionario público, su falsificación estaría castigada en el art. 303 del C.P.; b) que en él, o mediante su redacción apócrifa, **se cometa "mutatio veritatis"**, inveracidad o mendacidad no accidental o inocua sino recayente en puntos esenciales y capitales o, al menos, importantes o relevantes, cometida de cualquiera de los modos establecidos en el art. 302 de dicho cuerpo legal, aunque se reconozca la inidoneidad de alguno

de ellos para constituir dinámica comisiva del delito de falsificación cuando ésta recae en documentos privados; y c) que, a diferencia de los delitos de falsedad de documentos públicos, oficiales o de comercio, donde **no es indispensable otro dolo que el propiamente falsario**, dicha inveracidad, además de típica, es preciso que sea perpetrada **con perjuicio de tercero o ánimo especial de causarlo**".

3.5. Documentos privados dirigidos a entidades públicas: la conservación de la naturaleza originaria del documento.

En un primer momento la práctica judicial ha considerado como documentos oficiales los escritos redactados por particulares cuando aquéllos son destinados a oficinas públicas²⁹¹.

Desde antiguo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo venía entendiendo que un documento privado puede ser calificado de oficial por el simple hecho de que su destino fuese el de su posterior incorporación a actuaciones de entes públicos.

En tales términos, precisamente por no reunir ese requisito de la incorporabilidad posterior, se pronunció la **sentencia de 5 de febrero de 1900** al afirmar que **no existía falsificación en documento oficial al no haber llegado a ser presentado el escrito redactado por el procesado ante el Juez, ni que se uniera y**

²⁹¹ Algunos autores sin embargo consideran que es ciertamente recusable la jurisprudencia en este sentido por desatender los requisitos definidores de la noción de documento oficial (Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, "Derecho penal. Parte especial", op. cit., pp. 862 y ss.).

formara parte de la causa criminal que se seguía, ni que hubiera recaído providencia judicial²⁹².

Existe no obstante alguna resolución del Tribunal Supremo de signo contrario a la precedente²⁹³, como es la sentencia de **21 de noviembre de 1934** (Ar. 2.001) en la que se declara el carácter no oficial de los documentos expedidos por los Jefes de las Estaciones de Ferrocarriles, cualquiera que sea la finalidad a que se apliquen y el valor que se les conceda. Explicita el Alto Tribunal la no oficialidad de dichos documentos señalando que **"una cosa es que, por la índole de las atribuciones encomendadas a todos los empleados de las Compañías de esta clase, la ley les haya concedido el carácter de agentes de la Autoridad** cuando se trata de reprimir los atentados de que sean víctimas en actos de servicio relacionados directamente con la seguridad y conservación de los caminos de hierro, **y otra que se eleve la categoría de su actuación hasta convertirlos en funcionarios"** (CDO. 1º).

En concreto, en el presente caso no cabe hablar de falsificación de documento oficial al extender unos certificados a nombre del Jefe de la Estación férrea de Novelda imitando la firma de éste ya que **"es evidente que tales documentos no tienen la categoría de oficiales, y aun cuando la finalidad de los mismos fuese la**

²⁹² Dice textualmente el considerando primero de la resolución "que el hecho que ejecutó el procesado J.M.C.B., tal cual se consigna en la primera pregunta del veredicto, no reúne las circunstancias necesarias para constituir el delito de falsificación en documento oficial, pues no se afirma que el escrito redactado por aquél llegara siquiera a ser presentado al Juez, que se uniera y formara parte de la causa criminal que se seguía al recurrente, ni que hubiera recaído providencia judicial,...". En parecidos términos se pronuncian las sentencias de 17 de marzo de 1958 y la de 11 de noviembre de 1965.

²⁹³ Si bien con referencia a diferentes hechos probados.

de satisfacer exigencias de carácter reglamentario impuestas por el Ministerio de Agricultura para que los interesados en ellas pudieran justificar su preferente derecho en la exportación de dichas mercancías durante el año 1932, tal circunstancia no transforma la índole de (los) referidos documentos, cualquiera que sea la finalidad a que se apliquen y el valor que se les conceda" (CDO. 2º).

La sentencia de 17 de marzo de 1958 (Pte. Codesido Silva. Ar. 820) consideró por su parte que no existía falsedad en documento oficial, en relación a una certificación de antecedentes penales, al no aparecer que ésta tuviese carácter oficial ni que se hubiese incorporado a documentación de oficina pública.

El supuesto examinado se refería, como hechos declarados probados, a que el procesado A.F.C. inició una labor para conseguir y tramitar la documentación correspondiente para embarque de emigrantes y prevalido de sus amistades y relaciones, consiguió acceso a varias oficinas y entre ellas al Juzgado Comarcal (en el cual venía desempeñando sus funciones como Juez Comarcal sustituto el otro procesado D.P.) y en 1952 fue encargado para la tramitación de un pasaporte para el otro procesado, declarado en rebeldía, A.V.J., pero como éste estaba comprendido en la edad militar y no podía emigrar sin la autorización correspondiente, para obviar esta dificultad, requirió la intervención del procesado D.P. para que éste se prestara a verificar una alteración en cuanto a la fecha del año del acta de nacimiento de A.V.J., y por temor al procesado A.F.C., realizó la modificación en el acta según la cual constaba la inscripción correspondiente a V., con fecha 6 de diciembre de 1930, añadiendo de su puño y pulso los vocablos "y dos", y, una vez realizado lo anterior, A.F.C. tramitó la oportuna instancia para facilitación del pasaporte, en cuya

documentación estampó como fecha de nacimiento la de 6 de diciembre de 1932, llevando a efecto el mismo A.F.C. una certificación de antecedentes penales, prevaliéndose igualmente de una declaración incierta por la edad no real de 19 años, en beneficio del citado A.V.J., sin que constara comprobado si el procesado, al tramitar esa documentación, obtuviese un precio por tal labor delictiva.

Sobre estos hechos el Tribunal Supremo consideró que para que se produzca la falsedad en una certificación de antecedentes penales que había estimado la Sala de instancia **"es preciso que por un particular se falte a la verdad en la narración de los hechos que han de constar en un documento oficial, aún teniendo este carácter la aludida certificación, falta la prueba de la directa intervención en el documento del procesado recurrente** que, según la premisa de hecho, se limitó a obtener con referencia y en beneficio de A.V.J., prevaliéndose de una declaración incierta por la edad no real de 19 años, el indicado documento (...), **y como por otra parte no aparece que la declaración tenga carácter oficial ni que se hubiese incorporado a documentación de oficina pública,** ni que en la certificación de antecedentes penales se hiciera constar la incierta edad de A.V.J. (...), debe ser estimado el recurso". Y ni siquiera el error o equivocación respecto a la finalidad del documento expedido puede determinar una transformación de su carácter de documento privado en origen.

La **sentencia de 7 de abril de 1964** (Pte. Riaño Goiri. Ar. 1.829) señala precisamente **"que la oficialidad adquirida por el documento privado, al incorporarse a expediente en una oficina pública, requiere la constancia expresa de este hecho, porque sólo en este instante, lo que era documento privado recibe**

la calidad de documento público con toda la garantía de la fe colectiva que defiende la Ley para seguridad de todos y mantenimiento de la verdad".

Así se colige también de la **sentencia de 22 de mayo de 1968** (Pte. Escudero del Corral. Ar. 2.575) en la que se afirma la inexistencia de incriminación culposa falsaria cuando, tratándose del desarrollo de la función de médico de iguala privada - con la sola obligación contratada de controlar la enfermedad determinante del paso a "larga enfermedad", por incapacidad para el trabajo, de los mutualistas a su cargo-, "no consta que el facultativo supiera la finalidad del parte (mensual de evolución de la enfermedad) en sí mismo, y cuando por su condición de médico privado tenía el carácter de documento privado, **no estableciéndose de forma clara su función por destino**, que al parecer era surtir en la parte que contrató la iguala, **ni sus efectos oficiales que le dieran la estimación de documento oficial"** (CDO. 2º).

Por otra parte, la **sentencia de 11 de noviembre de 1965** (Pte. García Obeso. Ar. 5.389) consideraba que **no se podía dar el carácter de documentos oficiales a los privados antes de su incorporación a un expediente oficial por las razones siguientes**, aplicadas al caso de autos: "a) la de que en la relación de facto no se dice que en la modificación de la póliza de seguro del automóvil se falsificara la firma del querellante Juan José M., afirmación que se hace en el recurso contrariando la declaración de hechos probados; b) que al afirmar la sentencia que se desconoce quién suplantara las firmas de María Z. y Roberto M., en las peticiones de transferencia del permiso municipal de taxímetro, no se puede condenar a nadie como autor de esas falsedades; c) porque al no decirse tampoco en la narración de los hechos que presentara tales documentos en el Ayuntamiento, no puede hacerse una declaración

de culpabilidad a tenor del art. 304 del C.P. y que a lo sumo tendría que recaer en el propio querellante al declararse probado que él fue quien se encargó de arreglar en el Ayuntamiento toda la documentación para este cambio de titular de dicho permiso de taxímetro; y d) porque las únicas falsedades declaradas por la sentencia y atribuidas a José B. -las peticiones sobre el taxímetro hechas a nombre de su cuñado Constantino U.L.- carecen de contenido penal por falta de dolo, al estar hechas de acuerdo con él y como firma convenida de garantizar un crédito entre ellos, por lo que propiamente se trataba de un mandato tácito o forma irregular de representación sin daño de tercero ni de los intereses generales" (CDO. 4º).

La **sentencia de 24 de marzo de 1972** (Pte. Espinosa Herrera. Ar. 1.362) hace la importante precisión de que **para que el documento privado en el que se cometa el delito de falsedad adquiera la categoría de público u oficial es necesario que la mutación de la verdad en que aquella consiste se haya producido antes de ser incorporado a un documento oficial**²⁹⁴ y en el mismo surtan los efectos derivados del cambio de verdad de que fueron objeto.

Dice el considerando primero de la sentencia que "en términos generales la falsedad consiste en la sustitución de la verdad por la mentira, de tal forma que tenga apariencias de cierto lo que no lo es; y aplicada esta definición a la falsificación de documentos comprendidos en el Capítulo IV, en sus dos primeras Secciones, del Título III del Libro II del Código penal, **es documento público u oficial falso aquél**

²⁹⁴ A diferencia de lo que ha considerado la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, así en **sentencia de 25 de abril de 1994** que entiende que para que se trate de falsedad cometida en documento oficial es necesario que dicho carácter lo tenga antes de ser cometido el delito.

en el que hay mutación o alteración de la verdad en alguna de las formas establecidas en el art. 302 y que se realiza por un funcionario público, o por un particular, adquiriendo los de carácter privado la categoría de públicos cuando producida la mutación de la verdad sean incorporados a un expediente oficial y en el mismo surtan los efectos derivados del cambio de la verdad de que fueron objeto"²⁹⁵.

En línea con los argumentos que acaban de exponerse, la **sentencia de 14 de mayo de 1973** (Pte. Hijas Palacios. Ar. 2.065) acude también al **criterio de la finalidad de los documentos en orden a determinar su naturaleza** y en este sentido declara que "los documentos que son simplemente privados, por su origen, cuando se presentan ante autoridad u oficina pública, para provocar cualquier trámite de carácter administrativo o judicial, sólo por esta finalidad adquieren la condición de documentos oficiales, porque una vez que se han presentado ante el Organismo donde ha de surtir sus efectos, pone en movimiento la actividad estatal, sobre la base de una mendacidad, que queda protegida con las garantías de seguridad y certeza de que gozan los expedientes y actuaciones de los organismos públicos. Por tanto, cuando cualquier litigante se presenta ante los Tribunales, con una condición que no tiene, o se le atribuye aquella de la que carece, aunque la mendacidad se comete en escrito particular, si éste provoca una actuación judicial, se integra en un proceso, juicio o expediente, adquiere la condición de documento público, como son los expedientes

²⁹⁵ La sentencia también exige en este caso un elemento subjetivo del injusto típico como es el dolo o malicia del agente.

seguidos ante la autoridad judicial"²⁹⁶.

Insiste la **sentencia de 27 de junio de 1983** (Pte. Gil Sáez. Ar. 3.591) en esta garantía de certeza que presupone la **incorporación de un documento privado a actuaciones judiciales con la finalidad de provocar o constituir por sí trámites de carácter judicial, integrándose o formando parte de un proceso.**

Comienza el considerando segundo de la misma recordando lo que es doctrina consolidada del Tribunal en el sentido de que la tipificación como punible de la mutación o alteración de la verdad de cualquier documento a que se refiere el Capítulo IV del Título III del Libro 2º del Código penal implica que, no definidos ni enumerados los documentos -públicos u oficiales y privados- susceptibles de constituir, disponer o testimoniar un derecho o un hecho de relevancia jurídica en el desenvolvimiento de la relación colectiva humana, es preciso recurrir a las normas civiles sustantivas (arts. 1.216 y 1.225 y concordantes del Código civil) o procesales (arts. 596 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil) para determinar la naturaleza de unos y otros. Incluso, se indica, puede adoptarse en este sentido un criterio por exclusión, reputando "como particulares los que a tenor del art. 306 del Código penal no tienen de origen carácter público, oficial o mercantil, matizándose por la doctrina jurisprudencial que documento privado es toda representación gráfica del pensamiento, generalmente por escrito y en papel, con finalidad probatoria y preconstituida no autorizado por notario o por funcionario público (...), habiéndose también aclarado y matizado por esta Sala, que los documentos privados falsificados que se incorporan

²⁹⁶ La sentencia cita otras anteriores de 24 de febrero de 1955, 29 de febrero de 1962 y 1 de junio de 1966, entre otras.

a actuaciones judiciales, bien por haberse creado con este propósito doloso o por tratar de aprovechar y conseguir más fácilmente el ánimo lucrativo perseguido en perjuicio de otro, en cuanto quedan protegidos con la garantía y certeza que aquéllas presuponen, con la característica de provocar o constituir por sí trámites de carácter judicial, integrándose o formando parte de un proceso, adquieren la condición de documentos oficiales por ser uno solo todo los expedientes seguidos en cualquier organismo jurisdiccional, conforme al núm. 7 del art. 596 de la referida Ley Procesal Civil". En el presente caso, la presentación por el inculpado en la Magistratura de Trabajo núm. 1 de Jaén de cuatro fotocopias de recibos de finiquito, de fecha 20 de febrero de 1979, firmados por los trabajadores perjudicados y querellantes, en los que se hacía constar haber recibido cada uno de ellos lo que se les asignaba en concepto de indemnización, cuando en realidad ni habían recibido cantidad alguna ni habían firmado el correspondiente finiquito, aun cuando inicialmente los recibos así confeccionados eran constitutivos de falsedad en documento privado (art. 306 en relación con los núms. 4, 7 y 9 del 302 del Código penal), sin embargo el hecho de ser simulados con la exclusiva finalidad de que surtieran efecto en las actuaciones ejecutorias de sentencia seguidas ante la jurisdicción laboral da lugar a la adquisición por los mismos del **"carácter y naturaleza de documentos oficiales, al ser aceptados y unidos por la Autoridad**, siendo falsos, más con potencia para producir efectos en actuaciones jurídicas en la esfera de seguridad del orden público, dando por extinguidas y canceladas las indemnizaciones decretadas por aquélla en resoluciones que habían adquirido firmeza, quedando el crédito dimanante de la misma sin protección alguna, aunando al daño particular de los denunciados el superior y

prevalente perjuicio causado a los intereses generales, al ser la sociedad sujeto pasivo de la conducta falsaria" (CDO. 3º). Y concluye la sentencia reiterando la doctrina destacada de la anterior sentencia de 14 de mayo de 1973.

Estas plurales resoluciones del Tribunal Supremo apreciando la existencia de falsedad en documento oficial en aquellos casos en que el documento privado se incorpore a actuaciones judiciales y administrativas, bien por haber sido creados con ese concreto propósito, bien por su utilización posterior con ese mismo fin, han dado un giro notorio distinto consolidándose actualmente la tesis de que lo determinante es la naturaleza del documento en el momento de la comisión de la maniobra mendaz, transformando de esta manera su contenido en inveraz, sin que la transmutación posterior (por incorporación) del documento privado en público, oficial o mercantil altere en modo alguno la realidad constitutiva de falsedad en documento privado²⁹⁷.

Ejemplo de esta nueva corriente doctrinal de la Sala Segunda del Tribunal Supremo son las sentencias de 11 y 25 de octubre de 1990, a partir de las cuales se ha forjado una postura jurisprudencial en base a un respeto progresivo al principio de

²⁹⁷ En relación con la "conversión" de documento privado en documento público o lo que se ha denominado "extensión del concepto de documento público por transformación", presente también en la jurisprudencia de otros países de nuestra área de influencia, se rechaza por la doctrina la posibilidad de que la adulteración del documento privado que está incorporado a una actuación oficial constituye falsificación de documento público, pues una tal solución supone confundir "entre la prueba procesal y la prueba del documento en cuanto portador de la fe pública y suscitador de la confianza que en tal carácter implica. Si distinguimos una de la otra, veremos que el documento privado ofrecido y recepcionado como prueba en un proceso, sigue siendo documento privado, pese a su inserción en las actuaciones. Desde el punto de vista de la fe pública el valor de prueba del documento no cambia por más que se lo invoque en juicio en vez de que se lo haga ante el particular a quien puede afectarlo" (CREUS, "Falsificación...", op. cit., p. 42).

legalidad y a una mayor comprensión de los tipos legales. Ciertamente que en la **sentencia de 13 de diciembre de 1963** (Pte. González Díaz. Ar. 4.986) podemos encontrar un precedente claro de esta nueva doctrina cuando, en referencia a los documentos privados y mercantiles, declara que "sin que la naturaleza de unos y otros, una vez falsificados varíe por su incorporación a expedientes oficiales o su archivo en oficinas públicas" (CDO. 4º).

Pero volviendo a las sentencias de referencia, la **sentencia de 11 de octubre de 1990** (Pte. Manzanares Samaniego. Ar. 7.992) cuando afirma que "**la jurisprudencia ha venido siendo terminante en cuanto a que la incorporación de documentos inicialmente privados a los procedimientos judiciales o a los expedientes administrativos, para obtener así una resolución inalcanzable sin tal mutación de la verdad, produce en aquéllos un cambio de naturaleza, transformándose en oficiales (o públicos)**". La relación de sentencias en tal sentido es interminable y entre ellas se cuentan, por destacar algunas recientes, las de 8 y 26 de julio de 1988 y 9 de febrero de 1989, todas con abundantes citas, y tampoco faltan muestras referidas a la naturaleza de documento mercantil por destino, como, por ejemplo, la sentencia de 7 de octubre de 1987" (CDO. 2º). Precisamente, como quiera que la doctrina mayoritaria ha expresado sus reservas a un criterio tal es por lo que el **Tribunal Supremo acomete la tarea de replantear la cuestión en el marco del respeto progresivo al principio de legalidad y de una comprensión estricta de los tipos legales que están implicados en este tema**. En este sentido, señala que "el tenor literal del artículo 306 del CP contempla el supuesto de que las falsedades designadas en el artículo 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 al acoger el contenido inveraz**".

Y añade a continuación: **"Aun aceptando que el documento privado se transmute después en público, oficial o mercantil, lo que no se alteraría nunca es la realidad de que se falsificó un documento privado**. El artículo 306 del CP tipifica un delito que, incluso entendido como de resultado (según el sector doctrinal mayoritario), se consuma con el fin de la propia maniobra falsaria y la concurrencia simultánea del ánimo de causar perjuicio a tercero (como infracción de resultado cortado) o del perjuicio mismo, sin que a partir de aquí pueda <enriquecerse> con elementos ulteriores que quizá se encuentren temporalmente muy lejanos. Cosa distinta es que la presentación en juicio o el uso del documento permita descubrir su falsedad y perseguir a su autor (y demás posibles responsables) conforme al repetido artículo 306, y no por el 307, que excluye expresamente a quienes hubieran tomado parte en la falsificación" (CDO.3º).

Conclusión esta que se refuerza por la consideración según la cual "así como el artículo 303 distingue para los documentos públicos, oficiales o mercantiles entre dos delitos igualmente puntuales, el de la falsificación misma y el de la presentación en juicio o uso del documento falso (marginando tácitamente de la autoría de este último a los responsables del primero, conforme estiman la doctrina y la jurisprudencia), así también en el ámbito de los documentos privados el legislador opta por un dualismo paralelo, sin que quepa mezclar las conductas definidas en uno

u otro para acabar alterando en perjuicio del reo el alcance del artículo 306" (CDO. 4º).

Ratificando esta nueva línea jurisprudencial, la **sentencia de 25 de octubre de 1990** (Pte. Manzanares Samaniego. Ar. 8.301), en referencia a la sentencia de la Sala de 5 de octubre del mismo año, significa el cambio radical operado respecto a la doctrina del documento oficial por incorporación, de suerte que ahora **"se rechaza la posibilidad de que un documento privado cuya propia mecánica falsaria determina su consumación** (siempre que concurran en ese momento el perjuicio de un tercero o el ánimo de causárselo) **acabe transformándose después en oficial por incorporación a un procedimiento judicial o expediente administrativo que no tuvieron por qué hallarse incluidos ya < ab initio > en el dolo del falsificador.** De esta forma la petición fiscal pierde uno de sus pilares y el problema se traslada a la responsabilidad de este recurrido por falsificación en documento privado o, en su caso, por el uso de un documento de esta clase según los tipos delictivos de los artículos 306 y 307 del CP" (CDO. 2º).

Y así, la **sentencia de 28 de noviembre de 1991** (Pte. Ruiz Vadillo. Ar. 8.706), al tiempo que alude a este cambio de orientación jurisprudencial experimentado en esta materia con referencia expresa a la sentencia anteriormente citada de 11 de octubre de 1990, trata de responder al problema suscitado por el recurso del Ministerio Fiscal en el sentido de determinar si el art. 303 del Código penal incluye, no sólo a los documentos públicos y oficiales, sino también a los privados si se incorporan a actuaciones judiciales y administrativas, bien por haber sido creados con ese propósito, o bien por utilización posterior con ese fin, en línea

con lo que expresábamos hace un momento.

La solución ofrecida por el Tribunal Supremo no resulta muy explícita sin embargo en el presente caso, habida cuenta la especialidad del supuesto contemplado (imitación de firmas de otros ganaderos a fin de solicitarse por el procesado autorización para la importación de varias partidas de vacas frisonas con destino a la reproducción procedentes de la República Federal de Alemania), en el que se ventilan intereses difusos tales como los que afectan a la Comunidad Europea, al Estado y al sector ganadero en general²⁹⁸, entendiéndose que el hecho guarda cierta analogía con el artículo 350 del Código penal respecto a la obtención de subvenciones o desgravaciones públicas.

Por otro lado, la **sentencia de 15 de febrero de 1992** (Pte. Hernández Hernández. Ar. 1.188) recoge algunas de las resoluciones que, tradicionalmente y hasta fecha reciente, sostenían el criterio de que la incorporación de documentos inicialmente (o por su origen) "privados" a los procedimientos judiciales o a los expedientes administrativos, producía en los mismos un cambio de naturaleza, transformándolos (por destino) en "oficiales" (o "públicos"), señalando la reserva que la doctrina mayoritariamente expresó a la indicada exégesis, concluyendo que ello ha determinado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se haya replanteado la cuestión a partir de las repetidamente citadas sentencias de 11 y 25 de octubre de 1990. En esta resolución se hace referencia al carácter de documento privado de los

²⁹⁸ PUIG PEÑA (op. cit., p. 256) al referirse a la no exigencia de ánimo de lucro en este tipo de delitos señalaba que los mismos se caracterizan por el grave quebranto del interés público y de las garantías de protección que los servicios y actos oficiales ofrecen a los particulares en su vida de relación social.

boletines o comunicaciones de riesgos al Banco de España, aunque su destino sea la remisión a un organismo oficial como la Oficina Central de Riesgos del Banco de España.

Concretamente, el párrafo tercero del Fundamento de Derecho segundo declara que **"los boletines o comunicaciones de riesgos al < Banco de España > no tienen carácter ni naturaleza de < documento oficial > sino de < documento privado >, aunque eso sí para ser remitidos a un organismo oficial (Oficina Central de Riesgos del Banco de España) con la finalidad de elaborar la estadística general del < crédito > en España y, dentro del sector bancario, notificar a la banca Privada aquellos casos en que reunidos los antecedentes de diversas entidades de crédito pueden representar un riesgo excepcional o exceder de los límites prudenciales de la política de crédito (...) y, además, en base a estos datos formular indicaciones a ese Banco sobre la política de crédito que practique"**. Para añadir a continuación, precisamente sobre el criterio introducido por las sentencias de 1990 anteriormente referenciadas, que en relación con lo establecido en los artículos 302 y 303 del Código penal, **"conviene en resaltar que lo determinante es la < naturaleza > del documento en el momento de la comisión de la maniobra mendaz, transformando así su contenido en inveraz, sin que la transmutación posterior (por incorporación) del documento < privado > en < público >, < oficial > o < mercantil >, altere en forma alguna que lo que se falsificó fue un documento < privado >**, tipo contemplado en el art. 306 que, incluso entendido como de resultado (según un sector doctrinal mayoritario) se consuma con el fin de la manipulación artera y mendaz y la concurrencia en el mismo momento del ánimo de

causar perjuicio a tercero (como infracción de resultado cortado) o del perjuicio mismo"²⁹⁹.

En el mismo sentido se expresan las **sentencias de 12** (Pte. Huet García. Ar. 2.077) y **20 de marzo de 1992** (Pte. de Vega Ruiz. Ar. 2.373)³⁰⁰. Esta última, anteriormente citada, señala que la referencia del origen y del destino del documento público u oficial "es por la razón de que en el inicio el documento público u oficial viene de la Administración Pública, de la entidad pública y oficial, más o menos autónoma. En su fin el documento busca dar cumplimiento, ejecución y paso a lo que constituye el objeto y contenido de su función o actividad. Ese es el origen y el destino". Para señalar a continuación que **"los documentos públicos y oficiales, en terminología y contenido análogo, implican una especial identificación o peculiaridad tanto en su origen como en su destino, lo que no quiere decir sin embargo que se admita la tesis de la naturaleza pública y oficial por su destino,** teoría tradicionalmente sostenida en SS. 11-11-1984, 22-3-1985 y 8-7-1988 (incorporación a un proceso o expediente administrativo) que ya se abandonó por la doctrina de esta Sala desde la S. 11-10-1990. **La nueva corriente jurídico-doctrinal**

²⁹⁹ El Fundamento de Derecho tercero de la sentencia se refiere a la doctrina reiterada de la Sala sobre la no consideración de "documento" a efectos casacionales de los informes o dictámenes periciales.

³⁰⁰ Por otra parte, la sentencia de 8 de marzo de 1993, reiterando una vez más el nuevo criterio jurisprudencial iniciado con la sentencia de 11 de octubre de 1990 y ratificado en la de 25 del mismo mes y año, puntualiza indicando que cuestión bien distinta es cuando el dolo falsario del agente se extiende <ab initio> a la incorporación de documento inveraz a un expediente o libro oficial; en este caso, y cuando la alteración de la verdad trasciende directamente en el contenido de un libro o registro oficial, convirtiéndose el funcionario público en un mero instrumento de la mendaz declaración del falsificador, sí puede hablarse de falsedad en documento oficial.

de la Sala Segunda [S. 23-7-1991] terminantemente establece que el carácter de documento oficial no dependía de su finalidad sino de la naturaleza del mismo en el momento de la ejecución de la acción de falsificación, puesto que «aun aceptando que el documento privado se transmute después en público, oficial o mercantil», lo que no alteraría nunca es la realidad de que se falsificó un documento privado" (FD. 2º).

La **sentencia de 5 de octubre de 1992** (Pte. Hernández Hernández. Ar. 7.790) incide en la inexistencia de falsedad en documento oficial cuando se incorpora un documento privado a un expediente administrativo. Concretamente, la sentencia resalta que "lo determinante es la <naturaleza> del documento en el momento de la comisión de la maniobra mendaz, transformando así su contenido en inveraz, sin que la transmutación posterior (por incorporación) del documento <privado> en <público>, <oficial> o <mercantil>, altere en forma alguna que lo que se falsificó fue un documento <privado>" (FD 3º), **sin que a partir de aquí pueda "enriquecerse" con elementos ulteriores que quizás se encuentren temporalmente muy lejanos**³⁰¹.

Doctrina esta que se reitera en la **sentencia de 7 de octubre de 1992** (Pte. Hernández Hernández. Ar. 7.813), en este caso referido el presupuesto fáctico declarado probado la alteración de fotocopia no autenticada de nota informativa del Registro de la Propiedad.

Abundando en el tema, con referencia a los antecedentes jurisprudenciales que acaban de citarse, la **sentencia de 26 de febrero de 1993** (Pte. Granados Pérez. Rec.

³⁰¹ STS de 11 de octubre de 1990.

nº 1.009/91), insiste declarando que "la incorporación del documento privado a un expediente administrativo no es por sí suficiente a los efectos de transmutar en oficial un documento de naturaleza privada" (FD 2º).

Insistiendo la **sentencia de 21 de mayo de 1993** (Pte. Soto Nieto. Ar. 4.242), referente a un supuesto de receta médica, al señalar que **"es cierto, y cumple recordarlo, que algunas sentencias de esta Sala apuntaban hacia la idea de reconocimiento del carácter de documento oficial por «incorporación» a procedimientos judiciales o expedientes -concepción en sentido amplio- de carácter administrativo, en definitiva por su presentación e integración en una oficina pública con originación de determinados efectos;** llegando a esta conclusión en el supuesto concreto de la receta médica manipulada para los fines apuntados y hecha valer en oficina farmacéutica [cfr. S. 21-3-1988] (FD. 1º). Para añadir a continuación que **"ha de consignarse el surgimiento de una reciente jurisprudencia que se ha hecho eco de una doctrina cada vez más extendida renuente y explícita en su reserva frente a indicada exégesis de los preceptos consagrados a la falsedad documental,** replanteando la cuestión siempre con respeto al principio de legalidad y en aras del mejor entendimiento de los tipos penales implicados en el problema. A la vista del listado legal de supuestos falsarios, ha de precisarse que el art. 306 CP contempla el supuesto de que las falsedades designadas en el art. 302 se cometan en documento privado, mientras que en el art. 303 se requiere que dichas modalidades falsarias recaigan en documento público u oficial, o en letra de cambio u otra clase de documentos mercantiles, **siendo lo determinante la naturaleza del documento en el momento en que el infractor lleva a efecto y dota de contenido inveraz a**

aquellos instrumentos o consuma las manipulaciones o alteraciones que dan al traste con la verdad o autenticidad de su contexto. Según ha tenido ocasión de definir esta Sala, el art. 306 CP tipifica un delito que, incluso entendido como de resultado, se consuma con el fin de la propia maniobra falsaria y la concurrencia simultánea del ánimo de causar perjuicio a tercero o del perjuicio mismo, sin que a partir de ahí pueda «enriquecerse» con elementos ulteriores que quizá se encuentren temporalmente muy lejanos. Siendo cosa distinta que la presentación en juicio o el uso del documento permita descubrir su falsedad y perseguir a su autor y demás responsables (cfr. SS. 11 y 25 octubre 1990, 23 julio 1991, 15 febrero, 12 marzo y 5 octubre 1992) (FD. 2º). De donde se sigue que "la falsedad de un documento privado se perfeccionará en el tiempo a partir de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que le son inherentes". La S. 12-3-1992, abundando en estas consideraciones, insiste en que una profundización interpretativa en el respeto al principio de la legalidad, lleva a rechazar la posibilidad de que un documento privado cuya propia mecánica falsaria determina su consumación -siempre que concurra en este momento el perjuicio de un tercero o el ánimo de causárselo- acabe transformándose después en oficial por incorporación a un procedimiento judicial o expediente administrativo que no tuvieron por qué hallarse incluidos ya ab initio en el dolo del falsificador" (FD. 3º).

Finalmente, la **sentencia de 18 de febrero de 1994** (Pte. Martínez-Pereda. Rec. nº 1.022/93) señala que **"las hojas de salarios tienen categoría de documento oficial..., no sólo por la intervención publicística en la creación de un modelo único, estereotipado y de carácter general, cuya alteración no puede realizarse ni**

siquiera por acuerdo de las partes contratantes, sino porque para su alteración se requiere una solicitud justificativa de la necesidad del cambio que había de ser aprobada gubernativamente". Y agrega seguidamente: "Además, **porque no es el destino, sino el control constante** (durante el plazo de cinco años) **por la Inspección de Trabajo sobre tales documentos, en garantía de los derechos de los trabajadores lo que dota a estos documentos de carácter oficial**" (FD. 3º).

Ahora bien, expuesta la anterior doctrina jurisprudencial, habrá de tenerse también en cuenta que esta misma jurisprudencia viene entendiendo que cuando un documento privado tiene por finalidad y objeto específico entrar como imprescindible para la originación de un expediente. Así, la **sentencia se 30 de septiembre de 1981** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 3.412) declara que "**por regla general, dicha jurisprudencia, ha interpretado extensivamente el concepto incluyendo los documentos que, "per se" son privados pero destinados ulteriormente a incorporarse a un expediente público; y esta tendencia, censurada acremente por la doctrina, prosigue hoy día como puede comprobarse en la moderna sentencia de este Tribunal de 15 junio 1979, donde se declara que son documentos oficiales incluso los privados que por unirse a actuaciones oficiales o ser presentados ante funcionario público por razón de su cargo producen la actividad pública del Estado, de la Provincia o del Municipio, o de organismos autónomos, pues su incorporación y aceptación les dota de la autenticidad suficiente para producir efectos en el servicio oficial a que se destinan**" (CDO. 1º).

Más recientemente, la **sentencia de 28 de septiembre de 1994** (Pte. Martínez-

Pereda. Ar. 7.229) realiza una ilustrativa síntesis de la evolución jurisprudencial anteriormente expuesta, en los siguientes términos: "si bien la doctrina jurisprudencial había venido manteniendo que un documento originariamente privado, al presentarse en las oficinas públicas para los correspondientes expedientes, debía ser considerado como documento oficial (sentencias, entre otras muchas, de 7 de marzo de 1932, 29 de abril de 1961, 7 de mayo de 1969, 27 de junio de 1983, 8 de julio de 1988 y 16 de marzo de 1990), a partir de dicho año de 1990 esta Sala Segunda ha dado un radical giro, atendiendo a diversas razones. Estas pueden sintetizarse así: a) el dolo del falsificador se proyecta sobre un documento privado y se consuma así con la alteración de la verdad; b) lo prevalente es la naturaleza documental en el momento de incorporarse el contenido inveraz de pensamiento o de voluntad, o de consumarse las manipulaciones o alteraciones; y c) la falsedad documental se perfecciona por la concurrencia de los elementos subjetivos y objetivos inherentes y no cabe mutar retroactivamente (sentencias, por todas, de 25 de octubre de 1990, 21 de noviembre de 1991, 19 de septiembre y 5 de octubre de 1992 y 10 de marzo y 28 de mayo de 1993. Pero asimismo se destacó la conceptualización de documento oficial en los casos de declaraciones escritas, de naturaleza recepticia, dirigidos por los particulares a un organismo público u oficial y susceptibles de producción de efectos de tal clase y determinar resoluciones en el ente receptor (sentencias, por todas, de 29 de febrero de 1960, 5 de junio de 1962 y 19 de marzo y 7 de mayo de 1969). **La función pública -mejor oficial- por destino y la provocación de una resolución administrativa fueron puestas de relieve por la sentencia de 7 de octubre de 1970, mientras la sentencia de 14 de mayo de 1992 distingue un escrito genuinamente**

privado, carta privada, que por esporádica voluntad de su tenedor se incorpora a un expediente público, del documento que nace con el único y exclusivo destino de producir efectos en un orden oficial" (FD. 2º).

En esta misma línea, la reciente **sentencia de 13 de marzo de 1995** (Pte. Martínez-Pereda. Ar. 1.843) reitera la doctrina expresada en la anterior sentencia y subraya la distinción que es necesario establecer entre el documento privado que simplemente se incorpora a un expediente administrativo y aquel otro que nace con la sola finalidad de producir efectos en el ámbito público-oficial-administrativo. Dice lo siguiente: "En la sentencia de 14 de mayo de 1992 se destacó que **se hace preciso afirmar el documento eminentemente privado** -contrato entre particulares, carta dirigida a una persona- **que <por esporádica voluntad de su tenedor se incorpora a un proceso o expediente público, de aquel otro documento que nace, y así lo revela su contenido, con indudable y único destino de producir efectos en un orden oficial, en el seno de la Administración Pública y en cualquiera de sus vertientes o representaciones... >** o como señala la sentencia de 8 de marzo de 1993, **cuando el dolo falsario del agente se extiende <ab initio> a la incorporación del documento inveraz a un expediente o libro oficial**, como recoge la sentencia de 12 de marzo de 1992".

Precisamente, esto es lo que sucede en el supuesto examinado en el que "tales falsificaciones y la simulación de tales documentos (contratos de trabajo realizados con la finalidad de obtener permiso de residencia para extranjeros) no tenía otra finalidad ni objeto sino entrar como imprescindible para la originación de un expediente, que sin ellos no se hubiera producido y que otorgaba una licencia de residencia en base

al presupuesto falso y originador de disfrutar de un contrato de trabajo inexistente"
(FD. 6º).

III. ELEMENTOS DE LA FALSEDAD DOCUMENTAL.

1. El elemento subjetivo.

1.1 El sujeto activo: la autoría.

Uno de los elementos del injusto típico es el subjetivo, esto es, el autor³⁰² que ejecuta la acción falsaria. Según esto, el autor del delito de falsedad será aquel que mediante la creación o modificación de un documento dote a éste de una apariencia falsa de autenticidad y veracidad que sea capaz de inducir a error a terceros³⁰³. Dentro del concepto amplio de autor se incluiría no sólo la persona que ejecuta materialmente el delito, sino también el cooperador necesario y el inductor,

³⁰² La doctrina viene señalando la necesidad de distinguir conceptualmente entre "sujeto activo" y "autor". Así, para RODRIGUEZ MOURULLO (Derecho Penal. Parte General", op. cit., p. 278) de acuerdo con el artículo 12 del Código, los autores son una de las categorías de los "responsables criminalmente de los delitos y faltas", en tanto que al hablar de sujeto activo nos estamos refiriendo al sujeto de la acción, con independencia de que sea o no responsable del delito. O sea que en la distinción juega un papel relevante el elemento culpabilístico. También se hace eco de esta diferenciación COBO DEL ROSAL ("Derecho penal...", op. cit., p. 300) cuando afirma que con el concepto de "sujeto activo" se hace referencia a una categoría con la que se analizan "los diversos modos con los que, en las distintas figuras de la Parte especial, se describe un elemento del hecho típico y, en consecuencia, un elemento fundamentador del injusto". Ahora bien, ello no significa, apunta este mismo autor, que ambas categorías conceptuales se encuentren "desconectadas", pues "el sujeto activo, como elemento del hecho típico, circunscribe el ámbito de los posibles autores", de suerte que "no podrán ser autores de la correspondiente figura de delito, quienes no reúnan las condiciones requeridas por el respectivo tipo de injusto".

³⁰³ GARCIA CANTIZANO, op. cit., p. 331.

a tenor de lo que establece el artículo 14 del C.P.³⁰⁴.

La **sentencia de 25 de enero de 1991** (Pte. Jiménez Villarejo. Ar. 472) nos ofrece un concepto de autor del delito de falsedad. Dice lo siguiente: "No siempre, naturalmente, la elaboración del documento inveraz es obra de una sola persona, siendo perfectamente posible que una redacte el cuerpo del escrito donde se muda o deforma la verdad de lo acontecido y de otra estampe su firma asumiendo y responsabilizándose del relato así confeccionado, en cuyo caso, si este último ha actuado con dolo falsario, esto es, con conciencia de que el contenido del documento no refleja la realidad y con la intención de crearlo o, más exactamente, contribuir a su creación, no podrá ciertamente eludir que se le considere autor de la falsedad, pues **autor es quien, a sabiendas, realiza un acto imprescindible para el nacimiento del falso documento, un acto para el que sólo él está legitimado, de suerte que, si no lo realizase, o el documento no aparecería en el tráfico o sería necesario simular su intervención.** Como, en el caso que fue juzgado en la sentencia recurrida, el ahora recurrente sabía perfectamente que los daños ocasionados por su vehículo no se habían producido en el lugar y del modo que se expresaban en la declaración de siniestro, lo que no puede ser discutido en este recurso habiéndose declarado probado que los cinco procesados se habían puesto de acuerdo para dar una versión falsa del accidente a sus respectivas Compañías de Seguros, y por otra parte su condición de asegurado y titular del semirremolque accidentado le convertía en la persona idónea para firmar el parte, con el que se pretendía que la entidad aseguradora aceptase una

³⁰⁴ Vid. ORTS BERENGUER, "Derecho penal...", op. cit., p. 237; CASAS BARQUERO, "El delito...", op. cit., p. 200 y GARCIA CANTIZANO, "Falsedades...", op. cit., p. 332, entre otros.

responsabilidad que acaso le era ajena, ha de concluirse la absoluta corrección con que procedió la Audiencia Provincial al subsumir la conducta del recurrente en los artículos del Código Penal que se dice indebidamente aplicados".

La **sentencia de 5 de febrero de 1983** (Pte. Castro Pérez. Ar. 731), se refiere a los requisitos de ejecución material y directa que han de concurrir en el concepto de autoría falsaria. Se expresa en los términos siguientes: "Que en referencia al motivo tercero del mentado recurso en el que se denuncia la infracción por inaplicación del núm. 1.º del art. 14, al no considerar como autor del delito al señor M, aun dejando aparte las cuestiones planteadas por la Doctrina, de si un particular puede ser sujeto activo de tal delito, y si en caso afirmativo éste resultaría autor inmediato o mediato del mismo, que han sido ya resueltas jurisprudencialmente en sentido positivo, es lo cierto que si bien consta acreditado en el relato fáctico, que el señor M. dirigió una carta al constructor señor A. unos días antes del otorgamiento de la escritura indicándole que en la misma debía hacerse constar como compradora del piso 5 centro de la casa núm. 32 de la calle Menéndez Pidal, a su hija Concepción M. L., en cumplimiento de lo que habían convenido unos años antes en ocasión de extenderse el documento privado preparatorio, no aparece probado, que éste, ni por sí mismo, ni por medio del señor A., efectuasen ante el Notario autorizante, la afirmación de que el piso que iba a escriturarse estaba libre de inquilinos, que es lo que según el recurrente da lugar a la comisión de la falsedad denunciada, **sin que por tanto hayan tomado parte material y directa en la ejecución de la misma, como se exige en el invocado precepto, ni que el primero hubiera pedido al segundo, que además de escriturar el piso a nombre de su citada hija hiciera constar**

expresamente que el piso enajenado se hallaba libre de inquilinos, sin lo cual no puede atribuirse a ninguno de ellos la autoría de la manifestación ante el fedatario público, de la inveraz circunstancia, habiendo de rechazarse por tanto la calificación de la autoría de cualquiera de ellos" (CDO. 3º).

Por lo que respecta a los distintos **grados de ejecución** del delito de falsedad la **sentencia de 25 de junio de 1985** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 3.049) ofrece una detallada exposición de los mismos en los siguientes términos: "la **inducción, también denominada instigación, motor y autoría moral o intelectual, de difícil diferenciación respecto a figuras afines como lo son la provocación y la proposición**, de una de las dos formas de participación acuñadas en el número 2.º del artículo 14 del Código Penal; **pudiéndose entender que, «inducir», es causar, mediante influjo psíquico, en otra persona, la resolución de ejecutar un hecho típicamente antijurídico, equivaliendo a instigar, persuadir o captar la voluntad ajena**, habiéndola definido, este Tribunal, en la sentencia de 25 de junio de 1962, donde se declara que, **objetivamente, la inducción, existe cuando el influjo psíquico ejercido sobre el autor material es causa de la decisión de ejecutar el hecho adoptada por éste, y, por ende, de la misma ejecución del hecho típico y antijurídico, y, en la de 8 de julio de 1968, como presión eficaz, intensa y suficiente, de una persona que no actúa ejecutivamente sobre otra, para impulsar su ánimo, una vez que su libertad de decisión, no disminuída ni eliminada, acepta el acicate, excitación o persuasión ajena, para que, surgiendo una coordinación de ambas voluntades, se efectúe, por el inducido, el hecho delictivo**. Admite, esta

figura, las **modalidades clásicas: mandato, orden, consejo, instigación y sociedad**, pero, en realidad, sus formas de manifestación, son ilimitadas, como destacaron las sentencias de este Tribunal de 8 de julio de 1968 y 30 de diciembre de 1980, al declarar que **«la inducción puede alcanzarse por medio de cualquier actividad apropiada para ello en el orden de las relaciones humanas»**, aunque es preciso, por una parte, que el presuntamente inducido no hubiera tomado, por su cuenta, la firme determinación delictiva, antes y sin necesidad de excitación ajena, y, por otra, que, además, conserve siempre su libre albedrío, es decir, su capacidad de raciocinio y su libertad de decisión o de resolución. Sus **requisitos esenciales** son los siguientes: ha de ser **anterior al hecho o, al menos, concomitante con el mismo; directa**, pues se ha de ejercer sobre una persona determinada -aunque se admite la inducción por medio de persona intermedia- «en cadena», para la comisión de un delito también determinado, y, en muchos casos, especialmente en los delitos contra las personas, ha de recaer en un sujeto pasivo asimismo determinado; **eficaz o suficiente**, es decir causante de la determinación del inducido o autor material, de tal modo, que el pacto, el consejo o el mandato, ejerzan influencia tan decisiva en el ánimo del inducido que, *apoderándose o sojuzgando la voluntad de éste, le determinen a cometer el delito* -véanse sentencias de 30 de mayo de 1922, 31 de mayo de 1926 y 26 de noviembre de 1929-, debiéndose detectar la presencia de una relación de causalidad o nexo causal que algunos denominan determinante o «causalidad psíquicamente actuada»; **abierta, clara y no insidiosa; dolosa**, esto es, que es preciso que, el inductor, haya procedido maliciosamente en la determinación del autor material, teniendo consciencia de la antijuricidad del hecho y de que, dicho hecho, está amenazado con una pena; y,

finalmente, **seguida de la ejecución del delito convenido** o, al menos, de cualquiera de sus formas imperfectas de ejecución, pues, la mera tentativa, ya inculpa al inductor, el cual se responsabilizará del trecho recorrido del «iter criminis» (CDO. 3º).

El considerando cuarto, en relación ya con los hechos declarados probados, nos habla del "**consejo**" como una forma de inducción al afirmar "que, en el caso enjuiciado, en efecto, el comportamiento del recurrente R. R., no es subsumible en la autoría directa definida en el número 1.º del artículo 14 del Código Penal, pero ello, en definitiva, es irrelevante a la luz del principio de pena justificada, puesto que, siendo, R. R., profesor mercantil y habiéndole consultado, el acusado A. F., la fecha que debía ponerse en la diligencia de apertura de los Libros antes mencionados, **le respondió que «pusiera la fecha más atrasada posible», lo que equivale al consejo, que es una de la formas de inducción**, consejo, que dados los conocimientos contables del recurrente y su ascendiente sobre A., determinó, causalmente, a éste, a la perpetración de la falsedad cometida, siendo, por tanto, directa, eficaz y dolosa".

Por su parte, el considerando séptimo de esta misma sentencia nos habla de las denominadas "**infracciones pluripersonales**" en los siguientes términos: "Que, en el supuesto de las **infracciones denominadas plurisubjetivas o pluripersonales**, -tanto se trate de plurisubjetividad necesaria como de pluripersonalidad contingente-, es decir, en los **casos de coparticipación o de codelincuencia en un mismo delito**, son elementos indispensables para que concurra esta figura jurídica -excepción hecha de la inducción y del encubrimiento que se rigen por otros condicionamientos-, determinados requisitos, unos de naturaleza subjetiva y otro de carácter objetivo,

encontrándose, entre aquéllos, el «**animus adjuvandi**», el «**pactum scaeleris**», concierto de voluntades o acuerdo previo -el que puede ser expreso, tácito o sobreofendido, inicial o sobrevenido en forma de adhesión-, y la denominada «**conscientia scaeleris**» o **conciencia de la ilicitud o antijuridicidad del acto convenido o pactado**, mientras que, el requisito objetivo, radica o estriba en la aportación, por parte de cada uno de los partícipes, de esfuerzo propio aplicado a la consecución de un empeño común, de tal modo que, todos y cada uno de los codelincuentes, realice personalmente actos ejecutivos de la dinámica comisiva, aunque no es preciso que, cada uno de ellos, perpetre la integridad de dicha dinámica, admitiéndose un a modo de reparto de cometidos, pudiéndose distinguir, en razón a la índole diferente de los citados actos de ejecución, entre el **autor plenario** cuyo comportamiento, llena o cumple las exigencias típicas de la infracción de que se trate, los **coautores materiales**, que, de manera directa y personal, perpetran actos ejecutivos nucleares de la citada dinámica, los **cooperadores necesarios**, quienes coadyuvan a la ejecución del delito de un modo «sine qua non», es decir, de forma indispensable e imprescindible, y, finalmente, los **cómplices**, los cuales cooperan a la perpetración del hecho punible con actos anteriores o coetáneos de naturaleza auxiliar, accesoria o secundaria".

Ya la anterior **sentencia de 26 de mayo de 1958** (Pte. Codesido Silva. Ar. 1.663) consideró que, en relación con el caso examinado, no podía reputarse autor y responsable del pretendido delito de falsedad en documento privado "**a quien, se bien parte interesada en el contrato así consignado, no ha hecho más que redactar lo que el vendedor le dictaba, sin que conste haya actuado sobre la voluntad del**

transmitente para perjudicar a otro u otros" (CDO. 1º).

Por su parte, la **sentencia de 17 de enero de 1964** (Pte. García Gómez. Ar. 251) también se refiere a los conceptos de cooperación necesaria y de inducción en los siguientes términos: "Que en la relación de hechos que declara probados la sentencia de instancia no hay elementos bastantes para estimar que el procesado recurrente sea autor del delito de falsedad en documento oficial previsto y sancionado en los arts. 302 y 303 del C.P., por el que ha sido condenado por el Tribunal "a quo", por habiéndose limitado su actuación, a presentar a Benito R.P., y Demetrio J.V., que también fueron procesados en esta causa, la que se sobreseyó para ambos por haberles aplicado el Decreto de indulto de 31 octubre 1958, presentación que se hizo al objeto de que el Benito firmase el documento de alta para inmatriculación de un camión con el nombre de su anterior titular, lo que efectivamente realizó el Benito, siendo después rellenados los restantes huecos del impreso de alta por el citado Demetrio, sin que se haga constar acto alguno de ejecución material realizado por el recurrente con relación al documento falsificado, al solo hecho de poner en contacto a los otros dos procesados **no puede considerarse como constitutivo de cooperación necesaria para que el delito fuera cometido**, porque esa actuación no era tan imprescindible que sin ella no hubiera sido posible cometer la falsedad, porque cualquiera otra persona podía haber simulado la firma del Félix, del texto del documento, máxime cuando no se aclara en las premisas de facto por qué buscaron a Benito para que firmara con el nombre de Félix C., si porque sabía imitar la firma de éste, porque estaba autorizado por él para hacerlo, o por cualquier otra causa, por todo lo que hay que concluir afirmando que el recurrente no es autor por cooperación,

conforme al n° 3° del art. 14 del C.P., del delito de falsedad por el que ha sido condenado, y tampoco es autor por inducción a tenor del n° 2° del mismo precepto, porque **no consta que la acción material del ejecutor de la falsedad obedeciera exclusivamente a estímulos directos del recurrente que fueran bastantes para vencer la voluntad de aquél**, pues faltan en la narración fáctica declaraciones concretas sobre cuáles fueran los mandatos, órdenes o cuando menos consejos que obligaran al Benito a firmar el documento, y **sabido es que la inducción tiene que manifestarse por actos directos y eficaces, que sean capaces a forzar la voluntad del ejecutor material** por todo lo que es vista la procedencia del recurso en sus dos motivos, que por estar íntimamente relacionados se han estudiado conjuntamente" (CDO. 1°).

La **sentencia de 23 de febrero de 1988** (Pte. Moner Muñoz. Ar. 1.241) nos sitúa ante el problema de la determinación de la eficacia de la cooperación en el marco de la autoría delictiva, superando el tradicional eclecticismo de la jurisprudencia en este tema. En concreto, rechaza la existencia de cooperación necesaria en el supuesto examinado. Dice el Tribunal Supremo, revocando el pronunciamiento de la Sala de instancia, lo siguiente: "El segundo aspecto, hace referencia al tema de la autoría, toda vez que el recurrente no pertenecía a la cooperativa, ni a su junta rectora. En el factum de la sentencia impugnada sólo se dice que en la primera junta rectora de la Cooperativa, formaban parte personas allegadas al procesado, y es en el duodécimo considerando donde se expresa que M. fue cooperador necesario al proporcionar personas que por su ignorancia, se prestaron a aparecer como presentes en la reunión. **El problema estriba en resolver si existe**

verdadera cooperación, y si ésta era o no necesaria, puesto que no todo comportamiento es suficiente para integrar aquella cooperación. Es pues, preciso para poder hablar de ella, en primer término, que haya sido eficaz para la comisión del delito, y así pueda ser calificada de necesaria. En segundo lugar, el carácter de necesario o no de una intervención, que ya en sí misma es eficaz, podrá ser valorada desde distintas perspectivas, para lo cual, y teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha seguido, ante el problema que nos ocupa, una pauta ecléctica y flexible -confr. Sentencias de 12 de abril y 30 de junio de 1986, 26 de febrero, 25 de marzo y 21 de julio de 1987- que le ha llevado a utilizar indistintamente una u otra de las cuatro conocidas teorías que la doctrina científica señala para deslindar en determinados casos, supuestos difíciles de superar. Desde la de índole subjetiva, casi olvidada que habla del animus auctoris o animus socii, hasta las de naturaleza objetiva, comenzando por la de la equivalencia de las condiciones, que se centra en la influencia causal que la conducta del auxilio ha tenido en el resultado, de tal modo que suprimido mentalmente el acto de colaboración no se hubiera producido el delito, o bien si existió o no, dominio del hecho, que implica la posibilidad de impedir o interrumpir la ejecución de la conducta típica o, la de las actividades o bienes escasos, según que la aportación del auxiliador lo sea de un bien o comportamiento escaso, difícil de obtener para la comisión del hecho delictivo, cobrando dicho comportamiento trascendencia causal en el resultado, con lo que estaremos ante la presencia de un auxilio necesario, y, no lo merecería en el supuesto contrario. No puede, obviamente, reputarse la conducta del procesado como la califica el Tribunal de Instancia, de cooperación necesaria, pues

la aportación de las personas a la Junta Constituyente, que se le imputa, no implica contribuir con un bien que merezca el calificativo de escaso ni tan siquiera de eficaz para la comisión del delito, sobre todo, si como se ha dicho con anterioridad, las dos personas suplantadas no eran imprescindibles por su condición personal, o por una entidad numérica, para la existencia de la Junta Rectora, pues nada se dice de tal cuestión en la sentencia impugnada, que no recoge además, ni cuantos asistieron a aquélla, ni los que eran necesarios; y faltando estos datos, **no puede afirmarse el carácter de cooperación**, ni mucho menos aun, que fuese necesaria por la aportación de un bien escaso".

Finalmente, la **sentencia de 2 de octubre de 1993** (Pte. Hernández Hernández. Ar.7.688) conjuga los elementos subjetivo e intencional a la hora de considerar el supuesto de coparticipación en una acción cuyo fin delictivo se ignora. Precisamente, este desconocimiento del fin ilícito lleva a la absolución de uno de los encausados del delito de falsedad por el que fue condenado por la Sala de instancia declarando que "la participación del acusado en el delito falsario, la recoge el «factum» constatado de forma que más parece una conducta llevada a cabo por una poco escrupulosa manera de atender el negocio que como una actuación ilícita, incardinable en infracción punitiva. Cuando el juzgador de instancia afirma que pese a chocarle el encargo, el recurrente lo admitió, no obstante saber ciertamente que el coacusado no representaba a «Mercadona» y cobró al precio normal de la impresión, indudablemente está dando a entender que, por encima de las sospechas que pudiera producirle el encargo los intereses de su empresa le hacían aceptar el encargo sin más y cobrar su trabajo. **No aparece connivencia con el coprocesado ni con respecto a la estafa, ni con relación**

a la mendacidad falsaria y eso es así, dicha ausencia de acuerdo queda patente con la afirmación que hace el Tribunal Provincial al decir «sin que percibiera (el recurrente) cantidad alguna que con la confección de los recibos pudiera obtener M. (el coprocesado), cuyo destino desconocía A. (el recurrente)». **Dicha afirmación del desconocimiento sobre el destino, que hace el juzgador «a quo» para, en principio, desvincular al recurrente de la autoría participativa en el ilícito defraudatorio, quizás sin desearlo, produce el efecto más amplio de eliminar el «dolo», no sólo respecto de la estafa, sino también respecto de la falsedad y hace por ello impune la conducta del recurrente, quien aparece desligado totalmente de las intenciones y proyectos del coacusado, al no poderse integrar el hecho de que aceptase el encargo, pese a conocer que M. no tenía nada que ver en cuanto a la titularidad de la empresa cuyos recibos mandó se imprimieran, en la conducta típica de la cooperación necesaria (ni siquiera a través del dolo eventual) de un delito del que se ignoraba fuera a cometerse. Consecuentemente, ausente el elemento intencional culpabilístico en la conducta** que el recurrente, describe en el «factum» acreditado, obvio resulta que, como antes se apuntó, la misma es impune y por ello no merecedora de reproche de tipo punitivo, procediendo la estimación del motivo y el dictado de la sentencia a que alude el art. 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal" (FD. 5º).

El señorío de la acción supone la concurrencia en el autor del delito del llamado **dominio funcional del hecho** o del acto, esto es, la potestad sobre la

realización del tipo³⁰⁵, la posibilidad, conocida por el agente, de dirigir finalmente la configuración del tipo³⁰⁶. Precisamente, la característica objetiva del dominio del acto resolverá la cuestión de cuál de los sujetos intervinientes debe ser considerado y cual partícipe³⁰⁷.

La **sentencia de 21 de septiembre de 1993** (Pte. Montero Fernández-Cid. Ar. 6.815) declara que "en el hecho descrito **falta la existencia de «dominio funcional del acto»** por parte del acusado ahora recurrente. Son las ciudadanas guatemaltecas las que suscriben el documento y es un funcionario policial ajeno quien recoge tales manifestaciones y las documenta. Ni éste ni aquéllas han sido acusados ni por tanto condenados. **Sorprende así que se «aisle» un comportamiento o conducta que a lo sumo podría calificarse como constitutiva de inducción** y por ello resulta correcta la posición del Ministerio Fiscal al apoyar el motivo en el trámite de instrucción de este recurso. Ni cabía la imposición de la pena de prisión mayor, pues **del relato no se deduce que el acusado «abusase de su oficio», al ser con arreglo a aquél un «mero acompañante más o menos cualificado» pero sin dominio del acto; ni se cumplen ninguno de los tres tipos descritos en los núms. 3.º, 4.º y 9.º del art. 302 del Código sustantivo**" (FD. 4º).

Nuestro Código penal estima que autor del delito de falsedad lo es tanto el

³⁰⁵ RODRIGUEZ DEVESA, en cita a WELZEL, "Derecho penal español. Parte general", op. cit., pp. 740 y 746.

³⁰⁶ REINHART MAURACH: "Tratado de Derecho Penal", Ed. Ariel, Barcelona, 1962, II, p. 309.

³⁰⁷ *Ibíd.*

funcionario público como el particular. En realidad, la diferencia entre ambos viene marcada por el objeto material que es sobre el que recae el delito de falsedad en concreto. En primer lugar, para que se incurra en alguna de las modalidades a que se refiere el artículo 302 del C.P. es preciso que confluja la condición de funcionario público y además que abuse del oficio, es decir, de las facultades que le están conferidas por Ley o por la autoridad jerárquica superior.

La noción de funcionario público que expresa el primer párrafo del artículo 302 del C.P. deriva del concepto al cual alude el artículo 119 del mismo texto legal, y a cuyo comentario realizado páginas atrás nos remitimos. Decíamos allí que una de las notas que caracterizaban a aquél para configurar la conducta delictiva falsaria era el abuso de oficio o cargo público, hasta el punto de que resulta imprescindible que confluyan la condición de funcionario público y el abuso del oficio en el sujeto que ejecuta alguna de las modalidades referidas en el artículo 302 del C.P.³⁰⁸. En efecto, como indica ORTS BERENGUER³⁰⁹, ha de tratarse de la materialización de un exceso inadmisibles por parte de aquél en el desempeño de las funciones que tiene atribuidas por el ordenamiento jurídico, bien entendido que tal exceso no ha de ser en abstracto sino concretizado en alguna de las conductas tipificadas en dicho precepto.

Pues bien, para que se dé abuso de oficio es necesario que el funcionario en

³⁰⁸ GROIZARD, a quien cita ORTS BERENGUER ("Derecho penal...", op. cit., pp. 237-238), decía que "un funcionario público puede delinquir de tres modos enteramente distintos: o abusando del poder o cargo que ejerce en representación de la sociedad y que ésta o sus delegados le han confiado; o como simple particular y sin tener en consideración las funciones o cargo que desempeña; o como particular también, mas prevaliéndose de las funciones o carácter público que ejerce".

³⁰⁹ Idem, p. 238.

cuestión vulnere las normas reguladoras de la respectiva función pública³¹⁰. En este sentido, el elemento competencial se erige en principal requisito. De esta manera el funcionario ha de obrar dentro del marco de las facultades que se le confieren por razón de su cargo, pues no ha de olvidarse que, en definitiva, la competencia, en una concepción clásica, suele definirse como la "medida de la potestad de cada órgano (administrativo o público en general).

Cuando el funcionario actúa en el marco de su competencia está ejercitando un poder o facultad atribuido por el propio ordenamiento jurídico de acuerdo con el principio de legalidad: dentro de esos límites, el ejercicio de esa competencia podrá realizarse con mayor o menor intensidad, pero no por ello dejará de estar fundada en la legalidad y, en consecuencia, ser legítima. Ahora bien, cuando se produce un exceso en el ejercicio de la competencia que se tiene atribuida como propia rebasando los justos límites establecidos por el Derecho, no hay duda que nos encontramos ante un "abuso de oficio" y, por ende, en una actuación ilegítima desde la perspectiva del principio de legalidad. De aquí que, como ha señalado BACIGALUPO ZAPATER³¹¹, el abuso de oficio constituye un elemento de la antijuridicidad y no

³¹⁰ A este respecto precisa CORDOBA RODA que la no aceptación de una tal interpretación y, por el contrario, "entenderse que la comisión de la falsedad por el funcionario público en el abuso de su función debe ser estimada en cuanto aquélla sea llevada a cabo por un individuo que ostente la cualidad de funcionario público, cualquiera que sea la relación que la respectiva modalidad falsaria guarde con las funciones atribuidas al sujeto, se privaría prácticamente de contenido a la expresión <abusando de su oficio> que reduciría su significación al de una pura y simple redundancia, lo que comportaría una evidente vulneración de las normas lógicas en materia de interpretación, que no pueden admitir sino como última posibilidad, el que una exigencia legal delimitadora del ámbito de lo delictivo, carezca de un propio y verdadero contenido" ("Comentarios...", op. cit., pp. 803 a 805).

³¹¹ "Estudios...", op. cit., p. 329.

de la tipicidad, subrayando al mismo tiempo que no puede existir una actuación legítima y a la vez abusiva por cuanto que esta última nota excluye la primera.

En este mismo orden de cosas, hay que señalar que no basta que el funcionario se extralimite en su función, sino que se requiere, además, que esté encargado de desarrollar una concreta labor de documentación. A este respecto, entiende ORTS BERENGUER³¹², en contra de la opinión sustentada por otros autores como RODRIGUEZ DEVESA o MUÑOZ CONDE, que el abuso de oficio se plasma no sólo en el supuesto de documento legítimo -aquel expedido por él en uso de las atribuciones que su función le confiere-, sino también en el caso de que las alteraciones se introduzcan por el funcionario en un documento que se encuentre a su cargo pero que no ha sido expedido por él³¹³.

La doctrina es unánime al excluir los supuestos de falsedad en caso de incompetencia absoluta del funcionario, pero no es tan clara y rotunda la postura respecto a los supuestos de incompetencia relativa. En este sentido, se entiende que si el término "oficio" alude a la potestad o facultad conferida al funcionario legítimamente constituido en su cargo, necesariamente habría que rechazar también los supuestos de incompetencia relativa en cuanto que tampoco en este caso se cumple este requisito³¹⁴.

³¹² "Derecho penal...", op. cit., p. 239.

³¹³ Caso, expone, de un Secretario judicial que modificara sustancialmente documentos obrantes en un sumario a su cargo.

³¹⁴ Así, GARCIA CANTIZANO ("Falsedades...", op. cit., p. 335), que cita la postura contraria de ORTS BERENGUER a favor de mantener el abuso del oficio también en casos de incompetencia relativa.

El abuso de oficio, y este es un aserto en el que vienen a coincidir la mayor parte de los autores, difiere de la agravante décima del artículo 10 del C.P., que se refiere a la acción de prevalerse del carácter público ostentado por el agente de la conducta falsaria, pues vendría referida al aprovechamiento de las ventajas que le reporta el desempeño de la función o cargo que represente y no se requiere, a diferencia de aquél, que se hayan infringido las normas reguladoras de la función. Este deslinde entre ambas ya fue establecido por la antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo y por los comentaristas clásicos³¹⁵.

Desde otra perspectiva, hay que tener en cuenta que el artículo 303 del Código penal castiga al particular que cometiere cualquiera de las falsedades del artículo 302 en documento público, oficial o mercantil. En este sentido, habrá que distinguir según la declaración carezca o no de relevancia a efectos de la prueba de la situación jurídica que se pretenda documentar. De esta manera, si carece de relevancia no hay falsedad en la medida en que no afecta al bien jurídico protegido por la norma.

En cambio, si la declaración es relevante jurídicamente y por la función del fedatario público de constatar en el documento los hechos que el particular le relata revistiendo de una cierta forma jurídica el contenido inveraz que aquél emite, en este caso se estaría abusando ilegítimamente de la potestad certificadora del funcionario por el particular. En este supuesto estaríamos ante la presencia de una lesión no ya a la autenticidad del documento sino a su veracidad impidiendo que con ello se satisfaga su normal función probatoria.

³¹⁵ Sentencia de 14 de diciembre de 1880; GROIZARD y QUINTANO RIPOLLES (Vid. CORDOBA RODA, "Comentarios...", op. cit., p. 807).

Se rechazaría de este modo la calificación de falsedad documental en la medida en que el documento público constata fehacientemente la identidad de las partes y el objeto de negocio jurídico documentado, no las condiciones en las que éste se realiza. Tal supuesto, sin embargo, podría integrar el tipo objetivo de otro delito como podría ser el delito fiscal³¹⁶, si se hace con la intención de defraudar a la Hacienda Pública o el de estafa, siempre que concurren los otros elementos del tipo.

La **sentencia de 7 de diciembre de 1968** (Pte. García Tenorio y San Miguel. Ar. 5.258) estima el recurso, casa y anula la sentencia de la Audiencia y absuelve al procesado al estimar: "...que no integran el de falsedad del artículo 302 núm. 4º, por el que fue condenado, ni el del art. 303 en relación con aquél; no, el primero, **porque aun cuando se hubiera faltado a la verdad en la narración de los hechos se advertiría que la condición de funcionario se ofrece en el precepto en atención al servicio y su abuso, y faltaría este segundo requisito**, integrante del conjunto del tipo, por no ser inherente a la expresada cualidad, sino **estimable únicamente cuando el funcionario se prevale de sus funciones oficiales para cometer los prohibidos excesos**, quedando en otros supuestos equiparado a particular aunque administrativamente siga ostentando aquel carácter.

Por su parte, la **sentencia de 5 de febrero de 1991** (Pte. Soto Nieto. Ar. 758)

³¹⁶ La Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, por la que se modifican determinados preceptos del Código penal relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, da nueva redacción al artículo 349, cuyo número 3, párrafo segundo presenta el siguiente tenor literal: "La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior (relativo a la regularización de la situación tributaria) alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras **falsedades instrumentales** que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria".

señala que en relación con el comportamiento enjuiciado, además de subsumible en el listado del artículo, **entraña la vulneración de las normas reguladoras de la respectiva función pública**. Si falta aquella atribución de legitimidad sobre el documento que pudiera en función de servicio ser emitido por el funcionario -consigna la sentencia de 31 de mayo de 1969-, desaparece su condición de tal, para convertirse simplemente en particular. **No basta ser funcionario** para cometer esta clase de falsedad del artº 302 -precisa la sentencia de 9 de diciembre de 1975-, sino que **a su vez se requiere el ejercicio legítimo de la función encomendada, pero actuada de manera desmedida e injusta, con desafuero falsario, por adecuarse el acto falso a la función y no aquel simplemente a la cualidad personal del sujeto activo**; por lo que, en definitiva, **si un funcionario mudare la verdad documental sin abusar de la función encomendada competencialmente al mismo, su actividad se incluiría dentro del artº 303, porque, a tal efecto, opera como mero particular**. El delito de falsificación de documentos públicos -concreta la sentencia de 21 de marzo de 1989- constituye una infracción falsaria, la cual, en cuanto al sujeto activo requiere que sea un funcionario público que se halle en el ejercicio de determinadas y específicas funciones públicas y abuse de las mismas" (FD. 4º).

Dicho esto, es preciso ahora referirnos al supuesto de la posible comisión de la conducta falsaria en documento público por parte del sujeto particular³¹⁷, así

³¹⁷ Destacaba ya PACHECO ("El Código Penal", op. cit., II, pp. 309 y 311) la mayor agravación de la pena que supone la comisión del delito de falsedad en documento público por funcionario público que cuando se realiza por particular, entendiéndose que es "natural y evidente que estas otras personas no deben ser castigadas con la misma pena". La razón de esta diferencia en el grado de punición

como del funcionario público que actúa sin abusar de su oficio. En este punto, señalar como cuestión previa que es precisamente el abuso de oficio lo que distingue la conducta descrita en el tipo del art. 302 del C.P. de aquella a la que se refiere el art. 303 del mismo cuerpo legal.

La doctrina³¹⁸, prescindiendo de la oportunidad de calificar el delito del artículo 302 como especial propio o impropio, considera que la condición de funcionario público es causa personal, en función de lo dispuesto en el artículo 60 del C.P., y, por tanto, sólo debe servir para calificar el hecho de aquél en el que recaiga, mientras que el particular seguirá respondiendo por el artículo 303. Puede afirmarse entonces que el particular que interviene en la ejecución de este delito lo será solamente a título de partícipe, pero nunca en concepto de coautor del hecho en el que ha intervenido el funcionario, y ello en función del principio de accesoriedad de la participación que impone la unidad del título de imputación. Por su parte, el funcionario que induce a un particular a la comisión de la acción falsaria será castigado como partícipe en el delito tipificado en el artículo 303 del C.P., en que el

es clara para el autor, pues "el mal material causado por la falsificación será igualmente grande; pero el mal total, pero la alarma, pero el delito completo, no han de compararse de ningún modo en este segundo con los del primer caso. El escribano que falsifica una escritura, el contador que da un certificado supuesto, el cura que inventa una partida imaginaria de bautismo, son más criminales que un particular cualquiera, que por causas de interés hacen la misma falsificación. En los primeros hay un abuso de fe pública, que merece una pena más grave. El segundo, cometiendo un gran delito, no le comete sin embargo igual al de aquéllos. Para los unos la cadena; para el otro el presidio mayor, castigo análogo pero no tan grave".

³¹⁸ Vid. GARCIA CANTIZANO, op. cit., pp. 337 y 338 y referencias bibliográficas.

autor es el particular³¹⁹.

Precisamente, la redacción de este precepto es motivo de polémica doctrinal en aquellos casos en que la falsedad es cometida por particular en documento público mediante la falsa manifestación o declaración ante funcionario público encargado de constatarla documentalmente. Es de resaltar que en virtud de la aplicación de la teoría general en materia de autoría mediata, el particular que utiliza al funcionario público que cumple correctamente con su labor y se limita a recoger meras declaraciones de las partes, su conducta no será constitutiva de delito falsario en la medida en que es extraña a su competencia la tarea de averiguar y constatar, sucesivamente, la verdad material de lo declarado.

Ahora bien, esta tesis no puede mantenerse en aquel supuesto en el que exista un previo acuerdo entre funcionario y particular, en cuyo caso habría que entender existente un delito de falsedad del funcionario con abuso de su oficio del artículo 302,

³¹⁹ Sobre este tema se pronuncia ANTON ONECA ("Derecho penal", op. cit., I, p. 431) señalando que "en los delitos especiales, o sea, los que sólo pueden ser cometidos por un círculo limitado de personas (v.gr. los funcionarios públicos), la condición personal no es ya mera circunstancia que califique una figura agravada o atenuada sino elemento esencial del delito, donde radica su razón de ser. Es evidente que de tales infracciones sólo pueden ser autores principales las personas calificadas, pues sólo la actividad de las mismas llena el tipo delictivo. Pero la doctrina dominante considera que los extraños pueden ser partícipes -inductores, cooperadores necesarios, cómplices, encubridores-, pues lo propio de tales categorías no es ejecutar los actos propios de la figura delictiva sino intervenir en el hecho que el autor principal ejecuta". Para referirse más adelante, en relación ya con las falsedades documentales, a la doctrina del Tribunal Supremo que declara que "aplicando la figura del 303 (especialmente destinada a las falsedades cometidas por los particulares) a los particulares que participen en falsedades ejecutadas por los funcionarios públicos (art. 302). En este supuesto la contigüidad de los dos preceptos y su idéntico contenido, salvo en lo referente a la condición de la persona, permite quizá admitir que el delito del artículo 302 sea simplemente una figura agravada por la condición del funcionario, con respecto al tipo del 303, que deberá ser considerado fundamental".

en el que el particular es responsable, a título de partícipe, como inductor o cómplice.

Como observa QUINTANO RIPOLLES³²⁰, si bien la falsedad documental culposa no ha de quedar reservada con exclusividad a los funcionarios, sin embargo es evidente que en éstos resulta más palpable su conveniencia en la medida en que a los mismos se les exige con carácter general la obligación jurídica de decir la verdad - que sólo excepcionalmente recae en los particulares como más adelante se detallará - y de cerciorarse de la verdad de lo que se hace o dice ante ellos. Se trata esta de una falsedad ideológica, de manifestación, en la que cabe tanto un comportamiento malicioso como otro ligero, perezoso, ignorante e incluso egoísta del funcionario, supuestos estos en los que es perfectamente comprensible la culpa³²¹.

Nuestro ordenamiento contempla un caso de falsedad documental cometida en

³²⁰ "Derecho penal de la culpa (imprudencia)", Ed. Bosch, Barcelona, 1958, p. 437.

³²¹ Es ilustrativa la explicación que ofrece el autor desde la perspectiva de la realidad administrativa coetánea, que se expresa en los siguientes términos: "No creo sea muy difícil de comprender y aún de defender como plausible, ya desde un punto de vista político criminal, esta extensión del campo de la imprudencia a lo falsario documental, sobre todo en lo que afecta a determinados funcionarios públicos, cuyos escritos, por unas u otras razones, son susceptibles de hacer fe o de reforzar el propio valor probatorio del documento, con consecuencias bien trascendentales a veces en el orden jurídico. Singularmente en una época como la nuestra, inmersa en un burocratismo papelero como nunca se conoció en la Historia, lo que por sí justificaría el que la lucha por la falsedad no se circunscriba al acotado terreno de lo doloso. Por iguales razones que en otros, como el del tráfico rodado, en que para todos resulta tan obvio. En materia tan frágil física y espiritualmente como es el papel, susceptible, en cambio, de incalculables consecuencias, la atención de los obligados a otorgarles y transcribirles debe ser estimulada por todos los medios, sin excluir los penales, por las mismas razones que se estimula la diligencia en tantas otras infracciones; a no ser que se acoja la radical minoritaria tesis de excluir del ámbito de lo criminal" (Op. y loc. citadas).

autoría mediata en el artículo 23 de la Ley del Notariado³²². Se constituye este supuesto en un ejemplo, en el ámbito del delito del falsedad documental, de autoría mediata donde la peculiaridad estriba en que el instrumento personal (Notario) de que usa el autor mediato actúa imprudentemente. En efecto, los supuestos en que se ha visto involucrado un Notario en conductas falsarias lo son normalmente en manifestaciones imprudentes. A este respecto conviene señalar que el artículo 368 del Anteproyecto de Código penal de 1994 otorga carta de naturaleza a la forma comisiva imprudente del funcionario público; en concreto, dispone este precepto que será castigado con la pena correspondiente "la autoridad o funcionario público que por **imprudencia grave** incurriere en alguna de las falsedades previstas en el artículo anterior o diere lugar a que otro las cometiere"³²³.

Por otra parte, para que la acción merezca la consideración de tal es necesario que sea imputable; pero para que el resultado derivado de la acción sea punible se requiere que se encuentre en relación de causalidad con el acto voluntario del agente. En este sentido, es de notar que la averiguación sobre el autor de la falsedad debe ser hecha con posterioridad a la noción de autor del documento, entendiéndose que autor del documento es aquel "por cuenta del cual el documento es formado"³²⁴.

³²² Constituye este precepto, en opinión de QUINTANO RIPOLLES ("Derecho penal...", op. cit., p. 441), "una concreta excusa absolutoria más que un precepto exculpatorio de carácter general".

³²³ Más adelante, al tratar el dolo falsario, tendremos ocasión de volver a referirnos a este mismo tema desde la perspectiva de ese elemento básico del injusto falsario.

³²⁴ CASAS BARQUERO, "El delito...", op. cit., p. 210.

Finalmente, habría que considerar el supuesto de las **personas jurídicas** como sujetos activos del delito de falsedad. A este respecto, como nos recuerda COBO DEL ROSAL³²⁵, en la dogmática penal ha constituido motivo de polémica si el fundamento de la falta de capacidad criminal de las personas jurídicas radica en la incapacidad de acción o en la incapacidad de culpabilidad. En cualquier caso, y de acuerdo con este mismo autor, no es posible hablar de culpabilidad jurídico-penal en el caso de las personas morales o jurídicas precisamente por su incapacidad de acción³²⁶.

Porque no hay que olvidar que, en sentido jurídico-penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena presupone la existencia de una voluntad en términos psicológico-naturalísticos que, por definición, es patrimonio exclusivo de las personas físicas o individuales³²⁷. De aquí que, como explicita RODRIGUEZ

³²⁵ COBO DEL ROSAL, "Derecho penal. Parte general", op. cit., p. 301.

³²⁶ Idem, p. 302. En términos similares CEREZO MIR, "Curso...", op. cit., pp. 360-361. Por su parte, DEL ROSAL ("Tratado...", op. cit., vol. I, p. 525) subraya el criterio unánime de la doctrina cuando niega a la "universitas" la posibilidad de ser sujeto activo del delito y, por tanto, su capacidad penal, pues, en definitiva, "el ente moral carece de las condiciones reales para ser imputable". De aquí que concluya el autor afirmando que "sólo el ser individual es sujeto del delito" -no obstante admitirse cada vez más la existencia del denominado "delito de corporación" en el ámbito económico- y que la técnica penal trate en última instancia de personalizar la conducta delictiva en los órganos representativos de la sociedad: "la responsabilidad penal recae de modo exclusivo en los miembros individuales de la persona moral" (pp. 528 y 540).

³²⁷ Así se expresa RODRIGUEZ MOURULLO, "Derecho penal...", op. cit., p. 228. Por su parte, ANTON ONECA ("Derecho penal", op. cit., I, pp. 152 y ss.) señala la razonable postura combativa del Derecho penal clásico sobre la responsabilidad colectiva, y en concreto, "la teoría de la imputabilidad moral pone la base de la responsabilidad en la voluntad inteligente que tan sólo se encuentra en el individuo".

MOURULLO³²⁸, el problema se desglosa en la actualidad en un doble aspecto: de una parte, el de la relevancia jurídico-penal de las actuaciones en nombre de otro (así, el artículo 499 bis del C.P. imputa la realización de los hechos en él previstos a los administradores o encargados del servicio de la empresa), y, de otra, la fundamentación de la imposición de medidas de seguridad a las personas jurídicas (por ejemplo, el art. 265 del C.P. relativo a la declaración judicial de ilicitud de una asociación en cuyo nombre o por su cuenta se establecen depósitos de armas, explosivos o municiones).

1.2. El sujeto pasivo.

La determinación del sujeto pasivo en la falsedad documental está en relación directa con el titular del bien jurídico objeto de tutela por esta figura penal. Como señala COBO DEL ROSAL³²⁹, sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito³³⁰. En este sentido, habría que entender que en el caso de la falsedad en documento público el sujeto pasivo del delito

³²⁸ Idem, pp. 229-230.

³²⁹ "Derecho penal. Parte general", op. cit., p. 307. Advierte el autor que es preciso distinguir entre sujeto pasivo del delito y sujeto (pasivo) de la acción, aun cuando normalmente pueden coincidir ambos. Idéntica observación realiza CEREZO MIR ("Curso de Derecho Penal...", op. cit., p. 364).

³³⁰ En parecidos términos se expresa CEREZO MIR (Ibídem) cuando dice que el sujeto pasivo del delito es el portador del bien jurídico lesionado, puesto en peligro o agredido. Igualmente DEL ROSAL, "Tratado...", op. cit., I, p. 529.

lo es, en sentido amplio o abstracto, la colectividad social, la sociedad considerada de manera indiferenciada en la medida en que a ésta se atribuye en última instancia la titularidad de la fe pública, bien este que pertenece a aquélla³³¹.

Ahora bien, como quiera que la sociedad en cuanto tal carece de una personalidad jurídica que la permita ser centro de imputación de una esfera de derechos e intereses, es obvio que en la perspectiva del ordenamiento jurídico ha de buscarse una realidad más concreta que actúe la representación jurídica de esa colectividad. Y es evidente que es la Administración Pública, en cuanto personificación jurídico-pública de la colectividad, la que representa y actúa el interés general, social o público (art. 103.1 C.E.), por lo que será ésta, en sus diferentes grados, la que en definitiva deba considerarse como sujeto pasivo.

Por su parte, tratándose del delito de falsedad en documento privado, es evidente que en este caso el sujeto pasivo lo será el particular o persona jurídica titular del bien jurídico que resulte lesionado o puesto en peligro por la conducta falsaria.

Con carácter general, la figura del sujeto pasivo del delito coincidirá con la de perjudicado por la conducta falsaria, pues es el bien jurídico protegido el que resulta directamente perjudicado por ésta. Ahora bien, no será de excluir algún supuesto en el que además del sujeto pasivo-perjudicado resulten afectadas otras personas

³³¹ Como recuerda RODRIGUEZ MOURULLO ("Derecho penal...", op. cit., p. 281), un importante sector doctrinal distingue entre sujeto pasivo genérico o mediato y sujeto pasivo específico o inmediato. Y así, sujeto pasivo genérico lo es el Estado porque éste asume la defensa del interés de la comunidad y, en consecuencia, aparece siempre como interesado y afectado por la comisión del delito falsario. Sujeto pasivo específico o inmediato lo es el titular directo del bien protegido por la norma y ofendido por la acción descrita en el tipo.

solamente en concepto de perjudicado, de forma indirecta, a resultas de la acción falsaria. Y ello porque el concepto de perjudicado tiene mayor amplitud que el de sujeto pasivo, comprendiendo en él toda persona que haya sufrido un perjuicio material o moral por la comisión del delito aunque no sea portador del bien jurídico lesionado, puesto en peligro o agredido³³².

2. El elemento objetivo.

2.1. La acción.

La acción supone el punto de partida y la base de toda la teoría del delito y del Derecho penal, en general. Observa MEZGER³³³ que en el concepto de acción está comprendido el concepto de resultado que, a su vez, abarca tanto la conducta externa del agente como la modificación producida en el mundo exterior causada por aquélla. En el delito de omisión, añade el autor, aparece correspondientemente la acción "esperada" en el lugar de la acción "real"³³⁴.

³³² CEREZO MIR, "Curso de Derecho...", op. cit., p. 365 y CASAS BARQUERO, "El delito...", op. cit., p. 222.

³³³ "Tratado de Derecho penal", Edersa, Madrid, 1935, tomo I, p. 177.

³³⁴ Por su parte, RADBRUCH, citado por el autor, niega que el concepto de autor, como categoría superior común, abarque los delitos de acción y de omisión. Así considera que la acción, en sentido estricto, "exige el querer del agente y el movimiento corporal con sus consecuencias. Ahora bien, en la omisión faltan estas características del concepto de la acción en sentido estricto; la omisión puede en verdad ser querida, pero conceptualmente no necesita serlo" (Idem, p. 190).

Con carácter general, puede entenderse con DEL ROSAL³³⁵ que el comportamiento activo supone un acto voluntario, consistente en un suceso psicológico que pone en juego la idea o el propósito delictivos, y que indiscutiblemente sale espontánea y libremente dirigido a la consecución de un objetivo.

Al tratar el tema de la falsedad se suscita con carácter previo al estudio de la acción falsaria la cuestión referente a la ya conocida problemática distinción entre "falsedad" y "falsificación". El origen de estas cuestiones se centra en la idea que identifica falsedad con falta de verdad, entendiendo ésta como verdad íntegra. A este respecto, fue PACHECO³³⁶ quien por primera vez aludió a la imposibilidad de identificar ambas expresiones, entendiendo por "falsedad la simple falta de verdad de manera genérica y neutra, y por falsificación la acción concreta caracterizada por esa ausencia de verdad".

La falsedad documental viene constituida, ante todo, por una imitación o alteración de la verdad (< inmutatio veri >) contenida en un documento, destinada a provocar un error en terceras personas. Por ello, falsedad y error van unidos en la medida en que la acción falsaria tiene por característica inducir a error a terceros, obviamente remarcando que dicha acción ha de reunir la nota esencial de la idoneidad³³⁷. Sin embargo, cuando la falsedad sea tan burda que resulte evidente y, por tanto, ya no esté revestida de la idoneidad necesaria y precisa para el resultado

³³⁵ "Tratado...", op. cit., I, p. 623.

³³⁶ "El Código Penal", op. cit., II, p. 258.

³³⁷ GARCIA CANTIZANO, "Falsedades...", op. cit., p. 363.

dañoso o de engaño que con ella se pretende³³⁸, no existiría delito. Se trataría en definitiva de hacer aparecer un documento falso como si fuera verdadero, a través de una imitación de verdad que no sea burda ni grosera³³⁹.

En la actualidad, es el ataque a la autenticidad y veracidad de la declaración documental lo que determina la existencia de un delito de falsedad, idea que ha superado a la tradicional de que la falsedad suponía tan sólo un mudamiento de verdad, entendido ésta como imitación o modificación de la verdad de forma absoluta. Si bien, posteriormente, la conducta considerada falsa, en un primer momento, puede no resultar incriminable por ausencia de antijuricidad o de tipicidad en el objeto, como en el caso de lo que QUINTANO RIPOLLES³⁴⁰ da en llamar "falsedad accesoria". Ello enlaza con los principios de subsidiariedad y de "última ratio" que sustentan el moderno Derecho penal.

Ahora bien, lo que determina si una conducta falsaria es o no relevante es la concreta lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido que, en la falsedad documental, consiste en la triple función de garantía, perpetuidad y prueba del documento; y es la idoneidad de la conducta atentatoria de ese concreto interés lo que determina la existencia de un supuesto de falsedad penal.

El hecho de que un documento sea auténtico supone identificar el verdadero autor que emite la declaración en él contenida, lo que ofrece mayor seguridad y certeza en las relaciones sociales al reconocer a los participantes en el tráfico jurídico.

³³⁸ ROMERO SOTO, "La falsedad...", op. cit., p. 86.

³³⁹ CASAS BARQUERO, "El delito...", op. cit., p. 168.

³⁴⁰ "La falsedad...", op. cit., p. 105.

Sin embargo, el legislador español dota de mayor relevancia a las declaraciones emitidas por funcionarios de la Administración de Justicia que desempeñan alguna función pública por estar investidos de potestad autenticadora que dota a los documentos por ellos expedidos de fe pública.

Por otro lado, la veracidad del documento se relaciona con la identidad o similitud entre la realidad que se pretende plasmar en aquél y lo manifestado en el mismo³⁴¹. Desde esta perspectiva, podemos decir que un documento será verídico en la medida en que no exista identidad entre la realidad exterior y lo que en él se intenta constatar, que como sabemos se traduce en una lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en la falsedad documental, que es su función como medio de prueba.

Habrà de tenerse en cuenta en este punto que la veracidad se erige en requisito esencial para aquellas personas que por razón del cargo o función que desempeñan (*funcionarios públicos en general*) están obligados a decir la verdad, en tanto que esta misma obligación se relativiza de forma notoria en el supuesto de las personas particulares.

Tanto por la doctrina como por la jurisprudencia se viene exigiendo que la alteración recaiga sobre aspectos esenciales del documento que afecten a la autenticidad o a la veracidad del mismo, pues no todas las partes de que éste consta son igualmente relevantes para incidir en el valor probatorio del mismo, creando una

³⁴¹ Para QUINTANO RIPOLLES ("La falsedad...", op. cit., p. 111) "aun en los sistemas más formalistas y de factura de valoración del resultado material de la genuinidad, es posible siempre una estimativa de la veracidad en lo objetivo, aunque científicamente parezca preferible, como lo suele hacer la jurisprudencia italiana, según CARNELUTTI, acudir a la negación del dolo".

apariencia ajena a la situación documental que debiera constatarse.

Es importante, en esta cuestión, referirse al hecho de que no existe ni en la doctrina ni en la jurisprudencia una teoría sobre los criterios que deben regir, en materia de falsedad documental, en cuanto a la esencialidad o no de los elementos que constituyen el documento cuya alteración pueda ser relevante para constituir delito. En este sentido, la jurisprudencia ha considerado esencial toda alteración o mutación de verdad que incida en la eficacia que el documento pueda surtir en el ámbito del tráfico jurídico. Por otro lado se exige, asimismo, que la esencialidad sea tal que sea susceptible de provocar un daño o perjuicio.

De esta forma, aquellas conductas en las que la modificación ilegítima del documento sea evidente no afectarían al valor probatorio del mismo por ser ineficaces, pues la acción resultaría inidónea para la ejecución del delito perseguido. Así ocurriría en los supuestos de falso "supérfluo" o "inocuo"³⁴². En estos supuestos, en los que no existe un efectivo peligro para el bien jurídico protegido no se puede hablar de un delito de falsedad, a diferencia de aquellos casos de delito imposible o tentativa inidónea, que vienen penalizados conforme a lo dispuesto en el artículo 52, párrafo segundo del C.P. y en los que sólo existe una imposibilidad relativa de ejecución del delito.

En conexión con este tema se halla la distinción entre delitos de simple

³⁴² GARCIA CANTIZANO, "Falsedades...", op. cit., p. 258. La autora, en cita a MALINVERNI, señala que el autor interpreta el concepto de falso "inocuo" como una categoría más amplia que la del falso "supérfluo", incluyendo bajo tal denominación los supuestos en los que el falso recae sobre un objeto privado de los requisitos necesarios para ser documento, sobre un documento inidóneo para la prueba o sobre un documento no apto para la prueba e incapaz de crear una apariencia suficiente de verosimilitud.

actividad y delitos de resultado³⁴³. Señala MEZGER³⁴⁴ entre estos últimos los delitos de falsificación de documentos.

Ya indicamos en su momento que el delito de falsedad entrañaba un peligro abstracto, especialmente el delito de falsedad en documento público³⁴⁵, pero que exige un resultado que no se identifica con la conducta causante del mismo. De esta manera, es preciso señalar que el delito de falsedad en documentos públicos o asimilados se consuma en el momento en que se falsea el objeto material de la conducta delictiva, mientras que en los documentos privados es necesario que ese primer resultado cause un perjuicio, es decir, un ulterior resultado³⁴⁶.

³⁴³ Dice QUINTANO RIPOLLES que la determinación del momento consumativo de la infracción depende primordialmente de la naturaleza jurídica de la misma y de la exacta valoración de su dinámica; de aquí que para apreciar dicha consumación, es decir, la perfección absoluta del tipo, hay que atender en unos delitos al cumplimiento de una conducta presupuesta en él, mientras que en otros es menester esperar a la verificación de un evento material requerido ("La falsedad documental", op. cit., p. 199).

³⁴⁴ "Tratado...", op. cit., I. p. 182, nota.

³⁴⁵ Señala QUINTANO RIPOLLES que la falsedad en documento público es "un delito de peligro y no de lesión, o de prevalencia del primer valor sobre el segundo" ("La falsedad...", op. cit., p. 198).

³⁴⁶ CASAS BARQUERO, "El delito...", op. cit., p. 410. Señala GONÇALVES MONIZ ("O crime...", op. cit., pp. 35 y 36) que el delito de falsificación de documentos se consuma con el simple acto de la falsificación. Se trata, como ya sabemos, de un delito de peligro, pero basta que la actuación del agente ponga en peligro el bien jurídico protegido por el tipo legal para que aquél se considere consumado: a partir del momento en que el documento está falsificado se constata la situación de peligro del bien jurídico. No será necesario, por tanto, lograr el propósito pretendido por el agente con la falsificación del documento, es decir, causar perjuicio al Estado o a un tercero, o conseguir para sí o para otro un beneficio ilegítimo. En definitiva, puede decirse que a partir del momento en que el documento se falsifica el delito está consumado, pues la consumación se verifica con la práctica de la acción de falsificar. Evidentemente, hay que precisar que las anteriores afirmaciones son válidas en nuestro caso para el supuesto de falsedad en documento público, pues

Finalmente, habría que hacer referencia a la **naturaleza instantánea del delito de falsedad**, esto es, su consumación tiene lugar en el momento mismo en que se produce la vulneración del bien jurídico protegido por el mismo. Precisamente, en orden a la consumación de este delito hay que tener en cuenta que en los tipos en los que es constitutivo un elemento subjetivo del injusto basta con la constatación intencional o en sede psíquica del pretendido resultado lesivo, sin que se requiera, para la concreción del tipo ni para la consumación del delito, la efectiva consecución del mismo.

A este respecto, la **sentencia de 16 de febrero de 1962** (Pte. Quintano Ripollés. Ar. 663), referida al caso de una madre soltera que, próximo su nuevo alumbramiento y con el objeto de ocultar éste, se pone de acuerdo con la otra procesada en autos para ingresar en una casa de salud bajo la identidad de esta última e inscribir en el Registro Civil el mismo día del alumbramiento al niño nacido como hijo natural de esta misma, viene a destacar la "**naturaleza instantánea del delito de falsedad**, consumada en el momento mismo en que por la inscripción se vulnera el bien jurídico de la fe registral, sin que sea obstáculo para ello la producción de efectos permanentes, que es cosa bien distinta de la continuidad, y en cuanto a que las procesadas pudieron haber rectificado la inscripción, ello no es penalmente exigible" (CDO. 2º)³⁴⁷.

tratándose de falsificación en documento privado es requisito esencial, además, el perjuicio a un tercero o ánimo de causárselo por parte del agente falsario.

³⁴⁷ Se suscita en este supuesto el concepto de **fe pública registral**, esto es, el principio de la garantía y protección dimanantes de la inscripción de determinados actos y derechos en un Registro público, lo que a su vez tiene una de sus ideas-fuerza en la confianza en la apariencia registral. Sin lugar a dudas que, por su trayectoria

2.2. La omisión.

Aunque plantear y resolver el problema de la omisión, en términos generales, no sea lo más idóneo sino que, como dice CORDOBA RODA³⁴⁸, la cuestión debe ser examinada atendiendo a cada uno de los tipos de escritos en los correspondientes números del artículo 302 del C.P., vamos aquí a establecer unas líneas generales en torno al tema, pasando a analizar con más detenimiento la cuestión llegado el momento de estudiar aquellos supuestos contemplados en el precepto citado que comprenden esta forma de ejecución falsaria, en concreto los números 2 y 4 del artículo 302 de referencia.

Se podría afirmar, en base a la extensa interpretación que permite el artículo 1º del C.P., que el delito de falsedad documental se puede cometer tanto por acción, como acabamos de exponer, como por omisión, aun cuando respecto de esta segunda

histórica y configuración jurídica, es el Registro de la Propiedad el prototipo de los Registros públicos, por lo que los principios que caracterizan el régimen jurídico de éste pueden muy bien predicarse del conjunto de los instrumentos registrales públicos. En este sentido, se conoce por "fe pública registral" aquel principio en virtud del cual se sustituye en el tráfico jurídico inmobiliario de buena fe la facultad material de disposición por el contenido del Registro, aunque éste no corresponda a la verdadera realidad jurídica. Tal principio informa un conjunto de normas que forman parte de las dirigidas a proteger la confianza creada por la apariencia de un derecho. Como ha observado HECK, en este caso la seguridad del tráfico exige el sacrificio de la seguridad del derecho. Lo que en definitiva supone "liberar" a la inscripción de todo vínculo causal y dotarla de sustantividad y autonomía, haciéndola valer como la única y total verdad. Precisamente, en relación al derecho inscrito, se reputa que el Registro es exacto, por corresponder a la realidad jurídica, e íntegro porque lo agota: lo inscrito es real, y nada hay fuera de la inscripción que tenga ese carácter (Vid. DE COSSIO Y CORRAL, ALFONSO: "Instituciones de Derecho Hipotecario", Ed. Civitas, Madrid, 1986, p. 217).

³⁴⁸ "Comentarios...", op. cit., p. 851.

forma comisiva del delito de falsedad no existe formulación expresa en ningún precepto del citado texto legal, deduciéndose implícitamente la misma. Es por ello que la jurisprudencia suple la laguna legal, teniendo en cuenta la generalidad del Código.

En general, la ideación criminal, dice DEL ROSAL³⁴⁹, se manifiesta de dos maneras: haciendo u omitiendo. La omisión supone, pues, la no realización de una determinada acción que el sujeto tenía obligación de realizar y que podía realizar: consiste en la infracción de un deber que no es otro que el deber de respetar el bien jurídico protegido en el tipo penal en cuestión (en nuestro caso, no falsear o falsificar). En definitiva, la omisión penalmente relevante, a nivel de tipo de injusto del delito, es la omisión de la acción esperada³⁵⁰.

En este sentido, en la perspectiva del bien jurídico digno de protección penal se indica por COBO DEL ROSAL³⁵¹ que mientras que en los delitos de acción el sujeto activo crea el peligro sobre el bien jurídico protegido o efectivamente lo lesiona; en los delitos de omisión, en cambio, la situación de peligro existe con carácter previo, siendo esta amenaza o riesgo previos lo que determina la "acción esperada" que lo impida.

En nuestro caso, más concretamente, la **omisión** supone alterar la verdad que se traduce en el documento por una laguna, en no anotar un hecho que debió ser anotado, ocultando o silenciando un dato o circunstancia en un documento, afectando

³⁴⁹ "Tratado...", op. cit., I, pp. 623 y 624.

³⁵⁰ MUÑOZ CONDE, "Teoría general...", op. cit., p. 40.

³⁵¹ "Manual de Derecho penal. Parte general", Universidad de Valencia, 1984, p. 329.

a su esencia, así como a sus efectos o consecuencias, esto es, al documento en su conjunto o totalidad³⁵². Quiere esto decir que esta forma de ejecución del delito de falsedad documental cabe perfectamente en los tipos de los números 4 y 6 del artículo 302 del C.P., dado los términos empleados en aquéllos de "faltar a la verdad" y de "alteración" respectivamente. En este sentido se pronuncian, entre otros, QUINTANO RIPOLLES³⁵³, JIMENEZ ASENJO³⁵⁴ y CASAS BARQUERO³⁵⁵.

Hay que señalar, por lo demás, que no se plantean dificultades en cuanto a las llamadas omisiones parciales, en las que lo que se oculta es sólo un extremo del texto, pues cuando la omisión alcanza a todo el documento, se dice que la laguna legal existente en nuestro sistema es patente y difícilmente salvable con el empleo de la sistemática falsaria³⁵⁶. Se ha estimado, no obstante, que esto constituye un error evidente, porque el documento nace por un "hacer" defectuoso o falso y es el hecho de la confección del documento lo que se pena confundiendo, pues, el efecto con la causa. En consecuencia, la falsedad omisiva en el efecto nunca existirá, porque el documento no nace de la nada, o sea, omitiendo, por lo que habrá en todo caso una

³⁵² Idem, p. 197. En el mismo sentido, JIMENEZ ASENJO, "Falsificación...", op. cit., p. 492.

³⁵³ "La falsedad...", op. cit., p. 195.

³⁵⁴ Op. cit., p. 492.

³⁵⁵ "El delito...", op. cit., p. 196.

³⁵⁶ QUINTANO RIPOLLES (Idem, p. 196) señala que "falta en nuestra legislación un precepto tan terminante como el del art. 490 del Código italiano, en el que la ocultación o destrucción de un documento, en todo o en parte, es pura y simplemente asimilado a su falsificación".

acción-omisión, y esto se da íntegramente en la falsedad total³⁵⁷.

Nuestra jurisprudencia no se muestra, en general, favorable al criterio interpretativo de admisión de la posibilidad de falsedad documental omisiva. Así lo han entendido CUELLO CALON³⁵⁸, CAMARGO HERNANDEZ³⁵⁹, PUIG PEÑA³⁶⁰, JIMENEZ ASENJO³⁶¹ y CASAS BARQUERO³⁶².

El legislador, por su parte, exige que el sujeto que cometa falsedad lleve a cabo una conducta dirigida a la producción del resultado lesivo para el bien jurídico protegido³⁶³.

³⁵⁷ CASAS BARQUERO, op. y loc. citadas y JIMENEZ ASENJO, op. y loc. citadas.

³⁵⁸ "Derecho penal. Parte especial", op. cit., t. II, vol. I, p. 269.

³⁵⁹ "Falsificación de documentos públicos", op. cit., p. 531.

³⁶⁰ "Derecho penal. Parte especial", op. cit., pp. 213 y ss.

³⁶¹ "Falsificación", op. cit., p. 492.

³⁶² "EL delito...", op. cit., p. 197. Precisa el autor que "la observación de las peculiaridades del comportamiento típico descrito en el artículo 306 del C.P. permite, en general, formular el entendimiento de que el delito de falsedad documental, conforme al sistema de nuestro ordenamiento penal, puede ser perpetrado tanto mediante acción positiva cuanto mediante omisión impura".

³⁶³ A este respecto, GARCIA CANTIZANO ("Falsedades...", op. cit., pp. 311 y 312) considera que "falsificar conlleva ya la idea de ejecución de una determinada acción encaminada a desvirtuar el sentido probatorio del documento. Desde este punto de vista, la omisión pura, entendida como no ejecución esperada al sujeto estructuralmente no es concebible en el marco de la falsedad documental". En parecidos términos se pronuncia CASAS BARQUERO ("El delito...", op. cit., p. 196) cuando afirma que "el delito de falsedad documental será un delito de acción ya que requiere para su existencia material realizar una actividad de forma positiva consistente en un determinado hacer (...). No obstante, no debe quedar excluido el que por medio de una actividad negativa se puede llegar a configurar este delito si resulta la posición de una cosa no verdadera en el documento, haciéndose resaltar en él la constitución de una situación distinta de la verdadera". Cita el autor las sentencias de 13 de junio de 1951 y 13 de junio de 1952, que recogen esta doctrina.

En orden a la concepción normativa de la omisión, se ha delimitado científicamente a la misma como la no ejecución de un obrar esperado por el ordenamiento jurídico penal³⁶⁴. Ello nos conduce a otra forma de omisión como posible típica falsaria, como es la comisión por omisión del delito de falsedad documental que pueden llevar a cabo aquellos sujetos sobre los que, por ley, ocupen una posición de garante³⁶⁵ que les obligue a evitar una constatación falsa documental, en todos aquellos actos y declaraciones que intervienen por razón de su cargo u oficio, revistiendo a éstos del carácter de fehaciencia.

Sin embargo, también los particulares pueden verse obligados al cumplimiento correcto de la constatación documental de aquellas relaciones jurídicamente relevantes en las que intervienen, en base a los principios de buena fe y seguridad del tráfico jurídico. De aquí que haya que preservar las funciones probatoria, de garantía y de perpetuación del documento.

Así, la **sentencia de 13 julio de 1881**, relativa a una falsedad en acta notarial, considera "que el Notario Don M.R., haciendo mérito en el acta de que se trata de

³⁶⁴ COBO DEL ROSAL, "Derecho penal. Parte general", op. cit., p. 153.

³⁶⁵ La posición de **garante** viene fundamentada en distintas fuentes: unas relacionadas con la función de protección de un bien jurídico, donde se citan las que derivan de los vínculos familiares, la comunidad de peligro y la asunción voluntaria de la función de protección; otras, están directamente relacionadas con la función de control de una fuente de peligro y en la que encuentra su apoyo la idea de ingerencia o del actuar precedente. Puede verse a este respecto MUÑOZ CONDE, "Teoría general del delito", op. cit. pp. 44 y 45, y MIR PUIG, "Derecho penal. Parte general", Ed. PPU, Barcelona, 1990, pp. 336 y ss. En relación con este mismo tema, SILVA SANCHEZ ("El delito de omisión. Concepto y sistema", Ed. Bosch, Barcelona, 1986, p. 368) exige para apreciar comisión por omisión, además de la posición de garante, la concurrencia de una "identidad estructural y material en el plano normativo" entre la situación omisiva a enjuiciar y el hecho comisivo.

que el elector J.G.M. había concurrido en tal concepto a votar o hacer ante él la propuesta de interventores de mesa **no cometió falta alguna** y solo podría imputársele el que en el propio documento **no expresase** que el nombre de familia de ese elector, aunque no el usado y por el que era universalmente conocido y figuraba en el censo electoral, era el de J.G.A.". Para añadir que **"esta omisión por su propia naturaleza y atendidos los efectos que podía producir**, bien la cometiere el propio Ródenas voluntaria o deliberadamente, bien por no recordar lo que de la testamentaria del difunto J.G.M. y escritura de préstamo que en su Notaría se había protocolizado resultaba, bien por no haber exigido la presentación previa de la cédula personal, **no puede estimarse como constitutiva del delito de falsedad electoral**, definido en el artículo 123 de la ley de 1878, **ni otro alguno, y sí meramente cuando más de una infracción gubernativamente corregible de las disposiciones vigentes sobre el impuesto de cédulas; porque con semejante omisión ni se impedía ni se dificultaba la práctica de los derechos electorales de nadie, ni se variaban ni se oscurecían los resultados de esta misma práctica**, puesto que a ningún elector se le despojaba de tales derechos, ni se le atribuían a quien no los tuviese, ni se suponía, por último la intervención en el acta mencionada de ninguna persona que realmente no lo hubiese tenido **como habría sido preciso para que existiera el delito de falsedad con arreglo al artículo 314 del Código Penal"** (CDO. 4º).

La **sentencia de 6 de abril de 1895** considera, por su parte, que el hecho de promover diligencias judiciales para un objeto determinado, cual fue la declaración de heredero, presentando un escrito en el que el interesado citaba los particulares que a su propósito convenían, **ocultando lo que no conducía al mismo, no constituye**

el delito de falsedad en documento público, puesto que nada se alteró ni desfiguró en las actuaciones judiciales que tuvieron lugar a consecuencia de la gestión del que las inició, ni de la persona que en virtud del correspondiente poder la representaba" (CDO. 1º).

La **sentencia de 7 de diciembre de 1896** declara "que **la omisión** del recurrente que no expresó en la liquidación por él practicada en el juicio, sobre pago de reales, respecto a la finca embargada denominada de Bello Sitio, las dos hipotecas con que estaba gravada dicha finca, para responder del fiel desempeño de los cargos de Registradores de la Propiedad de Humacao, **no constituye delito, porque esta omisión no ha existido para el juez**, que debiendo examinar por sí mismo los autos **no ha podido pasarle ni le ha pasado desapercibido la certificación del Registro de la Propiedad en que constan dichos gravámenes** y porque el Escribano, al practicar su liquidación, lo hizo en el sentido del auto del Juez que aprobó el remate y la adjudicación a la acreedora, prescindiendo de ambas hipotecas, como posteriormente el mismo Juez prescindió de las peticiones del querellante, en que le pedía las tuviera presentes para la liquidación; **todo lo cual podría envolver un error de derecho, pero no un delito imputable al Escribano"** (CDO. 1º).

La **sentencia de 30 de marzo de 1898** dice "que no puede sostenerse con fundamento que se haya cometido tal falsedad, por no haberse confirmado ni hecho referencia del documento privado de 5 de diciembre de 1891 en la escritura otorgada por don E.M.C. los créditos que la Cia. T.S. le había cedido anteriormente contra la Sociedad Central Redención, porque **aquella omisión, que no infringe ley alguna ni contradice la narración de los hechos que los contratantes estimaron necesarios**

para su propósito, no determina la alteración positiva, ni la intercalación a que se refiere la Ley, según la certificación literal de las palabras, ni la falta de mención de dicho documento afectaba a la integridad de la indicada escritura" (CDO. 2º).

No altera la verdad en términos que consientan declararle reo del delito de falsedad en documento público definido y sancionado en los artículos 303 y número 4º del 302 del Código penal, afirma la **sentencia de 31 de diciembre de 1951** (Pte. de la Rosa y de la Vega. Ar. 2.703), quien declara, en su condición de propietario de un solar adjudicado en virtud de subasta y remate judiciales al querellante, en escritura de obra nueva la construcción por él de unas habitaciones ya existentes, a sabiendas de su inexactitud, para ejercitar la acción real que a todo el que ostenta un título otorga el artículo 41 de la Ley Hipotecaria a fin de obtener, como obtuvo, de tal forma el enervar totalmente y prevalido de tal alteración notarial y registral, el derecho y acción que sobre el inmueble a virtud de justo título y buena fe ostentaba el querellante, "porque si realmente cuando hizo la declaración de obra nueva estaban construidas esas dos habitaciones, dijo lo que era exacto, **aunque omitiera decir en qué tiempo y por quién se habían efectuado las obras, ya que este detalle no era indispensable para la finalidad perseguida**, por ser indiferente que las habitaciones se hubiesen construido por el anterior propietario del solar o por el que hacía la manifestación ante la fe notarial; pero aunque así no fuera, como del texto de la escritura no se deduce que se atribuyera la construcción de las mencionadas habitaciones, falta el elemento esencial que configura el tipo delictivo erróneamente calificado toda vez que la falsedad criminal requiere que se realice a sabiendas una

mutación sustancial de verdad en el documento, que altere la realidad de los hechos y en la escritura de obra nueva no se observa que el otorgante hiciera manifestaciones inexactas y ello determina la necesidad de acoger el motivo objeto de estos razonamientos, dado que la Sala de instancia aplicó indebidamente las normas sustantivas antes indicadas" (CDO. 1º).

La **sentencia de 31 de diciembre de 1985** (Pte. Gómez de Liaño. Ar. 6.477) desestima la pretensión del recurrente en virtud de la cual el hecho de que en una escritura pública se haya omitido la existencia de un contrato de arrendamiento sobre la finca objeto de compraventa diera lugar a una mutación de verdad, puesto que en la misma se expresó que no existían cargas ni gravámenes, considerando el Tribunal Supremo que **"se trata de una simple omisión que no altera la verdad en lo narrado en la escritura pública"** teniendo en cuenta que "los procesados ocupaban el piso con el beneplácito de la querellante, quien renunció de todos los beneficios que le concedía la Ley de Arrendamientos Urbanos" (FD. 2º).

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que la omisión ha de tener relevancia penal en el tráfico jurídico. Así, la **sentencia de 20 de abril de 1990** (Pte. Martín Pallín. Ar. 3.295) declara que "aun admitiendo que los procesados conocieran exactamente todos los datos necesarios para hacer una citación en forma por vía de auxilio internacional -circunstancia que no aparece exactamente acreditada- debemos enfrentarnos a la cuestión principal que no es otra que determinar si la ocultación del domicilio de la querellante se hizo con fines fraudulentos y con el objetivo concreto de perjudicar a la querellante en el reparto de los bienes de la herencia. **A este respecto se debe tomar en consideración no sólo la omisión de los datos sobre el**

domicilio de la querellante sino su incidencia sobre la producción de un resultado lesivo para sus intereses, circunstancia que según las previsiones de ley estaba salvaguardada por las previsiones del legislador que en el artículo del Código Civil antes citado establece que la partición realizada por Contador-Partidor deberá ser aprobada judicialmente, salvo que haya confirmación expresa de todos los herederos. **En los casos de falsedad ideológica se necesita que la mutación de la verdad haya producido modificaciones sustanciales sobre el documento y sus efectos en la realidad del tráfico jurídico"** (FD. 1º).

La **sentencia de 16 de octubre de 1991** (Pte. de Vega Ruiz. Ar. 7.287) indica que "al formalizar la escritura de compraventa sin hacerse constar por los acusados la existencia de una segunda hipoteca **mal podría tener trascendencia tal omisión si la compraventa venía consensuada como garantía de una obligación notoriamente inferior al precio o valor real del inmueble vendido. Esa inveracidad no variaba la esencia o la sustancia del documento en sus extremos fundamentales porque para la eficacia y finalidad que se buscaba, era indiferente el dato omitido"** (FD. 6º).

Finalmente, la **sentencia de 24 de julio de 1992** (Pte. Bacigalupo Zapater. Ar. 6.704) declara la inocuidad de la omisión cuando ésta no afecta a la función probatoria del documento. En efecto, en el caso enjuiciado, **la omisión, por parte del vendedor, en la escritura pública de venta de un inmueble de las anotaciones de embargo que gravan a éste, pues tampoco en este caso se ha visto afectada la función probatoria del documento**, "toda vez que la escritura sólo prueba que el vendedor realizó una declaración, pero en modo alguno que esta declaración sea

verdadera en lo que respecta al estado de dominio del inmueble", y no dándose por consecuencia en el supuesto los elementos del tipo objetivo, "**carece de toda trascendencia en relación al delito de falsedad que el procesado haya tenido o no conocimiento de la existencia de las anotaciones de embargo que no se declararon**".

3. Aspectos básicos de la falsedad documental.

Se recogen éstos resumidamente en la **sentencia de 4 de julio de 1994**

(Pte. Martín Canivell. Ar. 1.391)³⁶⁶, a saber:

³⁶⁶ La **sentencia 6 octubre de 1993** (Pte. Soto Nieto. Ar. 7289) sintetiza también esta doctrina señalando que "el delito de falsedad en documento privado que tipifica el art. 306 del CP viene concebido en función de la protección del tráfico jurídico, al atentarse contra la fe particular y la certeza con la que hay que contar en las relaciones intersubjetivas, en correspondencia con la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos [cfr. SS. 27-5-1988 y 26-3-1990]. Como **elementos básicos** que definen y caracterizan este tipo de falsedad figuran: 1.º) de un lado, el elemento objetivo o material propio de toda falsedad, cual es la mutación de la verdad ideológica o material por alguno de los procedimientos o formas enumerados en el art. 302 del CP; 2.º) la <mutatio veritatis> debe recaer sobre extremos esenciales o capitales del documento, teniendo, en consecuencia, entidad suficiente para incidir negativamente sobre el tráfico jurídico, con virtud para trastocar los efectos normales de las relaciones jurídicas; si la inveracidad o mudamiento de la verdad afecta tan sólo a extremos inanes, inocuos o subtrascendentes, la irregular conducta quedará fuera de la esfera abarcadora de la ley penal [cfr. SS. 30-5-1987, 24-6-1988, 23-3-1990 y 22-5-1991]; 3.º) presupuesto subjetivo o dolo falsario, propósito de preconstitución probatoria -no correspondiente con la verdad real-, con la finalidad específica de causar un perjuicio a tercero, siendo irrelevante que el daño llegue a causarse o no, al equiparar el Código su efectiva realización con el ánimo de causarlo, sobrevaloración, en suma, con trascendencia penal, de la tenencia interna y programada, de la latente y potencial perjudicialidad del mendaz instrumento. Ello es determinante de la consumación efectiva, ante la detección del pretendido deseo, sin exigencia de constatación de una consecuencialidad de empecimiento y desfavor.

1º) un elemento objetivo o material cual es la mutación de la verdad ideológica o material por alguno de los procedimientos o formas enumerados en el artículo 302 del CP.

2º) la <mutatio veritatis> debe recaer sobre extremos esenciales del documento, con entidad suficiente para incidir negativamente sobre el tráfico jurídico, con virtualidad para trastocar los efectos normales de las relaciones jurídicas, de tal modo que, contrariamente, cuando la inveracidad afecta tan solo a aspectos inocuos o intrascendentes la irregular conducta queda fuera de la esfera de la ley penal.

3º) el elemento subjetivo del dolo falsario, entendiéndose por tal dolo la conciencia y voluntad de cambiar la realidad haciendo aparentemente veraz lo que no lo es, elemento subjetivo del injusto que hace patente la maliciosa intención de lograr una ilegal finalidad (sentencia de 27 de enero de 1993).

Ya la **sentencia de 7 de julio de 1954** (Pte. García Murga y Mateos. Ar. 1.744) señalaba como requisitos esenciales de la figura delictiva encuadrada en el artículo 302 los siguientes: **"la mutación o alteración de la verdad en alguna de las formas que especifican sus varios apartados, llevada a cabo por un funcionario público que para ello se prevalga de su carácter de tal, y realizada en un**

El detrimento o nocividad para el tercero no ha de ser necesariamente de naturaleza patrimonial, pudiendo consistir en cualquier tipo de daño u ofensa que cause o se proponga inferir el agente falsario merced al documento. Doctrina, la expuesta, latente a través de muy varias sentencias, entre ellas y por citar de algunas, las de 6-4-1973, 31-5-1974, 18-3-1976, 30-6-1981, 23-2-1984, 11-4-1985, 26-5-1986, 21-6-1988, 21 y 23-6-1989, 23-3-1990 y 30-6-1992.

documento público u oficial" (CDO. 2º).

Y más recientemente, la **sentencia de 14 de diciembre de 1992** (Pte. Conde-Pumpido Ferreiro. Ar. 10.193) declara no haber lugar al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por la acusación particular Manuel M. A. contra la sentencia de la Audiencia que absolvió al inculpado Juan M. M., del delito de falsedad documental de que venía siendo acusado. El Fundamento de Derecho segundo pone de manifiesto que "habiendo decaído el anterior motivo, que pretendía demostrar el error de hecho de la sentencia, al no declarar probado la mendacidad o alteración del documento tachado de falso, **es evidente que falta en toda la argumentación el elemento esencial del delito de falsedad documental, cual es que el documento falte a la verdad o sea alterado en alguna de las formas típicas previstas en el art. 302 CP.** En efecto, el «factum» afirma que en los pliegos confeccionados para la recogida de firmas por la Comisión informal constituida en el Ayuntamiento de Llubí «figuraba como cabecera de los pliegos la razón por la que se requerían las firmas» y que «el procesado se hizo con uno de los mencionados pliegos». Con lo que resulta que no se ha demostrado el hecho fundamentador de la acusación de falsedad, de haberse escamoteado por dicho procesado en tal pliego la finalidad de las firmas que solicitaba y que hubiere modificado «a posteriori» la voluntad de los firmantes. Respondiendo, así, el documento referido a la realidad, según afirma la Sala, cuya declaración fáctica ha de acatarse en esta vía de recurso, resulta inexistente, repetimos, la esencia misma del delito de falsedad y el carácter típico de la conducta que el hecho probado describe como realizada por el procesado".

3.1. La alteración esencial de la verdad.

Sin ella, afirma el Tribunal Supremo, no existe falsedad³⁶⁷, si bien debe afectar o a la **virtualidad** del acto originador del documento, o a un **extremo esencial** del mismo, o a la **integridad** de éste, siempre que no sea debido a un mero error o equivocación, ajeno a todo propósito doloso³⁶⁸. Repasemos, desde una perspectiva genérica, algunos de los pronunciamientos que se refieren a este tema, pues ocasión habrá de incidir más concretamente sobre el mismo al hablar de las distintas modalidades falsarias.

La **sentencia de 30 de marzo de 1898** señala que "comete delito de falsedad en documento público, según el artículo 311, en relación con el número 6 del artículo 310 del CP de las Islas de Cuba y Puerto Rico, que se citan como infringidos en el recurso, el particular que hace en documento verdadero de aquella clase cualquier alteración o intercalación que varíe su sentido, cuyas palabras se refieren a actos

³⁶⁷ Sentencia de 5 de febrero de 1938.

³⁶⁸ Sentencia de 29 de enero de 1934. Algún autor sostiene que no es preciso que la alteración de la verdad sea esencial. Esto que podía ser cierto para algunos casos del artículo 302 del Código penal, no lo es sin embargo con carácter general. PUIG PEÑA ("Derecho penal...", op. cit., p. 263) insiste afirmando que la falsedad ha de suponer una mutación sustancial de la verdad, con consecuencias apreciables. La trascendencia se podrá hallar muchas veces en una simple coma. En otras, en cambio, pese a mutaciones de mayor envergadura material, no es apreciable la mutación del valor del documento. Por ejemplo, la mujer que, siendo mayor de edad y no ventilándose en su declaración nada que afecte a tal extremo, manifiesta "vanitatis causa" que cuenta treinta años y no treinta y cinco, no comete seguramente una falsedad de este tipo. En cambio, la proyecta quien falsifica su propia firma, modalidad originalísima de "autofalsificación" que ha sido admitida por nuestra jurisprudencia.

positivos **encaminados a la mutación esencial de la verdad en el texto por el cambio de redacción o por la intercalación material de conceptos, en cuanto pueda trascender a la eficacia y efectos del documento"** (CDO. 1º).

Con idéntica rotundidad se expresa la **sentencia de 29 de enero de 1934** (Ar. 123) cuando afirma "que la esencialidad del delito de falsedad previsto en el artículo 307 del Código penal vigente, concordante con el 314 del derogado de 1870, **la integran la alteración o mutación de la verdad realizada por cualquiera de los modos por el mismo establecidos, siempre que de manera inequívoca afecte en lo sustancial a la integridad del documento y a su eficacia** y además no sea debida a meros errores o equivocaciones ajenos a todo propósito doloso" (CDO. 1º). Doctrina esta que aplicada al caso de autos sirven para deducir la irrelevancia criminal de los hechos examinados, "ya que por un lado la intangibilidad de la escritura particional de que se trata resulta evidente al no alegarse hubiese sufrido alguna clase de modificación o alteración y, por otro, la diferencia que se hace observar entre el pie de la copia de la escritura y la nota del protocolo, **no acusa verdadera mutación de la verdad en su parte más esencial, que implique responsabilidad criminal"** (CDO. 2º).

En la **sentencia de 2 de marzo de 1956** (Pte. Castejón y Martínez de Arizala. Ar. 754) se declara probado que acordado, conforme a la Ley de Tasas, el cierre de un molino harinero por un período de tres meses y trasladado este acuerdo, que lleva fecha de 20 de marzo de 1952, a la Alcaldía de V. de la S., para el solo efecto de su notificación al interesado, por medio de oficio fechado el 31, pero que no salió de la Fiscalía hasta después de su registro, operación efectuada el 2 de abril, el Alcalde,

asistido del Secretario y en presencia de dos testigos y de un hijo del propietario del molino, en fecha imprecisa, pero desde luego posterior al citado día 2, levantó acta de clausura del molino, que fue firmada por los cinco, en la que en vez de consignarse la fecha real se hizo constar la de primero de abril con el designio de favorecer al sancionado con un cómputo inexacto del cumplimiento del castigo impuesto. Condenados los procesados por un delito de falsedad, el Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de la Audiencia y absuelve a aquéllos del delito de que se les acusaba declarando al respecto que, centrado el debate en el presente caso en la diferencia de uno a dos días entre la fecha en que se registró de salida el oficio de traslado del acuerdo de sanción y aquel otro en que se procedió a darle cumplimiento mediante cierre del molino por medio de tres meses, **"se llega a la conclusión de que se trata de alteración no esencial dada la finalidad de la Orden, la duración de la sanción impuesta y el modo de cumplimiento, todo lo que excluye el carácter delictivo del hecho"** (CDO. único).

La **sentencia de 22 de noviembre de 1960** (Pte. Castejón y Martínez de Arizala. Ar. 3.671), examinada la cuestión planteada en autos, señala "que no revisten carácter punible las previas simulaciones de los acusados para aparecer dueños, pues adquieren el dominio por título inscrito y después el propósito de impedir la devolución a los herederos en caso de reclamación, con otorgamiento a este objeto de escritura de aceptación de herencia y de venta y entrega de su precio a presencia del notario y el otorgamiento de un testamento con escasa posterioridad en las fechas, mas la persistencia maliciosa en este propósito por las que los absueltos adquieren sus participaciones y, acto seguido, en otra escritura de la misma fecha se hacen

adjudicaciones de los pisos con lo que los recurrentes consiguen burlar una prohibición de ley no penal adelantándose a la sentencia que recayere y que inscribieron para la creación de terceros hipotecarios con lo demás que expresa la sentencia, no reúne en sí los elementos precisos de la falsedad punible, puesto que la alteración de verdad en este caso, constituía por elementos ideológicos que revisten forma de actos y contratos civiles, no permite afirmar que el concierto de voluntades sobre lo que realmente pactaron los contratantes y consignaron en sus escrituras y los propósitos de obtener la apariencia de dueños e impedir la devolución a los herederos en caso de reclamación constituyan materia criminal, porque -concluye- **es constante la doctrina de que la falsedad documental debe afectar a elementos esenciales del documento, y no a manifestaciones más o menos acordes con la realidad y que no tienen una oposición terminante con lo que fue la voluntad de los contrayentes y al realidad de los hechos**" (CDO. único).

Más recientemente, en esta misma línea, la **sentencia de 5 de noviembre de 1991** (Pte. Huerta y Alvarez de Lara. Ar. 7.944) entiende que en la escritura de cesión de derechos otorgada por los procesados y el Consejero Delegado de "Cenfasa" el día 25 de noviembre de 1981, si bien en una de sus cláusulas, la segunda, se declaraba que se recibía por los procesados el total precio de la cesión, sabiendo las partes que no era así y existiendo una referencia explícita a las cláusulas relativas a los pactos y condiciones obrantes en el contrato de adjudicación, de su contenido íntegro, su exposición y cláusulas, **no aparece mutación alguna de la verdad que la haga susceptible de poder ser tachada de falsedad** (FD. 3º).

Finalmente, la ya citada **sentencia de 18 de marzo de 1994** (Pte. Martín

Pallín. Ar. 2.343), conociendo de un supuesto de notificación del procedimiento de apremio establecido en el Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, declara que en el caso examinado "la única alteración de la realidad se centra en torno a si el procesado se trasladó o no al domicilio de la deudora a la Hacienda Local que iba a ser embargada. **Esta circunstancia no altera sustancialmente el valor del acta levantada ni supone tampoco perjuicio alguno para la protagonista pasiva de la actuación** de la agencia ejecutiva que en ningún momento ha visto perjudicados o alterados sus derechos" (FD. único).

Finalmente, quedaría por referir que la doctrina entiende de un modo unánime, como ya hemos afirmado, que la falsedad documental, bien mediante la formación del documento apócrifo, bien mediante la falsificación del verdadero, tiene que imitar la verdad misma, lo cual no supone una imitación absoluta³⁶⁹, sino que basta que con ella se induzca a error, quebrantando, por así decirlo, el crédito que todos los documentos de cualquier clase suelen encontrar en el público. La misma unanimidad existe en la doctrina para declarar que 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.

³⁶⁹ Sentencia de 4 de julio de 1960.

3.2. El dolo falsario.

A) Apunte previo.

Con carácter preliminar, puede subrayarse que es unánime la doctrina (por todos, FERRER SAMA³⁷⁰, CAMARGO HERNANDEZ³⁷¹, DIAZ PALOS³⁷²) al afirmar que el problema del elemento intencional en el delito de falsedad es uno de los más espinosos debido a la gran disparidad de criterios que el mismo suscita.

En un sentido general, el dolo³⁷³ puede considerarse, con COBO DEL ROSAL³⁷⁴ como "consciencia y voluntad de la realización del injusto típico"³⁷⁵,

³⁷⁰ "Comentarios...", op. cit., p. 333.

³⁷¹ "Falsificación...", op. cit., p. 523.

³⁷² "El delito de falsedad documental", Revista Jurídica de Cataluña, núm. 1, 1962, p. 93.

³⁷³ Una definición clásica es la que nos ofrece CARRARA cuando concibe el dolo "como la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe que es contrario a la ley". Observa el autor "que esta definición no pone el animus nocendi como criterio esencial y constante del dolo". A este respecto, señala que quienes consideraron lo contrario "no vieron cuál es la verdadera objetividad jurídica del delito y confundieron el daño particular con el daño universal". Precisamente, "en los delitos que ofenden directamente a la sociedad, el ánimo de dañar al individuo puede ser muchas veces indiferente, porque la determinación de violar la ley envuelve en sí misma la idea del daño social" ("Programa...", op. cit., I, parágr. 69).

³⁷⁴ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON: "Derecho penal...", op. cit., pp. 488 y 490. Explica a continuación el autor que para que concurra la forma de culpabilidad dolosa no es suficiente con que el autor haya sabido y querido lo que hacía, sino que es preciso también que haya sabido que no debía hacerlo y que, pese a ello, se haya decidido a realizarlo. Por ello, entiende que la distinción que hace BAUMANN entre el dolo como "elemento del juicio de culpabilidad" y la "forma de culpabilidad dolosa", caracterizada esta última por la especial relación que el dolo establece entre

de donde se sigue que una y otra han de proyectarse no sólo sobre la dimensión externa del hecho, sino también sobre su significación o entraña valorativa. De aquí que en el dolo encontremos un elemento "intelectual" y un elemento "volitivo" como partes integrantes de su contenido, pues representa un conocer y un querer la realización del hecho antijurídico (injusto típico)³⁷⁶.

Precisamente, del concurso de la inteligencia y de la voluntad -afirma CARRARA- surge la **intención**, que la define como "un esfuerzo de la voluntad hacia un cierto fin; y, en particular, como un esfuerzo de la voluntad hacia el delito"³⁷⁷.

De interés resulta la **sentencia de 25 de septiembre de 1993** (Pte. Bacigalupo Zapater. Ar. 6.991) que, confirmando la sentencia absolutoria de la Sala de instancia, hace importantes precisiones terminológicas en relación a los conceptos de **dolo** y **dolo falsario**: "En efecto, en la jurisprudencia se recurre con cierta frecuencia al llamado «dolo falsario» para referirse al dolo propio del delito de la falsedad documental. Tales expresiones pueden conducir a la idea errónea de que el concepto de dolo en este delito es diferente del concepto general de dolo. Por el contrario, el llamado dolo falsario no constituye en modo alguno un concepto diferente

el autor y el hecho, siendo conceptualmente válida, en cambio es irrelevante en la práctica, por lo que la expresión de "dolo" utilizada alude tanto al correspondiente elemento del juicio de culpabilidad como a la forma de culpabilidad dolosa.

³⁷⁵ En similares términos es expresa ANTON ONECA ("Derecho penal", op. cit., t. I, p. 198) cuando dice que "obra dolosamente el que realiza un delito con conciencia y voluntad".

³⁷⁶ Tales elementos se designan como "teoría de la representación" y "teoría de la voluntad" (MEZGER, "Tratado...", op. cit., II, p. 91).

³⁷⁷ Op. cit., I, parágr. 63.

de dolo, sino la misma noción que caracteriza a este aspecto del elemento subjetivo de todos los delitos. Por lo tanto, **el dolo del delito de falsedad documental requiere que el autor haya tenido conocimiento de que con su acción confecciona un documento cuyo contenido atribuye una declaración de voluntad no verdadera a quien no la ha expresado o bien de que altera un documento modificando su contenido auténtico**".

B) Dolo genérico y dolo específico: las teorías formalista y voluntarista.

Dos son las teorías que han intentado dar respuesta a este interrogante: de una parte, la teoría que podríamos denominar **formalista** y, de otra, la **voluntarista**³⁷⁸. Para la primera bastaba que el agente falsario alterara la realidad plasmada en el documento de una manera consciente y voluntaria; en cambio, para la segunda se exige que a la consciencia y voluntad de alterar la verdad documental se acompañe una especial intencionalidad de causar daño o perjuicio a un tercero³⁷⁹.

³⁷⁸ ROMERO SOTO habla de una "tendencia voluntarista o formalista y de una tendencia finalista o subjetivista" ("La falsedad...", op. cit., pp. 126 y ss.).

³⁷⁹ Sobre este tema la doctrina toma como referente al maestro CARRARA ("Programa...", op. cit., párrafo 3.671), para quien es exigible la presencia de la intención en el delito de falsedad, no estimando suficiente la voluntad para la plena configuración del mismo. Cabalmente, el autor diferencia entre la <intencio nocendi> o intención propiamente dicha y el <animus nocendi> o ánimo, caracterizándose aquélla por la voluntad de causar un daño previsto y conocido, en tanto que éste es simple previsión del daño, sin voluntad de causarlo. Véase más ampliamente sobre este tema ROMERO SOTO, op. cit., pp. 129 y 130, y GARCÍA CANTIZANO, op. cit., p. 348, entre otros.

La tendencia formalista entronca con lo que se ha dado en llamar el <dolus in re ipsa> o responsabilidad objetiva por el hecho que, en base a la impregnación de elementos morales y éticos, lleva al principio en virtud del cual el dolo está comprendido en el acto mismo de la falsificación³⁸⁰, sin estimar la concurrencia de elemento alguno de naturaleza subjetiva en su ejecución³⁸¹ y, por consiguiente, queda excluida la posibilidad de la forma culposa³⁸².

Ahora bien, así formulada esta teoría es manifiesta su incompatibilidad con los principios inspiradores del ordenamiento jurídico penal, y en concreto con el principio subjetivista o de culpabilidad que preside la ejecución de toda conducta delictiva, ya sea mediando dolo o culpa (art. 1º del C.P.). Lo que aplicado al tema que estamos estudiando significa afirmar que "el dolo en el delito de falsedad documental no puede restringirse a la mera conciencia y voluntad de alteración de la verdad, por el simple motivo de que la falsedad penalmente relevante tampoco se reduce a una mera falta de verdad en el documento"³⁸³.

En consecuencia, es la **teoría voluntarista o subjetivista** la que ha de aplicarse en nuestro caso, esto es, la que atiende a la intención o ánimo de perjudicar como contenido del dolo. Lo que a su vez nos conduce a la necesidad de distinguir entre un **dolo genérico** y un **dolo específico o reduplicado**, caracterizándose este último por la concurrencia de especiales características del conocer o del querer del

³⁸⁰ CAMARGO HERNANDEZ, op. cit., p. 523.

³⁸¹ GARCIA CANTIZANO, op. cit., p. 356.

³⁸² DIAZ PALOS, op. cit., p. 93.

³⁸³ GARCIA CANTIZANO, op. cit., p. 357.

autor³⁸⁴. En efecto, en tanto que la falsedad en documento público se caracteriza por la concurrencia del simple ánimo de falsear o faltar a la verdad (dolo genérico); la falsedad en documento privado, por su parte, requiere además el propósito o intención de causar un daño a tercero, aspecto intencional este que deberá ser probado para determinar su existencia así como la del perjuicio ocasionado³⁸⁵. Como señala PUIG PEÑA, se trata de un <dolus maior> que viene recogido en el artículo 306 del C.P. a cuyo tenor el delito de falsedad en documento privado exige el "perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo", por lo que junto a los requisitos fundamentales de toda falsificación se requiere además una de estas dos circunstancias: real u objetiva (perjuicio de tercero) o subjetiva (ánimo de causárselo).

Aseveraciones estas que se corroboran expresamente en la **sentencia de 30 de junio de 1972** (Pte. Escudero del Corral. Ar. 3.466), donde se indica que a la nota que caracteriza la falsedad en documento público, y que se refiere a la concurrencia del dolo genérico consistente en la mutación o alteración de la verdad, ha de sumarse, tratándose ahora de la **falsedad en documento privado, el dolo específico de dañar, finalísticamente deseado, y logrado bien efectiva o materialmente, o bien idealmente intentado** (CDO. 5º).

Ahora bien, conviene precisar que también en el supuesto de la falsificación de documentos públicos se produce finalmente un perjuicio o daño, si no concreto e individualizado como en la falsedad en documento privado, sí abstracto o

³⁸⁴ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, "Derecho penal. Parte general", op. cit., 494.

³⁸⁵ PUIG PEÑA, "Derecho penal...", op. cit., p. 279.

indeterminado en la medida en que queda afectado entonces el interés general de la sociedad reflejado en el principio de la protección y garantía de la fe pública³⁸⁶.

Ilustra el tema QUINTANO RIPOLLES³⁸⁷, desde la perspectiva de los precedentes históricos, indicando cómo ya desde antaño se buscó mayor precisión en conceptualizar el elemento intencional y dañoso a partir de la definición de FARINACIUS: <veritatis mutatio dolosae et alterius prejudicium facta>. Y si bien en un primer momento el elemento lesivo del perjuicio ajeno fue entendido a veces en un sentido material, al menos a los efectos de la consumación del delito falsario; sin embargo en la doctrina y práctica moderna se distingue ya en él una doble modalidad, a saber: de una parte, el **daño real y efectivo**, exigible en aquellas falsedades en la que entran en juego exclusivamente valores privados, y, de otra, el **daño potencial** propio de aquellas otras en las que está presente un interés o valor superior cual es el crédito o la fe públicos.

Por ello, como indica CARRARA, el dolo quedaría excluido en la falsedad "no sólo cuando se cree verdadero aquello que es falso, sino también cuando la falsedad se cree inocua y no se prevé en modo alguno la posibilidad de daño"³⁸⁸.

³⁸⁶ Para ANTOLISEI el autor de la falsedad debe tener no sólo la conciencia de inmutar la verdad y la voluntad de conseguir este resultado, sino también la conciencia de causar un daño. Este daño no se limita al ocasionado a la fe pública, sino que consiste esencialmente en poner en peligro los intereses específicamente salvaguardados por los medios probatorios (citado por ROMERO SOTO, "La falsedad...", op. cit., p. 136).

³⁸⁷ "Curso de Derecho Penal", op. cit., II., pp. 405 y 406.

³⁸⁸ "Programa...", op. cit., párrafo 3.667.

Seguendo al autor italiano, ROMERO SOTO³⁸⁹ entiende que la intención basta para integrar siempre el delito, aunque el daño buscado no se haya producido, pero cuando no se tiene la intención de dañar, únicamente hay delito en los casos en que se produce el daño. En cambio, en aquellos otros casos en los que el daño no se ha querido, ni previsto, ni ha acontecido, el solo conocimiento de alterar la verdad no es suficiente para configurar el delito de falsedad.

La jurisprudencia se pronuncia en los siguientes términos en relación a la no presencia de dolo genérico en los supuestos en que, precisamente por esta carencia, es irrelevante el delito de falsedad y, por tanto, procede un pronunciamiento absolutorio.

Con carácter previo hay que citar la **sentencia de 24 de septiembre de 1982** (Pte. Gómez de Liaño y Cobaleda. Ar. 4.960), que señala que la presencia de un dolo genérico **"está constituido por el ánimo falsario, consistente en que el agente tenga conciencia plena de que no dice la verdad real con voluntad de alterarla a pesar de conocer su ilicitud, sin que sea preciso que concurra un ánimo específico de carácter tendencial que diera lugar a un elemento subjetivo del injusto"** (CDO. 2º).

Por su parte, la **sentencia de 15 de enero de 1965** (Pte. Cid y Ruiz-Zorrilla. Ar. 30) absuelve a la inculpada del delito de falsedad que se le imputaba al considerar "que, el primer motivo del recurso con sustento en el número 1º del artículo 849 de la L.E. Criminal señala como infringidos por inaplicación, el artículo 303 en relación con el número 4º del 302 del Código Penal y no puede prosperar, pues **necesitaba**

³⁸⁹ "La falsedad...", op. cit., p. 130.

un dolo evidente en la falta a la verdad en la narración de los hechos, y en este caso la declaración de probados que es intangible afirma que la recurrida advirtió al comprador, que no es el recurrente, que el piso 1º izquierda no lo podía enajenar porque con anterioridad está vendido a otra persona" (CDO. 1º).

La **sentencia de 24 de junio de 1971** (Pte. García Tenorio. Ar. 3.042), relativa a ciertas declaraciones realizadas por el procesado en una escritura de obra terminada en cuanto al estado del edificio que no se ajustaban a la verdad, conviene en señalar que **"la falsedad, objetivamente perfecta, era subjetivamente inculpable por no radicar en el autor la conciencia de que la mutación pudiera causar a otros un daño o perjuicio, que es presupuesto del delito o condición de punibilidad por el posible daño real en la vida del Derecho; a más de que el documento carecía de fuerza probatoria y vinculante, sin la cual no es posible afirmar la existencia de falsedad punible"** (CDO. 3º).

La **sentencia de 31 de diciembre de 1985** (Pte. Gómez de Liaño y Cobaleda. Ar. 6.477) declara que "el delito de falsedad en documento público oficial o de comercio, cuya dinámica delictiva queda expuesta en el artículo 302 del Código Penal, y la antijuridicidad está basada en el perjuicio social que se produce al ser dañada la fe pública, requiere, como elemento culpabilístico, el **denominado dolo falsario, caracterizado, en esencia, por la conciencia y la voluntad o querer realizar la forma comisiva que se describe tipológicamente en el artículo citado**. En el primer motivo del recurso, segundo y último objeto de decisión, se pretende que se declare la existencia del delito de falsedad en documento público, **por haberse omitido en la escritura pública**, por parte de los procesados, la existencia del contrato de

arrendamiento a favor de la querellante, al manifestar que no existía carga o gravamen alguno sobre el objeto de la compraventa y como, en los supuestos fácticos, se dice, de forma terminante, **que se hizo «constar que el piso se hallaba ocupado en la fecha de la escritura por los compradores»** en virtud de que la querellante, mediante convenio otorgado con anterioridad, les facultaba a instalarse en dicho piso y se expresó, de modo específico, «en la cláusula 11 del contrato», «que la arrendataria renunciaba expresamente a todos los beneficios y derechos esenciales que le concede la Ley de Arrendamientos Urbanos, excepto del de prórroga forzosa», es claro, que, **aparte de la cuestión de quitar si el arrendamiento implica cargo o gravamen sobre la finca, estos supuestos evidencian la inexistencia del dolo falsario**, y por ello el motivo examinado debe de ser desestimado".

Por su parte, la **sentencia de 12 de diciembre de 1991** (Pte. de Vega Ruiz. Ar. 9.297) es clara cuando vincula la voluntad falsaria con la vulneración del bien jurídico de la fe pública protegido por el delito de falsedad. En concreto, la sentencia del Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso y dicta segunda sentencia en la que absuelve al procesado Joaquín A. H. del delito de falsedad de que era acusado, manteniendo el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de instancia respecto del delito de estafa. La sentencia de la Audiencia había condenado al procesado Joaquín A. H. como autor de un delito de falsedad para cometer otro de estafa, en grado de tentativa, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor y cincuenta mil pesetas de multa por el delito de falsedad y multa de cincuenta mil pesetas por el de estafa. Al respecto, el Fundamento de Derecho tercero se afirma que **"el delito de falsedad en documento requiere**

esencialmente la conciencia de la «mutatio veritatis» o voluntad de alterar la verdad en acción antijurídica, en la idea, que del artículo 302 ha de desprenderse, de una acción a través de la cual se ataca a la fe pública y en último término, a la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos".

Finalmente, la **sentencia de 7 de febrero de 1994** (Pte. Hernández Hernández. Ar. 706) declara en el Fundamento de Derecho tercero que "los motivos 3.c, 4.c y 5.c canalizados por la vía del número 1.c frl artículo 849 de la Ley Procesal alegan la infracción respectiva, por su inaplicación, de los números 2.c, 4.c y 5.c del art. 302 del C.P., ya que partiendo de los hechos declarados probados en la sentencia censurada, resulta obvio que en el otorgamiento del acta previa relativa a la finca número 4 del expediente de expropiación, **se falta a la verdad** porque en ella no interviene el Sr. Rivas y en el acta que se levanta días más tarde, se hace constar que estuvo presente sin estarlo; al reproducir el documento se falta a la verdad en cuanto se da por supuesto el que el acta se levanta en la propia finca y se hace pasar por el que se dice extraviado y, por fin, se extiende el acta y se consigna en la misma la fecha de la ocupación, distinta a la que se redacta. Los motivos carecen de razón suasoria de clase alguna, de donde, al igual que ha ocurrido con los dos precedentemente analizados, deviene su decaimiento y ello por las propias y correctas razones dadas por el juzgador "a quo" a lo largo de los fundamentos jurídicos 2.c y 4.c de la sentencia impugnada, acordes con la doctrina pacífica de esta Sala y así la expuesta en la sentencia de 12 de diciembre de 1991 y la de 26 de noviembre de 1990 que en ella se cita, indicativa de que **la falsedad documental exige, esencialmente, la conciencia de la <mutatio veritatis> (voluntad de alterar la verdad**

consignada en el documento -o documentos-), en acción <antijurídica>, a través de la cual se ataca la <fe pública> y la <confianza> que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos, <dolo falsario> que, en el caso cuestionado, no aparece en forma alguna pues la supuesta e imputada falsedad no tiene entidad suficiente para entrar en el <tráfico jurídico>".

Por lo que se refiere a la presencia de un dolo específico en el supuesto de la falsedad en documento privado, la jurisprudencia se pronuncia en los siguientes términos declarando la inocuidad de las conductas examinadas³⁹⁰.

La **sentencia de 2 de junio de 1952** (Pte. Parera y Abelló. Ar. 1.068) es concluyente cuando asevera que el **ánimo de perjudicar** constituye el **elemento fundamental del dolo específico** inspirador del delito (CDO. 3º).

La **sentencia de 29 de mayo de 1954** (Pte. Ruiz Falcó. Ar. 1.414) declara probado que el 27 de julio de 1949 y ante el Notario don R.S. se otorgó escritura de compraventa en que doña E.M. vendió a la procesada M.A. asistida de su marido el procesado J.C., un trozo de tierra y una casa, siendo el precio de la venta de 4.000 pesetas que la vendedora confesó haber recibido de la compradora antes del acto a su entera satisfacción, no siendo cierta esta entrega del precio, pues no se entregó cantidad alguna en ese concepto por la procesada a la vendedora, la cual, con más de 80 años de edad, sin herederos forzosos, otorgó testamento el 16 de mayo de 1950 instituyendo heredero universal a su sobrino don E.C. y falleció el 17 de mayo de

³⁹⁰ Téngase en cuenta lo dicho sobre este mismo tema páginas atrás al hablar del documento privado.

1951, no siendo cierto, y así también se declara, que la venta de dichas fincas se debiera a que la procesada y su marido se prevalieran de la deficiencia física de doña E. y con propósito de provecho realizaran maniobras para enemistarla con su sobrino logrando hacerla creer que éste iba a apoderarse de los bienes de ella y que para impedirlo debía ponerlos a nombre de la procesada, pues por el contrario esta última, criada de doña E., la había atendido cuidadosamente y su dueña hizo compensarla con dicha venta de bienes. El Tribunal Supremo estima el recurso y revoca y anula la sentencia condenatoria de la Audiencia al considerar: "Que si la vendedora doña E.M., soltera, de ochenta años -hoy fallecida- en la escritura pública otorgada en 27 de junio de 1949 en la ciudad de Alicante, ante el Notario de la misma don R.S.H., confiesa según sostienen los hechos probados, haber recibido de la compradora con anterioridad y a su completa satisfacción, no siendo cierto, el precio de la venta, **no puede decirse que se cometa una falsedad en documento público que castiga en número cuarto del artículo 302 en relación con el 303, ambos del Código Penal, pues en ello no existe intención punible alguna**, cuando en esos mismos hechos se encuentra después afirmado e igualmente se declara probado, que la venta de las fincas, objeto de citada escritura, por la doña E.M. a la procesada M.A.B. no era debido a propósito de provecho o maniobras de los procesados para enemistarla con su sobrino E.C., sino por el contrario, la citada M. era criada de doña E.M. a la que había atendido cuidadosamente y quiso recompensarla con dicha venta de bienes; y al ser esto así, la actuación de los procesados, **no puede estar más alejada de toda malicia o intención dolosa**, pues bien sentado, en los hechos probado queda, que para la compra de las fincas de que se trata, no se prevalieron los procesados de deficiencia

física de doña E. por su avanzada edad para indisponerla con su sobrino; y en su consecuencia deben ser acogidos los dos primeros motivos de este recurso, que fueron apoyados por el Ministerio Fiscal "in voce" en el acto de la vista" (CDO. 1º).

Esto es lo que se deduce también de la **sentencia de 14 de octubre de 1955** (Pte. Castejón y Martínez de Arizala. Ar. 2.661) al considerar que la manifestación en un expediente eclesiástico de ser soltero el procesado, no obstante haber contraído con anterioridad matrimonio < in artículo mortis > , pero no pudiendo acreditar este matrimonio anterior, ni en su caso, su estado de viudez por no aparecer el expediente en el Provisorato ni haberse inscrito el mismo en el Registro Civil, no evidencia debidamente la comisión del delito de falsedad en documento público imputado, pues **no ha existido intención dolosa, ni propósito de perjudicar a nadie** (CDO. único).

La **sentencia de 2 de marzo de 1956** (Pte. Castejón y Martínez de Arizala. Ar. 754), citada, declara que "centrado el debate relativo a este recurso en la diferencia de uno a dos días entre la fecha en que se registró de salida el oficio de traslado del acuerdo de sanción a que alude el Resultando primero de la sentencia recurrida, y aquel otro en que se procedió a darle cumplimiento mediante cierre del molino por período de tres meses, **no aparece de lo actuado el dolo específico requerido para la existencia del delito** que se ha calificado con arreglo al número 4 del artículo 302 del Código Penal" (CDO. Unico).

La **sentencia de 24 de diciembre de 1956** (Pte. de Eizaguirre y Pozzi. Ar. 545) declara no haber lugar al recurso contra el fallo absolutorio de la Audiencia por estimar "que aún cuando en los hechos probados de la sentencia de instancia recurrida no consta ninguno que afirme que el procesado Francisco G.R. desconociera la

mencionada inexactitud registral de referencia, también es cierto que **tampoco aparece en aquellos hechos afirmación alguna que establece que dicho procesado conociera tal inexactitud y que dolosamente se aprovechara de ella en su beneficio, por lo que no debe declararse responsabilidad penal alguna** contra el mismo procesado por los delitos de falsedad y estafa que el recurrente le imputa" (CDO. 3º).

La **sentencia de 28 de marzo de 1958** (Pte. Díaz Plá. Ar. 1.213) dice que "para la perfección de los delitos de falsedad sancionables conforme al artículo 306 de Código Penal, precisa que cuantas inexactitudes se cometan en documentos privados lo sean en perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo, entendiéndose que ese ánimo impulso de las infracciones, no consiste en el simple deseo estático de que sobrevenga algún mal, sino en la voluntad actuante enderezada hacia el logro efectivo del fin perjudicial propuesto, lo cual quiere decir que si el documento ya falsificado, no entrañase aislado de otra actividad delictiva algún perjuicio cierto o siquiera posible para otra persona, habrá de ejecutarse un acto complementario que tiende directamente a conseguirlo, pues de lo contrario el delito quedaría imperfecto, como falto de una condición indispensable a la punibilidad de los hechos".

La **sentencia de 26 de mayo de 1958** (Pte. Codesido Silva. Ar. 1.663) declara que "el dolo específico que configura la típica modalidad delictiva condensada en el artículo 306 del Código Penal, en la que se contiene la **imprescindible exigencia de ocasionar perjuicios a tercero u obrar con ánimo de causárselos**, cuando el sujeto activo de la infracción efectúa algunos de los supuestos puntualizados en los nueve casos del art. 302 de aquella disposición al confeccionar un documento privado,

no es bastante para generar el delito de falsedad que se pretende sea reconocido en méritos de la exposición que de diversos sucedidos, en relación con la conducta de quien revelando anomalías psíquicas no han culminado en una declaración de incapacidad mental, por la sola circunstancia de consignar en un contrato de compraventa por aquel hecho al procesado, el precio de 4.500 pesetas, que decía el propio vendedor que se entregaban de presente, sin que este extremo fuese cierto, como ha reconocido la Sala sentenciadora, por lo que si el vendedor referido lo ha dictado así y el comprador lo redactó de igual modo en el papel, a presencia de testigos, ante todos los cuales se leyó y firmó el documento, **no puede existir base ni para admitir la realización de un delito de falsedad en documento privado al faltar el requisito del perjuicio cometido o intentado cometer**, ni para reputar autor y responsable del mismo a quien, si bien parte interesada en el contrato así consignado, no ha hecho más que redactar lo que el vendedor le dictaba, sin que conste haya actuado sobre la voluntad del transmitente para perjudicar a otro u otros, por lo que debe rechazarse el primer motivo del recurso fundado en la alegación de la infracción de los preceptos penales que se dejan anotados" (CDO. 1º).

La **sentencia de 25 de septiembre de 1959** (Quintano Ripollés. Ar. 3.449) declara "que en el otorgamiento de la escritura no medió una intervención personal del procesado, el cual se dice en la declaración de hechos probados que confió en la pericia y técnica del notario, por lo que no son imputables a aquél del modo inequívoco que la responsabilidad penal requiere, los detalles de las expresiones empleadas en la escritura que por lo demás sólo pretendía la obtención de un préstamo, sin ánimo alguno de falsear documentos, por lo cual fue ajustada a derecho



la absolución acordada por la Sala sentenciadora, no habiendo lugar a estimar el primer motivo del recurso que **pretende la existencia de falsedad fundándose en la presencia de una mera mutación de la verdad**, tesis de integral formalismo que no se acuerda, ni siquiera en los delitos de falsedad, con el elemento de culpabilidad inherente a toda infracción criminal, **requiriendo en lo doloso un propósito delictivo que al faltar impide la existencia del delito, pues si bien en las falsedades de documento público no es requerible un propósito ulterior lesivo ni daño alguno apreciable, si es menester un ánimo falsario de alterar la vocación probatoria del documento que en la ocasión de autos no se acreditó**" (CDO. 1º).

La **sentencia de 26 de abril de 1963** (Pte. Quintano Ripollés. Ar. 2.191), en relación a una declaración de nacimiento de una niña, haciendo constar que era hija del procesado y de su esposa, cuando lo cierto es que era hija natural de otra mujer, pero realizándose dichas manifestaciones **sin intención delictiva, sino por el deseo de tener a la niña como propia**, por no tener de su matrimonio descendencia y de acuerdo con la madre de la menor que carecía de recursos para mantenerla, considera que **"al faltar a la verdad en la declaración de nacimiento de la niña, se sienta una premisa de desconocimiento de la antijuricidad de la acción que es presupuesto de las dolosas, al requerir éstas no tan sólo una voluntad neutra al valor, sino maliciosa**, por la concordancia obligada del artículo 1º con el 565 del CP, ya que dicha acción, **prescindiendo de los móviles que la impulsaron y que no afectarían a la culpabilidad intrínseca**, no llevaba en sí misma el dolo falsario requerible en las falsedades básicas de los artículos 302 y 303, y la modalidad culposa no se ha planteado a la censura de la casación, por lo que, de no alterarse el tenor de

los hechos probados, y como hecho consta, aunque en vigor no lo sea, la **ausencia de intención delictiva**" (CDO. único).

La **sentencia de 18 de abril de 1964** (Pte. Quintano Ripollés. Ar. 2.055) se refiere a la **intención finalística** de causar perjuicio.

Es por ello que la buena fe en el proceder del presunto autor de un delito de falsedad constituye elemento decisivo para determinar la ausencia de dolo falsario, como demuestra la **sentencia de 21 de mayo de 1964** (Pte. Codesido Silva. Ar. 2.614), que confirma la sentencia absolutoria de la Audiencia al estimar: "Que el hecho material de firmar los procesados unas respuestas previamente redactadas contenidas en un requerimiento notarial, relativas a obras efectuadas años antes en una fábrica, sin enterarse apenas de su verdadero contenido, por no dominar suficientemente la lengua castellana, vertiendo luego algunos conceptos que no concordaban con unas declaraciones a iguales o muy parecidos extremos por los que fueron examinados en un procedimiento civil sobre desahucio, no puede en modo alguno integrar el delito de falsedad en documento público, porque prescindiendo de manifestaciones vertidas por los enjuiciados en una y en otra ocasión para apreciar su acción dolosa, **no toda contradicción o pugna entre dos aseveraciones revela un espíritu falsario, ni la concurrencia de malicia característica de la falsedad**, porque si bien el artículo 1º del Código Penal considera punibles las acciones enumeradas en él, conducta que resulta cuando en el hecho básico se sienta que debido a no dominar ambos encartados la lengua castellana, apenas se enteraron del verdadero contenido de lo que se les preguntaba, a más de que se agrega **han procedido con absoluta buena fe y sin intención de causar perjuicio a ninguna de**

las partes contendientes, lo que elimina la conducta maliciosa aneja a los delitos de falsedad y la ausencia del dolo específico, por lo que se impone la desestimación del primer motivo del recurso que invoca la infracción por no aplicación de los artículos 302 y 303 del Código Penal" (CDO. 1º).

La **sentencia de 2 de junio de 1972** (Pte. de Oro-Pulido. Ar. 2.909) declara no haber lugar al delito de falsedad en documento mercantil a la vista de la narración de facto, pues "el procesado, si bien extendió certificación de indudable carácter mercantil haciendo constar que los señores P. y C. eran los representantes para los asuntos relacionados con exportaciones agrícolas de la Cooperativa Naranjera en Alemania Federal, para lo que no se encontraba legalmente autorizado, dicho certificado no obedeció a móviles falsarios de delinquir, siendo por el contrario su intención, la idea de facilitarles su actuación en aquel país, puesto que de hecho venían actuando como tales delegados desde la campaña 1964/1966, con conocimiento de la Junta Rectora de la Cooperativa, en la que cobraron los envíos remitidos a su libre disposición, como lo demuestra la aceptación de cuentas en virtud de lo que percibieron cantidades en concepto de retorno de ferrocarril Tresfera y, en el reconocimiento de demanda a la susodicha Cooperativa, del señor P., efectuado en Almanzora en 18 octubre 1966, en el que se hace constar su condición de comerciantes sin que en ello interviniera el procesado, lo que acredita no actuó imbuido de voluntad maliciosa determinante de dolo, sino con el propósito de facilitar las ventas de la Cooperativa en Alemania, por completo **ausente de intención criminosa y deseo de perjudicar a tercero** (CDO. 1º). Añadiendo el siguiente considerando jurídico que no puede estimarse falsedad en documento mercantil, la

carta dirigida por el procesado a su cuñado P. que se encontraba en Alemania, aumentándole el porcentaje de la comisión en las ventas que realizara, pues al no tener para ello facultades, en modo alguno podía vincular y obligar la carta a la Cooperativa, aunque constituyera una inocua extralimitación de funciones, **viniendo además a excluir por completo el dolo falsario**, la declaración de facto de haberse escrito, con el loable propósito de acuciar la actividad de ventas, **sin el menor ánimo torticero, ni propósito de perjudicar los intereses de la Entidad exportadora.**

La **sentencia de 26 septiembre de 1973** (Pte. Escudero del Corral. Ar. 3.338) declara explícitamente que **"el delito de falsedad en documento privado, que tipifica el art. 306 del C.P. tiene un sentido finalista**, ya que no se crea, por la sola conducta de mudar la verdad de su contenido, material o ideológicamente, empleando alguna de las formas descritas en el art. 302 -elemento objetivo-, sino que además, debe agregarse necesariamente, al indicado quehacer material, el alcanzar con la inveracidad, en adecuada relación causal, un perjuicio de tercero, o al menos poseer el agente ánimo de causárselo, ya que **resulta suficiente el mero propósito de perjudicar o "animus laedendi", pero teniendo que concurrir, al lado del dolo genérico de falsear, el específico de dañar o de querer perjudicar, con intención finalística -in alteriur prejudicium- por exigirlo así directa y expresamente dicho tipo"** (CDO. 4º).

La **sentencia de 5 de febrero de 1983** (Pte. Castro Pérez. Ar. 731) dice de manera significativa "que aun cuando el hecho de la manifestación falsa hubiera podido ser imputado o atribuido materialmente o físicamente a cualquiera de los procesados, lo que se admite solamente a fines de argumentación, **todavía sería**

necesaria para calificar la conducta como falsaria la comprobación de la existencia en la misma de la vertiente subjetiva del tipo legal o sea la culpabilidad, sin la cual no se podría entender realizada la configuración delictiva, de acuerdo con el fundamental principio que rige absolutamente el moderno Derecho Penal de que «no hay delito ni pena, sin culpabilidad» exigencia que en el hecho estudiado tendría que asumir la forma de un **dolo falsario específico de dañar la fe pública o los intereses de tercero** -en este caso el inquilino- para probar lo cual no bastaría la presunción de voluntariedad establecida en el art. 1.º del C. P., por hallarse en contradicción con el principio de presunción de inocencia establecido en el texto constitucional que impide presumir nada en contra del acusado, sin una prueba reputada como suficiente, que en este caso no existe, por lo que el segundo motivo del recurso resulta asimismo improsperable" (CDO. 2º).

La **sentencia de 6 de octubre de 1993** (Pte. Soto Nieto. Ar. 7.289) declara la total ausencia de dolo falsario en el supuesto examinado como consecuencia de la "esterilidad" del documento que sirvió de base a la pretendida comisión delictiva de la que "no se percibe afección de tercero ni ánimo de perjudicar". Concretamente, se indica que **"a los efectos de la falsificación de documentos privados** -dice la S. 21-6-1988-, **no puede reputarse como tal el que no cree o pruebe derecho alguno susceptible de vulneración o resulte de él obligación que afecte a terceras personas, esto es, que el documento privado para ser penalmente relevante ha de ser susceptible de constituir, disponer o testimoniar un derecho o un hecho de trascendencia jurídica, ya que en otro caso la ley penal no puede prestar protección a documentos estériles.** El art. 306 tiene un **carácter finalista** indudable

pues no basta para que se pueda entender cometido el delito de falsedad que concurra el elemento objetivo o material propio de toda falsedad como es el de mudar la verdad ideológica o materialmente por alguno de los procedimientos enumerados en el art. 302 del CP, sino que ha de agregarse, necesariamente, el presupuesto subjetivo, o dolo falsario, que en este caso no es el solamente genérico, **sino el específico de tendencia interna o trascendencia, cual es el de causar un perjuicio**".

C) Elemento intelectual y elemento volitivo.

En cuanto al elemento intelectual del dolo, implica el conocimiento de la significación antijurídica de la conducta en relación con las circunstancias del hecho³⁹¹, lo que constituye una exigencia imprescindible del dolo pues, como reseña COBO DEL ROSAL, "sólo del conocimiento de la antijuricidad deriva la

³⁹¹ A este respecto, puntualiza STRATENWERTH ("Derecho penal...", op. cit., pp. 95 y ss.), el conocimiento de las circunstancias de hecho que corresponde al dolo debe determinarse desde una triple perspectiva: en primer lugar, el dolo requiere la comprensión de la significación que agrupa precisamente a las circunstancias de hecho, y no tanto de hechos valorativamente indiferentes o acromáticos. En segundo lugar, el conocimiento propio del dolo requiere no sólo que el autor conozca las circunstancias de hecho, sino también que sea consciente de ellas durante la realización del mismo. Y en tercer lugar, se necesita que el autor considere la existencia o la producción de circunstancias de hecho objetivas como realmente posibles en el caso concreto y no como mero peligro abstracto. Por su parte, MEZGER ("Tratado...", op. cit., p. 88) señala que los tipos jurídico-penales tomen en cuenta siempre, al describir, determinados "hechos" de cuya existencia depende la aplicación de la ley en el caso concreto (elementos típicos descriptivos), pero "valorizan" al mismo tiempo estos hechos, sea en el ámbito de la aislada característica del tipo (elementos de típicos normativos), sea en la valoración conjunta de la acción punible; en otros términos, atribuyen a aquellos hechos una determinada "significación".

antinormatividad del querer, su conflicto con las pautas de determinación dimanantes de las normas y, en suma, de la reprochabilidad"³⁹².

En cuanto al elemento volitivo del dolo, se requiere que el hecho, ya conocido externamente y en su significación antijurídica, sea también querido. De donde surge el tema de la graduación del querer para distinguir el **dolo directo** y el **dolo eventual**.

El primero se refiere al fin propio de la acción del autor, así como a las otras circunstancias y sucesos que él se representa como presupuesto necesario o consecuencias necesarias para lograr su meta³⁹³. Suele distinguirse un dolo directo "de primer grado", en el que el querer del autor se dirige a las consecuencias de su acción como a un fin, y un dolo directo "de segundo grado", en el que el autor se representa como necesarias las consecuencias de su actuar y, aun cuando no las persiga directamente, las acepta³⁹⁴.

Por su parte, el dolo eventual³⁹⁵ plantea la cuestión de cuáles circunstancias

³⁹² "Derecho penal. Parte general", op. cit., p. 492.

³⁹³ STRATENWERTH, "Derecho penal...", op. cit., p. 107.

³⁹⁴ COBO DEL ROSAL, Idem, p. 493.

³⁹⁵ Denomina CARRARA a esta clase de dolo "intención indirecta", que tiene lugar "cuando el efecto fue solamente una consecuencia posible de los propios actos, no prevista en manera alguna, o prevista sin quererla" ("Programa...", op. cit., I, parágr. 66). Por su parte, STRATENWERTH ("Derecho penal...", op. cit., p. 107) identifica el dolo eventual con el **dolo condicionado**. Discrepa de esta postura COBO DEL ROSAL al entender que el dolo condicionado no puede considerarse una especie autónoma de dolo, pues -afirma- si la condición ocurre y el hecho se realiza, el querer deviene incondicionado y, en caso contrario, desaparece, quedando solamente como un irrelevante acto interno. Y cita el autor a otro autor alemán SCHULTZ, para quien ambas clases de dolo se trata de cosas distintas, pues en el dolo eventual el querer es incondicionado, siendo condicionada, en cambio, la ocurrencia del hecho; mientras que en el dolo condicionado, se quiere el hecho solamente en el supuesto de que ocurra determinada condición ("Derecho Penal. Parte general", op. cit., p. 495).

o sucesos que el autor se representa como existentes o previsibles pueden caracterizarse como verdaderamente queridas por él³⁹⁶ En este caso, lo querido es lo que el autor ha asumido³⁹⁷.

La jurisprudencia entiende que la falta de uno u otro elemento es decisiva para la inexistencia de dolo falsario.

En consecuencia, la ausencia de una voluntad dolosa en la conducta del agente falsario determina la no incriminación de la misma, pues como afirma el autor italiano, "si la inteligencia o la voluntad, o ambas, faltan de manera total en el agente, no hay intención, y, por consiguiente, no hay imputabilidad"³⁹⁸.

Así, de los hechos de que conoce la **sentencia de 11 de febrero de 1950** (Pte.

³⁹⁶ Entiende MEZGER ("Tratado...", op. cit., II, pp. 140 y ss., espec. citadas pp. 146-149) que la decisión correcta en relación a la problemática que suscita este tema no puede lograrse, ni unilateralmente sobre la base de la llamada "teoría de la probabilidad", ni tampoco unilateralmente con arreglo a la denominada "teoría del consentimiento". La solución requiere distinguir: a) el autor piensa el posible resultado como dependiente de su voluntad: en tal caso supuesto sólo lo ha querido si ha consentido en él. Tal consentimiento aparece excluido cuando el sujeto interviene precisamente para evitar el posible resultado; y b) el autor piensa el posible resultado como independiente de su voluntad: en tal supuesto lo ha querido en tanto le considere probable, es decir, en tanto cuente con la posibilidad de que el resultado se produzca. Precisamente, a la doctrina alemana hace referencia SILVA SANCHEZ, la cual aplica al "conocimiento eventual de la antijuricidad" los mismos criterios que emplea en el tipo positivo para distinguir entre dolo eventual y culpa consciente. Y así, la mayor parte de los autores entienden que "existe dicho conocimiento eventual siempre que el sujeto considera seriamente la probabilidad de que su conducta sea antijurídica y conforme con ello. Es decir, que son precisos dos elementos. El primero, una situación de duda, en la que el sujeto advierte la probabilidad seria de que su conducta infrinja el Ordenamiento. El segundo, una postura del mencionado sujeto, dentro de la duda, favorable al resultado "lesión del Ordenamiento" ("Observaciones sobre el conocimiento < eventual > de la antijuricidad", Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, tomo XL, 1987, p. 649).

³⁹⁷ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, op. cit., p. 494.

³⁹⁸ Op. cit., I. parágr. 65.

de la Rosa y de la Vega. Ar. 287) "se deduce la **ausencia de dolo, que es elemento sustancial de las infracciones penales no culposas**, derivada de la **creencia del procesado de que su condición de heredero del causante**, aunque no lo fuere usufructuario y el ser continuador de los negocios industriales en que el finado empleaba su actividad, **le autorizaba para proseguir la marcha de los mismos sin interrupción**, cualidad de sucesión comercial que tuvo oficial reconocimiento por el Ministerio de Industria y Comercio al disponer, por Orden de 19 de junio de 1945, que la concesión acordada a favor del fallecido se considere transferida con todos sus derechos, obligaciones y efectos a don J.F.B., como continuador de los negocios de aquél y esto dió ocasión a que la Audiencia, al revocar el Auto de procesamiento primeramente dictado, dijese, con criterio lógico, que si la máxima Autoridad administrativa en la materia le otorgaba el carácter de continuador comercial, por transferencia de los derechos, obligaciones y efectos del primer concesionario, ello demuestra que no hubo solución de continuidad entre los actos del causante y los del que le sucedió en sus negocios, y **al faltar el elemento intencional, alma mater del delito, a tenor del artículo 1º del Ordenamiento jurídico, la actuación del procesado queda fuera del campo de lo ilícito penal**" (CDO. 2º).

La **sentencia de 26 de abril de 1955** (Pte. Lozano Escalona. Ar. 1.251) señala que no puede ni debe olvidarse, como fundamento de toda infracción criminal que **sin una voluntad de faltar a la verdad, no puede darse este delito de falsedad**, pues, aún habiéndose llegado a admitir la posibilidad de que pueda cometerse por imprudencia, la carencia de dolo en tal caso no excluye, pues ello es precisamente el factor interno de este delito culposo, la necesidad de que el agente no se cerciore

previamente del grado de veracidad de lo consignado en el documento, es decir, que **la voluntariedad ha de imperar siempre** (CDO. 2º).

La **sentencia de 24 de octubre de 1963** (Pte. Cid y Ruiz-Zorrilla. Ar. 4.174) considera que "(...) esta actuación **no es constitutiva de delito, pues le falta el dolo, esencial en toda clase de infracciones penales** (...), no existiendo, por tanto, la falsedad ideológica a que se refiere el número 4 del art. 302, pues en este caso se **limita a una mutación de verdades para llegar a un convenio libremente celebrado y que no afecta esencialmente a la verdad** (...), pero es que, además, en el fondo del asunto no aparece más que el deseo de privar a la Hacienda pública del percibo del impuesto correspondiente".

La **sentencia de 11 de mayo de 1971** (Pte. García Tenorio y Sanmiguel. Ar. 2.258) considera "que al recoger el Tribunal "a quo" en su sentencia cuanto expresa el libro registro de documentos de la Comisaría de Aguas, Delegación de Santa Cruz de Tenerife, con relación a la instancia presentada por el procesado H.D. en solicitud de autorización de alumbramiento de aguas subterráneas por medio de galería en el subsuelo de monte propio del Ayuntamiento de Guimar, puesto que indica que el escrito fue fechado de entrada el 9 septiembre 1962, correspondiéndole el número de orden 1.141, cuyo asiento se encuentra entre el 1.140 y el 1.142 de los días ocho y diez del mismo mes, respectivamente, hace inviables el primer motivo del recurso amparado en el número segundo del art. 849 de la L.E.Cr., por no ser posible declarar, cual se pretende, que entre las antedichas fechas se intercaló, falseando el libro, el mencionado asiento, ya que ni esta aducida interpelación maliciosa resulta de la objetiva contemplación de la anotación practicada, ni excluye el error que la

Audiencia admite y que no eliminan las circunstancias de ser el asiento único en su fecha, que fuera iniciado en determinada línea y terminado en la misma y en la precedente, ni porque no se dejara entre él líneas en blanco, detalle éste no siempre procurado, como examinando el libro se ve; y si, por lo expuesto no autoriza el documento señalado como auténtico para hacer la declaración que la entidad recurrente demanda, evidente es que esta Sala de casación no puede investigar al efecto fuera del mismo sin invalidar el campo de operatividad de la Audiencia y sin asumir funciones que con exclusividad le corresponden por lo establecido en el art. 741 de la mentada Ley; por lo que queda inalterada la relación fáctica y, según ella, **que aunque el señalado día 9 era domingo, no consta acreditado que la encartada L.M. pusiera esa fecha a sabiendas de que faltaba a la verdad ni que el procesado H. estuviera en convivencia con ella para que realizara la anotación en beneficio de él, así como tampoco que con el referido asiento, erróneamente fechado en día inhábil, y cuya verdadera fecha debió ser la anterior o posterior inmediatas, se causara perjuicio alguno a la Comunidad querellante, que con posterioridad presentó una solicitud para iguales fines que la del repetido asiento" (CDO. 1º).** Y agrega el considerando segundo "que, respecto al procesado H., que se limitó a presentar la instancia en la Comisaría de Aguas no le es atribuida alguna actividad con tipicidad penal y si, por el contrario, la lícita indicada, que hace procedente la absolución del mismo, conforme la Audiencia entendió; y en cuanto a la procesada se refiere, tampoco es factible llegar a la estimación delictiva, porque **si bien el documento sobre el cual actuó como auxiliar administrativo de la Comisaría de Aguas es oficial,** y en él registró un documento dándole como fecha de entrada la de cierto día

inhábil y no la correspondiente, al decir el Tribunal de instancia que **no se acreditó que dicha encargada del Registro pusiera esa fecha con conocimiento de que faltaba a la verdad, excluye el dolo que es indispensable para la configuración del delito falsario** imputado y obliga su falta a repudiar el segundo motivo del recurso con base en el núm. 1º del art. 849 de la Ley penal de ritos" (CDO. 2º). La **sentencia de 25 de junio de 1985** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 3.049) manifiesta que "**el ánimo, falsario, es elemento subjetivo del injusto típico, de indispensable concurrencia en los delitos de falsedad o de falsificación**, pero, esa conciencia de que se está faltando a la verdad -bien sea ideológicamente, bien sea materialmente- y la **intención de inveracidad o mendacidad**, no sólo se trasluce en el relato fáctico de la sentencia de instancia, sino que **se trasparenta, fluye, aflora y hasta «rezuma»** en él, toda vez, que, al infractor recurrente, al que se le pregunta, por quien había de legalizar los Libros de comercio, la fecha que había de ponerse, previa consulta con su asesor mercantil, facilitó una fecha distinta a la real y muy distante de ella, lo que evidencia que, por razones interesadas y fraudulentas, se percató de que se iba a fecha falsamente la diligencia de apertura de los Libros, y, no obstante, quiso, con determinación autónoma del yo, que así se hiciera. Procediendo, en consonancia con lo expuesto, la desestimación del motivo segundo del recurso estudiado basado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de los artículos 303 y 302-5.º del Código Penal" (CDO. 6º).

La **sentencia de 24 de enero de 1989** (Pte. Moyna Ménguez. Ar. 515) se refiere a un supuesto de falsedad en documento mercantil, más concretamente a la figura de las denominadas "letras financieras o de caución" confeccionadas "con el

soporte de una real y verdadera operación comercial, creadas con el designio de financiar mediante el descuento bancario el pago de las máquinas suministradas por «Cerfinter, S. A.» hasta lograr el «leasing» previsto, **sin que se atisbe propósito defraudatorio alguno** porque el pacto de emisión restringía el marco de las letras a las relaciones entre libradora y aceptante a través de sucesivas renovaciones, y **en la representación mental de los acusados no podía entrar el perjuicio o defraudación a terceros ajenos a esta operación puente**, puesto que la cesión cambiaria mediante endoso era una expectativa legalmente posible pero que no aparecía en las previsiones contractuales". Y una vez expuestas las conductas de las tres partes protagonistas de los hechos³⁹⁹, se expresa en la sentencia que **"es difícil entrever la existencia de**

³⁹⁹ En síntesis: "Realmente el problema se produce cuando «Cerfinter», actuando al margen de lo convenido, transmite a los querellantes cinco de las cambiales para pagar los derechos de aduana, y elude hacer frente a esta operación cuando es notificada de los protestos por falta de pago, de declara que; «Cerfinter» no podía desconocer la finalidad de las letras aceptadas, sabe que han sido transmitidas sin respetar lo convenido con «Bombeo de Hormigón Juliet», y es consciente de que esta sociedad nada debe a la querellante según el contrato causal, aunque esté constituido en deudor cambiario, siendo terminante apoyo de estas aseveraciones el Convenio de 20 de febrero de 1979, recogido en la narración de los hechos y ampliada su referencia en este recurso, por virtud del cual la sociedad últimamente nombrada asumía la deuda respecto de «Romeo, Ribot y Cía.», al hacer finiquito de las relaciones mantenidas con «Cerfinter» -excluida la venta de las máquinas ya cancelada entre ellos-, revelándose de forma paladina que hasta entonces esta sociedad se tuvo por deudora, con la consecuencia de entender que la obligación de «Bombeo de Hormigón» frente a «Romeo y Ribot», en su aspecto causal, nació de este último pacto o convenio, es decir, con abstracción de su cualidad de deudor cambiario. Por su parte la sociedad querellante, que se apresura a notificar el protesto de las letras por acta notarial de 20 de abril de 1979, al encaminar sus pasos hacia la vía criminal una vez fallida la acción civil ejecutiva, es consciente de que la transmisión de las letras ha transgredido el convenio o pacto causal, y no otra explicación puede darse a que en la denuncia de los hechos y después en el momento de los procesamientos siempre apunte, y con el mayor énfasis, hacia la responsabilidad penal de los gestores de «Cerfinter», envolviendo en su querrela a los acusados porque el pacto fraudulento que intuye o sospecha necesitaba la presencia de todos los partícipes en la maquinación que, según ella, tuvo expresión material en las letras aceptadas y más tarde

dolo falsario en los acusados, es decir la **voluntad maliciosa finalísticamente dirigida a conseguir un resultado efectivo o potencialmente dañoso**, que resulta, según la sentencia impugnada, de atribuir a «Bombeo de Hormigón Juliet, S. A.» el calificativo de sociedad ficticia creada con el único fin de eludir el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, y de dar a las letras de cambio aceptadas el carácter de papel de colusión, llegando a atribuir a los socios gestores la intención de eludir el cumplimiento de sus obligaciones frente a los acreedores, intención exteriorizada al negarse al pago de las cambiales. Para llegar a la primera conclusión se introduce la sentencia en el incierto campo de la realidad de las aportaciones sociales, ignorando que las letras aceptadas respondían a una operación comercial real y efectiva; sin duda mostraban éstas la irregularidad de señalar como aceptante a una sociedad constituida mas no inscrita en el Registro Mercantil, aunque significativamente domiciliaba el pago en la cuenta bancaria de los gestores, y no se puede extraer consecuencias de la actitud renuente al pago de los acusados porque tales efectos se habían creado con fines de crédito y con el restringido propósito de servir exclusivamente en las relaciones entre librador y aceptante manifestada cuando la operación de compraventa de las máquinas -soporte causal de las cambiales- había sido resuelta con reintegro de las respectivas prestaciones. Ciertamente que el endoso o cesión cambiaria de la letra pudo constituir y constituyó a los aceptantes en deudores civiles, pero los hechos probados no facilitan argumentos para envolverles en una operación inspirada en una intención defraudatoria respecto de terceros cuando las letras se habían proyectado y concebido como medio de financiación de una operación comercial entre libradora y

endosadas".

aceptante, como se deduce -sin necesidad de mayores comentarios- del documento de finiquito de 20 de febrero de 1979. **En conclusión, no hay falsedad en documento mercantil porque por mucha objetividad y formalismo que domine en el delito de falsedad documental es necesario un dolo falsario o voluntad maliciosa**, a la que anteriormente se aludía, que no está presente en la actuación de los acusados, no siendo oportuno ni procedente llevar el enjuiciamiento a la conducta de los demás intervinientes en estos hechos, ni, por supuesto, referirse a los aspectos civiles que presenta el tema debatido" (FD. 2º).

La **sentencia de 12 de febrero de 1990** (Pte. Soto Nieto. Ar. 1.473) confirmó el fallo absolutorio de la Sala de instancia en relación al delito de falsedad en documento oficial imputado, en base a la falta de responsabilidad "**ausente la concurrencia del necesario dolo falsario, integrado por la conciencia de la «mutatio veritatis» y la voluntad de alterar la verdad con plena advertencia de la ilicitud de la alteración**" (FD. 1º).

La **sentencia de 5 de octubre de 1990** (Pte. Moyna Ménguez. Ar. 7.678) declara que "no tiene vigor suasorio el primer motivo del recurso, por aplicación indebida del número 4.º del artículo 302 del Código Penal, porque en la escritura pública de siete de mayo de mil novecientos ochenta manifiesta ser compradora -la recurrente- de la casa que había sido propiedad de sus padres, cuando esta manifestación, que era inveraz, respondía al designio de procurarse un título de dominio hábil para el acceso al Registro de la Propiedad, siendo la venta del acto jurídico simulado a tales fines. Todas las demás alegaciones fácticas están al margen del hecho probado y no pueden ser tomadas en consideración en la vía del número 1.º

del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales se vuelven a repetir en el segundo motivo del recurso, con cita del artículo 1.º del Código, para invocar **la falta de voluntariedad que pugna con la realidad de la venta que no tenía una finalidad transmisoria, sino que era el vehículo para conseguir un título dominical que le pusiera a cubierto de las reclamaciones de sus hermanos**" (FD. 1º).

En parecidos términos -también en relación al documento mercantil- se expresa la **sentencia de 8 de marzo de 1991** (Pte. Cotta Márquez de Prado. Ar. 1.949), al confirmar la sentencia absolutoria de la Audiencia objeto de recurso señalando que "el delito de falsedad en documento mercantil sancionado en el art. 303 del Código Penal consiste en la alteración consciente y voluntaria de la verdad de alguna o todas de las menciones relevantes que debe contener un documento de la clase del expresado realizada en cualquiera de las formas y maneras recogidas en el art. 302 de dicho texto legal, y estableciendo los hechos probados de la sentencia impugnada que dos de los socios de un negocio de cafetería y pub, Joaquín H. E. y José Luis G. E., concertaron un contrato de compra de determinadas máquinas y enseres relacionados con la hostelería con Enrique L. M. en 30 de junio de 1984 por importe de 6.800.430 pts. pagaderas a través de 24 letras de cambio cada una por valor de 226.681 pts. y vencimientos mensuales a partir del 30 de julio de 1984, y que tal contrato fue suscrito por los citados en primer lugar como compradores no obstante figurar en el encabezamiento del mismo como adquirente Joaquín H. A, «anomalía de la que no existe certeza tuviera conocimiento el acusado H. E.», que también firmó las letras como aceptante, es claro que semejante declaración no encierra los requisitos básicos necesarios para configurar el delito de falsedad en documento mercantil de que se

intenta hacer responsable a los encartados, ya que, en cuanto a Joaquín H. A., no consta en modo alguno su participación en esos concretos hechos, y en cuanto a H. E. porque si éste fue el que contrató la compra de las mercaderías que le vendió L., firmó el contrato correspondiente y aceptó las letras como obligado a su pago, **falta el requisito del dolo falsario** característico de este tipo de ilícitos penales consistente en la mutación de la verdad en cualquiera de las formas señaladas en el art. 302 del Código Penal, pues incluso los hechos probados aseguran, con indudable valor excluyente del dolo referido, que no existe constancia de que tal procesado, al firmar como comprador en el contrato en cuyo encabezamiento figuraba su padre como adquirente, lo hiciese con conocimiento, o lo que es lo mismo a sabiendas, de tal anomalía, por lo que el primero de los motivos que quedan por examinar de este recurso es rechazable desde luego" (FD. 1º).

Por su parte, la **sentencia de 11 de febrero de 1991** (Pte. Ruiz Vadillo. Ar. 997) declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia que absolvió a Manuel P. R. del delito de falsedad en documento mercantil del que era acusado. A este respecto, el Fundamento de Derecho primero declara que "en orden al delito del que fue absuelto el procesado, la sentencia de instancia declara que la Cooperativa de Escayola «La Unión» se había deshecho, que se habían realizado para ella unos trabajos que no se habían pagado y que, siendo la cuenta corriente conjunta, del procesado y de su antiguo socio, falsificó la firma de éste para que el pago del sueldo de los correspondientes trabajadores pudiera satisfacerse (sin intentar suplantar la personalidad ni la voluntad de su socio que con él era titular, como ya se anticipó) de la cuenta corriente con la que se había

expedido el talón, yendo dirigida la intencionalidad del procesado a cumplir un requisito formal sin el cual no hubiera podido cobrarse la deuda, teniendo en cuenta, como ya se anticipó que la sociedad había desaparecido y que el socio carecía totalmente de fondos en la cuenta corriente, sin que en este último sentido se aclare la situación efectiva respecto a las relaciones de los socios".

Y añade el Fundamento de Derecho segundo: "El tema, importante, se circunscribe al examen de la culpabilidad en este tipo de infracciones y, por consiguiente, al descubrimiento del llamado dolo falsario o elemento subjetivo del injusto. En efecto, **el dolo de falsedad está constituido por el conocimiento de que se altere la verdad genuina así como por la concurrencia de la voluntad real de alterarla con conciencia de su ilicitud; por ello cuando la conducta es objetivamente típica pero se realiza con una voluntad inocua, absolutamente irrelevante, sin la menor lesividad potencial, ha de reputarse carente de significación desde el punto de vista jurídico-penal.** Esta postura concuerda con el obligado correlato que ha de existir entre los diferentes bienes jurídicos defendidos en esta vía tan enérgica y el alcance de los correspondientes tipos jurídicos. Por ello **no puede haber delitos de falsedad si al alterarse la verdad formal, quien la llevó a cabo, tiene constancia de los intereses en cada caso defendidos, aquí la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos, no ha sufrido riesgo alguno**".

La **sentencia 4 de marzo de 1992** (Pte. Montero Fernández-Cid. Ar. 1.733), tomando como punto de partida el ahora inatacable relato histórico de la sentencia recurrida en la que no se establece en ninguno de sus seis extremos que las personas

que figuran en las correspondientes diligencias no existiesen ni tampoco que no hubieran recibido los actos de comunicación, sino que contrariamente se establece el aserto contrario en los distintos apartados: «entregando la notificación por él rubricada a una persona no identificada» (primero), «practicando una diligencia con una persona no determinada» (segundo), «realizó una diligencia de notificación con una persona no identificada» (tercero), «practicó en el edificio una diligencia de embargo con una persona no identificada» (cuarto), «efectuó una notificación de embargo a un amigo que no se identificó ni firmó» (quinto), y «efectuó una notificación de embargo» (sexto). En los seis casos el relato establece que las personas destinatarias de los actos de comunicación no eran las que figuraban en las respectivas diligencias extendidas al efecto, pero también narra un acaecer histórico: que las diligencias se practicaron con otras personas y que los procesados «no se preocuparon de identificar por cualquiera de las formas admisibles a las desconocidas personas antes citadas»; considera que **"es obvio que con arreglo a tal narración no puede deducirse la existencia del tipo doloso tratado de aplicar: el definido en el núm. 2.º del art. 302 del Código Penal, pues el contrapunto general del art. 565 del mismo cuerpo legal bastaría para rechazar el motivo en tanto no se describe, sino al contrario, la existencia de «malicia». Falta así el primer requisito preciso con arreglo a muy autorizada doctrina científica para la existencia del tipo doloso: la voluntad de alterar o falsificar la verdad"** (FD. 2º).

La **sentencia de 10 de abril de 1992** (Pte. García Ancos. Ar. 2.945), después de afirmar que "una cosa es que en la falsedad de estos documentos (oficiales) no se exija la intención de perjudicar a terceros, y otra muy distinta que no se requiera un

mínimo de intención falsaria y defraudatoria", afirma concluyente que **"de no existir esa mínima intención dentro del núcleo de la misma acción delictiva, no puede hablarse de imputabilidad subjetiva, ni, por tanto, de delito"** (FD. 2º).

La **sentencia de 26 de octubre de 1992** (Pte. García Ancos. Ar. 8.516) absuelve al procesado considerando que "si bien en la acción llevada a cabo por el inculpado se nos ofrece el requisito objetivo de la falsificación en documento mercantil en cuanto que las dos letras de cambio fueron por él libradas a nombre de otro, no es menos cierto que **falta el elemento subjetivo del tipo, es decir, falta el dolo o intención falsaria, y, por ende, cuando éste no se aprecia no puede hablarse de la existencia de delito, pues, según se ha dicho de modo unánime por la doctrina, los términos «falsificar» o «cometer falsedad» encierran un componente anímico de carácter intencional y significan algo más que la mera elaboración de un objeto o documento hecho a imitación de otro o con deformación de otro, pues denotan también la voluntad y la intención de hacerlo.** En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia en múltiples Sentencias tales como la 25-6-1985 cuando nos indica que «el ánimo falsario es elemento subjetivo del injusto típico de indispensable concurrencia en los delitos de falsedad o falsificación»; o la 20-1-1989 al decir que «el dolo en los supuestos de falsedad documental no se agota con la alteración bajo cualquiera de sus formas (supresión, introducción, modificación material o ideológica) del contenido del documento, sino que requiere para que la acción sea penalmente reprochable, la voluntad de trastornar o mutar los efectos del documento»; y también, finalmente, la 12-12-1991 al señalar que «el delito de falsedad en documento requiere esencialmente la conciencia de la

"mutatio veritatis" o voluntad de alterar la verdad en acción antijurídica». Pues bien, de un examen completo y no simplemente parcial (como trata de hacerse) de los hechos descritos en la sentencia recurrida, se deduce que en la pretendida acción falsaria del inculpado falta ese elemento subjetivo y esencial del dolo falsario, pues no otra cosa significa que realizarse la incorporación de nombre distinto en las cambiales con la intención de facilitar el debido funcionamiento de la contabilidad empresarial, debido, además, a la autorización, tanto directa, como indirecta, que le había otorgado el recurrente y que ahora se considera suplantado. Por lo brevemente expuesto, el único motivo que se aduce debe ser desestimado" (FD. 2º).

La **sentencia de 25 de septiembre de 1993** (Pte. Bacigalupo Zapater. Ar. 6.991) dice que "con tales elementos el dolo, como tal, se da en forma íntegra. Un **problema distinto**, que en consecuencia conviene no confundir con el anterior, es el de si los **delitos de falsedad documental requieren, además del dolo, un elemento subjetivo específico de la autoría (elemento subjetivo de lo injusto o del tipo en la terminología tradicional)**. Tal elemento estaría constituido por el propósito del autor de causar un daño a otro o, dicho más precisamente, por su intención de engañar en el tráfico jurídico. En general, la doctrina española no ha entendido que este propósito del autor sea exigido por el tipo subjetivo de este delito. Pero, lo cierto es que sin él la acción simplemente dolosa no tendría suficiente contenido criminal para justificar una respuesta penal" (FD. 1º).

Finalmente, la reciente **sentencia de 18 de marzo de 1995** (Pte. Hernández Hernández) declara que "el elemento subjetivo, es decir, el dolo supone la voluntad consciente de realizar la conducta del tipo, y como es harto notorio y conocido, no

es susceptible de prueba directa, debiendo inferirse de los datos objetivos integrados en el relato descriptivo" (FD. Único).

Por otra parte, la convicción de lo consignado en un documento, aun cuando dicho contenido no lo fuere de forma muy clara, no significa que posteriores actos guiados por tal convicción constituya una alteración dolosa de la verdad, tal como señala la **sentencia de 24 de marzo de 1962** (Pte. García Gómez. Ar. 1.316) al declarar que "para que pueda estimarse cometido el delito de falsedad que se imputa a los procesados, es **requisito primordial e indispensable que concurra en el agente la intención dolosa de faltar a la verdad en la narración de los hechos, esencial condición interna de todas las acciones u omisiones punibles**, y como este elemento subjetivo tiene que ser apreciado por el Tribunal a quo en uso de las facultades soberanas que le concede la Ley, si en los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida se afirma que el procesado M.A. creía y cree que era propietario del mencionado monte, y esta creencia era racional por estar fundada en un documento en el que, al parecer, y conforme al dictamen de dos letrados, esa finca era propiedad de sus difuntos ascendientes, no cometió el delito de falsedad de que se le acusa cuando compareció ante el Notario y manifestó en el acta de notoriedad <que era propietario por herencia de sus padres de dicho monte> y tampoco cometieron ese mismo delito los otros procesados Braulio D. y Manuel A.M., al aseverar esta manifestación en tan repetida acta, puesto que según consta en la propias premisas de facto, todos los vecinos de la parroquia reconocían la propiedad del monte en favor del procesado" (CDO. 2º).

La **sentencia de 22 de octubre de 1973** (Pte. García Tenorio y San Miguel. Ar. 3.717) estima "que el segundo motivo por el núm. 1º del art. 849 de la Ley de ritos aduce infringido el art. 302 núm. 4º, en relación con el 303 y los arts. 531 y 532 núm. 2º, del C.P. con lo que es visto que bajo un solo número o en un mismo párrafo se incluyen cuestiones que debieron ser expuestas y tratadas en párrafos numerados distintos, cuales por una parte, las atinentes a la falsedad, y por otra, las referentes a las defraudaciones, incidiendo el recurrente así en la causa de inadmisión 4ª del art. 884 en relación con el 874 de la Ley, que es de desestimación ahora, motivo que no podría estimarse además, porque **si los procesados vendieron las fincas convencidos de que eran propietarios de ellas por figurar inscritas a su nombre en el Registro de la Propiedad, aunque supieran que las poseían desde 1945 sus primos hermanos a cuyo padre las entregó el de los encausados por haber recibido de aquél en momento de apuros económicos cierta cantidad de dinero, estos hechos amparan y sostienen el pronunciamiento absolutorio de la Audiencia por inexistencia del dolo que es esencial en los delitos imputados, máximo cuando no consta el concepto en el que los parientes de los procesados poseían los predios y es aventurado indicar en quién o quiénes radicaba el dominio o poder de disposición fuera de la presunción establecida en el art. 38 de la L.H., que no favorece precisamente al impugnante"** (CDO. 2º).

La **sentencia de 30 de junio de 1979** (Pte. Castro Pérez. Ar. 2.805) dice textualmente en su Considerando primero: "Que interpuesto el primer motivo del recurso de la acusación privada, al amparo de lo dispuesto en el inciso 1º del art. 851 de la L.E. Crim., denunciado el empleo de conceptos jurídicos predeterminantes del

fallo en la narración fáctica contenida en la sentencia de instancia, dicho motivo no puede ser estimado, porque las frases o conceptos que se designan como tales son de hechos descriptivos y no valorativos, y así por ejemplo el afirmar que el procesado aportó todo el material (de la sociedad), sin que le fuera abonado por la contraparte, es la afirmación de algo que la Sala estima demostrado por la prueba practicada y en la que sienta como probado tal extremo que no deja de ser un hecho y que como tal puede dar lugar a consecuencias jurídicas como cualquier otro pero que no tiene carácter exclusivamente jurídico, al igual que los otros conceptos, en el mismo invocados, que si en efecto predeterminan el fallo (todos los hechos acogidos como probados lo determinan) es porque como tales hechos pueden o no ser subsumidos en la figura legal dando lugar a la tipicidad o atipicidad de la conducta, como ocurre en el presente caso en el que sirven para eludir la simulación del documento y la falsificación del mismo para cometer estafa, dando cuenta y reseñando la actitud interna del recurrente, que era la de **cobrar una deuda sin incurrir en el ánimo de dolo falsario, como elemento indispensable del delito del que se le acusa, que figura contradicho o anulado por tales afirmaciones que dan a entender que el recurrente solamente intentaba cobrar una deuda real y existente y por medios que creía eficaces, pero no atacar el tráfico cambiario a través de un documento o documentos falsos, aun en el supuesto de que estos objetivamente pudieran ser calificados de tales, al demostrarse su falta de culpabilidad falsaria**".

La **sentencia de 15 de diciembre de 1986** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 7.916) se refiere a la sentencia de la Audiencia que absolvió a los procesados José L. P. y María Luisa T. T., de los delitos de estafa y falsedad en documento oficial que se les

imputaba. Contra la anterior resolución la acusación particular «Tesorería General de la Seguridad Social», recurrió en casación alegando los motivos que se estudian en los fundamentos de derecho. El T. S. declara no haber lugar al recurso. En este sentido, el Fundamento de Derecho décimo afirma que **"la falsificación de documentos oficiales es figura delictiva que requiere, sintéticamente hablando, una inveracidad o mendacidad, recayente, sobre extremos esenciales y no inocuos o intrascendentes**, perpetradas en cualquiera de las formas que se enumeran en el artículo 302 del Código Penal y con dolo falsario, esto es, con la intención de faltar o desfigurar la verdad, sea con fines defraudatorios, sea simplemente con fines apócrifos mediante los cuales se atenta únicamente a la fe pública, habiendo declarado, este Tribunal, que merecen el calificativo de documentos oficiales no sólo las representaciones gráficas del pensamiento, 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, sino también los documentos, inicialmente privados, destinados a incorporarse a procesos o expedientes y a surtir efectos en ellos y que efectivamente se incorporen a los mismos". Y concluye el fundamento Undécimo: **"En el caso presente, no se ha probado la inveracidad de las facturas de autos en cuanto justificaban estancias de enfermos intervenidos quirúrgicamente, y sí, en lo que atañe a estancias de enfermos intervenidos pero no quirúrgicamente y las denominadas «medias estancias», su inclusión en las facturas obedeció a una interpretación de la cláusula 7.ª del contrato de autos, interpretación más o menos certera, que pudo desvelarse acudiendo a los Organismos previstos para el caso de precisarse dilucidar el sentido y alcance de lo**

estipulado, es lo cierto, que, en todo caso, **excluye toda criminalización del comportamiento del sujeto activo, dado que, subjetivamente su conducta es irreprochable, no concurriendo, en consecuencia, el indispensable dolo falsario.**

Procediendo, en armonía con lo expuesto, la desestimación del séptimo y último motivo de la presente impugnación basada en el núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 303 del Código Penal en relación con los números 2.º, 4.º y 5.º del artículo 302 del mismo".

Ahora bien, esta solución sufrió, por lo que a la figura del Notario se refiere, un giro apreciable como consecuencia de la modificación legal experimentada por Ley de 18 de diciembre de 1946, que dió -como más atrás se indicó- nueva redacción al artículo 23 de la Ley orgánica del Notariado relativo, precisamente, a la identificación de los otorgantes. Concretamente, el apartado último de este precepto dispone: "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 por 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".

D) La intención maliciosa.

De acuerdo con COBO DEL ROSAL⁴⁰⁰, habría que señalar que el

⁴⁰⁰ Op. cit., p. 489.

dolo es concebido en nuestra legislación como <dolus malus>, es decir, como forma de culpabilidad y no simple dolo de hecho, hasta el punto de que "malicia" y "dolo" se hacen términos equivalentes⁴⁰¹.

Un concepto de acción maliciosa nos la ofrece la **sentencia de 9 de febrero de 1960** (Pte. López Ortiz. Ar. 282), cuando dice que **"una acción se reputa maliciosa cuando además de ser producto de la voluntad del agente se realiza con la intención, con el propósito de causar un mal, consistente en hacer u omitir lo que la ley prohíbe o manda bajo amenaza de sanción penal"** (CDO. 1º).

En primer lugar, la **sentencia de 17 de diciembre de 1926**, partiendo del criterio de la legislación penal contemporánea basado en la imputabilidad del delincuente en la **intencionada maliciosa voluntad de delinquir**, considera que, estudiada atentamente en el supuesto de autos la psicología de los supuestos delincuentes, se evidencia, más que la consecución de un fin ilícito con la realización del acto por el Tribunal sentenciador castigado como delito de falsedad en documento público, la obtención de un beneficio sin provecho propio, para sus convecinos todos, puesto que le orientaron en la evitación de dilaciones administrativas para los impacientes compradores; pero sin este aspecto real de los hechos -se agrega-, la inculpabilidad surge de la naturaleza jurídica misma del documento matriz a que luego se refirieron, ya que estuvo constituido por un "acta confidencial", íntimo carácter este que, naturalmente, vedaba su inserción en los libros de sesiones y le despojaba

⁴⁰¹ Razona el autor que el término "malicia" que emplea nuestro Código penal hace referencia a la mala intención jurídicamente desaprobada. Bien entendido que el simple desvalor ético-social de la intención resulta jurídicamente irrelevante puesto que se requiere algo más que una intención moralmente reprobable (Ibídem y nota núm. 9).

y despoja de todo carácter de documento público para convertirle en un documento privado; concluyéndose que, como quiera que para que la mutación de la verdad en éstos sea punible es preciso el perjuicio o la intención de causarlo a un tercero, y teniendo en cuenta que **ha quedado demostrado en autos que el propósito fue bien intencionado, la falsedad castigada por la Audiencia no ha existido, imponiéndose la absolución de los procesados (CDO. 1º).**

La **sentencia de 12 de noviembre de 1942** (Ar. 1.312), al conocer de un supuesto de discordancia sobre la hora en que tuvo lugar el fallecimiento entre la consignada en la certificación del óbito autorizada por el médico y la manifestada en la hoja declaratoria de datos para la inscripción en el Registro Civil facilitados al empleado de la empresa funeraria por uno de los familiares del fenecido, considera no aplicable el artículo 307, en sus números 4º y 5º, en relación con el 308, ambos del Código penal, "porque **el delito de falsedad en documento público**, sancionado en dichos preceptos, **nunca puede estimarse cometido sin la intención dolosa** de faltar a la verdad en la narración de los hechos o de alterar las fechas verdaderas del documento mismo, **esencial requisito y primordial condición interna de todas las acciones y omisiones criminosas, cuya voluntariedad se presume siempre <iuris tantum>**, desapareciendo en consecuencia si constare lo contrario, según los términos generales del artículo 1º del texto sustantivo citado", apreciándose en el supuesto de autos "**la intención no maliciosa con que hubo de consignarse hora anterior a la en que tuvo lugar la defunción de doña E.N. en el impreso comprensivo de los datos para su inscripción en el Registro Civil**, además de apreciarse la ausencia de interés en violar las disposiciones legales referentes a la

inhumación ni causar perjuicio a tercero ni abrigar idea de lucro al presentar después la certificación de inscripción en autos litigiosos en los que debió constar el fallecimiento de aquella señora, por ser exacto el contenido esencial del indicado documento, **tales afirmaciones de hecho implican la constancia de la excepción al principio general presuntivo de la voluntariedad dolosa** e impiden la inclusión de aquella inexactitud documental en la figura del delito de falsedad a que los procesados P. y R.A.G. se imputaba" (CDO. 3º).

Por su parte, la **sentencia de 30 de enero de 1945** (Ar. 207) corrobora la apreciación de la Sala sentenciadora al afirmar que los hechos ejecutados por los procesados "**no envuelven malicia y falta la intención, elemento básico del hecho punible**", pues no obedecen "a propósito criminal, ni al de realizar transgresión legal alguna, sino al de prestar un servicio y en la creencia fundada de la testadora, con lo que no estimaron causar perjuicio a otras personas, sin que les guiase ánimo de lucro" (CDO. único).

La **sentencia de 15 de enero de 1965** (Pte. Cid y Ruiz-Zorrilla. Ar. 30) estima que al advertir la inculpada al comprador que el piso primero izquierda no lo podía enajenar porque con anterioridad estaba vendido a otra persona no incurre en delito de falsedad, **estando ausente un dolo** evidente en la falta a la verdad en la narración de los hechos (CDO. 1º).

La **sentencia de 29 de abril de 1968** (Pte. de Oro Pulido. Ar. 2.067) se refiere a un supuesto que "constituye una práctica viciosa, que ha sido objeto de sanción en el correspondiente expediente administrativo, pero **no constitutivo de delito, por existir solamente falsedad puramente formal no material**", por lo que

ratifica el fallo absolutorio de la Audiencia considerando "la actuación de aquél (procesado) corresponsal en el pueblo de Roca de Huérfano del Instituto Nacional de Previsión, firmando con el nombre y apellidos del querellante, sin imitar ni fingir su letra, firma o rúbrica, un ejemplar de la nómina del subsidio familiar extraordinario correspondiente al tercer trimestre del año 1964, al objeto de devolverlo a la Central del Organismo en León, quedándose con el duplicado sin firmar, en espera lo efectuara el beneficiario cuando recibiera su importe, como usual y abusivamente se venía realizando por todos los beneficiarios del pueblo, al no acudir rápidamente a retirarlo", hechos estos que no se estiman que revisten caracteres delictivos, y sí en cambio los de la infracción administrativa aludida, por lo que **"requiriéndose voluntad intencional y maliciosa, con conciencia de perjudicar a tercero, lo que no ha sucedido en el supuesto contemplado**, en el que no ha resultado perjudicado ni el querellante, ni el Instituto Nacional de Previsión y lejos de ello, el móvil fue evitar el trastorno a aquél de trasladarse a León a percibir el subsidio y molestias al Organismo rehaciendo nuevas nóminas, **práctica o costumbre la del procesado, incorrecta e improcedente a todas luces administrativamente, merecedora de sanción como lo ha sido en dicha esfera, pero completamente ajena a propósito doloso en el orden penal, ausente de malicia**, carente de finalidad práctica alguna, al no haber tenido el procesado según afirma la narración histórica de la sentencia, intención de quedarse con el importe del subsidio; procediendo por consiguiente la desestimación del motivo" (CDO. 1º).

La **sentencia de 16 de octubre de 1991** (Pte. de Vega Ruiz. Ar. 7.287) subraya que "la existencia del delito tiene que pasar por la concurrencia,

imprescindible, del dolo falsario lo que supone la conciencia y la voluntad de trastocar la realidad para convertir en veraz lo que no es. Consiste en la conciencia, como querer de la mente, para alterar la verdad, para lograr un cambio. **Es la intención maliciosa o elemento subjetivo del injusto en el delito de falsedad que aquí no puede estar presente cuando no se perseguía ninguna finalidad ilegal, quizás ni siquiera inmoral".**

La **sentencia de 27 de junio de 1991** (Pte. de Vega Ruiz. Ar. 4.832) viene a realizar una síntesis de la doctrina del Alto Tribunal, a la vez que clarifica desde una perspectiva conceptual el tema. Comienza por afirmar rotundamente que "el dolo falsario es requisito imprescindible para la consumación del tipo". Y lo define como "la conciencia y la voluntad de trastocar la realidad para convertir en veraz lo que no lo es. Consiste en la conciencia, como querer de la mente, para alterar la verdad, para lograr un cambio (<mutatio veritatis>". Y añade: "Es la intención maliciosa o elemento subjetivo del injusto que aquí mal puede concurrir cuando no se persigue ninguna finalidad ilegal, ni siquiera inmoral". En concreto, en el caso examinado -se trata de un expediente de apremio y embargo por débitos a la Hacienda- "el Recaudador de contribuciones era consciente de que la finca no era del requerido, como era consciente de que, <ante la eventualidad de ser embargado en bienes propios>, el acusado procedió a firmar el impreso ya rellenado que se le exhibía y en el que constaba la solicitud de que se le embargara la referida finca". Por ello, **"el dolo no puede existir si el presunto falsario no pedía, no quería, no buscaba ninguna finalidad. Era, en resumen, una persona sujeta a unas circunstancias que ni propició ni aprovechó. No entraba para nada en el círculo lucrativo, ideado o**

plasmado a través de la falsedad" (FD. 4º).

La **sentencia de 12 de diciembre de 1991** (Pte. de Vega Ruiz. Ar. 9.297) define el **dolo** "como conciencia y voluntad de trastocar la realidad para convertir en veraz lo que no lo es, consiste en querer mentalmente la alteración de la verdad. **Intención maliciosa, elemento subjetivo del injusto, que ha de quedar tan clara como para rechazar la imputación falsaria cuando esa supuesta falsedad no guarda entidad suficiente para entrar en el tráfico jurídico, ni idoneidad para la legitimidad aparente del documento o para su veracidad. En el supuesto presente resulta difícil encajar la actividad desarrollada por el acusado en los apartados del artículo 302 acogidos por la sentencia. En puridad de derecho no se faltó a la verdad en la narración de los hechos, porque la firma y expendición del cheque no implica narración alguna. De la misma manera tampoco hubo simulación de documento (número 9 del precepto) desde el instante en que éste era cierto, aunque perteneciente a persona distinta del que lo libró, como también era auténtica la firma que en él se extendió, aunque no fuera de quien debía legítimamente haberlo hecho. No existe pues la falsedad".**

La **sentencia de 7 de abril de 1992** (Pte. de Vega Ruiz. Ar. 2.866) declara que la falsedad "ha de ir acompañada del **dolo falsario como conciencia de voluntad para trastocar la realidad, convirtiendo en veraz lo que no lo es. Ese dolo supone la conciencia, como querer de la mente, de alterar la verdad, con intención de cambio («muttatio veritatis»).** En suma, **es el elemento subjetivo del injusto que representa la intención maliciosa a través de la cual se persigue una finalidad ilegal e inmoral".**

La **sentencia de 22 de octubre de 1992** (Pte. Moyna Ménguez. Ar. 8.426) viene a corroborar que "no se deduce de la actuación del acusado que los documentos por él suscritos, en los que polariza el denunciante la falsedad, respondieran a **una voluntad maliciosa o dolo falsario dirigido finalísticamente a mantener un resultado dañoso para el denunciante**, resultado que tampoco dependía exclusivamente de dichos informes como demuestran las resoluciones administrativas adoptadas, razones en suma que abonan la desestimación del recurso" (FD. 3º).

Finalmente, la **sentencia de 9 de marzo de 1994** (Pte. Moyna Ménguez) declara que en el supuesto enjuiciado la "**controversia ha carecido de sustancia penal al no haber existido ocultación maliciosa de la hipoteca**; el querellante adquirió un piso hipotecado con conocimiento de este gravamen, pero con obligación por parte de la entidad vendedora de satisfacer el préstamo y de cancelar la hipoteca con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública; el contencioso surge por la demora en el pago de los primeros vencimientos, que hace efectivos el comprador, y sobre la liberación de la carga real que apremia a este último; **es un tema exclusivamente civil criminalizado a través de una falsedad ideológica** -la de la ocultación de la hipoteca en el documento privado- con el fin de lograr aquel resultado, resucitando implícitamente el tema de la prisión por deudas afortunadamente desterrado de nuestro sistema judicial" (FD. Unico).

En definitiva, la ausencia de **intención o malicia** en la conducta falsaria determina inexcusablemente la inocuidad de la misma por falta de dolo. Esta es la doctrina recogida, además de las citadas, en sentencias **de 20 de junio de 1881, de 7 de febrero de 1882, de 19 de mayo de 1964** (Pte. Quintano Ripollés. Ar. 2.594),

de 2 de julio de 1965 (Pte. García Obeso. Ar. 3.469), **de 18 de marzo de 1976** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 1.194) y **de 8 de marzo de 1991** (Pte. Cotta y Márquez de Prado. Ar. 1.949).

E) Dolo y engaño.

Por otra parte, es necesario relacionar el dolo con el **engaño** puesto que éste se configura como el elemento definidor de aquél en el delito de falsedad documental. En efecto, teniendo en cuenta que la acción falsaria, como se ha señalado en páginas anteriores, suele describirse como la creación de una apariencia capaz de provocar a error a terceros⁴⁰², pues en última instancia el engaño no es más que una actividad dirigida a provocar el error en la víctima, un error aberrante o invencible, que le hace tomar lo falso por auténtico⁴⁰³, destacando en este caso el elemento subjetivo concretado en la intención de inducir a engaño con el documento. A este respecto, GARCIA CANTIZANO distingue una doble faceta en el engaño, a saber: de una parte, se exige que la conducta falsaria sea objetivamente idónea para provocar el error; y de otra, es necesario que el sujeto quiera inducir efectivamente a dicho error.

La **sentencia de 1 de marzo de 1988** (Pte. Bacigalupo Zapater. Ar. 1.512) es

⁴⁰² GARCIA CANTIZANO, "Falsedades...", op. cit., p. 360. Por su parte, BACIGALUPO ("Estudios...", op. cit., p. 330) habla de "aptitud para engañar".

⁴⁰³ JIMENEZ ASENJO, "Falsificación", op. cit., p. 495.

harto elocuente al relacionar ánimo de dañar con propósito de engañar, afirmando que **"el ánimo de dañar se debe identificar, en el caso del artículo 306 del Código Penal, con el propósito de engañar, pues no hay otra forma de producir un daño mediante documento privado"**. Ahora bien, en el caso examinado "este ánimo de engañar, sin embargo, no es de apreciar cuando los autores de los documentos que simulan contratos de compraventa lo hacen para dar un supuesto respaldo negocial a una serie de letras de cambio. En tales casos el documento simulado aparece como el motivo para la creación de otros documentos, las letras, cuya autenticidad y verdad no es, en principio, cuestionable, como se le puso de manifiesto en la Sentencia de 20-4-87. En ésta se dijo -reiterando lo expuesto en la Sentencia 14-5-73- que «siendo la letra en nuestro sistema legal un documento formal, abstracto y completo, sólo a ella misma y no a los datos extracambiarios habrá de atenderse y acudirse para su valoración penal como falsedad, pues ésta atañe a documentos y no a negocios». Con el otorgamiento de las letras, por lo tanto, se dio al tercero un título de ejecución válido y **no cabe pensar, entonces, que la simulación haya sido causada con el ánimo de causar un daño"**.

Y como quiera que el engaño es esencialmente falsedad, nos dice ROMERO SOTO⁴⁰⁴, tres son las causas de la falsedad (<causae falsitatis>) que pueden citarse, siguiendo a CARNELUTTI: la <causa decipendi> o simple propósito de engañar; la <causa nocendi> o propósito de causar un daño en general; y la <causa fraudandi> o propósito de causar un daño contrario al Derecho.

⁴⁰⁴ "La falsedad...", op. cit., p. 133. En el mismo sentido, JIMENEZ ASENJO, *ibídem*.

F) Dolo y error.

Ahora bien, en relación al carácter antijurídico de la conducta no puede confundirse la realizada movido por un especial motivo ético, filantrópico o simplemente altruista de aquella otra realizada bajo un **error** teniendo en cuenta que, como hemos indicado, la conducta falsaria solamente será punible cuando el agente haya actuado con conocimiento y voluntad en relación a los elementos que conforman el tipo objetivo del delito. No hay que olvidar a este respecto que, como reseña MEZGER⁴⁰⁵, el elemento intelectual del dolo plasmado en forma de conocimiento (previsión) de las partes integrantes del tipo legal, y dividido, como hemos expuesto, en "conocimiento de los hechos" y "conocimiento de la significación", puede sufrir una **inversión** haciendo surgir el error del agente sobre los hechos y el error respecto a la significación, esto es, el contraste entre "conocimiento de los hechos" (error sobre los hechos) y "conocimiento del Derecho" (error de Derecho)⁴⁰⁶.

Afirma GARCIA CANTIZANO⁴⁰⁷ que el error tiene relevancia sobre el objeto material de la acción; y así, si el error recae sobre la falta de los elementos indispensables para la existencia del documento, el hecho resulta irrelevante⁴⁰⁸, al

⁴⁰⁵ "Tratado...", op. cit., II, p. 89.

⁴⁰⁶ Acerca de la relación entre el conocimiento eventual de la antijuricidad y el error de prohibición puede verse SILVA SANCHEZ, "Observaciones...", op. cit., pp. 647 y ss.

⁴⁰⁷ "Falsedades...", op. cit., pp. 369 y ss.

⁴⁰⁸ BACIGALUPO señala que "el error sobre el carácter de documento es un nuevo error de subsunción y por lo tanto irrelevante" ("Estudios...", op. cit., p. 330).

igual que si el sujeto altera un aspecto del documento que carece de importancia en cuanto a los efectos de su consideración como tal o de su eficacia como medio de prueba. No ocurrirá así, en cambio, cuando el agente actúa sobre un documento auténtico en la creencia errónea de que su acción se desarrolla sobre un objeto que no es considerado como tal, se entendería entonces que se trataría de un error vencible y la conducta sería castigada como culposa.

Cuestión distinta es que se crea erróneamente que se actúa legítimamente sobre el contenido del documento, al tratar de adecuar a la realidad algún aspecto de aquél que no se corresponde con lo allí constatado.

La **sentencia de 12 de julio 1904** confirma el fallo absolutorio de la Sala instancia que considera que el procesado incurrió en error de Derecho, señalando que "si bien dicho procesado, como se afirma en la pregunta 5ª, puesto de acuerdo con M.B. dió instrucciones al primero sobre el modo y forma de la solicitud, hechos que habría de contener y Juez ante quien debiera presentarse, **ni por dolo ni por imprudencia pudo contribuir a que se faltara a la verdad en la narración de los que en ella se alegaron, ya que le constaba que P.G. había poseído las fincas de que se trata a título de dueño, por ser de su pertenencia**, que es lo fundamental en esta clase de informaciones para llegar mediante ellas al fin que el acreedor se proponía, y consiguientemente los hechos que al recurrente se imputan no ser constitutivos de delito" (CDO. 2º).

La **sentencia de 24 de marzo de 1962** (Pte. García Gómez. Ar. 1.316) indica que los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida se afirma que el procesado Manuel A., **creía y cree que era propietario del mencionado monte, y**

esta creencia era racional por estar fundada en un documento en el que, al parecer, y conforme al dictamen de dos letrados, esa finca era propiedad de sus difuntos ascendientes, **no cometió el delito de falsedad de que se le acusa cuando compareció ante el Notario y manifestó en el acta de notoriedad <que era propietario por herencia de sus padres de dicho monte >** y tampoco cometieron ese mismo delito los otros procesados Braulio D. y Manuel A. al aseverar esta manifestación en tan repetida acta, puesto que según consta en las propias premisas de facto, todos los vecinos de la Parroquia reconocían la propiedad del monte en favor del procesado Manuel A. (...), **y menos aún puede atribuirse la comisión del delito a la que también fue procesada Benita L. porque creyéndose propietaria de la parcela que se le había adjudicado y estando en posesión de justo título,** ejercitase procedimiento de reivindicación conforme al artículo 41 de la Ley Hipotecaria, contra la persona que no reconocía ni respetaba su propiedad debidamente registrada" (CDO. 2º).

La **sentencia de 3 de noviembre de 1989** (Pte. Vivas Marzal. Ar. 9.655) conoce del supuesto en que el acusado como representante, y prácticamente único dueño, de «RUISAN, S. L.», libró unas letras de cambio a la orden de S. U. M. N., S. A. y a cargo de presuntos deudores, letras que no respondían a operaciones mercantiles concretas, y que se libraron conforme a programas anuales y a cálculos de pedidos que, en el orden de una previsión racional, se iban a producir por parte de los librados de tales letras, no atendiéndose éstas, porque las previsiones fallaron, por la crisis económica del sector y porque los suministros que respaldaban el giro de las letras, no llegaron ni a formularse, ni a efectuarse en la realidad extracambiaria;

deduciéndose de lo declarado probado por la sentencia de instancia que, además de que esa forma de pago fue admitida por la entidad querellante, aunque con ciertas cautelas, por parte del acusado, pese a su visión anticipada del futuro y de los suministros que calculaba practicaría, **aunque faltara a la verdad, no lo hizo con propósito falsario, es decir, conscientemente, sino que, antes al contrario, se hallaba en la racional creencia de que, tales letras, si sus previsiones programadas no fallaban, serían atendidas el día de su vencimiento.** Así pues, **aunque se perpetrara, objetivamente hablando, una falsedad ideológica cometida en documentos mercantiles, el elemento anímico de estas infracciones, es decir, el dolo falsario, se halla ausente de la dinámica comisiva" (FD. 4º).**

*La sentencia de 5 de octubre de 1990 (Pte. Moyna Ménguez. Ar. 7.678) asevera que "todo lo expuesto no es óbice para reconocer el error de prohibición que la sentencia admite fundado en la creencia de que la casa era de su pertenencia por las razones que expresa la resolución impugnada -pagos de deudas de la herencia y de contribución urbana, reconstrucción y adaptación a su costa, adquisición de la parte al hermano que había cooperado en estos gastos-,y que recibe en ella el tratamiento de evitable o vencible, por entender que todas las circunstancias concurrentes debieron crear a la recurrente no un estado de certeza, sino un estado de duda sobre la licitud del procedimiento seguido para dar validez formal a sus pretendidos derechos dominicales, del cual no trató de saber. Sin embargo, una ponderación cuidadosa de las circunstancias del caso: **el nivel cultural en que se movía la acusada**, que le impedía llegar por vía de reflexión o de autocrítica a una conclusión distinta sobre sus derechos dominicales, y **la información obtenida en la oficina notarial alejaba toda***

duda sobre la posible corrección y sobre la trascendencia penal del procedimiento sugerido como medio de obtener el título inmatriculador de una finca que consideraba suya. La creencia de estar obrando lícitamente, con la nota de inevitabilidad, excluye el carácter culpable de la acción, y, por tanto, la responsabilidad penal; y en este sentido y alcance, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 bis a), párrafo tercero, del Código Penal, procede estimar este motivo del recurso dictando sentencia absolutoria, quedando, por supuesto, abierta la vía de la jurisdicción civil para que los presuntos perjudicados por la escritura de referencia puedan ejercitar las acciones pertinentes, y no sin advertir que la acusación fiscal, modificando las conclusiones definitivas, calificaba los hechos en el marco del delito culposo, no en los términos que expresa el segundo de los Antecedentes de la sentencia recaída" (FD. 2º).

La **sentencia de 10 de abril de 1992** (Pte. García Ancos. Ar. 2.945), por su parte, hace referencia al elemento intencional y al error invencible como factores de inimputabilidad en el caso examinado. En este sentido, afirma que "el **error invencible** que este precepto parece definir en su apartado primero, y dada su poca afortunada redacción, hay veces que se confunde, por propia incidencia, con la falta de dolo o intencionalidad en el hacer del agente comisario, como requisito esencial que exige de forma genérica el art. 1.º del mismo texto legal, sobre todo después de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica de 25-6-1983, y ello aunque se trate de delitos puramente formales como puede ser el de falsificación realizado en documentos oficiales que define el art. 303 del Código, en el que, a simple vista, el puro automatismo de su comisión podría llegar a su tipificación y subsiguiente

condena. Entendemos, sin embargo, que ello no debe ser así, pues una cosa es que en la falsedad de estos documentos no se exija la intención de perjudicar a terceros, y otra muy distinta que no se requiera un mínimo de intención falsaria y defraudatoria. De no existir esa mínima intención dentro del núcleo de la misma acción delictiva, no puede hablarse de imputabilidad subjetiva, ni, por tanto, de delito.

Y esto es lo que ocurre en el supuesto enjuiciado, pues de una detenida lectura de los hechos declarados probados, a los que necesariamente nos hemos de ceñir dada la vía casacional empleada, **no puede de forma alguna inferirse que los querellados tuvieran el más mínimo deseo de falsear la verdad cuando se llevó a cabo la firma en solicitud del cambio de titularidad, ya que para realizar tal cambio contaron siempre con el consentimiento y anuencia directa de la persona teóricamente autor de la firma**, quien, además, cedió voluntariamente su Documento Nacional de Identidad para llevar a buen término y facilitar ese cambio de titularidad. Aparte de ello, y como bien razona el Tribunal sentenciador, **se puede apreciar, en todo caso, la existencia de un error de prohibición (e, incluso un error de tipo) en cuanto que, dada la baja cultura de los querellados y las buenas intenciones que les movían**, es lógico entender que al estamparse la firma en el documento dirigido al Ayuntamiento, se ignorase que tal acción era ilegal, máxime, como hemos dicho, cuando fue el propio titular de la concesión administrativa el que consintió en el cambio de titularidad, proporcionando todos los elementos necesarios para que tal se produjera" (FD. 2º).

Finalmente, es ilustrativa la **sentencia de 25 de mayo de 1992** (Pte. Hernández Hernández. Ar. 4.332) al afirmar que "el error de prohibición del art. 6

bis a) fue introducido por la Ley Orgánica de 25-6-1983, en un intento perfeccionista de la esencia del Derecho Penal, en relación con el claro significado subjetivista de la culpabilidad del art. 1 del propio Código, en cuanto que la última abarca y comprende «el conocimiento exacto de la ilicitud del hecho», intencionalidad anímica que ha de derivarse de la propia libertad con que toda conducta humana debe primariamente desenvolverse, aspecto ciertamente complejo y no fácil de determinar por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada persona [S. 11-7-1991].

Implicando el error la creencia del acusado de que su conducta no conlleva sanción penal, por conforme a la norma, estado de opinión eficiente a eliminar la existencia de la infracción, alegada por el autor «material» del delito y tendente a la exoneración total del reproche culpabilístico punitivo (si se trata de error «invencible») o a la simple atenuación jurídico-sancionadora de su conducta (si «ven- cible») como cualquier alegación ha de ir amparada por la condición de «credibilidad», que en el ámbito jurídico equivale a «certeza» probatoria, debiendo resaltarse que la acreditación probatoria es la manifestación de la verdad" (FD. 4º). Para añadir más adelante que "como tiene reiteradamente declarado esta Sala [Cfr. Sentencias, entre otras, de 22 enero y 17 octubre 1991], para acoger como circunstancia de inimputabilidad el error de prohibición, es imprescindible que sea probado con real fundamento por quien lo alega, y que para exonerar la responsabilidad, es preciso que el pretendido error tenga el carácter de invencible, y ni dicha circunstancia ni el simple error, ni de lo actuado en la instancia, ni de los hechos declarados probados, que han de respetarse íntegramente dado el cauce formal elegido y la desestimación de los

motivos articulados bajo los numerales 3.º y 4.º, puede ser deducido. Procede la desestimación del motivo, y habiendo sido igualmente rechazados los tres restantes, el recurso debe decaer" (FD. 5º).

G) La teoría de los móviles.

Si en el ámbito del Derecho civil se utiliza el término **causa** para referirse al motivo que induce al acto o contrato; en el caso del Derecho penal, en cambio, se habla de **móvil** para identificar la causa que mueve al acto delictivo. Lo que trasladado a nuestro objeto de estudio plantea la consideración de la **teoría de los móviles** en el delito de falsedad⁴⁰⁹.

A este respecto es de destacar que en ocasiones el agente falsario actúa movido por motivaciones simplemente éticos, filantrópicos o simplemente altruistas, en donde la conciencia de la ilicitud de la conducta realizada no desaparece⁴¹⁰. Para algún autor la concurrencia de esta clase de móviles puede influir en la gradación del dolo, aun cuando no afecta a la subsistencia de éste⁴¹¹. Sin embargo, como recoge

⁴⁰⁹ Máximo exponente de la teoría de los móviles en el ámbito del Derecho privado fue JOSSERAND, para quien dicha teoría revitalizó especialmente los conceptos de vicio del consentimiento, causa, fraude, etc., distinguiendo en los actos penales tres aspectos desde los cuales debe la ley penal examinarlos: la voluntad, la intención y el móvil (citado por ROMERO SOTO, "La falsedad...", op. cit., pp. 134-135).

⁴¹⁰ GARCIA CANTIZANO, "Falsedades...", op. cit., p. 372.

⁴¹¹ DIAZ PALOS, op. cit., p. 98.

ANTON ONECA⁴¹², algunas sentencias del Tribunal Supremo, precisamente recaídas en materia de falsedades documentales, han estimado que la motivación desinteresada y altruista excluía la malicia.

Efectivamente, la **sentencia de 15 de abril de 1944** (Ar. 504) considera que no existe intención criminal, ni perjuicio a tercero, ni propósito alguno de vulnerar conscientemente las disposiciones establecidas en los hechos enjuiciados puesto que los impulsos que movieron a la procesada a ejecutar los actos que se le imputan "**iban encaminados a remediar una desventura y a crear a la niña una situación legítima en el seno de una familia honesta, evitándola en lo futuro la bastardía de su origen, estímulos derivados todos de la fundada presunción** de que la madre de la recién nacida la había abandonado definitivamente; sin que su falta de cultura la permitiese conocer el alcance y trascendencia de sus falsas declaraciones" (CDO. 2º).

Como tampoco se considera autor de un delito de falsedad, ni siquiera a título de imprudencia, a quien **guiado por un proceder honesto** y considerando su condición de lego en una determinada materia, no obstante ejercer un cargo público electo, autoriza unas certificaciones reputadas falsas extendidas por otros. Este es el caso del Juez de Paz J.C.M., lego y afrontando una situación de mucho trabajo en el Juzgado, quien firmó varios certificados de nacimiento sin hacer la debida comprobación con el acta correspondiente y fiado en la moralidad y honradez de los colaboradores que le presentan aquéllos para la firma en cuestión y en los que se

⁴¹² "Derecho penal", op. cit., I, p. 207.

cometieron mutaciones de fecha del natalicio a los fines de optar por los interesados a un premio de nupcialidad del Instituto Nacional de Previsión.

Este es el caso examinado en la **sentencia de 13 de febrero de 1959** (Pte. Parera Abelló. Ar. 379), respecto del cual considera "que a quien presta un servicio de cooperación ciudadana sin que para su designación se precisaran otras circunstancias que las de una moralidad pública y privada reconocida y una cultura elemental primaria, rodeándole a la vez de funcionarios y elementos profesionales o técnicos encargados de preparar el despacho que justifique su misión, auxiliares que conocen y practican el mecanismo administrativo de ella, no puede reputarse negligente en el desempeño de aquellas funciones, porque en la realización de ellas se haya producido con absoluta y total confianza en la gestión de sus colaboradores, que a su vez obraron sin malicia según se ha declarado, al no reflejar en determinados momentos la verdad de los hechos que integraban los certificados que todos ellos habían de autorizar, alterando fechas por descuido e incuria de su actuación (...), y por ello, como el procesado absuelto, Juez de Paz del pueblo de H., en la provincia de P., aceptó y autorizó las certificaciones de nacimiento reputadas falsas que para ello le presentaba el encargado de la Secretaría sin constarle la diferencia de fechas que sobre el acto certificado contenían, y estimó que la celebración de una misa de velaciones era la autenticación real e inmediata de un matrimonio canónico cuya celebración y trámite incumbe a la Autoridad eclesiástica procediendo a su transcripción en el Registro, esta actuación perfectamente explicable por sus condiciones de lego en la materia y la imposibilidad material y física que la sentencia reconoce de efectuar por sí comprobaciones, no preceptivas para él, y de total y

absoluta inexigibilidad para la satisfacción de su proceder honesto habida cuenta del modo y forma como forzosamente tenía que desenvolverse, **no cabe imputarle responsabilidad penal derivada de las falsedades que han servido para condenar a los responsables directos de su ejecución ni siquiera bajo la forma de imprudencia, por no haber culpa alguna de las mismas se derive"** (CDO. 1º).

La **sentencia de 9 de febrero de 1960** (Pte. López Ortiz. Ar. 282), en relación a la conducta del procesado que, en compañía de su esposa, incluyó en el padrón a un niño que le fue entregado por su madre fallecida, declara que aquél "**no sólo no planteó y tendió a ejecutar un mal, sino que la formal falsedad realizada fue un eslabón más de su benéfica trayectoria con relación al hijo ajeno, que crió, cuidó y consideró como propio, sin busca de provecho, actuación que en sí es la más opuesta al dolo directo que había de presidir la lógica y moral construcción de la imputabilidad y consiguiente culpabilidad en el delito de falsedad"** (CDO. 1º). Precisamente, la sentencia retoma en este caso la doctrina del Tribunal Supremo "**sobre falsedades cometidas por piadosos sentimientos** en la facilitación de datos para inscripciones en el Registro Civil, pues en cuanto a éste, tan trascendental en toda relación familiar pura, económico-familiar, sucesoria y matrimonial futura, la conciencia de una ilegalidad, que como ha estimado esta Sala es la conciencia misma de la antijuricidad, se alcanza al falseador menos culto y avisado" (CDO. 2º).

Finalmente, la **sentencia de 16 de febrero de 1962** (Pte. Quintano Ripollés. Ar. 663) declara que "**el ánimo y conciencia de faltar a la verdad, ordinariamente suficiente para encarnar el dolo en las falsedades de documentos públicos u oficiales, no es susceptible generalmente de desvirtuarse por finalidades**

humanitarias que de otra parte y en el caso concreto, no pasan de ser meras hipótesis del recurrente, sin apoyo en la realidad formal de los hechos, que, por el contrario, ponen en evidencia que el niño fue inscrito en el Registro como hijo natural, aunque de madre que no era la suya, con lo que no cabe alegar con éxito el móvil piadoso de librarle de la tara social de ilegitimidad" (CDO. 1º).

H) Breve referencia a la comisión culposa.

De otra parte, es también un criterio mayoritario el que el dolo es **elemento esencial** de la falsedad documental y es este mismo sector de la doctrina⁴¹³ el que niega la posibilidad de la comisión por imprudencia en las conductas falsarias, a diferencia de otro sector minoritario donde parece admitirse, por lo general, la forma de ejecución culposa del citado delito⁴¹⁴. Incluso, ya los prácticos hacen

⁴¹³ SANCHEZ TEJERINA, ANTON ONECA y FERRER SAMA, citados por CAMARGO HERNANDEZ, "Falsificación...", op. cit., p. 524. En este mismo sentido, ORTS BERENGUER, "Derecho penal...", op. cit., p. 251 y CORDOBA RODA, "Comentarios...", op. cit., pp. 862 y 863. Este último autor, no obstante, puntualiza a este respecto que la cuestión de la comisión por imprudencia del delito falsario no se suscita en relación a todas las modalidades del art. 302, sino tan solo respecto a las denominadas falsedades ideológicas, y más concretamente, como señala GARCIA CANTIZANO ("Falsedades...", op. cit., p. 344), la falsedad ideológica cometida por funcionario en documento público en el momento de constatar documentalmente las declaraciones efectuadas por particulares actuando como fedatario público.

⁴¹⁴ Postura mantenida con especial firmeza por QUINTANO RIPOLLES ("La falsedad...", op. cit., pp. 158 y ss.) que considera que es posible "una incriminación culposa, al menos en gran número de supuestos, pues por regla general, la voluntad maliciosa en la falsedad es una, de dolo genérico como más arriba quedó éste definido". Y añade contundente: "Se quiere maliciosamente la falsedad cometida en

reposar la teoría de la falsedad sobre el principio del dolo con las siguientes palabras:
< falsitas sine dolo comitti non potest >⁴¹⁵.

Desde los primeros cuerpos legales, la locución "a sabiendas" se inserta en todos los textos hasta el Código de 1822. Por su parte, el Código penal de 1848 excluye esta expresión, lo que motiva que este delito pueda cometerse por imprudencia. En el Código penal de 1870, en el de 1944 y en el actual se emplea expresamente la locución "a sabiendas" en algunos tipos (artículos 304, 307 y 313) y al no decirse nada en los restantes, pudiera admitirse a primera vista que podían cometerse por culpa o imprudencia⁴¹⁶.

Sobre este particular sobresale la opinión vertida por QUINTANO RIPOLLES⁴¹⁷ al calificar de muy poco consistentes los argumentos tendentes a defender la incriminabilidad a título de culpa de las falsedades documentales, fundándose en la no expresa mención de la locución "a sabiendas" u otra semejante

la forma dolosa y, en ausencia de esa maliciosidad, es decir, cuando no se cumple plenamente el requisito de voluntad finalístico, queda margen suficiente para la incriminación a título de culpa".

⁴¹⁵ Expresión acuñada por JULIO CLARO en su "Receptarum sententiarum" (libro V, Falsum 42); citado por CAMARGO HERNANDEZ, "Falsificación...", op. cit., p. 523 y también por DIAZ PALOS, "El delito...", op. cit., p. 93.

⁴¹⁶ Dice HASSEMER ("Fundamentos...", op. cit., pp. 267-268) que "dolo e imprudencia son los dos elementos del actuar humano de los que se deriva positivamente la posibilidad de imputación subjetiva. Expresan que el que actúa y causa objetivamente resultados (o desgracias), también debe haber participado internamente en su acción para que ésta pueda imputársele: que sabía y quería también lo que hacía (dolo), o que los resultados por él producidos, si no los preveía o quería, por lo menos debería haberlos podido prever y evitar (imprudencia)".

⁴¹⁷ "Derecho penal de la culpa...", op. cit., 1958, pp. 423 y ss.

en los respectivos tipos⁴¹⁸. Para el autor, lo que verdaderamente posibilita la estimativa culposa en las falsedades documentales es la no necesidad de una segunda intención en el acto, que caso de existir en el texto definidor la destipificaría en su ausencia, como destipifica las de documento privado y todas las de su uso⁴¹⁹.

El Tribunal Supremo ha declarado que ciertas formas de falsedades - principalmente las de los números 4 y 7- pueden cometerse por imprudencia, entrando en juego en tal caso el artículo 565⁴²⁰. La jurisprudencia parece estar más próxima al apuntado criterio minoritario de la ejecución culposa del delito falsario.

Ofrece argumentos de notorio interés la **sentencia de 10 de febrero de 1992** (Pte. Puerta Luis. Ar. 1.110) cuando afirma que "la doctrina sentada por esta Sala

⁴¹⁸ Idem, p. 433. Explícitamente señala el autor que resultaría abusivo exigir del redactor de un Código la repetición reiterativa de tal enunciado del dolo en cada descripción de delito, que por lo demás, no es función de tipicidad, sino de culpabilidad. Coincide el autor con ANTON ONECA, a quien cita, cuando este último indica que en determinados habrá sido imprescindible al legislador el expresar el dolo dentro del tipo y en otros no habrá sido necesario, así cuando la acción sea compatible con los dos grados de culpabilidad, no cuando la acción incorpore en sí misma la idea de intención.

⁴¹⁹ Idem, p. 434.

⁴²⁰ Sentencias de 28 de febrero de 1936 y 26 de febrero de 1959. En cualquier caso, el tema de la comisión imprudente de la falsedad documental no ha estado exento de discusión tanto en el seno de la jurisprudencia como de la doctrina, y de ello se hace eco ANTON ONECA ("Derecho penal", op. cit., I, p. 225). En efecto, refiere el autor cómo las sentencias de 1 de diciembre de 1890, 26 de octubre de 1885, 5 de julio de 1928 y 5 de mayo de 1945, entre otras citadas, estiman falsedades documentales por imprudencia. Pero observa inmediatamente que "de la lectura de algunas de ellas parece deducirse que se trataba de hechos dolosos, y, dada la gravedad de las penas con que el Código castigaba las falsedades, en notoria desproporción con la escasa gravedad de la conducta enjuiciada, se acudió al expediente de la imprudencia". Por ello, entiende ANTON ONECA que "la falsedad exige intención falsaria; donde ésta se encuentre ausente habrá un error, una equivocación, pero no una falsedad". Criterio este seguido por SILVELA y SANCHEZ TEJERINA; en contra, PUIG, LOPEZ REY y RODRIGUEZ MUÑOZ.

que, dentro del **debate doctrinal sobre la posible incriminación culposa de la falsedad documental**, solamente niega tal posibilidad en las falsedades tipificadas en relación con una finalidad o ánimo específicos -v. arts. 304, 305, párr. 2.º, 306, 307 y 311 CP, y la admite genéricamente en los demás supuestos -v. arts. 302 y 303 CP [vid. SS. 8-5-1925, 26-2-1959 y 4-3-1975]. Este **criterio ecléctico** es el que sigue manteniendo la jurisprudencia [v. SS. 28-5-1982 y 21-11-1983] y está inspirado en el principio que concede carácter general al art. 565 del Código Penal («crimen culpae»), sin más excepciones que las determinadas en la Ley o que deriven de la propia naturaleza del delito de que se trate, o cuando reclamen un propósito especial (tales como las falsedades cometidas «a sabiendas», «con ánimo de lucro», «en perjuicio de tercero», o «para eximir de un servicio público»), **aceptándose, sin embargo, la comisión culposa para las falsedades ideológicas y, en general, para los tipos que no incluyen en la definición legal elementos subjetivos del injusto** [vid. SS. 13-12-1985 y 4-11-1989]; circunstancias aquellas, que, como es patente, no concurren en las falsedades del art. 303 del Código Penal" (FD. 2º).

La **sentencia de 4 de marzo de 1992** (Pte. Montero Fernández-Cid. Ar. 1.733) se refiere a la "**posibilidad de comisión culposa del tipo delictivo de falsedad**" destacando que "**la doctrina científica ha pendulado en España dentro de las direcciones admisible y negativa**, aduciéndose argumentos de orden dogmático y de política criminal. Lo cierto es que **la jurisprudencia de esta Sala ha venido tradicionalmente admitiendo tal posibilidad, siendo la última formulación la contenida en la compendiosa S. 4-11-1989, excluyendo tan sólo de la misma los casos que incorporan el dolo a la tipicidad, como son los previstos en los arts.**

304, 305, 306, 307 y 311 del Código Penal, en los que se exige la realización de algo que sobrepase la genérica voluntad del autor sobre la mera realización de la acción objetiva: «intención de lucro», «perjuicio de tercero o ánimo de causárselo» u otro elemento subjetivo semejante de la tipicidad" (FD. 8º).

3.3. Falsedad material y falsedad ideológica.

A) Delimitación conceptual.

Con carácter previo al examen pormenorizado de cada una de las nueve modalidades falsarias que contempla el artículo 302 del C.P., es preciso subrayar que todas ellas pueden sintetizarse atendiendo a la clásica bipartición de **falsedad real o material y falsedad intelectual o ideológica o espiritual**⁴²¹⁴²².

⁴²¹ MUÑOZ CONDE, "Derecho penal. Parte especial", op. cit., p. 548.

⁴²² Ni el Derecho romano ni el germánico conocieron de esta distinción. En la Edad Media y en el Derecho común se consideraba documento falso aquel que aún siendo legítimo tenía un contenido no verdadero. Los Estatutos italianos aplicaban la pena de falsedad al Notario que, a sabiendas, daba fe de un hecho no verídico y también a los particulares que por engaño determinaban al Notario a la redacción del documento falaz. Y esta concepción se halla todavía presente en la legislación francesa. Las legislaciones influenciadas por el Derecho alemán separan netamente la falsificación material ("Fälschung") de la falsedad intelectual ("Falsche Beurkundung"). La distinción entre falsedad material e ideológica o, mejor aún, la introducción de la pretendida sustantividad de esta última, es debida principalmente a la técnica penal francesa (CAHVEAU HELIE, GARRAUD), seguida de la italiana (ESCOBEDO, LOMBARDI y CARRARA, si bien este último conserva las denominaciones "ideológica" y "material" pero dándoles un contenido distinto: así la falta de verdad la denomina este autor "falsedad material", y la falta de veracidad, "falsedad ideológica"). Vid. QUINTANO RIPOLLES: "La falsedad documental", op.

La **sentencia de 17 de octubre de 1959** (Pte. de la Rosa y de la Vega. Ar. 3.881) se refiere a la existencia de la falsedad ideológica en el caso examinado en los siguientes términos: **"se está en presencia de un caso de falsedad ideológica porque no afecta a la materialidad del documento, que es verdadero externamente, pero su contenido, su entraña, su sustancia, no responde a la realidad toda vez que ha sido ideado para dar apariencia de verdad a declaraciones mendaces vertidas en un documento privado que se confeccionó con fines ilícitos y que para mayor eficacia se elevó a escritura pública totalmente falsa intrínsecamente, por ser reflejo de un inexistente contrato de compra-venta que encubría el propósito inconfesable de los otorgantes y como en ese documento público se faltó abiertamente a la verdad al narrar unos hechos inveraces"** (CDO. 1º).

Más recientemente, podemos leer en el Fundamento de Derecho cuarto de la **sentencia de 7 de abril de 1992** (Pte. De Vega Ruiz. Ar. 2.866) que **"por falsedad ideológica del art. 302.4 del Código Penal se falta a la verdad en la narración de los hechos, también denominada falsedad espiritual. Por medio de ella, y ante el funcionario correspondiente, se vierten expresiones que no responden a la realidad. Se da un contenido al documento (en este caso notarial) que es inexacto porque se proyectan pensamientos, decisiones e ideas manifiestamente falsas, con mutación sensible y notoria de la verdad respecto de elementos esenciales y trascendentales del documento, también con trascendencia sobre el acto o negocio jurídico que se documenta [SS. 27 junio y 16 octubre 1991].**

cit., pp. 189 y ss.; y ROMERO SOTO: "La falsedad documental", op. cit., pp. 106 y ss.

Señala CASAS BARQUERO⁴²³, que en el ámbito documental es posible distinguir, según el modo en que tenga lugar la mutación documental, entre falsedad material o real y falsedad ideológica o intelectual. En este sentido, la falsedad material entrañaría la realización de un documento no genuino en cuanto la esencia material del objeto resultaría falsificada, en tanto que la falsedad ideológica comportaría algo no verdadero, afectando propiamente la falsificación a su contenido.

En este sentido, la **sentencia de 2 de abril de 1965** (Pte. García Gómez. Ar. 1.500), referido a un supuesto de simulación de préstamo como causa del libramiento de una letra de cambio, declara que "**ésta no fue falsificada materialmente**, puesto que los intervinientes en la misma conocían perfectamente su contenido, y se extendió conforme a lo por ellos convenido, siendo legítimas las firmas que en tal documento se estamparon, es decir, que la tan repetida cambial es **auténtica en el sentido de genuidad formal**, y si bien es cierto que en la relación fáctica se hace constar la simulación del aludido préstamo, esta falta de veracidad, que no es la mendacidad esencial que la Ley castiga, constituiría, en todo caso, una **falsedad ideológica no punible cuando es cometida en una letra de cambio**" (CDO. 2º).

Se pone de relieve por el autor la necesidad de tutelar las dos formas fundamentales de falsedad y a este respecto proteger o tutelar de un lado, a las formas que garantizan la autenticidad, así como, de otro lado, al mismo contenido de los documentos. Ahora bien, se subraya al mismo tiempo la relatividad de la delimitación jurídica entre falsedad material e ideológica. De suerte que un documento puede ser

⁴²³ "Reflexiones técnico-jurídicas...", op. cit., pp. 1.020 y ss., a quien seguimos en este punto.

alterado después de su formación por su autor aparente, de forma tal que utilizando el criterio de la genuinidad no sería fácil considerar a la falsedad de material, y ello evidencia cómo todas las falsificaciones pueden calificarse de materiales, en cuanto se materializan en el documento todas las falsificaciones, asimismo pueden considerarse ideológicas en cuanto crean, suprimen o alteran un pensamiento.

De donde resulta que una misma conducta puede ser constitutiva de supuesto de falsedad material e ideológica a la vez, en orden a las interferencias que median entre ellas⁴²⁴.

Quiere esto decir que únicamente cuando la falsedad ideológica se manifiesta fuera del documento puede afirmarse que en tal caso no se verifica al tiempo una falsedad material. Por el contrario, toda hipótesis de falsificación material se acompaña de una falsedad ideológica, salvo en el caso de la **falsedad inocua**, en la que la modificación material del documento no incide sobre su contenido.

Por consiguiente, de acuerdo con FABIANI⁴²⁵, el criterio distintivo entre **genuinidad y veracidad** del documento tiene un valor aproximativo, porque la falsedad material ofende no sólo a la materialidad del documento y su vida formal y exterior, sino también al propio contenido del mismo, así como en la falsedad

⁴²⁴ Lo que revela, por lo demás, el carácter más teorizante que práctico de la distinción entre ambas figuras, como pone de relieve GARCIA CANTIZANO, y a tal fin propone la autora criterios más clarificadores de aquélla desde el análisis de tres supuestos concretos: a) la falsedad de documentos públicos realizada por funcionario como abuso de su potestad de autenticación; b) la falsedad de documentos privados como lesión de la autenticidad del documento; y c) la falsa declaración de particular en documento público ("Falsedades...", op. cit., pp. 297 y ss.).

⁴²⁵ FABIANI, ANDREA: "Del falso ideológico del delitto documentale", "La Toga", Napoli, 1933, p. 136, citado por CASAS BARQUERO, idem, p. 1.022.

ideológica -en cuanto no hay documento sin contenido-, cabe afirmar cómo no incide con exclusividad sobre el contenido del documento que es genuino.

En fin, la coincidencia de extensión entre ambas formas de falsedad no excluye una diferencia en cuanto al significado de las mismas, en la medida que afirmar que un documento es materialmente falso es distinto que sostener que lo es también desde el punto de vista ideológico: en tanto que la falsedad ideológica toma en consideración el contenido, esto es, la manifestación del pensamiento que viene documentado, o sea, la veracidad del mismo, la falsedad material atiende al continente, es decir, al aspecto material, valuando si el documento es genuino.

La distinción cobra especial significado en función de la clase de documento que consideremos desde la perspectiva del autor del mismo. Y así, en una forma general puede afirmarse que, no teniendo los particulares la obligación legal de decir la verdad en sus escritos, lo que en éstos interesa no es tanto su contenido como su autenticidad. En cambio, como quiera que los funcionarios públicos sí tienen la obligación de ser veraces, la ley protege, en los documentos de ellos emanados, tanto su autenticidad como su veracidad⁴²⁶.

⁴²⁶ Afirma GARCIA CANTIZANO ("Falsedades...", op. cit., p. 299) que "la definición de la falsedad, en cuanto conducta afectante directamente al contenido verídico del documento, quedaría relegada a un específico campo de actuación, concretado en el ámbito notarial y similares, por cuanto que, en estos casos, la labor del funcionario y del notario consistente en la constatación escrita de declaraciones recibidas por particulares, o en la declaración propia de hechos que tienen lugar en su presencia y de los que deben dar fe. El incumplimiento de su función específica atentaría contra la veracidad del acto, no ya contra la autenticidad, ni formal, por cuanto su actuación es aparentemente legítima, ni material, ya que declaran lo que quieren manifestar expresamente". Por su parte, CREUS ("Falsificación...", op. cit., pp. 128 a 132), tras afirmar que la falsedad ideológica es una falsedad que se refiere a la veracidad del documento y no a su autenticidad (que es propia de la falsedad material), señala como consecuencia ineludible de tal aserto que la falsedad ideológica

Por ello, consistiendo como ya sabemos la falsedad material en la alteración o desaparición de la genuinidad o autenticidad de un documento y la falsedad ideológica en la alteración o desaparición de la veracidad de un documento, nos encontramos con que tanto una como la otra son posibles tratándose de un documento público. Sin embargo, en referencia al documento privado sólo cabe la falsedad material, ya que como los particulares no tienen la obligación legal de ser veraces, no es concebible con relación a esta clase de documentos la alteración de la veracidad⁴²⁷.

Cuál sea la posición de la jurisprudencia sobre este tema es lo que a continuación vamos a comprobar a través de algunos ejemplos.

El Tribunal Supremo, en **sentencia de 6 junio de 1959** (Pte. Codesido Silva. Ar. 2.666) declara probado: a) Que el procesado que había contraído matrimonio canónico en U. el 11 de julio de 1940 con Rosario T.M., de cuyo matrimonio tuvo dos hijos, se separó amistosamente de su esposa, viniendo a M. y contrayendo nuevo matrimonio canónico, estando subsistente el anterior, con Maria M.H., el 21 de agosto de 1950, a quien ocultó su anterior unión, haciendo figurar en el expediente matrimonial para poder contraer el subsiguiente matrimonio, que era de estado

"sólo es concebible cuando el falsario tiene la obligación de decir la verdad". Esto es, "presupone en el agente la obligación jurídica sobre la existencia histórica de un acto o hecho y sus modalidades circunstanciales en cuanto sean ellas productoras de efectos previstos por el derecho". Por todo ello, la falsedad ideológica "sólo es posible en los documentos públicos, ya que son los únicos dotados de fe pública respecto de los hechos en ellos referidos como ocurridos ante el fedatario y, por tanto, oponibles erga omnes, a diferencia de los documentos privados, que sólo son oponibles a las partes que los han suscripto (o a determinados sucesores)".

⁴²⁷ ROMERO SOTO: "La falsedad ...", op. cit., p. 106.

soltero. b) Del matrimonio con María M. tuvo el procesado un hijo que inscribió como legítimo el 15 de junio de 1951, faltando también a la verdad y constándole la validez del matrimonio anterior. En relación a estos hechos, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso, casa y anula la sentencia de la Audiencia absolviendo al recurrente del delito de falsedad por el que fue condenado en base a "Que no puede conducir a igual resultado práctico el último de los motivos de casación que han sido invocados, puesto que habiéndose alegado la infracción del artículo 303 en relación con el número cuarto del artículo 302 del Código Penal por la Sala sentenciadora, en razón a que **el procesado recurrente no ha faltado en modo alguno a la verdad de los hechos al hacer la declaración a efectos de la inscripción en el Registro Civil de que el hijo nacido de la segunda unión matrimonial era legítimo ya que esta era la realidad, independientemente del valor legal que pudiera tener esa unión, máxime cuando la ley civil reconoce plenos efectos civiles respecto a los hijos, aún en el caso de existir mala fe en la celebración del matrimonio por parte de ambos contrayentes**, por lo que debe ser estimado el aludido motivo del recurso basado en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal" (CDO. 3º).

La **sentencia de 10 de octubre de 1961** (Pte. García Gómez. Ar. 3.367) declara probado: 1º Que el procesado después de vivir amancebado con L.B.D. y tener con ella tres hijos, contrajo matrimonio con la misma en 21 de febrero de 1944, 2º Que, posteriormente, abandonó el domicilio conyugal y, después de vivir igualmente amancebado con R.P.R., una vez tuvo otros tres hijos con la misma y sin estar disuelto el matrimonio anterior, contrajo matrimonio canónico con dicha R. en

21 de septiembre de 1937, para lo cual consignó en el expediente matrimonial instruido a su instancia por el Juzgado Municipal de C., su falsa cualidad de soltero.

3º Que, desde la fecha en que el procesado abandonó el domicilio conyugal no atendió a su legítima esposa L.B.C., con la cuál no vive en la actualidad sino con la R.P.

El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto y absuelve al recurrente del delito de falsedad en documento público por el que fue condenado considerando: "Que si bien es cierto que el procesado manifestó ante el Juzgado Municipal de C. que era soltero, cuando en realidad estaba casado válidamente con anterioridad y su matrimonio no había sido disuelto, **como esta mendaz declaración iba encaminada a conseguir su único propósito de contraer nuevas nupcias con otra mujer, lo que no hubiera podido lograr de no ocultar su verdadero estado, esta falta de verdad llevada a efecto en las mencionadas circunstancias y con el aludido fin, no es propiamente una falsedad material hecha en documento público, sino simplemente una falsedad ideológica realizada por un particular ante un funcionario público**, que no tiene adecuado encaje en ninguno de los supuestos que define y sanciona el artículo 302 en relación con el 303, ambos del Código Penal" (CDO. 2º).

La **sentencia de 7 de diciembre de 1968** (Pte. García Tenorio y San Miguel. Ar. 5.258) estima el recurso, casa y anula la sentencia de la Audiencia y absuelve al procesado al estimar que "**no se descubre infracción del art. 303 porque la compra de una cosa llevada a efecto por escritura pública con la reserva mental de transmitir su propiedad a un tercero, no es mendacidad intelectual o ideológica**

que la norma sancione, pues ni en el documento se hizo constar manifestación alguna esencialmente inveraz ni las consecuencias jurídicas que por él se buscaban fueran otras que las que podía producir por sí, dado que las posteriores apetecidas estaban condicionadas al mantenimiento del propósito finalista y dependían de la exteriorización de la voluntad del adquirente para causar el acto posterior o secundario, distinto, pues, del primero, que no nació maculado de ilicitud penal por esa última finalidad propuesta ni por las irregularidades administrativas que se hubieran podido cometer" (CDO. Unico).

Finalmente, la **sentencia de 8 octubre de 1975** (Pte. Escudero del Corral. Ar. 3.928) considera "que la falsedad documental requiere la <mutatio veritatis>, o cambio de la verdad, que debía manifestar el documento afectado, para el adecuado tráfico jurídico, porque se trastueca parcialmente su narración o porque se crea inauténticamente de manera total, pudiendo la alteración mudar la forma o fondo intrínseco -falsedad material- o exclusivamente operar en su contenido intrínseco -falsedad ideológica-, pero a tal representación gráfica inveraz debe sumársele la <mutatio veri> esencial, trascendente y grave y no meramente accidental o inocua, que se produce remedando para engañar y lesionar, con daño real o potencial, el tráfico jurídico protegido, lo que siempre es presumible, haciendo que la mentira, no siempre incriminable, entre en el campo penal, por acogerla sus tipicidades falsarias, atendiendo a su importante cuantía material y consecuencias, si bien los negocios contractuales otorgados, bien cumpliendo acuerdos bilaterales o incluso excediéndolos en su realización en algún momento, y que puedan en este último supuesto representar una

extralimitación contractual, por lo general no pueden incriminarse dentro de las falsedades, al tratarse de actuaciones privadas, cuya eficacia o ineffectividad corresponde al campo del derecho privado donde debe reclamarse" (CDO. 8º).

Aplicando la efectividad de esta doctrina al supuesto examinado, el tribunal Supremo concluye señalando que "(...) la venta efectuada tenía su apoyo en tal poder prevalente, y **el uso de un derecho existente nunca constituye falsedad**, y aunque se quisiera entender en hipótesis que existía una extralimitación, por no atender al pacto social, **habría un incumplimiento de derechos privados, pero nunca una falsedad criminal, suplantando lo legítimo por lo ilegítimo, y alterando un documento y no los negocios en su mismo contenido o efectos, lo que indudablemente queda extramuros de la tipicidad pretendida, máxime cuando se desconoce en qué consistió ideológicamente la mutación de la verdad**, que no se consigna en el hecho probado, ni en el recurso se explica materialmente" (CDO. 9º).

Este sistema, vigente, se halla inspirado en el Código penal francés de 1810⁴²⁸.

⁴²⁸ Señala QUINTANO RIPOLLES ("La falsedad documental", op. cit., p. 189) que la distinción entre la falsedad material e ideológica es debida principalmente a la técnica penal francesa del pasado siglo, en la que tuvo pretensiones más bien prácticas que científicas. En este sentido cita el autor a GARRAUD para quien "el falso intelectual es el no sensible a la vista, pues la escritura en el instante mismo en que interviene desnaturaliza fraudulentamente el pensamiento que está destinado a expresar" ("Traité", tomo III, p. 158), imponiendo en la doctrina francesa y belga (NYPELS) la idea de que la falsedad ideológica no es equiparable a la material ni debe ser tenida en cuenta como falsedad documental en sentido estricto. Entiende QUINTANO, por su parte, que la falsedad material es aquella que consiste en la redacción, alteración, simulación o destrucción de un documento o parte sustancial de él, y por ideológica, la atestación de lo que no es verídico. Ambas definiciones entroncan con lo que se ha dado en llamar legitimidad y veracidad en los documentos. Nuestro Tribunal Supremo ha asumido esta terminología al tratar de sintetizar los distintos modos de ejecución de la acción falsaria. Vid. sentencias de 21 de abril de

Entre las interpretaciones que se han dado a esta cuestión unas, las más antiguas, ponen el énfasis en la forma de ejecución de la falsedad y así, existe falsedad material cuando la mutación de la verdad recae materialmente sobre la escritura, mientras que la falsedad ideológica recae específicamente sobre el contenido del documento⁴²⁹.

1980, 15 de octubre de 1985, 24 de julio de 1987 y 28 de junio de 1988, entre otras.

⁴²⁹ Cita GARCIA CANTIZANO a MALINVERN ("Teoría del falso documental", pp. 334-335) y a BOSCIA ("Della falsità in atti", p. 7), entre otros, para señalar que la primera clasificación que distingue entre falsedad material e ideológica, fruto de la elaboración de la doctrina francesa, parte del criterio de la visibilidad e invisibilidad de la alteración efectuada sobre el documento. Desde esta perspectiva sería falso "gráfico" o material la alteración "visible" y falso ideológico aquel que no se reconoce bajo ningún signo exterior ("Falsedades documentales", op. cit. p. 287). De otro lado, QUINTANO RIPOLLES cita a CARRARA ("Programa del curso de Derecho Criminal", parágrs. 3.656, 3.658, 3.659, 3.664 y 3.750 a 3.764. Igualmente, en "Falso privato" y "Falso ideológico", en "Opusculi", III, pp. 476 y 571) para quien el falso ideológico no tiene razón de ser, pues entiende el autor que existe falsedad material en todas aquellas ocasiones en que la materialidad del escrito se torna disconforme en una otra manera, e ideológica únicamente cuando la materialidad del escrito, siendo aquella que en verdad debiera estar, en él registra alguna cosa contraria a la que el documento representa; de donde se deduce que toda falsedad es siempre material o que, en el mejor de los casos, conduce inevitablemente a una materialidad falsa. De nuevo el autor italiano constituye el punto de referencia para tratar esta materia; en esta ocasión de la mano de GARCIA CANTIZANO (op. cit., p. 288, nota 15) cuando señala que la falsedad que afecta a la declaración documental no implica su naturaleza falsa o verdadera, ya que el documento sigue siendo verdadero en sus condiciones esenciales, a pesar del carácter mentiroso de las ideas que expresa. El supuesto de falsedad ideológica se reduce entonces a las declaraciones emitidas por un particular y recogidas por un funcionario público en el ejercicio de su potestad de documentación (Cfr. "Programa...", cit., parágrs. 3.655 y 3.660). Por su parte, VAZQUEZ IRUZUBIETA ofrece una noción de falsificación material e ideológica. Así, por la primera -nótese que el autor habla de falsificación y no de falsedad- entiende una manipulación por cualquier procedimiento de un documento, a consecuencia de lo cual éste contiene una inveracidad, sea por cambio, sea por omisión, sea por inclusión, ya que falsificar es también es el añadir algo que originariamente no estaba escrito o grabado en el documento, en tanto que la falsificación ideológica no llega a alterar para nada el aspecto físico del documento, ya que la inveracidad consiste siempre en una falsedad de contenido. Una falsificación o falsedad ideológica está siempre insertada en un documento físicamente intacto, no

Bajo este punto de vista, los supuestos falsedad ideológica serán limitados, ya que toda ausencia de verdad en el contenido del documento será constitutiva de delito. Así, se ha intentado aminorar el rigor formal de la citada interpretación al aludir a la falsedad material como aquella en que se produce la "alteración de la materialidad del documento"⁴³⁰, mientras que la falsedad ideológica se produciría "en el pensamiento del autor que al exteriorizarlo falta a la verdad y expresa una cosa por otra"⁴³¹.

B) Criterios distintivos.

Una de las distinciones entre falsedad material y falsedad ideológica es aquella que incide en el **objeto** sobre el que recae la falsedad. De esta manera, se ha asimilado falsedad material con los modos de ejecución de la conducta falsaria que afectan al carácter genuino del documento, frente a la falsedad ideológica que implica

manipulado ("Doctrina y jurisprudencia...", op. cit. pp. 1.375-1.376). Finalmente, GARCIA CANTIZANO (op. cit., 287) recurre a RANIERI ("Manual de Derecho penal. Parte especial", p. 418) para señalar que existe falsedad ideológica cuando es falsa la declaración contenida en el documento, sea por la mentira de quien la hace, como por la atestación mendaz de quien la recibe. Insistiendo en esta cuestión, GROIZARD identificaba los términos de falsedad material e ideológica con los de falsificación y falsedad ("El Código penal de 1870", op. cit., III, pp. 769-770). En cambio, MUÑOZ CONDE indica que esta distinción tiene importancia en orden a la clasificación de las distintas acciones típicas ya que las conductas de falsificación suponen una intervención material en el objeto que se altera, mientras que la falsedad constituye más bien una actitud intelectual, declarando lo falso en lugar de lo verdadero ("Derecho Penal. Parte especial", op. cit., p. 521).

⁴³⁰ CUELLO CALON, "Derecho penal", op. cit., p. 263.

⁴³¹ GROIZARD, "El Código penal de 1870", op. cit., p. 770.

la falta de veracidad de la declaración documental⁴³².

Hay autores que consideran insuficiente la anterior distinción y atienden a la hora de distinguir entre ambos tipos de falsedad al **momento de formación del acto** documentado. En base a ello se considera que la falsedad ideológica es la única susceptible de ser cometida en el momento preciso de la confección del documento. En cambio, la falsedad material admite su ejecución tanto al mismo tiempo que se redacta el documento como en un instante posterior.

Hay otra teoría que alude a la existencia de falsedad material o falsedad ideológica partiendo del **contenido de la obligación** violada por el sujeto que falsifica. Y así, la obligación por parte del funcionario de atestiguar lo verdadero en el documento integraría el supuesto de falsedad ideológica, con independencia del objeto concreto del contenido. Para algunos autores, la falsedad material y la falsedad ideológica representan una construcción del delito más teorizante que práctica. Por ello, resulta necesario pasar a analizar la intervención tanto del funcionario público como del particular en los diversos supuestos de falsedad que prevé nuestro Código penal.

⁴³² MORILLAS CUEVAS sostiene que la falsedad material es la alteración o creación física, total o parcial de un documento, lesionando la genuidad o legitimidad y la veracidad del documento. Cita como supuestos de falsedad material los números 1º, 5º, 6º, 8º y 9º (en este último supuesto cuando su autor es un particular). La falsedad ideológica consiste en la manifestación de lo que no es verdad ("Manual de Derecho penal. Parte especial", op. cit., t. III, p. 521). Por su parte, ORTS BERENGUER señala que las nueve modalidades pueden reconducirse a la división falsedades materiales, consistentes en la confección o modificación de un documento para que parezca auténtico -que atentan, por tanto, a la genuidad-, y falsedades ideológicas que atentan a la veracidad por variar el contenido del documento o por narrar en él lo que no se adecúa a la verdad ("Derecho penal. Parte especial", op. cit., p. 241).

De esta manera, nos encontramos en primer término con la falsedad en documento público realizada por un funcionario con abuso de su potestad de autenticación. Se trata de distintos tipos de conducta que el funcionario competente lleva a cabo sobre documento público mediante abuso de oficio⁴³³ y, por tanto, en cumplimiento de su función, la cual viene a consistir en una labor de documentación que regula las normas que prevén la actuación legítima de éste⁴³⁴. Dicha actuación puede suponer una incorrecta constatación, siendo consciente de aquello que está obligado a relatar, o bien una alteración del sentido del documento que debe autorizar, en un abuso de la potestad que se le ha conferido⁴³⁵. Si el funcionario actúa fuera de lo que está definido legalmente como su ámbito de actuación, no sería competente para la creación del documento y, por consiguiente, no sería abuso de oficio⁴³⁶.

Ciertamente, la intervención del funcionario contribuye a dotar de mayor

⁴³³ Como subraya FERRER SAMA "no basta la simple cualidad de funcionario público para poder ser sujeto activo de estas figuras del artículo 302, puesto que éste requiere que dicho funcionario haya cometido la falsedad abusando de su oficio. Fuera del ejercicio de su cargo la falsedad que pueda cometer el funcionario en documento público habría de castigarse según el artículo siguiente ("Comentarios al Código penal", III, op. cit., p. 340). Por su parte, GARCIA CANTIZANO ("Falsedades...", op. cit., p. 299) señala a este respecto que "el desvalor de la conducta se verificaría, no en la constatación de hechos no verídicos, sino en el abuso de la potestad de autenticación por parte de este tipo de funcionarios, cuya presencia en la formación de estos documentos va a dotarles de especiales efectos probatorios en el tráfico jurídico general".

⁴³⁴ ORTS BERENGUER, op. cit., p. 238.

⁴³⁵ ORTS BERENGUER, op. cit., p. 239.

⁴³⁶ Señala BACIGALUPO que el elemento consistente en el "abuso de oficio" tiene su sede en la antijuricidad del tipo del injusto, por cuanto implica "una actuación antijurídica en el ámbito de la competencia del funcionario" ("Estudios...", op. cit., p. 329).

contenido antijurídico a la actuación falsaria por cuanto ésta constituye por sí misma una violación de la obligación de aquél de proceder fehacientemente. Aquí el contenido del desvalor de la acción deriva directamente de la infracción del deber exigido al funcionario en el cumplimiento de su función, que es un principio general que domina toda la materia relativa a los delitos cometidos por funcionarios públicos⁴³⁷.

En segundo lugar, la falsedad en documentos privados como lesión de la autenticidad del documento. Hay autores que justifican la existencia de norma penal que castigue la falsedad documental cometida por particulares en la obligación que a éstos les compele de mantener el estado originario de una situación probatoria documentada, que exige a la vez que los mismos se abstengan de cualquier conducta que atente contra la triple función que el documento desempeña en el tráfico jurídico.

Sin embargo, aún admitiendo que no hay una norma que obligue al particular, con carácter general, a manifestar la verdad, lo cierto es que lo decisivo en la falsedad en documento privado es la falsedad del documento como medio de prueba, aspecto que también afecta al propio contenido documental en la medida en que con ella se

⁴³⁷ Refiere MUÑOZ CONDE, en relación a la problemática distribución sistemática de los delitos cometidos por funcionarios, la doble tendencia contrapuesta que se precia en esta materia: de un lado, aquélla que tiende a agrupar bajo un mismo Título todos los delitos de funcionarios, sin atender específicamente al bien jurídico protegido; y, por otro, la que busca una redistribución de estos delitos en base al bien jurídico directamente tutelado en cada delito, postura esta última a la que se adhiere el autor ("Derecho penal", op. cit., pp. 744-745). Por su parte, GARCIA CANTIZANO considera, de < lege ferenda >, que en la medida en que ya en nuestro Código penal vigente se acoge el delito de infidelidad en la custodia de documentos - arts. 364 a 366- nada impediría que también pudiera hablarse de "infidelidad en la constatación auténtica del contenido de documentos" que estuvieran confiados a los funcionarios por razón de su cargo ("Falsedades...", op. cit., p. 300).

produce una grave alteración de la función que aquél desempeña en el tráfico como medio general de constatar y probar relaciones jurídicamente relevantes⁴³⁸.

Finalmente, atendiendo a la clasificación entre **delitos de simple actividad** o de mera conducta y **delitos de resultado**, es preciso señalar que en estos últimos se produce una modificación del mundo exterior derivada de una determinada conducta. La denominada falsedad material tiene un resultado típico material, en cuanto que la conducta actúa sobre algo del mundo exterior, en este caso el documento, manifestando un reflejo materialmente tangible en el mismo; no ocurre así, en cambio, en la denominada falsedad ideológica, que representa un supuesto singular de manifestación de voluntad no verdadera que no conlleva la producción causal de ningún cambio en el mundo externo, perceptible a través de los sentidos, por lo que resulta irrelevante entonces la relación de causalidad⁴³⁹.

C) Supuestos específicos.

c.1. La simulación contractual.

En la doctrina es corriente distinguir el caso en que exista acuerdo entre

⁴³⁸ En este sentido se expresa QUINTERO OLIVARES, "Sobre la falsedad en documento privado", op. cit., pp. 54 y ss.

⁴³⁹ CASAS BARQUERO, "El delito...", op. cit., pp. 194-195.

las partes contratantes de aquel en que no exista. En el primer caso estamos ante la llamada **simulación** o **disimulación** de un negocio jurídico.

Partiendo precisamente de la afirmación, universalmente aceptada, de que lo que se sanciona como delito de falsedad es la alteración de la verdad del documento como tal, es decir, de lo que se denomina la "verdad formal o verdad documental" y no de la verdad intrínseca del mismo, o "verdad sustancial", lo que permite dilucidar la debatida cuestión de si la simulación es una falsedad documental⁴⁴⁰. A este respecto, se constata que la doctrina extranjera y la española son unánimes en admitir que en este supuesto no hay falsedad y a lo más habrá una estafa cuando exista perjuicio de tercero, planteándose entonces el problema de la coexistencia de ambas figuras delictivas.

Ahora bien, de lo que no cabe duda para ROMERO SOTO⁴⁴¹ es que falsedad y simulación son dos cosas perfectamente distintas y que aun cuando la segunda envuelva un engaño (elemento común con la falsedad) ni es siempre delictuosa ni, en caso de serlo, constituiría falsedad. Porque el engaño de la simulación es interno y afecta el contenido del acto o contrato; el de la falsedad es externo y sólo afecta el documento como tal. Cabalmente la simulación tiene tres elementos característicos:

- a) es un convenio entre las partes para engañar.
- b) el engaño consiste en hacer aparecer como efectuado un contrato que, en realidad, no tiene existencia o que es diferente del verdaderamente celebrado.

⁴⁴⁰ ROMERO SOTO: "La falsedad documental", op. cit., p. 80.

⁴⁴¹ Idem, pp. 81-84.

c) el desacuerdo entre el acto verdadero y el simulado es intencional.

En consecuencia, la falsedad, en materia contractual, es, ante todo, el engaño de una parte hacia la otra. En cambio, en la simulación ese engaño no existe porque precisamente la esencia de esa figura jurídica es el convenio de las partes para engañar a terceros.

La jurisprudencia, en la **sentencia de 12 de abril de 1950** (Pte. de la Rosa y de la Vega. Ar. 647) señala "que si en el catálogo de las infracciones delictivas y cuando de juzgar dolosas mutaciones de verdad se tratase sólo existieran los preceptos definidores y sancionadores de la variada gama de las falsedades, sin la menor vacilación habrán que encajar los hechos que describe y da por probados la Sala de instancia en la figuras delictivas que trazan los artículos 303 y 306 del ordenamiento jurídico penal, pero como, además de esas normas punitivas, viene de antiguo incluido en los Códigos patrios un tipo penal específico que constituye una de las modalidades de la estafa y que consiste en otorgar en perjuicio de otro un **contrato simulado**, según expresa el número segundo del artículo 526 del Código penal de 1932 y del 532 del vigente texto refundido, éste delito, que participa de la naturaleza de la falsedad y de la estafa, carecería de esfera de aplicación y habría que pensar en eliminarlo de la ordenación positiva si cuando, como en los casos que se contemplan, concurren los factores que lo integran se recurriese para calificar los hechos e imponer a los culpables el condigno castigo a las disposiciones sustantivas reguladoras de las típicas falsedades". Y confirma la postura adoptada por el Tribunal <a quo> al calificar los hechos como **simulación de contrato** "porque en los documentos que otorgaron los procesados, público el uno y privado el otro, campea la mendacidad aliada con el

perjuicio patrimonial perseguido" (CDO. Único).

Por su parte, la **sentencia de 6 de marzo de 1971** (Pte. Escudero del Corral. Ar. 868) es concluyente al afirmar el carácter meramente civil de esta figura cuando dice: **"quedando extramuros de lo penal, las manifestaciones simples de circunstancias, actos o negocios, que meramente se transcriban, y que puedan posteriormente ser debatidas y objeto de contradicción probatoria, como ocurre, entre otros supuestos, con las simulaciones contractuales, cuyo campo es peculiar de las valoraciones de ilicitud civil;** mas en el caso de estimarse la presencia de alteraciones posiblemente falsas de tan estricta condición, por las declaraciones de los comparecientes, que se documentan, es indispensable, que los Tribunales de instancia, las consignen de manera categórica, al formular su convicción psicológica y expresarlas narrativamente en su realidad, sin poderse admitir expresiones no directas, ni categóricas, o que utilicen parcialmente las pruebas, o que sean producto de meras deducciones conjeturales, así como tampoco pueden dejar de determinar, sus consecuencias en el tráfico jurídico, sobre todo, cuando no se estima bastante por su naturaleza, para creer pudieran trastornar la vida del derecho" (CDO. 3º).

También la **sentencia de 22 de enero de 1975** (Pte. Hijas Palacios. Ar. 178) se refiere a la figura del **contrato simulado** señalando que esta figura **"aparece en el campo del derecho cuando existe fingimiento de contrato, o declaración aparente contractual, con ausencia de causa, o móviles concretos e individuales del mismo, con el propósito o intención de perjudicar, aunque este perjuicio se concrete posteriormente, consumándose el delito cuando se otorga el contrato ficticio o simulado, con independencia de que la lesión económica llegue o no a**

producirse, que el contrato simulado sea o no eficaz para transmitir el dominio y de que la acción civil que los perjudicados por la simulación sea o no viable porque el éxito de las pretensiones civiles, no sirve para despojar al acto criminal de sus requisitos esenciales (sentencias de 20-6-1959, 7-11-1959, 24-3-1972, 17-10-1972, 24-1-1973 y 4-4-1974)" (CDO. 4º).

Más recientemente, la **sentencia de 18 de febrero de 1991** (Pte. Delgado García. Ar. 1.130) recoge la doctrina siguiente sobre este particular: "En el Título XIII del Libro II del Código Penal en el que se recogen los delitos contra la propiedad, en su Capítulo IV que se refiere a las defraudaciones, dentro de la Sección II denominada «De las estafas y otros engaños», situado en el último lugar de tal Sección, aparece el n.º 2.º del art. 532, en el que se sanciona con las penas del artículo anterior (en definitiva las señaladas en el art. 528) al **«que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado»**. Lo primero que hay que decir con relación a esta original forma de estafa es que se trata de una **figura especial distinta de la definida como estafa ordinaria en el art. 528 a partir de la modificación que se introdujo en esta materia en 1983**, pues no responde a la mecánica engaño-error-acto de disposición-perjuicio, que recoge esta última norma. De otro modo el precepto ahora estudiado sería superfluo y es claro que el legislador no puede querer tal superfluidad. Su forma de comisión es mucho más simple, pues sólo exige la realidad de un contrato simulado y que éste haya sido otorgado en perjuicio de otro. **Existe contrato simulado cuando varias personas se ponen de acuerdo para aparentar la realidad de un determinado contrato y no quieren celebrar ninguno (simulación absoluta) o desean encubrir otro distinto (simulación relativa), bien**

en su naturaleza (se quiere donar -negocio disimulado- y se exterioriza una compraventa -negocio simulado-), bien en su objeto (precio diferente) o en los sujetos (contratos con interposición de persona), bien en cualquiera de los demás elementos, incluso accidentales (simulación de condición o plazo). La simulación constituye, una anomalía o vicio en la vida de los contratos que, en principio, es aplicable a cualquiera de ellos (arrendamiento, compraventa, donación, permuta, etc.). Lleva implícita la finalidad de engañar, pues la apariencia falsamente creada tiene por objeto hacer creer a otras personas que algo existe donde no hay nada o hay otra cosa diferente. Pese a ello, **el concepto de contrato simulado es, por sí mismo, inocuo, pues no encierra indefectiblemente la idea de ilicitud.** Al amparo de la libertad de contratación (art. 1255 del Código Civil) es **posible la existencia de contratos simulados lícitos**, cuando la finalidad engañosa que persiguen así lo sea, como puede suceder cuando se aparentan contratos por vanidad o por razones publicitarias o para librarse de reclamaciones injustas pero molestas. Mas ordinariamente no es así porque lo normal es que con la apariencia de contrato se persiga dañar a otra persona o violar la Ley. Cuando el daño o la violación de la Ley no encierra perjuicio patrimonial para un tercero nos encontramos ante una simulación ilícita de carácter civil (o penal pero por otro tipo de delito diferente al ahora examinado), como ocurre en los supuestos de los arts. 628 y 1459 del Código Civil, o de carácter administrativo cuando, por ejemplo, se disimula una figura contractual para escapar a una prohibición establecida en interés del buen funcionamiento de un servicio público. Como el contrato exige siempre una pluralidad de personas que se ponen de acuerdo respecto de su objeto y causa (arts. 1261 y 1262 del Código Civil), necesariamente

en la comisión de este delito han de intervenir, al menos, dos sujetos, todos ellos, en principio, coautores de este delito, sin perjuicio de que alguno pudiera librarse de sus responsabilidades, como ha ocurrido en el presente caso en el que un coprocesado se encuentra en rebeldía" (FD. 3º).

Finalmente, la **sentencia de 4 de junio de 1993** (Pte. Granados Pérez. Ar. 4.808) alude a la figura de la **falsedad defraudatoria** como modalidad del delito de estafa propia del contrato simulado otorgado en perjuicio de tercero, la cual tiene una evidente aproximación a la falsedad documental, consistiendo en la puesta de común acuerdo entre varias personas "para aparentar la realidad de un contrato cuando éste no existe o lo es con una modalidad diferente de la que exterioriza, produciéndose una declaración mendaz que se traduce, normalmente en una escritura pública o en un documento privado, por lo que se afirma que la figura delictiva que examinamos encierra en los elementos que la conforman un delito de falsedad documental, de ahí que se contemple, en tales casos, un supuesto de concurso de normas y no un concurso de delitos, que se resolverá, por aplicación del principio de consunción, en favor de la figura que contiene la totalidad de la ilicitud, frente a aquella que lo hace de manera parcial. El contrato simulado -se concluye- absorbe la falsedad".

c.2. El fraude procesal.

Otra figura que elimina la incriminación desde el punto de vista falsario es la referida al **fraude procesal** en la medida en que no se adecúa a la falsedad

ideológica. Así la **sentencia de 10 de marzo de 1960** (Pte. Quintano Ripollés. Ar. 662) declara probado que el 27 de noviembre de 1944, el procesado Manuel G.P. vendió a Alejandro P.M. una casa en el precio de 10.500 pesetas, otorgándose para ello un documento privado, en el que intervenía, firmando por el comprador, por imposibilidad del mismo, su sobrino, el también procesado Alfonso G.L. De conformidad con lo acordado, el referido contrato de compraventa fue elevado a escritura pública, el 24 de noviembre de 1953 y, ambos procesados, puestos de acuerdo para despojar de su propiedad a Alejandro P.M., actúan de la siguiente forma: el Alfonso G.L. deduce demanda en juicio de cognición en acción de nulidad de la referida escritura, contra el comprador Alejandro y contra Manuel G.P., basando dicha demanda en el hecho supuesto de que la referida casa fue comprada por y para el mismo por el demandante, ante cuya demanda se allana el G.P., contra la realidad de los hechos, consiguiendo por este ardid, que se dictase sentencia en la que se declaró nula la escritura pública antes referida y que la casa era propiedad de Alfonso G.L., habiéndose tasado pericialmente el inmueble en 45.326 pesetas. El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia impugnada considerando: "Que la conducta descrita por la Sala en el Resultando de hechos probados, si bien es susceptible de encuadrar objetivamente en la modalidad falsaria ideológica prevista en el número cuarto del artículo 302 del Código Penal, **la naturaleza del documento en que la mendacidad se perpetró, impide que ésta adquiriera la condición criminal** que en el primer motivo del recurso sin bastante fundamento se le atribuye, porque **la cualidad de partes que los procesados ostentaron en el procedimiento cognitivo civil instado por el Manuel G.P. constituye una hipótesis específica de fraude**

procesal atípica en el derecho vigente en cuanto a la falsedad ideal misma ya que, entra en el margen de disponibilidad y privatismo informantes del sistema procesal civil español" (CDO. 1º). Para añadir a continuación que "el fraude procesal no es incriminable por no adecuarse a la falsedad ideológica, pues ello valdría tanto como reintroducir en el tipo falsario documental el de falso testimonio, de tan distinta naturaleza jurídica material y procesal, la presencia de maniobras fraudulentas como las descritas en la declaración de hechos probados" (CDO 2º).

Y la **sentencia de 2 de octubre de 1974** (Pte. Gil Sáez. Ar. 3.518) declara que "las falaces aseveraciones contenidas en la demanda iniciadora de un pleito no pueden ser estimadas como falsedad en documento público, en atención al bien notorio criterio doctrinal y también jurisprudencial a cuyo tenor no toda mendacidad escrita reviste, por la razón única de su forma de expresión, entidad delictiva en concepto de falsedad documental ideológica, sin perjuicio de **poder constituir cualquier otro delito, por lo común defraudatorio**, que es lo que en el presente caso sucede, por cuanto en la demanda y en lo que a ella subsigue, **se instrumenta un insidioso fraude procesal**, a medio de la promoción y conducción de un artificioso y desleal litigio" (CDO. Unico de la primera sentencia).

En otros casos, el Tribunal Supremo ha estimado que existe en los testigos de conocimiento que afirman falsamente en una escritura pública la identidad de la persona del otorgante⁴⁴² y el que ante Notario y un testigo suplanta la personalidad de otro⁴⁴³.

⁴⁴² Sentencia de 28 de abril de 1905.

⁴⁴³ Sentencia de 19 de octubre de 1895.

c.3. La inscripción de hijos ilegítimos.

Uno de los supuestos más frecuentes en la jurisprudencia es el de la inscripción como legítimos de hijos extramatrimoniales, así como el reconocimiento de los mismos.

El primer precedente sobre este tema lo constituye la **sentencia de 4 de febrero de 1889**, que declaró que "la falta de verdad con que se expresó M.C.R. variando su apellido por el del C. al inscribir en el Registro el nacimiento de su hija y expresar también que era mayor de edad y de estado soltera, cuando sólo tenía 22 años y estaba casada, aunque separada de su marido, no constituye el delito de falsedad en documento público, como equivocadamente aprecia la Sala sentenciadora, porque **debiendo omitirse esta circunstancia con arreglo a la ley en las inscripciones de hijos ilegítimos, en manifestarla con falta de verdad no afecta a la esencia de la inscripción, ni a los efectos legales que ésta haya de producir**", por lo que concluye el Alto Tribunal considerando que "no es justiciable el hecho y al apreciarse por la Audiencia como constitutivo de delito ha incurrido en el error de derecho que señala el número 1º de la regla 56 de la Ley provisional para la aplicación del Código penal de Cuba y Puerto Rico e infringido el artículo 311 en relación con el número 310 de dicho Código" (CDO. 2º).

En la misma línea, la **sentencia de 31 de diciembre de 1947** (Ar. 72) dice en su primer considerando que "**la Ley de 2 de septiembre de 1941, al derogar la de 25 de mayo de 1932, que declaraba no perseguible criminalmente el hecho de inscribir como legítimos en el Registro Civil los hijos habidos fuera del**

matrimonio, restableció el concepto punible de la falsa declaración de hechos, datos o circunstancias en las actas de nacimiento, independientemente de la finalidad malévola o generosa, que guiase a los que hacían tales declaraciones falsas, sin que a ello sea óbice la estimación marcadamente atenuatoria de la bondad de la intención en casos como el presente, por lo que procede acoger el recurso del Ministerio Fiscal que invoca la infracción de los artículos 302.4º y 303 del Código penal vigente en la sentencia impugnada"⁴⁴⁴.

Por su parte, la **sentencia de 6 de junio de 1959** (Pte. Codesido Silva. Ar. 2.666), que conocía del supuesto de inscripción como legítimo de un hijo habido por el procesado con la segunda mujer con la que contrajo matrimonio canónico, no obstante continuar subsistente el anterior contraído con su primera mujer, entiende "que el procesado recurrente no ha faltado en modo alguno a la verdad de los hechos al hacer la declaración a efectos de la inscripción en el Registro Civil de que el hijo nacido de la segunda unión matrimonial era legítimo ya que esta era la realidad, independientemente del valor legal que pudiera tener esa unión, máxime cuando la ley civil reconoce plenos efectos civiles respecto a los hijos, aun en el caso de existir mala fe en la celebración del matrimonio por parte de ambos contrayentes" (CDO. 3º).

Particular interés reviste la doctrina sentada en la **sentencia de 4 de abril de 1984** (Pte. Moyna Ménguez. Ar. 2.315), en la que se suscita un **problema de filiación extramatrimonial mediante testamento abierto**, teniendo en cuenta el

⁴⁴⁴ Se modifica de esta manera el sentido de la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 4 de febrero de 1889, ya citada.

principio de retroactividad de las leyes favorables y la vigencia de la Constitución Española de 1978, y su incidencia jurídico-penal, desde el punto de vista de la tipicidad, en relación a la posible falsedad en documento público sobre filiación.

El considerando primero de dicha sentencia se expresa del tenor siguiente: "Que de la determinación jurídica del vínculo paterno, descartadas para la filiación extramatrimonial las presunciones legales de paternidad, depende necesariamente de la espontánea declaración del progenitor o de la declaración judicial consecuenta a una indagación; pero el reconocimiento voluntario del padre, según las normas del Código civil vigente hasta 1981, solamente procedía respecto de los llamados hijos naturales, es decir, respecto de los nacidos, fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción no estaban afectados de impedimento matrimonial no dispensable; y partiendo de este <prius> civil queda fuera de toda duda que el reconocimiento paterno en testamento de una hija concebida vigente el matrimonio del testador haciendo expresa declaración que la reconocida había sido procreada <en estado de viudo>, **envuelve una alteración esencial de la verdad por cuanto dicha mendacidad era apta para posibilitar, según la legislación vigente a la sazón, un efecto jurídico trascendental en el estado civil del sujeto reconocido, conducta que incidía en la órbita del artículo 303 del Código penal en relación con el artículo 302.4º del mismo**".

Y añade el considerando segundo: "Que la Constitución de 1978 proclama la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación (arts. 14 y 39.2), y la Ley de 13 de mayo de 1981, fiel a esta declaración constitucional, dió nueva redacción al Título V del Libro I del Código civil, estableciendo en su artículo 120

que la filiación no matrimonial quedaría determinada legalmente -en cuanto al padre- por el reconocimiento o por decisión jurisdiccional, permitiendo a todo progenitor reconocerla con independencia de su <status> matrimonial, y **esta conclusión -en la legalidad vigente- privaría de tipicidad penal a los hechos perseguidos** por cuanto la declaración de haber procreado a la hija en estado de viudez no pasaría de ser una mendacidad sin trascendencia penal, en cuanto **inocua** para alterar o afectar a la relación de filiación, con sujeción al brocardo < falsitas non punitur quae non erat apta nocere > , que en la doctrina de esta Sala se ha traducido en la exigencia, común a todas las modalidades de falsedad, que la conducta manifieste la existencia de una mutación esencial de la verdad"⁴⁴⁵.

Por último, el considerando tercero señala "que como el documento público redarguido de falsedad penal, testamento abierto de 14 de octubre de 1980, se inscribe temporalmente después de la vigencia de la Constitución de 1978 y antes de la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981, **si se entendiera que el Texto constitucional**, como sugiere un conspicuo sector doctrinal y propicia resueltamente la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982, **era en este punto -principio de igualdad de los hijos ante la Ley con independencia de su filiación- de aplicación directa e inmediata sin necesidad de legislador ordinario, la tipicidad penal de los hechos sería insostenible por la razón ya apuntada: la inveracidad cometida en la narración del documento notarial no podría ser calificada de esencial**, pero si se patrocinara el criterio, también apoyado en cierta

⁴⁴⁵ Se citan en este sentido las sentencias de 9 de mayo de 1956, 23 de diciembre de 1957, 6 de noviembre de 1958 y 2 de marzo de 1970, entre otras.

corriente doctrinal y en alguna declaración jurisprudencial (< vide > Auto de 26 de noviembre de 1979 de la Sala 1ª de este Tribunal), de no ser vinculante aquella norma constitucional hasta su desarrollo legislativo, entonces no habría otra solución para llegar a la conclusión propuesta que acudir al principio de retroactividad de las leyes favorables que tiene su más importante valedor en el artículo 9.3 de la Constitución, en la Disposición Transitoria 5ª de la Ley de 13 de mayo de 1981, que otorga eficacia al reconocimiento de un hijo que, según la legislación anterior tuviese la condición de hijo ilegítimo no natural, y en el principio expresamente formulado en el artículo 24 del Código penal, que alcanza en sus efectos a las disposiciones no penales llamadas a integrar una disposición penal⁴⁴⁶; retroactividad avalada además por razones de justicia material, pues no sería justo mantener una condena sobre la base de unas concepciones jurídicas -la discriminación entre los hijos extramatrimoniales- no profesadas por el Legislador y repudiadas por la conciencia social del momento. Procede, en consecuencia, estimar el primer motivo de casación, que cita la aplicación indebida del artículo 303 en relación con el 302.4º e inaplicación del artículo 24, todos del Código penal".

⁴⁴⁶ Sentencia de 13 de diciembre de 1966, entre otras varias.

ABRIR PARTE SEGUNDA

