

Ángel José Sanz Morán  
Universidad de Valladolid

### Sumario

-

*Se ofrece un sucinto repaso histórico dogmático de los problemas que suscita este importante grupo de delitos, para analizar a continuación dónde residen los obstáculos fundamentales que vienen lastrando su regulación en el Código Penal, antes de abordar qué dirección debería seguir una reforma legislativa que sortee las actuales dificultades interpretativas y de aplicación y cuáles son las cuestiones básicas a considerar a tal efecto.*

### Abstract

-

*This article provides a brief overview of the history and dogmatic background of some problematic issues of forgery. In doing so, we examine the main obstacles regarding regulation in the Criminal Code. Finally, we discuss the direction that legislative reform should take in order to avoid these difficulties in the interpretation and application of this criminal offence.*

### Abstrakt

-

*Der Beitrag bietet einen kurzen Überblick über die Geschichte und dogmatische Hintergründe einiger problematischen Fragen der Urkundenfälschung. Wir untersuchen dabei die wichtigsten Hindernisse bezüglich der Regulierung im Strafgesetzbuch. Abschließend wird erörtert, in welche Richtung eine Gesetzesreform gehen sollte, um diese Schwierigkeiten bei der Auslegung und Anwendung dieses Straftatbestands zu vermeiden.*

**Title:** *Forgery offenses: political-legislative reflections*

**Titel:** *Die Urkundenfälschung: politisch-gesetzgeberische Überlegungen*

-

**Palabras clave:** *falsedad documental, falsedad, documento, clases de documentos, conductas falsarias, prueba documental*

**Keywords:** *forgery, document, forgery of documents, forms of forgery of documents, document evidence*

**Stichwörter:** *Fälschung, Dokument, Fälschung von Dokumenten, Formen der Urkundenfälschung, Urkundenbeweis*

-

**DOI:** 10.31009/InDret.2021.i4.05

Recepción  
10/09/2021

-

Aceptación  
10/10/2021

-

## Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. Apunte histórico**
- 3. Bien jurídico protegido**
- 4. Concepto de documento**
- 5. Aporías (según Rojas Aguirre) del modelo regulativo**
- 6. Problemas fundamentales de la regulación vigente**
  - 6.1. Cuestiones sistemáticas
  - 6.2. Clases de documentos
  - 6.3. Conducta típica
  - 6.4. Modalidad imprudente
  - 6.5. Aspectos concursales
- 7. Propuestas de lege ferenda**
- 8. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

## 1. Introducción\*

Resulta recurrente en cualquier contribución doctrinal referida a esta materia comenzar destacando su intrínseca dificultad. Baste una rápida comprobación de la mano de alguno de los más significativos maestros del Derecho Penal. Así, leemos en el “Programa” de CARRARA que «la materia de la falsedad documental forma, dentro de las ciencias penales, una esfinge llena de enigmas; yo no pretendo ser el Edipo que los resuelva, pero sí afirmo que aún no ha aparecido ese afortunado Edipo»<sup>1</sup>. Y tanto BINDING<sup>2</sup> en Alemania, como, entre nosotros, ANTÓN ONECA, transcriben y hacen suya la afirmación del tratadista francés GARRAUD en el sentido de que «no hay incriminación que plantee más cuestiones y dé lugar a mayores dificultades que aquella de la falsedad en documento»<sup>3</sup>.

Dificultad que persiste pese a los completos y numerosos estudios monográficos de que disponemos. Limitándonos al ámbito de nuestra doctrina penal destaquemos solo la contribución pionera, publicada hace casi setenta años, de QUINTANO RIPOLLÉS<sup>4</sup>. Y, al hilo de la aprobación del Código Penal vigente –con las importantes reformas que introduce en esta materia–, recordemos solo los muy completos trabajos monográficos de las profesoras GARCÍA CANTIZANO<sup>5</sup> y VILLACAMPA ESTIARTE<sup>6</sup>, aunque la relación de aportaciones significativas publicadas esos años podría extenderse mucho más<sup>7</sup>.

Cabría plantearse, según esto, qué sentido cobra volver sobre un campo que, pese a haber ocupado de manera tan intensa a la doctrina, sigue mostrando tantas aristas. Y lo cierto es que, en los años posteriores a la aparición de la última de las monografías a que acabamos de referirnos, se redujo algo la atención de la doctrina penal española a esta materia. El impulso para su reconsideración lo ofrece, sin embargo, la publicación, en 2017, de un trabajo del penalista chileno Luis Emilio ROJAS que, a nuestro juicio, no ha recibido toda la consideración que merece<sup>8</sup> y que, más allá de que se compartan o no sus conclusiones en distintos aspectos, entendemos que muestra el camino a seguir en la investigación de este ámbito, al menos en un doble sentido: la necesidad de comprender bien el significado histórico-comparado de la regulación positiva y la obligada “deconstrucción” –en terminología de ROJAS– del modelo imperante de comprensión de estos delitos, mostrando los problemas que presentan algunas de las dicotomías que aquí se presentan, como paso previo a la reconstrucción dogmática del sistema normativo.

---

\* Autor de contacto: Ángel Sanz Morán, ajsanz@uva.es.

<sup>1</sup> Véase CARRARA, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, v. VII, 4ª ed., 1982, pp. 307 s. (parág. 3675).

<sup>2</sup> Véase BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. BT*, t. 2.1, 2ª ed. (1904), 1969, p. 169 (n. 2).

<sup>3</sup> Véase ANTÓN ONECA, «Las formas de la culpabilidad en las falsedades documentales», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948, pp. 91ss. El texto entrecomillado de GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3ª ed., t. IV, 1922, p. 87.

<sup>4</sup> Véase QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, 1952.

<sup>5</sup> Véase GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994; misma obra resumida y adaptada al nuevo Código Penal, EL MISMO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997.

<sup>6</sup> Véase VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999.

<sup>7</sup> Dejando ahora a un lado algunas importantes aportaciones en obras generales, que iremos citando a lo largo de este trabajo, mencionemos solo, inmediatamente antes de la aprobación del vigente Código Penal, la obra colectiva *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vellido*, 1994 y, poco después de entrar en vigor aquel, los trabajos monográficos de CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, 1998; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, 1996.

<sup>8</sup> Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017.

Las páginas que siguen -como lo expresa ya el título mismo de esta contribución- se orientan también en esta dirección que atiende prioritariamente a la dimensión político-legislativa. No se encontrará en ellas, por tanto, un análisis de la regulación vigente y su interpretación doctrinal y jurisprudencial -suficientemente expuestas en las obras indicadas y en los correspondientes Manuales y Tratados-, salvo en la medida en que sirva al objetivo político criminal perseguido: mostrar las aporías y carencias del modelo regulativo, en orden a su reformulación. A tal fin, seguiremos el siguiente esquema: en primer lugar, habrá que recordar sucintamente el sentido del curso histórico de la regulación (apartado 2), para abordar a continuación el difícil problema de concretar el bien jurídico afectado (apartado 3), lo que aboca a la necesidad de ocuparse con el concepto jurídico-penal de documento y su autonomía o dependencia frente al utilizado en el ámbito procesal (apartado 4). Tras estas cuestiones previas, expondremos el sentido de las dicotomías que, según ROJAS, deben ser “deconstruidas” para un «correcto abordaje político legislativo» del problema (apartado 5), mostrando a continuación el modo en que tales aporías están lastrando la regulación vigente y su aplicación judicial (apartado 6), antes de centrarnos en el sentido de una futura reforma penal superadora de tales problemas (apartado 7). Apenas es necesario indicar, por otra parte, que la índole de la contribución obliga a reducir al mínimo las referencias bibliográficas.

## 2. Apunte histórico

Como acabamos de apuntar, uno de los aspectos dignos de mención de la reciente monografía de ROJAS es la amplitud y profundidad (lamentablemente inusual en nuestros días) de la aproximación histórica al campo que nos ocupa, lo que le permite no solo disipar alguno de los malentendidos que se vienen repitiendo –como el de la pretendida contraposición entre los modelos regulativos francés y alemán<sup>9</sup>-, sino mostrar aquellos datos constantes que perviven en medio de la compleja evolución legislativa de la materia.

Repasemos sucintamente los datos más significativos. Como es notorio, el primer hito lo encontramos en la *lex Cornelia de falsis*, del año 81 a. C., también conocida como *lex testamentaria nummaria*, por ser testamentos y monedas los objetos protegidos frente a las conductas falsarias en ella recogidas. Ahora bien, como mostró hace ya años D`ORS, la asociación de aquellos en una misma ley resulta «muy explicable: el elemento común era el abuso del *signum*, primer hito en la historia del “crimen falsi”»<sup>10</sup>. Ahora bien, este núcleo inicial sería ampliado –según nos explica este autor-, a través de una serie de senadoconsultos de comienzos del siglo I d. C, a otros documentos no testamentarios y a conductas relacionadas con la corrupción de abogados o testigos<sup>11</sup>. Y de modo particular -dada la recurrente vinculación entre estos dos delitos- destaca D`ORS la posterior extensión del “crimen falsi” al falso testimonio, debida a que las declaraciones de los testigos se formalizaban en *testationes*, es decir, documentos<sup>12</sup>. Cabe constatar, según esto, que bajo la expresión “crimen falsi” se fueron recogiendo, desde un primer momento, conductas no coincidentes, lo que llevaría a MOMSEM a concluir que «la “falsificación” no es en el Derecho

<sup>9</sup> Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, pp. 16, 46 ss. Los argumentos recogidos en esta monografía habían sido anticipados en su contribución «Historia dogmática de la falsedad documental», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (39-2), 2012, pp. 545 ss.

<sup>10</sup> Véase D`ORS, «Contribuciones a la historia del “crimen falsi”», en AAVV, *Studi in onore di Edoardo Volterra*, v. 2, 1971, p. 546. Cfr. además, ALEJANDRE, «Estudio histórico del delito de falsedad documental», *AHDH*, (42), 1972, p. 133; ROJAS AGUIRRE, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (39-2), 2012, pp. 548 s.

<sup>11</sup> Véase D`ORS, en AAVV, *Studi in onore di Edoardo Volterra*, v. 2, 1971, pp. 546 s.

<sup>12</sup> Véase D`ORS, en AAVV, *Studi in onore di Edoardo Volterra*, v. 2, 1971, pp. 553 s.

romano una idea universal más que desde el punto de vista del procedimiento y para los efectos procesales»<sup>13</sup>.

Y esta mezcolanza de conductas falsarias pasará –en lo que a nuestra historia legislativa se refiere– desde el Derecho romano al sistema visigodo y, finalmente a las Partidas, en términos en los que no podemos detenernos aquí<sup>14</sup>. Baste recordar que la Ley 1ª de la Partida VII, título 7ª, tras definir la falsedad como “mudamiento de la verdad”, aclara a continuación las diversas maneras en que ello puede suceder, entre las cuales, además de las falsedades que recaen sobre documentos, se recogen conductas de corrupción procesal como la prevaricación de abogados o jueces, o el falso testimonio, o la corrupción de testigos o jueces<sup>15</sup>. No debe extrañar, por ello, que nuestros tratadistas de los siglos XVI y XVII, al exponer los delitos en particular, asocien al crimen de falsedad conductas de muy diversa naturaleza, por el común elemento de la existencia de una acción mendaz. Así, por ejemplo, COVARRUBIAS, tras el “crimen de falsedad”, que refiere a documentos, pasa a analizar la falsedad de los testigos, el contrato simulado, la falsificación de moneda, las falsas pesas y medidas utilizadas por el vendedor, la alteración de lindes y la suposición de parto<sup>16</sup>. Y, de modo análogo –pero un siglo más tarde– se ocupa PRADILLA, a continuación de los falsarios (de los que, añade, hay muchas variantes), de los testigos falsos, los que hacen y fabrican moneda falsa, los que usan pesas y medidas falsas, los que suponen y persuaden partos fingidos y los que remueven y mudan los mojones del campo<sup>17</sup>.

Fuera de nuestras fronteras, baste recordar que la muy influyente *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532, obra central en la recepción del Derecho romano y de la doctrina de los glosadores y postglosadores, agrupa también, en sus artículos 111 a 115, las siguientes conductas falsarias: falsificación de moneda, de documentos, pesas y medidas falsas, alteración de lindes y conductas de deslealtad de profesionales del Derecho<sup>18</sup>.

Ahora bien, pese a la pluralidad de conductas que se agrupan bajo la expresión “crimen falsi”, lo cierto es que –como también ha puesto de manifiesto ROJAS<sup>19</sup> ya los juristas italianos bajomedievales (desde AZO) trataron de identificar los elementos comunes a las distintas modalidades falsarias, lo que cristalizará, a comienzos del siglo XVII, en la tan citada fórmula de FARINACIO: *Falsitas est veritatis mutatio dolose et in alterius praejudicium facta*. Caracterización tan exitosa que, bien entrado el siglo XIX, los influyentes comentaristas del *Code Pénal* francés de 1810, CHAUVEAU y HÉLIE, comienzan su estudio del delito de falsedad documental analizando estos tres elementos (alteración de la verdad, intención fraudulenta y perjuicio real o posible)<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> Véase MOMSEM, Th., *El Derecho Penal Romano*, 1999, t. II, p. 140.

<sup>14</sup> Véase, por todos, ALEJANDRE, *AHDH*, (42), 1972, pp. 137 ss., 156 ss., respectivamente.

<sup>15</sup> El texto de la mencionada ley de las Partidas lo encontramos reproducido en ROJAS AGUIRRE, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (39-2), 2012, p. 552 (n. 32).

<sup>16</sup> Véase COVARRUBIAS Y LEYVA, *Suma de delictis et eorum poenis* (1540), 2018, pp. 280 ss. Ofrecíamos una recensión de esta edición de una obra, hasta ahora inédita, de COVARRUBIAS en SANZ MORÁN, «Recensión a Justo GARCÍA SÁNCHEZ y Beatriz GARCÍA FUEYO, “Diego de Covarrubias y Leyva: Summa de delictis et eorum poenis”», *InDret*, (4), 2019 (sección *ExLibris*), pp. 6 ss.

<sup>17</sup> Véase PRADILLA BARNUEVO, *Suma de las leyes penales* (1639), 1996, cap. XXI a XXVI.

<sup>18</sup> Véase RADBRUCH, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532*, 5ª ed., 1975, pp. 79 ss.

<sup>19</sup> Véase ROJAS AGUIRRE, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (39-2), 2012, pp. 550 ss.

<sup>20</sup> Véase CHAUVEAU/HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, 2ª ed., t. I, 1863, pp. 435 ss. Véase también GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3ª ed., t. IV, 1922, pp. 89 s., haciéndose eco de la influencia del criterio de Farinacio en Jousse y Muyart de Vouglans, lo que dará lugar a su posterior difusión en la doctrina y jurisprudencia francesas, ante la ausencia de una definición legal de lo que entiende por falsedad.

Llegamos así al período codificador, donde apenas es necesario recordar, en la materia que nos ocupa, la decisiva influencia del *Code Pénal* francés de 1810 sobre los sucesivos Códigos Penales españoles desde el de 1822, en cuyas previsiones no podemos ahora detenernos<sup>21</sup>. Y, como ha puesto de manifiesto ROJAS, si bien la discusión del problema en Alemania siguió, en los inicios de la codificación, un planteamiento distinto, al no contemplar el *Allgemeines Landesrecht* prusiano (de 1794) un delito autónomo de falsedad, sino solo una modalidad agravada de estafa, lo cierto es que, desde el Código Penal prusiano de 1851, el influjo francés se hace evidente también en la regulación alemana<sup>22</sup>. Por lo demás, será al enfrentar los problemas de la regulación española cuando estemos en condiciones de valorar críticamente el modelo regulativo seguido y sus inconvenientes.

Cabe concluir de este sucinto repaso histórico cómo, desde un primer momento, bajo el término “falsedad” se han agrupado modalidades delictivas muy diversas, por lo que se hace necesario determinar, por un lado, lo que hay de común a esos distintos delitos, pero también, por otra parte, lo que de singular tienen, frente a ellos, las falsedades documentales. Destaca, en este mismo orden de ideas, la relación histórica de la figura delictiva que nos ocupa con aquellas otras conductas falsarias en el ámbito del proceso, en particular, el falso testimonio, lo que obligará de nuevo a determinar lo que tienen en común y aquello en lo que difieren. Y de un modo más general, dado que la caracterización del “crimen falsi”, a partir de la obra de los juristas italianos bajomedievales, supone como elemento central el perjuicio real o potencial de la conducta falsaria, habrá que poner en relación esta exigencia con la naturaleza instrumental que, de acuerdo con la doctrina muy mayoritaria, posee esta figura, lo que lleva a conectarla con la finalidad (de carácter normalmente jurídico patrimonial) que de ordinario la acompaña y las cuestiones concursales que de ahí se desprenden. En las páginas que siguen trataremos de profundizar en estas diversas cuestiones.

### 3. Bien jurídico protegido

La dificultad que, como venimos insistiendo, caracteriza a esta materia se pone también de manifiesto, como no podía ser menos, a la hora de concretar el bien jurídico tutelado en los delitos de falsedad documental. Nos limitamos aquí, de nuevo, a un sucinto repaso de los problemas fundamentales destacados por la doctrina a este respecto<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Para la regulación que de las falsedades han ofrecido los sucesivos Códigos Penales españoles, véase, por todos, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, 1952, pp. 46 ss. Y, en fecha más reciente, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, 1996, pp. 14 ss.

<sup>22</sup> Véase ROJAS AGUIRRE, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (39-2), 2012, pp. 568 ss., donde encontramos un completísimo repaso de la doctrina alemana con anterioridad al mencionado Código Penal prusiano de 1851; y en pp. 578-580 muestra el influjo que sobre este texto legal ejerció el Código Penal francés, en la materia que nos ocupa. En su contribución para la *Vergleichende Darstellung* se hacía eco ya Weismann de esta influencia francesa en el Código Penal prusiano. Véase WEISEMANN, «Urkundenfälschung», en BIRKMEYER/CALKER/MAYER, *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil*, Bd. V, 1907, pp. 275 ss. Por lo demás, dado el lugar donde aparece publicada, esta contribución nos ofrece una completísima muestra (pp. 247-309) de la regulación de las falsedades documentales en los distintos Códigos penales decimonónicos.

<sup>23</sup> Véase, monográficamente, en nuestra doctrina, BOLDOVA PASAMAR, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, 2000. Amplia información también en los estudios monográficos de FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, 1996, pp. 29 ss.; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, pp. 45 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 25 ss. En la doctrina alemana, véanse, por todos, los precisos resúmenes de PUPPE, «§267», *NK*, 2003, nm. 1-15; SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen. Die verkörperte Gedankenerklärung als Merkmal des strafrechtlichen*

Cabe recordar, en primer lugar, la existencia de amplio acuerdo al rechazar, por poco concretas, las clásicas apelaciones a la “fe pública” o a la “seguridad en el tráfico jurídico”. Como es notorio, fue FILANGIERI el primero en utilizar la expresión “delitos contra la fe pública” (apéndice, según este autor, de los delitos contra el orden público), en los cuales el sujeto se sirve «del depósito de la confianza pública para violar las obligaciones que dependen del mismo»; grupo que comprendería, entre otras, conductas como el peculado en el caso de los administradores o depositarios de las rentas públicas, las falsedades de notarios o escribanos públicos, la falsificación de moneda por las personas encargadas del cuño público, la violación de secretos de Estado por la persona pública que es su depositario e incluso la quiebra fraudulenta de un negociante público; más aún, entiende FILANGIERI que cabría incluir también en este grupo –si bien por razones sistemáticas decide estudiarlos en otro lugar– los delitos de jueces y magistrados contra la Justicia Pública<sup>24</sup>. Ahora bien, dejando a un lado la indicación de PUPPE en el sentido de que resulta incompatible con el Estado secular la protección de “creencias”<sup>25</sup>, la crítica más extendida frente a este planteamiento reside en que, como se desprende de los delitos incluidos en el grupo, FILANGIERI está pensando exclusivamente en abusos de su función por parte de funcionarios públicos, en términos análogos a lo que serían hoy los delitos contra la Administración Pública. Más aún, en el caso concreto de las falsedades documentales, habla solo de las llevadas a cabo por parte de notarios o escribanos públicos, lo que explica la deriva posterior de la categoría “fe pública” en autores como CARRARA, quien, como es notorio, limita el ámbito de aplicación del delito de falsedad básicamente a estos supuestos<sup>26</sup>.

Y análogas consideraciones relativas a la falta de precisión del concepto encontramos cuando se pretende hacer de la “seguridad en el tráfico jurídico” el bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental, criterio este dominante, al menos como punto de partida, en la doctrina alemana<sup>27</sup>. Ahora bien, como indica en nuestra doctrina ECHANO, la seguridad en el tráfico jurídico tiene tal amplitud que resulta menoscabada por otros muchos delitos; de ahí que los mismos autores alemanes añaden normalmente una referencia al específico valor probatorio de los documentos<sup>28</sup>, bien jurídico distinto, «constituyendo la seguridad en el tráfico jurídico el fin de la norma»<sup>29</sup>.

---

*Urkundenbegriffe*, 1968, pp. 102 ss. Para la doctrina italiana sigue siendo fundamental el amplio análisis de la cuestión en MALINVERNI, *Teoría del falso documental*, 1958, pp. 151 ss.

<sup>24</sup> Véase FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*, 3ª ed., t. VII, 1822, pp. 161 ss.

<sup>25</sup> Véase PUPPE, «§267», *NK*, 2003, nm. 3.

<sup>26</sup> Véase CARRARA, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, v. VII, 4ª ed., 1982, párrafos 3640 ss. También Puppe, en el lugar citado en la nota anterior, entiende que la apelación a la fe pública, a lo sumo sería válida para lo previsto en los párrafos 271 y 348 StGB, de los que nos ocuparemos después. Para las distintas concepciones de la “fe pública” en este contexto véase, por todos, BOLDOVA PASAMAR, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, 2000, pp. 35 ss.

<sup>27</sup> Más información, por todos, en HEINE/SCHUSTER, «§267», *Sch/Schr*, 30ª ed., 2019, nm. 1; PUPPE, «§267», *NK*, 2003, nm. 1 s., quien califica, sin embargo, esta definición, de «en parte pleonástica y en parte tautológica»; TRÖNDLE, «§267», *LK*, 10ª ed., 1988, nm. 2 ss.

<sup>28</sup> Así, expresamente, HEINE/SCHUSTER («seguridad jurídica y fiabilidad del tráfico jurídico, en el sentido del tráfico probatorio»); TRÖNDLE (quien, tras la referencia a la seguridad en el tráfico jurídico añade: «más concretamente, la seguridad y fiabilidad de la prueba documental»), en los lugares respectivamente citados en la nota precedente.

<sup>29</sup> Véase ECHANO BALDASÚA, «Capítulo XXII: Falsedades», en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, 1998, p. 751; y, ya antes, EL MISMO, «Falsedades documentales», en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 294. Cfr. además, para la crítica a la seguridad en el tráfico jurídico en cuanto bien jurídico protegido en este delito, por todos, BOLDOVA PASAMAR, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, 2000, pp. 92 ss.

Pese a todo, la apelación a la “fe pública” o a la “seguridad en el tráfico jurídico” tendrían – siempre según ECHANO- el acierto de orientar correctamente el objeto de protección de las distintas modalidades falsarias -subrayando que «su contenido de injusto radica en la creación de una falsa apariencia y no en las consecuencias lesivas que puedan derivarse para terceros»- y de «relacionar (...) el fundamento de su punición con las necesidades del ordenado desarrollo del tráfico jurídico por medio de la función que están llamados a desarrollar en él» los objetos materiales de las distintas modalidades falsarias<sup>30</sup>.

Pero ello nos conduce a la posición quizás hoy dominante en la doctrina penal española cuando se aborda el problema del bien jurídico protegido por el delito que nos ocupa. En palabras de GARCÍA CANTIZANO, el «bien jurídico protegido específicamente en el delito de falsedad documental sería la propia *funcionalidad del documento* en las diversas misiones que tiene que cumplir en el tráfico jurídico»<sup>31</sup>; misiones que, de acuerdo con un planteamiento ampliamente extendido en doctrina y jurisprudencia se concretarían en su triple función “probatoria” (al reflejar la manifestación de voluntad o de conocimiento de alguien), de “garantía” (al permitir identificar al autor de la declaración) y de “perpetuación” (al fijarse tal declaración en un soporte material)<sup>32</sup>.

Tampoco este punto de vista está exento de problemas. En primer lugar, dado que el objeto material de este delito (el “documento”) se define, como veremos más adelante, precisamente a partir de la determinación de las funciones que está llamado a cumplir, surge la duda de en qué medida se están mezclando aquí dos problemas distintos: el atinente al bien jurídico y el del objeto material<sup>33</sup>. Y, desde otra perspectiva, entiende ECHANO que, de acuerdo con esta tesis funcional, «la protección del bien jurídico parece que debería alcanzar a tres aspectos de los documentos estrechamente relacionadas con la realización de sus peculiares funciones»: autenticidad, veracidad e indemnidad. Ahora bien, de acuerdo con nuestro derecho positivo – como tendremos ocasión de comprobar más adelante- mientras que las «agresiones a la autenticidad (falsedades materiales)» se sancionan en todo caso, «las que afectan a la veracidad (falsedades ideológicas)» solo lo son parcialmente y, finalmente, «las agresiones a la indemnidad (destrucción, supresión, ocultación...) tan solo se sancionan como delito de daños, arts. 263 y 264 CP, o en el marco de los delitos contra la Administración Pública, arts. 413 y ss. CP»<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Véase ECHANO BALDASÚA, en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, 1998, p. 751; EL MISMO, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 294.

<sup>31</sup> Véase GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, p. 134 (cursivas allí).

<sup>32</sup> Amplia información en BOLDOVA PASAMAR, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, 2000, pp. 132 ss. Además de GARCÍA CANTIZANO, defienden esta teoría “funcional” del bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental, entre otros autores, COCA VILA, «Las falsedades documentales», en SILVA SÁNCHEZ, (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general y especial*, 2019, pp. 222 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Introducción», en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, 2011, pp. 158 ss.; ya antes, EL MISMO, en «Falsificación de documentos», en LUZÓN PEÑA, (dir.), *Enciclopedia penal básica*, 2002, pp. 722 ss.; NUÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, 1998, pp. 178 ss.; PEÑARANDA RAMOS, «Falsedades», en MOLINA FERNÁNDEZ, (coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre*, 2017, pp. 1656 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 94 ss.

<sup>33</sup> Rechazan que con la teoría funcional del bien jurídico se produzca esa confusión, entre otros, BOLDOVA PASAMAR, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, 2000, p. 135; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, pp. 135 s.; VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, p. 97. Más matizado, PEÑARANDA RAMOS, en MOLINA FERNÁNDEZ, (coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre*, 2017, p. 1657, distingue entre aquellas funciones del documento «que determinan las notas del objeto material y aquellas que sirven además para delimitar el alcance del bien jurídico tutelado».

<sup>34</sup> Véase ECHANO BALDASÚA, en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, 1998, p. 769; EL MISMO, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 295. Se hacen eco de ello,

En cualquier caso, existe amplio acuerdo en destacar la protección dispensada en el delito de falsedad documental a la función probatoria del documento, en lo que insisten de manera particular aquellos autores para quienes estaríamos aquí ante un delito contra los medios de prueba. Como recordábamos al comienzo de esta contribución, ya en relación al Derecho romano destacaba MOMSEM esta vinculación especial entre conductas falsarias y proceso<sup>35</sup> y vimos también entonces cómo la evolución posterior permite constatar la estrecha relación entre falsedad documental y falso testimonio. Pero, como resulta notorio, fue BINDING quien apeló de manera determinante a la “pureza en la conducción de la prueba” (*Reinheit der Beweisführung*) en cuanto bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental<sup>36</sup>. Tesis defendida también por coetáneos de BINDING tan significativos como GARRAUD<sup>37</sup> en Francia y con ulterior desarrollo en importantes monografistas como CARNELUTTI o MALINVERNI, entre otros<sup>38</sup>. Y también en la doctrina alemana más reciente –lo acabamos de recordar–, aún dominando la apelación, en cuanto bien jurídico de las falsedades, a la “seguridad en el tráfico jurídico”, a la hora de concretar el sentido de esta referencia, se insiste en el valor probatorio del documento<sup>39</sup>, por más que se mencione también en ocasiones alguna otra de sus funciones. En este sentido, nos recuerda GARCÍA CANTIZANO que tanto PUPPE, al insistir en la función de garantía del documento, como SAMSON, cuando pone el acento en su función de perpetuación<sup>40</sup>, lo hacen desde la óptica de la función probatoria del documento. Y también en la doctrina española ha encontrado eco esta propuesta de determinación del bien jurídico<sup>41</sup>.

---

también, entre otros autores, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en LUZÓN PEÑA, (dir.), *Enciclopedia penal básica*, 2002, p. 723; PEÑARANDA RAMOS, en MOLINA FERNÁNDEZ, (Coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre*, 2017, pp. 1656 s.

<sup>35</sup> Véase *supra*, apartado 2 (n. 13). Reconduce al Derecho romano la tesis de la protección de la prueba en cuanto bien jurídico protegido en la falsedad documental MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, 1958, p. 225.

<sup>36</sup> Véase BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. BT*, t. 2.1, 2ª ed. (1904), 1969, pp. 108 ss., 115. Para la aportación de Binding en este contexto, véase sólo, en nuestra doctrina, BOLDOVA PASAMAR, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, 2000, pp. 113 ss.; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, pp. 110 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 68 ss.

<sup>37</sup> Véase GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3ª ed., t. IV, 1922, p. 107, quien habla de «correlación necesaria entre el sistema de pruebas y el sistema de falsedades».

<sup>38</sup> Véase CARNELUTTI, *Teoría del falso*, 1935, pp. 3 ss.; MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, 1958, pp. 225 ss. Cfr. Además, entre otros monografistas, GALLIANI, *La falsità in scrittura privata*, 1970, p. 188: «el bien protegido mediante la incriminación de la falsedad en documento privado se encuentra en el ámbito del derecho probatorio»; HAEFLIGER, *Der Begriff der Urkunde im schweizerischen Strafrechts (art. 110 StGB)*, 1952, pp. 26 ss.

<sup>39</sup> Cfr. Las referencias de la n. 28.

<sup>40</sup> Véase GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, p. 134. Cfr. Al respecto PUPPE, «§267», *NK*, 2003, nm. 6 («es la denominada función de garantía del documento el bien jurídico protegido por el par. 267 StGB»); SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen. Die verkörperte Gedankenerklärung als Merkmal des strafrechtlichen Urkundenbegriffe*, 1968, pp. 109 ss., 117: «El significado especial de los documentos reside en que representan un fundamento para decisiones con relevancia jurídica. Pero si los documentos son un fundamento especialmente adecuado de decisiones con relevancia jurídica, ello se debe a su capacidad de perpetuación».

<sup>41</sup> Véase, por ejemplo, BENÉYTEZ MERINO, «Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias del artículo 302 del CP», en BENÉYTEZ MERINO et al., *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, 1994, pp. 37 ss., quien, partiendo de las tradicionales apelaciones a la fe pública o la seguridad en el tráfico jurídico, añade, sin embargo, a la hora de concretar el objeto material: «el proceso lógico para la construcción del concepto de documento no puede ser otro que el de extraer del régimen jurídico del documento como medio de prueba las notas características que lo constituyen» (p. 48). Por su parte, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en LUZÓN PEÑA, (dir.), *Enciclopedia penal básica*, 2002, aun defendiendo, como hemos indicado, la teoría funcional, parte de que «se trata de proteger el valor específico de los documentos como medios de prueba (en el proceso y fuera de él)» (p. 722). QUINTERO OLIVARES, «Las falsedades documentales y la evolución del derecho positivo español», en MUÑOZ CONDE, (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Falsedad y defraudación*, 1995, pp. 73 ss., entiende protegido por los tipos de la falsedad documental «la alteración de la capacidad probatoria-procesal de los datos o hechos recogidos en un documento, que por tanto puede afectar a la decisión que haya de adoptarse en un eventual litigio» (p. 82). Y RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., 1995, p. 945, proponía, de *lege ferenda*, llevar esta materia a un grupo de delitos contra los medios de prueba.

Posición que, como las demás, ha encontrado asimismo objeciones, entendiendo algún autor que el planteamiento de BINDING se centra en el papel del documento como medio de prueba dentro del proceso, dejando a un lado la vertiente extraprocesal<sup>42</sup>. Y se aduce, por otra parte, la dificultad de encajar esta tesis en un derecho positivo, como el español, donde se separa la falsedad documental de los delitos contra la Administración de Justicia, que recogen otros delitos contra los medios de prueba, como lo es el falso testimonio; y tampoco se incluye entre estos (ni entre las falsedades, como ya hemos indicado) la destrucción de documentos, sino que se lleva al ámbito de los delitos patrimoniales<sup>43</sup>.

Cabe, en síntesis, concluir que sigue abierta la cuestión de cuál sea el bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental. No es de extrañar entonces que un autor tan significativo como CARNELUTTI considere «vano e infecundo» plantearlo<sup>44</sup>. Y la reciente aportación de ROJAS abandona la aproximación metodológica tradicional, que parte del bien jurídico protegido, «discusión más bien abstracta» y baja «al nivel menos elevado del *texto* de la ley», planteando «¿qué significa cometer falsedad en un *documento*?», y pasando directamente a abordar este último concepto<sup>45</sup>. Tenemos, finalmente, un buen número de autores que renuncian a establecer un bien jurídico común a las distintas falsedades, entendiendo que el interés protegido será distinto dependiendo de la clase de documento o de la concreta modalidad falsaria<sup>46</sup>.

En relación directa con el problema del bien jurídico tutelado aborda, por otra parte, la doctrina, algunas cuestiones de las que nos ocuparemos más adelante. Entre otras, la de si entendemos protegido un interés de carácter individual<sup>47</sup> o colectivo<sup>48</sup>, lo que incidirá sobre la relación con otros delitos; en particular, los patrimoniales. Cuestión concursal esta que se vincula también, por otra parte, con la decisión de si nos encontramos ante delitos de lesión o de peligro<sup>49</sup>.

<sup>42</sup> En tal sentido, por ejemplo, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, p. 115. Lo rechaza, con buenos argumentos, BOLDOVA PASAMAR, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, 2000, pp. 118 ss.

<sup>43</sup> Véase, en este sentido, BOLDOVA PASAMAR, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, 2000, pp. 124 ss.

<sup>44</sup> Véase CARNELUTTI, *Teoría del falso*, 1935, p. 2, aunque, como acabamos de ver, sigue de cerca el planteamiento de Binding.

<sup>45</sup> Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, pp. 52 s. (cursivas allí); ya antes, EL MISMO, «Falsedad documental como delito de engaño», *Revista Chilena de Derecho*, (41-2), 2014, p. 525.

<sup>46</sup> En este sentido, entre otros autores, BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, pp. 14 ss., entiende que son diversos los intereses protegidos en los delitos de falsedad en documento público y en documento privado; CÓRDOBA RODA, «Título XVIII. De las falsedades», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. II, 2004, pp. 1741 ss.: «La fe pública es una noción abstracta y formal cuya meta es la protección de otros intereses, más concretos, que varían según la clase de documento» (p. 1815); ECHANO BALDASÚA, en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, 1998, p. 769; EL MISMO, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 296, habla de un bien jurídico de carácter institucional, «que es complementario y está al servicio de otros bienes jurídicos»; MAURACH/SCHRODER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*. v. 2, 8ª ed., 1999, parten de las funciones del documento, pero entienden que el bien jurídico cabe después especializarlo en función de la modalidad falsaria (p. 163); PUPPE, «§267», *NK*, 2003, nm. 2, aunque concluye defendiendo, como hemos visto (*supra*, n. 40) que el parágrafo 267 StGB protege la función de garantía del documento, ha afirmado previamente que «la doctrina dominante trata de buscar un bien jurídico común a todas las modalidades de falsedad documental, lo que resulta imposible».

<sup>47</sup> En este sentido, por ejemplo, PUPPE, «§267», *NK*, 2003, nm. 7 a).

<sup>48</sup> Así, la doctrina dominante. Cfr., por todos, MAURACH/SCHRODER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*. v. 2, 8ª ed., 1999, p. 163

<sup>49</sup> Así, por ejemplo, mientras ANTÓN ONECA, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948, p. 106, exponía, con notable claridad, las razones que le llevaban a caracterizar la falsedad documental como delito de peligro, el reciente tratadista ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, pp. 135, 161,

Relacionado, en fin, con el bien jurídico, se halla asimismo el problema de la existencia o no de antijuridicidad material, que permitirá concluir la posible irrelevancia, por inocuas, de algunas conductas falsarias<sup>50</sup>. Y una última advertencia, que encontramos recogida de manera constante en la doctrina y cobra importancia también en orden a la solución de los posibles concursos con otros delitos: el carácter claramente instrumental de las falsedades documentales<sup>51</sup>. El debate de estas y otras cuestiones próximas está en estrecha conexión con la particular concreción legislativa, por lo que serán objeto de nuestra atención más adelante. Pero previamente, debemos ocuparnos todavía con el problema del concepto de documento.

#### 4. Concepto de documento

Como apuntábamos en el apartado anterior, a propósito de la “tesis funcional” en orden a la concreción del objeto de tutela en el delito de falsedad documental, es necesario separar esta cuestión del bien jurídico de la del objeto material. Así lo reconocen también algunos de los defensores del mencionado planteamiento –nos hacíamos eco de ello entonces- cuando hablan de la necesidad de distinguir entre aquellas funciones del documento «que determinan las notas del objeto material y aquellas que sirven además para delimitar el alcance del bien jurídico tutelado»<sup>52</sup>. Y, en sentido análogo, algunos de quienes sostienen la tesis que centra en la función probatoria del documento el bien jurídico protegido, no tienen problema en prescindir de este dato a la hora de caracterizar el concepto de documento en cuanto objeto material del delito que nos ocupa<sup>53</sup>.

Vamos a ocuparnos ahora, de la manera concisa que impone la índole de nuestra contribución, con este último problema: el de determinar las notas o características que debe reunir el concepto de “documento”, en cuanto objeto material del delito de falsedad documental. Bien entendido que, salvo alguna indicación relativa a la definición ofrecida por el artículo 26 del Código Penal español, no entraremos de momento en el estudio del derecho positivo, con su problemática

---

considera delito de peligro las modalidades falsarias, mientras que las de uso del documento falso serían delito de lesión.

<sup>50</sup> Cfr., por todos, CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, 1998, *passim*. La irrelevancia penal de las falsedades inocuas se vinculaba tradicionalmente con la exigencia de perjuicio ajeno (real o potencial) que incorporaba la definición de falsedad acuñada por Farinaccio, de la que nos hacíamos eco más arriba (apartado 2). Y, en este sentido, CHAUVEAU/HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, 2ª ed., t. I, 1863, p. 450, remontan al Digesto el brocardo, muy citado por la doctrina más antigua, *non punitur falsitas in scriptura quae non solum non nocuit, sed nec erat apta nocere*. Hoy se apela, para concluir esta misma impunidad de las falsedades inocuas a la ausencia de antijuridicidad material (en este sentido, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948, p. 106, o bien se llega a ese mismo resultado analizando, con criterios de imputación objetiva, el carácter “idóneo” del engaño en que se concreta la acción falsaria (así, entre otros, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, pp. 271 ss.)

<sup>51</sup> Como afirma expresivamente COBO DEL ROSAL, «Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad», *CPC*, (56), 1995, pp. 429 ss., p. 438, «la falsificación por la falsificación no tiene sentido jurídico penal». Ya nuestro primer monografista en esta materia, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, 1952, p. 212, afirmaba que «el delito de falsedad raramente se comete con la exclusiva finalidad falsaria, siendo lo normal que persiga otro propósito, generalmente también delictivo». Y, años antes, leemos en GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3ª ed., t. IV, 1922, pp. 7 s., que «las diferentes clases de falsedad no son, a decir verdad, sino actos preparatorios de otros delitos, normalmente de estafa».

<sup>52</sup> En este sentido, PEÑARANDA RAMOS, en MOLINA FERNÁNDEZ, (Coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre*, 2017, p. 1657, como indicábamos en la n. 33.

<sup>53</sup> Es el caso, por ejemplo, de MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, 1958, pp. 29 s. (defensor, como vimos -cfr. las referencias en la n. 38-, de la tesis de Binding en relación al bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental), quien al ocuparse del objeto material de la falsedad, señala, sin embargo, que el documento es, ante todo, “declaración”, “contenido de pensamiento”; por el contrario, que sea o no un medio de prueba es un elemento extraño a la noción de documento.

referencia a distintas categorías de documentos, de contornos como mínimo poco precisos, como tendremos ocasión de comprobar más adelante (en el apartado 6).

Pues bien, en este sentido que ahora nos interesa, hay amplio acuerdo, desde BINDING, en entender que el concepto de documento se nutre de dos elementos esenciales: una declaración de voluntad (o de percepción, en los denominados documentos testimoniales, como veremos después) y un garante de veracidad de la misma, el emisor<sup>54</sup>. A ello añadía BINDING que la mencionada declaración tuviera carácter escrito<sup>55</sup>, dato que hoy, sin embargo, no se considera esencial, aunque sí se exige que aparezca “corporeizada” de algún modo. Y los mismos elementos se repiten desde entonces. Siguiendo con la doctrina alemana, leemos así, por ejemplo, en KIENAPFEL, que «las características constitutivas del concepto jurídico-penal de documento son la declaración incorporada a la escritura y la cognoscibilidad del emisor»<sup>56</sup>. O, más recientemente, define PUPPE el documento como «una declaración en el tráfico jurídico, incorporada en signos estables, que permite reconocer la identidad del declarante (del emisor)»<sup>57</sup>. También en la doctrina italiana, vemos como uno de los monografistas más significativos de esta materia, MALINVERNI, insiste en que el documento es, ante todo, “declaración”, “contenido de pensamiento”, siendo este dato y el de su autor, los elementos centrales a indagar cuando abordamos el problema del objeto material de los delitos de falsedad documental<sup>58</sup>. Y en lo que se refiere a nuestra doctrina, baste citar a GARCÍA CANTIZANO, quien, tras defender –ya nos hemos hecho eco de ello– una teoría “funcional” del bien jurídico protegido en los delitos que nos ocupan, cuando pasa a ocuparse del objeto material, insiste en la “declaración” como dato que determina la esencia del documento<sup>59</sup>.

Siendo constante la exigencia de estos dos datos (declaración y emisor) para caracterizar el concepto de “documento” en cuanto objeto material del delito de falsedad documental, la discusión ulterior –en la que aquí no podemos entrar–, especialmente en el contexto de la doctrina alemana, gira en torno a si a ellos debe añadirse, como elemento distinto, la “relevancia jurídica” o, más específicamente, la “aptitud y voluntad probatoria”; o más bien, como hemos apuntado anteriormente, este dato cobra relevancia ante todo en el contexto de la determinación del bien jurídico protegido<sup>60</sup>. La anterior discusión aparece además mediatizada por el

<sup>54</sup> De manera muy elocuente advierte BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. BT*, t. 2.1, 2ª ed. (1904), 1969, p. 197, que un documento sin emisor es jurídicamente tan impensable como un testimonio sin testigo.

<sup>55</sup> Véase BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. BT*, t. 2.1, 2ª ed. (1904), 1969, p. 185.

<sup>56</sup> Véase KIENAPFEL, *Urkunde und andere Gewährschaftsträgern. Dogmatik, Kriminalpolitik und Reform*, 1979, p. 49. En las pp. 1 a 17 de esta importante monografía se reconstruye, con notable claridad, la historia de la exigencia del “carácter escrito” del documento.

<sup>57</sup> Véase PUPPE, «§267», *NK*, 2003, nm. 16; desarrollando a continuación, de manera muy minuciosa, el alcance de estos dos elementos: «corporeización de la declaración» (nm. 20 ss.) y el emisor del documento (nm. 59 ss.) De «corporeización de la declaración de un pensamiento» habla también, entre otros, SAMSOM, *Urkunde und Beweiszzeichen. Die verkörperte Gedankenerklärung als Merkmal des strafrechtlichen Urkundenbegriffe*, 1968, pp. 80 ss.

<sup>58</sup> Véase MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, 1958, pp. 9 ss., 29.

<sup>59</sup> Véase GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, pp. 146 ss. (especialmente, p. 152, donde la define como «aquel comportamiento humano consistente en la manifestación consciente y voluntaria de ideas, pensamientos, conceptos o representaciones de hechos»).

<sup>60</sup> La doctrina mayoritaria suele exigir también la relevancia jurídica como elemento del concepto de “documento” en cuanto objeto material del delito que nos ocupa. En este sentido, por todos, HEINE/SCHUSTER, «§267», *Sch/Schr*, 30ª ed., 2019, nm. 2 ss.; TRÖNDLE, «§267», *LK*, 10ª ed., 1988, nm. 9 ss. En sentido distinto, piensa, por ejemplo, KIENAPFEL, *Urkunde und andere Gewährschaftsträgern. Dogmatik, Kriminalpolitik und Reform*, 1979, p. 49, que debe prescindirse de la idea de relevancia jurídica (y de la aptitud probatoria) como características autónomas del concepto de documento. Una completa consideración del alcance de este dato ofrece, recientemente, KRELL, «Zur

reconocimiento o no de la categoría –acuñada por primera vez por BINDING<sup>61</sup>- de “documento casual”, frente a la del denominado “documento intencional”, distinción esta en las que tampoco podemos detenernos ahora<sup>62</sup>.

Y aunque dejemos para más adelante (apartado 6) el estudio de las clases de documentos, de acuerdo con la respectiva relevancia jurídica que les asigna nuestro derecho positivo, conviene recordar aquí, en esta primera aproximación general al concepto de documento, la distinción antes apuntada entre documentos dispositivos y testimoniales, presente también ya en BINDING<sup>63</sup>. De acuerdo con la precisa caracterización de MAURACH, los primeros suponen una declaración relativa a la creación, modificación o anulación de relaciones jurídicas, mientras que los segundos recogen información sobre el acaecimiento de hechos con relevancia jurídica<sup>64</sup>. En la doctrina penal más reciente, se ha hecho eco también, de esta distinción, de nuevo con notable claridad, el profesor ROJAS AGUIRRE, quien señala que si en la declaración, como elemento central del concepto de documento, «se expresa una voluntad de *disposición*, por ejemplo, un acto o contrato, se trata de un *documento dispositivo*. Si en la declaración se expresa la *observación* de una circunstancia fáctica, por ejemplo, que una persona se encuentra viva, se trata de un *documento testimonial*»<sup>65</sup>. Volveremos también más adelante sobre esta distinción.

Cabe, todavía, añadir a esta primera aproximación al concepto jurídico-penal de documento, que lo hasta ahora apuntado vale también para el denominado “documento electrónico”, de acuerdo con la doctrina dominante al respecto<sup>66</sup>. Baste recordar, a este respecto, que el art. 3.1 de la reciente Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, establece que «los documentos electrónicos públicos, administrativos y privados, tienen el valor y la eficacia jurídica que corresponde a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulta aplicable». La índole de esta contribución impide que nos detengamos en esta novedosa categoría.

Con los datos apuntados, se entienden las reservas con las que ha sido acogida, por parte de la doctrina mayoritaria, la definición de documento que incorpora el vigente Código Penal de 1995,

---

Beweisfunktion der Urkunde», GA, 2019, pp. 325 ss., quien concluye que todo depende de cómo se entienda –en sentido predominantemente subjetivo o, por el contrario, objetivo- el elemento de la “voluntad declarada” (cfr. el resumen de la p. 337).

<sup>61</sup> Véase, al respecto, BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*. BT, t. 2.1, 2ª ed. (1904), 1969, pp. 187 ss., quien ofrece como ejemplo (aducido siempre desde entonces) de documento “casual” (*Zufallsurkunde*) la carta de amor aportada a un proceso de separación matrimonial (p. 190).

<sup>62</sup> La relevancia de la categoría “documento casual” está siendo cada vez más cuestionada en la doctrina alemana. Véase, por todos, PUPPE, «§267», NK, 2003, nm. 8 ss., quien concluye calificando a los denominados documentos casuales, como “cuerpo extraño” (nm. 15).

<sup>63</sup> Véase BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*. BT, t. 2.1, 2ª ed. (1904), 1969, p. 185.

<sup>64</sup> MAURACH/SCHRODER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*. v. 2, 8ª ed., 1999, p. 168. Véase, además, sobre esta distinción, por todos, JAKOBS, *Falsedad documental. Revisión de un delito de engaño*, 2011, pp. 79 ss., 107 ss.

<sup>65</sup> Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, pp. 66 ss. (lo entrecorillado en el texto, en p. 67, cursivas allí). Ya antes, EL MISMO, *Revista Chilena de Derecho*, (41-2), 2014, pp. 527 ss.

<sup>66</sup> En este sentido, por todos, MIR PUIG, Carlos, «Sobre algunas cuestiones relevantes del Derecho Penal en internet», en LÓPEZ ORTEGA, (dir.), *Internet y Derecho Penal. Cuadernos de Derecho Judicial 2001 (X)*, 2002, pp. 281 ss.: «a efectos jurídicos, el documento informático, o informatizado, no plantea, pues ninguna particularidad» (p. 287). Para el documento electrónico, cfr. también, en esa misma publicación colectiva, las contribuciones de ROVIRA DEL CANTO, «Tratamiento penal sustantivo de la falsificación informática», pp. 457 ss.; DE URBANO CASTRILLO, «El documento electrónico: aspectos procesales», pp. 525 ss. Cfr. además, por todos, BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, pp. 63 ss., 65: «no varía el concepto de documento, sino que cambian las maneras en las que se llevan a cabo las funciones tradicionales del documento».

en su artículo 26: «A los efectos de este Código, se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica». En el origen de esta disposición, está la idea de adaptar el concepto de documento a la creciente tendencia jurisprudencial que venía admitiendo que, frente a la tesis tradicional de los países latinos, aquel no podía limitarse a los “escritos”, debiendo admitirse otro tipo de soportes. De ahí que en la definición transcrita se ponga el acento en este dato de la indiferencia del soporte. Pero el reiterado concepto legal peca de insuficiente, por un lado, y de excesivo, por otra parte. En efecto, resulta insuficiente en cuanto que del mismo no se desprende la exigencia de ninguno de los momentos centrales del concepto de documento antes reseñados: que se trate de una declaración de voluntad y que haga cognoscible al emisor<sup>67</sup>. Y puede resultar excesivo en esa amplia referencia a “datos, hechos o narraciones” y, especialmente, si se entiende que la referencia final a “cualquier otro tipo de relevancia jurídica” va más allá que la mera “eficacia probatoria” requerida inmediatamente antes. De ahí que la doctrina mayoritaria, sostenga que el mencionado precepto debe ser objeto de “interpretación teleológico-restrictiva”<sup>68</sup>; y, por otra parte, se incline también a entender que la referencia a “cualquier otro tipo de relevancia jurídica” tiene carácter superfluo, por reiterativa, no añadiendo nada a la previamente exigida “eficacia probatoria”<sup>69</sup>.

Más aún, se hacen eco también diversos autores de los problemas de coordinación entre la definición de documento del art. 26 CP y la regulación prevista, para los delitos de falsedad documental, en los artículos 390 ss.<sup>70</sup> Y un comentarista tan significativo como CÓRDOBA RODA, llega a afirmar que la definición de documento de los preceptos a que acabamos de aludir no se obtiene por remisión al artículo 26, cuya definición se proyecta sobre otros delitos de la parte especial; antes bien, según este autor, el concepto de documento de los delitos de falsedad documental se obtiene a partir de los artículos 1216 y siguientes del Código Civil y 317 ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>71</sup>, como tendremos ocasión de comprobar más adelante (apartado 6).

## 5. Aporías (según Rojas Aguirre) del modelo regulativo

Antes, sin embargo, y como apuntábamos al comienzo de esta contribución, queremos dejar constancia, por su innegable interés en orden a la necesaria reformulación legal del delito que nos ocupa, del sugerente planteamiento de ROJAS, cuando denuncia la existencia de una serie de

<sup>67</sup> Véase, en este sentido, las críticas al art. 26 CP por parte de, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en LUZÓN PEÑA, (dir.), *Enciclopedia penal básica*, 2002, p. 724; ECHANO BALDASÚA, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 297 ss.

<sup>68</sup> Así, por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en LUZÓN PEÑA, (dir.), *Enciclopedia penal básica*, 2002 p. 724.

<sup>69</sup> Así, por todos, ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, 1998, pp. 774 ss.; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997, pp. 53 ss. Entiende, por el contrario, FERNÁNDEZ PANTOJA, «Artículo 26», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. III, pp. 93 ss., 105, que la referencia a «cualquier otro tipo de relevancia jurídica», en el citado precepto, «no es redundante ni superflua». VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, p. 167, piensa, por su parte, que el inciso final del art. 26 CP haría referencia a que la eficacia probatoria puede ser tanto procesal como extraprocesal.

<sup>70</sup> En este sentido, por todos, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997, pp. 45 ss., 47, quien entiende que «hubiera sido preferible introducir en el propio Capítulo dedicado a las falsedades la definición de documento».

<sup>71</sup> Véase CÓRDOBA RODA, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. II, 2004, pp. 1771 ss. En esa misma dirección, cita este autor la STS 578/1999, Penal, de 20 de abril (ECLI:TS:1999:2633), que también entiende que la definición de documento del art. 26 CP se aplicaría a otros preceptos del Libro Segundo del Código Penal como el art. 320.1 (informes urbanísticos) o el art. 413 (infidelidad en la custodia de documentos).

“dicotomías” que lastran la adecuada comprensión y regulación de las falsedades documentales. Reflexiones que, aún centradas las previsiones del Código Penal chileno, cabe extender también en buena medida –y así lo hace el mencionado autor- a nuestra regulación<sup>72</sup>.

La primera de las dicotomías se presenta a la hora de concretar el bien jurídico protegido y consiste «en un decurso argumentativo que parte analizando la afectación de la *fe pública* como bien jurídico y termina discurrendo en torno a la lesión del *patrimonio*»; moviéndose así la argumentación «en las antípodas de dos bienes jurídicos esencialmente distintos»<sup>73</sup>. Ello da lugar, siempre según ROJAS, a «una *escisión conceptual* al interior de este sistema de normas con masivas consecuencias en la aplicación práctica del modelo»<sup>74</sup>.

La segunda dicotomía procede de la proyección de la anterior sobre el objeto material: «la dicotomía entre fe pública y patrimonio se torna en una bifurcación del “objeto” sobre el que recae la conducta típica del delito de falsedad». El documento público «se erige en un auténtico portador de la fe pública», mientras que el documento privado pasa a ser «un simple medio de comisión» de un delito patrimonial<sup>75</sup>, lo cual origina a su vez «un doble movimiento conceptual: primero mediante la ampliación del concepto de documento público al documento *oficial* y, segundo, mediante la diferenciación del concepto de documento *mercantil* del de documento privado»<sup>76</sup>. De este modo, «la doctrina presa de este modelo de comprensión aplica la relevancia jurídica como un criterio *esencial y cualitativo* que diferencia entre, por un lado, documentos propiamente tales –documentos públicos, oficiales y mercantiles equivalentes a estos-, que *per se* son dignos de protección» y, por otra parte, «documentos deficitarios –los privados y los mercantiles equivalentes a ellos-, que *per se* son *indignos* de protección y cuya relevancia jurídica es mediata por estar supeditada a la lesión de un bien jurídico personal»<sup>77</sup>.

Una tercera dicotomía sería la que subyace a la distinción entre falsedad ideológica y falsedad material, distinción que, teniendo «su origen en una mera clasificación de modalidades de comisión de la falsedad», se transforma, sin embargo, «en una diferenciación *cualitativa* de injustos»<sup>78</sup>. En un detenido análisis, que no podemos aquí reproducir, muestra, en efecto, ROJAS el deslizamiento que, tanto en la doctrina chilena como en la española, se produciría desde una «distinción de modalidades de realización de la *conducta típica* del delito de falsedad documental, cuestión que depende básicamente de la forma de interpretar el tipo», hacia «una clasificación entre delitos especiales y delitos comunes, que habitualmente la doctrina tematiza en *sede de autoría y participación criminal*»<sup>79</sup>.

Estrechamente relacionada con ella estaría, finalmente, la dicotomía existente entre delito especial y delito común<sup>80</sup>, en cuyo análisis vuelve a insistir Rojas en el carácter circular que adoptan las argumentaciones al respecto tanto de la doctrina chilena como de la española.

---

<sup>72</sup> Véase, para lo que sigue, ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, pp. 87 ss.

<sup>73</sup> Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, p. 87 (cursivas allí).

<sup>74</sup> Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, p. 94.

<sup>75</sup> Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, p. 87.

<sup>76</sup> Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, p. 94 (cursivas allí).

<sup>77</sup> Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, p. 100 (cursivas allí).

<sup>78</sup> Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, p. 88 (cursivas allí). Amplio desarrollo en pp. 101 ss.

<sup>79</sup> Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, p. 103 (cursivas allí).

<sup>80</sup> Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, pp. 117 ss.

Volveremos sobre las interesantes conclusiones obtenidas por ROJAS al desarrollar el sentido y alcance de estas dicotomías. La somera presentación que acabamos de ofrecer nos sirve, en cualquier caso, de punto de partida para intentar desentrañar alguno de los numerosos problemas interpretativos que suscita la regulación de los delitos de falsedad documental recogida en nuestro Código Penal, análisis que emprendemos en el siguiente apartado, antes de ofrecer las correspondientes propuestas de reforma.

## 6. Problemas fundamentales de la regulación vigente

Llegamos así al momento de ocuparnos críticamente con la regulación que de las falsedades documentales ofrece nuestro Código Penal. Obviamente, no podemos entrar en un análisis detenido de los múltiples problemas interpretativos suscitados por aquella, objeto, por lo demás, de completos estudios monográficos<sup>81</sup>. Nuestro objetivo, mucho más modesto, es destacar solo –con el hilo conductor de las detectadas por ROJAS, a las que aludíamos en el apartado precedente– alguna de las incongruencias más significativas, comenzando por las de índole sistemática, para seguir con la tipología de documentos protegidos, las modalidades típicas de comisión, con especial atención a la previsión de una (sorprendente) forma imprudente, para finalizar con una referencia a alguno de los problemas concursales suscitados.

### 6.1. Cuestiones sistemáticas

De acuerdo con este esquema, comenzaremos por los problemas derivados de la *sistemática* acogida. Como es notorio, nuestro modelo, con clara inspiración en el francés adopta como punto de partida el del tipo (especial) de falsificación en documento público u oficial llevada a cabo por funcionario público o autoridad, en el ejercicio de sus funciones (art. 390.1 CP). A partir de ahí, encontramos una serie de derivaciones de distinta índole: en primer lugar, equiparando a aquella clase de documentos los “mercantiles” –volveremos a continuación sobre este particular–, en claro contraste con el carácter especial del tipo, provocando así un deslizamiento desde la naturaleza del objeto material (clase de documento) a la del tipo (común o especial), en el sentido denunciado por ROJAS. A su vez, el art. 392 CP se refiere a la falsedad cometida por particular en un documento público, oficial o mercantil, en alguna de las tres primeras modalidades de conducta previstas en el art. 390.1 CP, alguna de las cuales, sin embargo, solo cobra sentido cuando se trata de las llevadas a cabo por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (por ejemplo, la del número 3º); solo la extensión al documento mercantil de las conductas típicas del art. 390.1 CP puede explicar esta paradoja. Confusión, por tanto, en este caso, entre los problemas derivados de la clase de documento de que se trate, el carácter común o especial del tipo y la índole concreta de la conducta típica, en relación a la cual gravita además el problema de la poca precisa distinción entre falsedades “materiales” e “ideológicas”, de acuerdo con la terminología convencional. Finalmente, el art. 395 CP capta la falsedad en documento privado, exigiendo, sin embargo, un elemento –la intención de perjudicar–, que las aproxima de manera clara al ámbito de los delitos patrimoniales, como tendremos ocasión de ver al tratar los problemas concursales; por otra parte, también aquí se mezclan, en confusa amalgama, la cuestión de la clase de documento con la de la modalidad de conducta típica, al referirse de nuevo el legislador a la comisión de «alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390».

---

<sup>81</sup> Baste recordar los reiteradamente citados de GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997; VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999.

A este esquema básico se superpone, por otra parte, la distinción entre falsificación del documento y uso del documento falso, en términos que también precisaremos más adelante. Y, de otro lado, se recogen previsiones específicas, dudosamente justificadas, en relación a algún tipo particular de documento público u oficial, como pueden serlo los documentos de identidad, los despachos telegráficos o los certificados, dando lugar, en algún caso, a privilegios punitivos poco explicables. Ello por no hablar de la regulación específica de la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje, cuya separación frente a los documentos mercantiles ofrece dificultades particulares. Finalmente, cabe destacar, en este mínimo apunte de la sistemática del Código, la previsión, en su art. 391, de una modalidad de falsedad documental llevada a cabo de manera imprudente, lo que no puede por menos que resultar, *prima facie*, sorprendente.

Aunque no podamos analizar aquí de manera detallada estas variadas modalidades típicas, sí que entraremos en las siguientes páginas en el estudio de algún problema particular, pero baste este mínimo esquema para comprobar que la crítica de ROJAS expuesta en el apartado precedente es perfectamente aplicable a la regulación española: deslizamientos desde el objeto material (clase del documento) a la naturaleza común o especial del delito y a la modalidad de conducta típica, lo que da lugar a un esquema confuso y, en alguna medida, incongruente.

Algunos autores<sup>82</sup> ponen de manifiesto, en claro contraste con ello, la mayor coherencia de modelo de inspiración alemana. De manera, de nuevo, muy simplificada (pues no podemos atender aquí a modalidades agravadas o a las previsiones legales relativas a otros objetos materiales distintos del documento en sentido estricto), se distingue entre la falsificación de un documento y la documentación falsa de un hecho jurídicamente relevante por parte de un funcionario público en el desempeño de sus funciones. La primera de estas conductas, prevista en el parágrafo 267 StGB, puede ser llevada a cabo por cualquiera, haciéndose también abstracción de la clase de documento y puede consistir en la creación de un documento falso, la falsificación de uno auténtico o el uso de un documento inauténtico o falsificado. Se trata, por tanto, de conductas que afectan a la “autenticidad” del documento, no a su veracidad; en el sentido del contraste convencional entre nosotros de falsedades materiales o ideológicas, serían del primer tipo. Cuestión distinta es la falsa (en el sentido de “inveraz”) documentación de un hecho llevada a cabo por el funcionario en el desempeño de sus funciones, como delito especial propio previsto en el parágrafo 348 StGB, dentro de los delitos relativos a la función pública (*Straftaten im Amt*). Solo al funcionario público le atañe, por tanto, un deber de veracidad reforzado con la amenaza de una pena. Ahora bien, dado las dificultades de admitir formas de intervención delictiva en un delito especial, sería, en principio, atípica la conducta del particular que provoca esta documentación mendaz del funcionario público, para evitar lo cual, el parágrafo 271 StGB, bajo la expresiva rúbrica de “documentación falsa mediata”, castiga de manera expresa aquel comportamiento<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Véase, por todos, BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, pp. 82 ss., 97 ss., 102 ss.

<sup>83</sup> Como indica –siguiendo a Jakobs– COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ, (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general y especial*, 2019, p. 224, «son dos las clases de deberes a través de los que el ordenamiento jurídico garantiza la confianza en el tráfico jurídico»: Por un lado, recae sobre todo ciudadano «un deber negativo (*neminem laedere*) de no alterar materialmente documentos auténticos o elaborar documentos inauténticos»; es decir, de no alterar la autenticidad del documento. Por otra parte, «ciertos sujetos, en particular autoridades y funcionarios públicos, además de estar obligados en el sentido negativo descrito, lo están asimismo (...) de forma positiva»: están «obligados por un deber de veracidad»; esto es, «están jurídicamente obligados a documentar verazmente». Véase, además, contraponiendo también los modelos sistemáticos español y alemán, SILVA SÁNCHEZ, «La protección penal de la función notarial. Situación actual y perspectivas de futuro», en FUENTES MARTÍNEZ (coord.), *Delitos económicos. La función notarial y el Derecho Penal*, 2007, pp. 275 ss.

## 6.2. Clases de documentos

Pasamos a ocuparnos, siempre con la concisión que exige la índole de esta contribución, con aquellos problemas de nuestro derecho positivo que tienen que ver con las *clases de documentos*<sup>84</sup>. Ya antes, al tratar del objeto material de las falsedades (apartado 4), nos hacíamos eco de la difícil articulación entre el concepto legal de documento, “a los efectos de este Código”, recogido en el art. 26 CP y las previsiones del capítulo II (“De las falsedades documentales”), del Título XVIII, del libro Segundo del Código Penal. Pues bien, la cuestión se complica aún más si tenemos en cuenta que este régimen legal de las falsedades documentales toma como punto de partida la separación entre documento “público” y “privado”, conceptos que, de acuerdo con el criterio dominante en la doctrina, tenemos que concretar acudiendo a las previsiones recogidas al respecto en otros cuerpos legales, básicamente, el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Más aún, junto a estas categorías básicas, el legislador penal acuña otras, que, no solo no define, sino que tampoco encontramos recogidas en otros sectores del ordenamiento jurídico, como sucede con las de documento “oficial” o “mercantil”, que obligan a un ulterior esfuerzo interpretativo y delimitador. Veámoslo con algo de detenimiento, comenzando por la categoría más significativa: la de documento público.

Como es notorio, al concepto de “documento público”<sup>85</sup>, se refieren tanto el Código Civil, como la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero de estos cuerpos legales, en su art. 1216, establece que «son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley», añadiendo el art. 1218, que esta clase de documentos «hacen prueba, aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de este»; asimismo, «harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros». A su vez, el art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lugar de una definición, establece un catálogo de aquellos documentos que “se consideran” públicos, “a efectos de prueba en el proceso”<sup>86</sup>. Y, por lo que se refiere a su fuerza probatoria, según establece el apartado 1 del art. 319 LECiv., «harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y, en su caso, demás personas que intervengan en ella».

La primera cuestión que se plantea es si estamos ante conceptos coincidentes o no, pues mientras que el Código Civil parece proponer un concepto de documento público, la enumeración de la

<sup>84</sup> Sobre la tipología de los documentos, atendiendo a diversos criterios clasificatorios, véase, por todos, ABEL LLUCH, «La prueba documental», en ABEL LLUCH/PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba documental*, 2010, pp. 15 ss., 44 ss.

<sup>85</sup> Para el concepto de documento público véase, por todos, en nuestra doctrina penal, VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 199 ss.

<sup>86</sup> Serían, en concreto: «1º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Letrados de la Administración de Justicia. 2º Los autorizados por notario con arreglo a derecho. 3º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho. 4º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales. 5º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. 6º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades». Conviene recordar que la Disposición Final Primera de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, establece que «lo dispuesto en esta ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe en documentos a los que se refiera su ámbito de competencia».

Ley de Enjuiciamiento Civil tiene carácter casuístico<sup>87</sup>. Por otra parte, si ponemos en conexión estos preceptos con el concepto jurídico-penal de documento recogido en el art. 26 CP, y al que nos referíamos más arriba, destaca un sector de la doctrina procesalista que la Ley de Enjuiciamiento Civil parece partir del carácter escrito del documento, dada la separación que contempla entre la “prueba documental” *stricto sensu*, bien se trate de documentos públicos o privados (art. 299.1, 2º y 3º LECiv.) y aquellos otros medios de prueba a que alude el mismo art. 299 LECiv., en su apartado 2 (donde se habla de «medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas, llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso»), que indudablemente entrarían en el reiterado concepto jurídico-penal de documento del art. 26 CP<sup>88</sup>.

En cuanto a requisitos comunes a esta clase de documentos, suelen mencionarse estos tres: 1) que estén autorizados, expedidos o intervenidos por un fedatario público, 2) dentro de su ámbito competencial de funciones y 3) con las formas o solemnidades previstas por la ley<sup>89</sup>. Y si atendemos a los posibles fedatarios, vemos que la enumeración recogida en el art. 317 LECiv. distingue entre documentos judiciales, expedidos por los letrados de la Administración de Justicia, los notariales, a los que se añaden las certificaciones expedidas por Corredores de Comercio o Registradores de la Propiedad y Mercantiles y, por otra parte, los dos últimos apartados de este precepto (números 5º y 6º) contienen una referencia genérica a documentos administrativos; esto es, «expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones», como reza el nº 5. Se plantea entonces el problema de si estamos aquí ante lo que el legislador penal denomina –asimilándolos a los públicos– “documentos oficiales”, categoría que viene siendo objeto de intenso debate doctrinal y jurisprudencial.

En efecto, estamos ante un término –al parecer, fruto de la traducción, en el CP de 1822, del término “documento administrativo”, utilizado por el *Code Pénal* francés de 1810<sup>90</sup>– que no encontramos en el Código Civil ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>91</sup>. Lo primero, por tanto, que

<sup>87</sup> Así, por todos, ABEL LLUCH, en ABEL LLUCH/PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba documental*, 2010, p. 73, añadiendo que, además, resulta incompleta, pues debe colmarse acudiendo al art. 319.2 LECiv., para los documentos administrativos allí recogidos, y al art. 323 LECiv. para lo que se refiere a los documentos públicos extranjeros.

<sup>88</sup> En este sentido, por ejemplo, PICÓ I JUNOY, «Artículos 317 a 334», en LORCA NAVARRETE (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2000, t. II, pp. 1846 ss. Y así, mientras que los arts. 317 y ss. de la reiterada ley se ocupan de la prueba a través de documentos públicos, recogiendo los arts. 324 ss. la relativa a los documentos privados, cuando se trata de aquellos otros medios de prueba a que alude el art. 299.2 LECiv., hay que acudir a las previsiones contempladas en los artículos 382 ss. LECiv. De “cajón de sastre” califica FIDALGO GALLARDO, «Prueba documental», en GONZÁLEZ CANO (dir.), *La prueba, t.I: La prueba en el proceso civil*, 2017, p. 300, el inciso final de este apartado 2 del art. 299 LECiv. También para ABEL LLUCH, en ABEL LLUCH/PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba documental*, 2010, pp. 34 ss., la Ley de Enjuiciamiento Civil parte de un concepto de documento que presupone el soporte papel y la escritura.

<sup>89</sup> Así, por todos, ABEL LLUCH, en ABEL LLUCH/PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba documental*, 2010, pp. 71 s.; PICÓ I JUNOY, en LORCA NAVARRETE (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2000, t. II, p. 1848.

<sup>90</sup> En este sentido, por todos, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «La falsedad documental en el ámbito de la función pública», en MUÑOZ CONDE, (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Falsedad y defraudación*, 1995, pp. 97 ss, 101. Este mismo autor, en «Las falsedades en documentos oficiales», en BENÉYTEZ MERINO *et al.*, *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, 1994, pp. 77 ss., nos ofrece un completo estudio de esta categoría.

<sup>91</sup> No obstante, HERRERO OVIEDO, *Del documento público al título inscribible*, 2006, pp. 31 ss. entiende que esta categoría, originaria del ámbito penal, encontraría reconocimiento en el art. 319.2 LECiv., cuando se refiere a «documentos administrativos no comprendidos en los números 5º y 6º del art. 317, a los que las leyes otorgan el carácter de públicos» y cita, entre estas normas, el art. 3.6 de la Ley de Firma Electrónica, de 19 de diciembre de 2003. Como es notorio, esta ley ha sido recientemente derogada por la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora

habría que aclarar es, si el “documento oficial” del legislador penal equivale a alguno de los documentos recogidos en los números 5º y 6º del art. 317 LECiv., a que acabamos de aludir, en cuyo caso entrarían ya directamente en la categoría de “públicos”, de acuerdo con las previsiones de este texto legal, por lo que no sería necesaria su mención explícita en el Código Penal. O se trata, más bien, de «documentos administrativos no comprendidos en los números 5º y 6º del art. 317, a los que las leyes otorguen el carácter de públicos»; pero, en este caso, el art. 319.2 LECiv. les asigna una eficacia probatoria diversa de la que, el apartado 1 de ese mismo precepto establece para los documentos públicos *stricto sensu*, lo que lleva entonces a plantear el por qué de su equiparación a efectos del delito de falsedad documental<sup>92</sup>.

Subsisten, en definitiva, serias dudas en relación a qué deba entenderse por “documento oficial” a efectos penales, lo que conduce a un casuismo jurisprudencial poco compatible con las exigencias del principio de taxatividad<sup>93</sup>. No obstante, conviene destacar el abandono, en la jurisprudencia, de la vieja categoría de documento oficial “por incorporación”, o “por destino”, que ampliaba desmesuradamente el ámbito de esta clase de documentos, lo que suscitó crítica generalizada en la doctrina<sup>94</sup>.

Conviene además recordar que, para complicar aún más la cuestión, nuestro derecho positivo, singulariza el tratamiento de algunos de estos documentos administrativos, como sucede con los documentos de identidad (art. 392.2 CP), despachos telegráficos (art. 394 CP), o los certificados (artículos 397 a 399 CP). Especial relevancia cobra este último supuesto, dado el tratamiento muy privilegiado que recibe la falsificación de un “certificado” frente a lo que sucede cuando nos encontramos ante un “documento oficial”<sup>95</sup>, lo que ha provocado decisiones jurisprudenciales muy controvertidas, como sucedió con la que resolvió en última instancia el caso conocido como «Yak-42» (STS 279/2010, Penal, de 22 de marzo -ECLI:TS:2010:1502-), en la que se optó, ante la lenidad de la respuesta penal que en otro caso correspondería, por calificar las falsedades en los

---

de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, cuyo art. 3.1 distingue entre documentos electrónicos “públicos, administrativos o privados”. Entre los documentos a que se refiere el art. 319.2 LECiv. menciona, por su parte, ABEL LLUCH, en ABEL LLUCH/PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba documental*, 2010, p. 156, las actas de la Inspección Tributaria, que tienen naturaleza de documento público porque así lo señala expresamente el art. 144.1 de la Ley General Tributaria.

<sup>92</sup> En contra de tal equiparación, aduce HERRERO OVIEDO, *Del documento público al título inscribible*, 2006, p. 34, que la elaboración de estos documentos oficiales «no se hace al amparo de la función fedataria (dotar de veracidad al contenido de sus *escritos*) del correspondiente funcionario» (cursivas allí). También en la doctrina penal se han alzado voces críticas frente a esta equiparación entre documento “público” y “oficial”. En este sentido, por todos, COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ, (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general y especial*, 2019, p. 229, apelando también a que «el fedatario público otorga un documento vinculado por un deber positivo de veracidad que legitima la especial fuerza probatoria del documento», a diferencia de lo que sucede con el documento oficial o administrativo.

<sup>93</sup> Véase solo la completa ejemplificación ofrecida por MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, en MUÑOZ CONDE, (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Falsedad y defraudación*, 1995, pp. 103 ss. Para la dificultad de concretar el alcance del concepto “documento oficial” véase solo, en nuestra jurisprudencia, la STS 1082/2009, Penal, de 5 de noviembre (ECLI:TS:2009:7677), con varios votos particulares discrepantes.

<sup>94</sup> Véase, por todos, VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 235 ss. La reciente STS 674/2020, Penal, de 11 de diciembre (ECLI:TS:2020:4222), ofrece un completo resumen de esta evolución jurisprudencial.

<sup>95</sup> Véase, por todos, FRAILE COLOMA, «Artículos 390 a 400 bis», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal*, t. V, 2015, pp. 71 ss., señalando que el artículo 398 CP «contempla una modalidad privilegiada de falsedad en documento oficial», privilegio incluso incrementado por el hecho de no ser típica la modalidad imprudente, como lo es en el art. 391 CP (p. 130).

correspondientes certificados de defunción como falsedad en documento público y no como falsedad en certificado<sup>96</sup>.

Pasamos a los “documentos privados”<sup>97</sup>. Lo primero que cabe destacar es el carácter residual que asigna a esta categoría el art. 324 LECiv.: «Se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 317»<sup>98</sup>. Por su parte, el Código Civil, ni siquiera los define, ocupándose solo de su eficacia jurídica en el art. 1225: «El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes». Fuerza probatoria que aparece así establecida en el apartado 1 del art. 326 LECiv.: «Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del art. 319, cuando su autenticidad no haya sido impugnada por la parte a quien perjudiquen». Veremos inmediatamente en qué medida coincide lo establecido en uno y otro texto legal. A su vez, el art. 327 LECiv. remite a «lo dispuesto en las leyes mercantiles», para el caso en que «hayan de utilizarse como medio de prueba los libros de los comerciantes».

Antes, sin embargo, de ocuparnos con la relevancia probatoria de los documentos privados, conviene recordar brevemente cómo la cuestión central que se discute en este ámbito es el por qué de la notoria separación, en cuanto a las consecuencias jurídicas que conlleva su falsificación, de una clase de documentos privados, los denominados «documentos mercantiles», asimilados, a efectos penales, a los documentos públicos y oficiales. De nuevo nos encontramos ante una categoría no definida en la ley, lo que plantea el problema de su alcance. En todo caso, esa asimilación punitiva a los documentos públicos<sup>99</sup>, ha llevado a la doctrina mayoritaria a proponer una interpretación restrictiva de la categoría documento mercantil<sup>100</sup>, de la que es expresión más radical la posición de RODRÍGUEZ RAMOS, quien, tras un minucioso estudio del problema, concluye que «solo los títulos valores, que además de probar la existencia del derecho

<sup>96</sup> Para esta difícil separación entre “documento oficial” y “certificado”, véase, además, por todas, la STS 841/2013, Penal, de 18 de noviembre (ECLI:TS:2013:5816), que puso fin a una de las macro-causas relacionadas con la corrupción en el Ayuntamiento de Marbella.

<sup>97</sup> Véase, con carácter general, las monografías de CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, 1984; GALLIANI, *La falsità in scrittura privata*, 1970.

<sup>98</sup> Para HERRERO OVIEDO, *Del documento público al título inscribible*, 2006, «es difícil ofrecer una definición del documento privado que no sea la meramente negativa», pues su tipología «es tan variada que resulta imposible señalar un rasgo común que caracterice a todos».

<sup>99</sup> Esta identidad de tratamiento deriva históricamente de las previsiones del Código Penal francés de 1810 y fue ya criticada por CHAUVEAU/HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, 2ª ed., t. I, 1863, p. 477, quienes apuntaban, como causa de la decisión del legislador, a la rapidez de la circulación de estos documentos, pero añadían que la previsión legislativa había ido más lejos de lo pretendido, debiendo, por tanto, ser objeto de interpretación restrictiva.

<sup>100</sup> En tal sentido, entre otros autores, BACIGALUPO ZAPATER, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal español*, 1991, pp. 336 s. («solo deberían incluirse los transferibles por endoso o destinados a proporcionar a terceros información fehaciente sobre circunstancias determinantes de una situación económica»); COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ, (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general y especial*, 2019, pp. 230 ss.; CÓRDOBA RODA, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. II, 2004, pp. 1785 ss.; FRANCÉS LECUMBERRI, *El delito de falsedad documental societario y la contabilidad creativa*, 2017, pp. 170 ss.; LUZÓN CUESTA, «Las falsedades en documentos mercantiles, de identidad y certificados», en BENÉYTEZ MERINO et al., *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruíz Vadillo*, 1994, pp. 121, 126 ss.; NUÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, 1998, pp. 221 ss.; OLAIZOLA NOGALES, «Artículo 392», en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, pp. 231 ss., 249 ss.; PEÑARANDA RAMOS, en MOLINA FERNÁNDEZ, (Coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre*, 2017, p. 1659

acreditan la titularidad del mismo al poseedor y, vencida la obligación, permiten su ejecución directa, parece que son merecedores de tal sobreprotección penal»<sup>101</sup>.

No hay que olvidar, por otra parte, que la exigencia legislativa de que la falsedad en documento privado se lleve a cabo “para perjudicar a otro”, va a determinar de manera decisiva la relación con el eventual delito patrimonial concurrente. Ahora bien, en el caso de los documentos mercantiles, su falsedad no se explica si no va animada de ese mismo ánimo de perjudicar que, al no venir, sin embargo, exigida en el tipo genérico de falsedad en documento “público, oficial o mercantil”, provocará una respuesta diversa a la relación con los delitos patrimoniales que la que se da en caso de documento privado. Volveremos de inmediato sobre esta cuestión.

A los problemas que supone la necesidad de separación entre documentos mercantiles y el resto de los documentos privados, dada su muy diversa significación desde la perspectiva de la gravedad asignada a su falsificación, se une el dato de que, desde la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se cierra el capítulo II (“De las falsedades documentales”) de este título XVIII del Libro Segundo del Código Penal, con una sección que lleva como rúbrica «De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje» (art. 399 bis CP), donde se prevén penas notoriamente superiores a las de la falsedad en documento mercantil realizada por particular (art. 392 CP), lo que aproxima la falsificación del objeto material mencionado en aquella rúbrica, pese a su inclusión entre los delitos de “falsedad documental”, a la “moneda”, objeto de las falsedades previstas en el capítulo primero de este título<sup>102</sup>.

Para terminar con este breve repaso por los problemas legislativos relacionados con el objeto material en cada caso afectado, conviene recordar, con la misma brevedad, cuál es la respectiva relevancia probatoria, para comprobar si resulta justificado un tratamiento sancionador tan dispar. Recordábamos más arriba que, de acuerdo con el apartado 1 del art. 319 LECiv., los documentos públicos «harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y, en su caso, demás personas que intervengan en ella», previsión que recibe, entre los procesalistas, alguna puntualización. En primer lugar, estamos ante un tipo de prueba legal o tasada –también llamada “prueba privilegiada”, lo que significa que está sustraída a la libre valoración por el juez<sup>103</sup>. Por otra parte, la eficacia probatoria se ciñe a los datos que menciona el precepto que acabamos de transcribir; esto significa –como lo expresa ABEL LLUCH, refiriéndose al documento notarial- que «la eficacia privilegiada no se extiende al hecho documentado, sino al hecho de que determinadas personas efectúan una declaración en presencia notarial, sin que la fe pública cubra la veracidad de la propia declaración»<sup>104</sup>. A ello añade algún autor el dato de que, al no haber derogado la Ley de Enjuiciamiento Civil el art. 1218 CCiv., que transcribíamos más arriba, hay que hablar de una eficacia *erga omnes* de esta clase de documentos<sup>105</sup>. Lo anterior valdría para los documentos públicos “judiciales” y “notariales” (o asimilados), recogidos en los cuatro primeros números del

<sup>101</sup> Véase RODRÍGUEZ RAMOS, «El documento mercantil como objeto de protección del delito de falsedad», *La Ley*, (15.05), 1998, pp. 1 ss., 4.

<sup>102</sup> Cfr. al respecto, por todos, ECHANO BASALDÚA/GIL NAVAJAS, «Falsificación de medios de pago distintos del efectivo: adecuación a la normativa europea y estudio comparado», *RDPP*, (34), 2014, pp. 59 ss.; FERNÁNDEZ PANTOJA, «Artículo 399 bis», en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, pp. 485-520.

<sup>103</sup> En este sentido, por todos, ABEL LLUCH, en ABEL LLUCH/PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba documental*, 2010, p. 148; PICÓ I JUNOY, en LORCA NAVARRETE (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2000, t. II, p. 1856.

<sup>104</sup> Véase ABEL LLUCH, en ABEL LLUCH/PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba documental*, 2010, p. 151.

<sup>105</sup> En este sentido, por todos, PICÓ I JUNOY, en LORCA NAVARRETE (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2000, t. II, p. 1858.

art. 317 LECiv., pero en lo que se refiere a los denominados documentos “administrativos” - también nos hacíamos eco de ello más arriba-, habría que distinguir entre los mencionados en los números 5º y 6º de este mismo precepto, asimilados en todo a los “públicos” y aquellos otros «a los que las leyes otorguen el carácter de públicos», cuya eficacia probatoria será «la que establezcan las leyes que les reconozcan tal carácter» (art. 319.2 LECiv.)<sup>106</sup>.

Mientras que el documento público –sigue ABEL LLUCH- goza de presunción de autenticidad (el impugnante debe promover la acción penal para acreditar su falsedad), la autenticidad del privado, caso de ser impugnado, tiene que ser acreditada por el aportante del documento<sup>107</sup>. En efecto, aunque el apartado 1 del art. 326 LECiv. establece, como veíamos más arriba, que «los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319» –esto es, en los mismos términos que el documento público-, ello solo sucede «cuando su autenticidad no haya sido impugnada». En idéntico sentido, el art. 1225 CCiv. asigna al documento privado «el mismo valor que la escritura», pero solo en el caso de que haya sido «reconocido legalmente»; y con una ulterior restricción, su eficacia no es, en tal caso, *erga omnes*, sino solo «entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes», como indica (también lo vimos ya) ese mismo precepto. De donde concluye, HERRERO OVIEDO, que «el documento privado no reconocido carece de eficacia alguna»; para «que despliegue algún tipo de eficacia, será necesario su reconocimiento legal, es decir, se requerirá que en presencia del juez el autor reconozca efectivamente su autoría». Y, pese al tenor del art. 1225 CCiv., los efectos del reconocimiento variarán –concluye esta autora- según el alcance del mismo; esto es, a qué extremos se extienda<sup>108</sup>.

Pero antes de concluir, a partir de esta distinta eficacia probatoria, en el sentido de si está justificada la diferencia de tratamiento que establece el legislador penal, hay que considerar críticamente otros aspectos de la regulación positiva y, en primer lugar, el que se refiere a las modalidades falsarias recogidas.

### 6.3. Conducta típica

Como es notorio, el vigente Código Penal de 1995 redujo notablemente el número de variantes de *conducta típica* previstas en Códigos anteriores, pero pervive un modelo regulativo complejo, donde son constatables algunas de las “antinomias” a que se refiere ROJAS y de las que nos hacíamos eco en el apartado precedente. Bien entendido que, como venimos haciendo en esta contribución, de orientación preferentemente político legislativa, no pretendemos analizar el sentido y alcance de la regulación de las falsedades documentales, con los múltiples problemas interpretativos que la misma suscita –y las incongruencias internas reiteradamente denunciadas

<sup>106</sup> Cfr. las referencias recogidas en la n. 90.

<sup>107</sup> Véase ABEL LLUCH, en ABEL LLUCH/PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba documental*, 2010, p. 148.

<sup>108</sup> Véase HERRERO OVIEDO, *Del documento público al título inscribible*, 2006, pp. 112-114. En la p. 113 recoge esta autora la expresiva afirmación de Rodríguez Adrados, para quien el documento privado sería “la nada documental”. En cualquier caso, se hace eco Herrero (pp. 117 ss.), siguiendo de nuevo a Rodríguez Adrados, de las dificultades de compaginar el art. 326 LECiv. con el art. 1225 CCiv., concluyendo «que cada precepto actúa en esferas distintas, de forma que, mientras la no impugnación del documento privado prevista en la Ley Procesal hace que este haga prueba plena en el sentido de que se admite la autoría formal del documento, en cambio, para que el contenido del documento pueda ser eficaz entre las partes es necesario su reconocimiento» (pp. 118 s.). En otras palabras, «la no impugnación del documento en juicio no prejuzga su autenticidad de fondo» (p. 119).

por la doctrina<sup>109</sup>-, sino que nos limitaremos a mostrar algunos problemas estructurales de especial significación.

Un importante sector de la doctrina más reciente insiste en que nos encontramos ante un “delito de engaño”<sup>110</sup>. En palabras de PUPPE, «es el engaño sobre la circunstancia de que una persona determinada debe dejar hacer valer contra sí la declaración fijada como su palabra, lo que el tráfico jurídico y el ordenamiento jurídico no pueden tolerar, porque pone en peligro un principio básico del ordenamiento jurídico: el de la atribubilidad de las declaraciones emitidas en el tráfico jurídico a determinados sujetos de Derecho»<sup>111</sup>, insistiendo así esta autora, como vimos en su momento, en la función garantizadora del concepto de documento. Y también entre nosotros ha insistido, por ejemplo, GARCÍA CANTIZANO, en este papel central del engaño como parte del contenido de la acción falsaria. Entiende, en efecto, que, pese a que el legislador «omite toda referencia al engaño como parte específica de la estructura típica del delito de falsedad documental», no obstante «dicho requisito resulta esencial a los efectos de admitir la existencia de este ilícito penal», aproximándose así a la estafa y otros delitos defraudatorios<sup>112</sup>.

Ahora bien, el problema surge a la hora de plasmar legislativamente las conductas en que se concreta ese engaño. Y resulta muy ilustrativo, a este respecto, el cuadro de conductas de falsedad punible que nos facilita la clásica monografía de MALINVERNI, distinguiendo entre falsedad propia, que abarcaría las conductas de “creación”, “alteración” o “supresión” de un documento y falsedad impropia, referida esta expresión a las conductas de “uso” de un documento falso<sup>113</sup>.

En relación a este contraste básico, insiste particularmente MAURACH en la proximidad entre los delitos de falsificación de moneda y falsedad documental, que se traduciría no solo en esta tipificación común de modalidades de falsificación y otras de uso de lo falsificado (moneda o documento), sino también en que, en ambos casos, la falsificación puede revestir dos formas: modificación de un objeto auténtico o creación de uno inauténtico<sup>114</sup>. Ello no puede sorprender si tenemos en cuenta que testamentos y monedas –lo veíamos al comienzo de esta contribución– fueron los primeros objetos protegidos frente a conductas falsarias en la *Lex Cornelia de falsis*. Más aún, en nuestro derecho positivo encontramos una muestra expresiva de la fluidez del límite entre los dos delitos el hecho de que, desde la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la falsificación de tarjetas de crédito y débito o de cheques de viaje cambió su ubicación sistemática, desde el ámbito de la falsificación de moneda, al de las falsedades documentales, como también hemos constatado ya.

---

<sup>109</sup> Para una consideración exhaustiva de tales problemas e incongruencias es obligado remitir a los grandes estudios monográficos reiteradamente citados, en particular, el muy completo de VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999.

<sup>110</sup> En este sentido, los expresivos títulos de las contribuciones monográficas de JAKOBS, *Falsedad documental. Revisión de un delito de engaño*, 2011; ROJAS AGUIRRE, «Falsedad documental como delito de engaño», *Revista Chilena de Derecho*, (41-2), 2014.

<sup>111</sup> Véase PUPPE, *Die Fälschung technischer Aufzeichnungen*, 1972, p. 178 (tomo la referencia de ROJAS AGUIRRE, *Revista Chilena de Derecho*, (41-2), 2014, p. 548, quien sigue a Puppe en este punto). En «§267», *NK*, 2003, nm. 75, insiste Puppe en que el tipo protege el interés a hacer responsable al declarante por lo declarado.

<sup>112</sup> Véase GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997, pp. 101 ss.; ya antes, EL MISMO, *Falsedades documentales*, 1994, pp. 269 ss.

<sup>113</sup> Véase MALINVERNI, *Teoría del falso documental*, 1958, p. 355.

<sup>114</sup> Véase MAURACH/SCHRODER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*. v. 2, 8ª ed., 1999, p. 161.

Volviendo a las modalidades que MALINVERNI denomina de falsedad propia, llama la atención la ausencia, en la regulación que de las falsedades documentales ofrece nuestro Código Penal, de la de “supresión” (ocultación, destrucción) del documento. Con ello, como señala SILVA SÁNCHEZ, parece que, a diferencia de las funciones de garantía y probatoria, la función de perpetuación no vendría protegida a través de estos tipos. Y, aunque un sector minoritario de la doctrina entiende que la destrucción de todo o parte de un documento es una “alteración” del mismo<sup>115</sup>, la mayor parte de los autores «rechaza esta posibilidad, señalando que tal destrucción solo es subsumible, para los particulares, en el delito de daños patrimoniales y, para los funcionarios públicos, en el delito de infidelidad en la custodia de documentos»<sup>116</sup>.

Por lo que se refiere al contraste entre la creación de un documento inauténtico y la alteración de uno auténtico como modalidades básicas falsarias, hay acuerdo en entender que el legislador español, pese a la notoria simplificación que –comparada con la regulación precedente–, supuso, a este respecto, la aprobación del Código Penal vigente, no ha acertado a articular adecuadamente la caracterización de aquellas posibles alternativas de conducta típica, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el parágrafo 267 del StGB alemán, del que nos ocupábamos más arriba.

Serían, fundamentalmente, dos las razones que provocan esta insatisfactoria plasmación de la conducta típica. Por un lado, el hecho de tomar como punto de partida el delito especial de falsedad cometida en documento público por funcionario público o autoridad en el ejercicio de sus funciones, a cuyas alternativas de conducta se remite después tanto la actuación del particular, como la relativa a otros tipos de documentos, con la consiguiente mezcla de planos –o “antinomias” en la terminología de ROJAS, que evocábamos en el apartado precedente–, lo que dificulta una adecuada comprensión de la materia. Y, por otra parte, viene esta también lastrada por el peso que, en la discusión relativa al alcance de las distintas modalidades de conducta, sigue otorgándose a la tradicional distinción entre falsedades “materiales” e “ideológicas”.

Como recordara, hace más de un siglo, BINDING, ni el Derecho romano ni el germánico separaban “inautenticidad” e “inveracidad” del documento, arrancando del Código Penal francés de 1810 la separación entre “faux materiell” y “faux intellectuell”. Y añade a continuación que, sin embargo, en Alemania, ha penetrado en muy limitada medida la punibilidad de la denominada falsedad ideológica<sup>117</sup>. Y de manera análoga, CARRARA, el gran maestro de la ciencia penal italiana del siglo XIX, partiendo de que «una cosa es que un documento sea falso, y otra es que contenga falsedades», concluía que «como regla general la falsedad puramente ideológica no constituye el grave título de falsedad en documentos públicos»<sup>118</sup>. Y es que, como nos recuerda RAMACCI -

<sup>115</sup> En este sentido, por todos, BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, pp. 87 s.

<sup>116</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, «Las falsedades documentales», en EL MISMO, (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., 2019, pp. 358 s. En el mismo sentido, como se indica en el texto, la doctrina mayoritaria. Véase, por todos, ECHANO BALDASÚA, en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, p. 790 y EL MISMO, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 295.

<sup>117</sup> Véase BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. BT*, t. 2.1, 2ª ed. (1904), 1969, pp. 277 ss. Para las previsiones al respecto del Código penal napoleónico, véase solo CHAUVEAU/HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, 2ª ed., t. I, 1863, pp. 460 ss.; GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3ª ed., t. IV, 1922, pp. 158 ss., 161, quien, sin embargo, limita la punibilidad de la falsedad ideológica a la llevada a cabo por un funcionario público con obligación de constatar ese dato.

<sup>118</sup> Véase CARRARA, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, v. VII, 4ª ed., 1982, pp. 283 ss. (los pasajes entrecomillados en el texto, en p. 283, parágrafo 3656 y p. 288, parágrafo 3660, respectivamente). Apenas es

monografista de la materia-, haciéndose eco de la doctrina absolutamente dominante, solo cabe tomar en consideración esta forma de falsedad cuando nos encontremos ante la violación de un deber de fidelidad necesariamente vinculado al ejercicio de una función pública o de un servicio público<sup>119</sup>.

Pues bien, es expresiva de la regulación ofrecida por nuestro Código Penal, la reiterada mezcolanza de delitos especiales y comunes, unida a la que se refiere a los concretos objetos materiales afectados por la conducta falsaria (en muchos casos, como vimos, con notables dificultades de delimitación recíproca), no obstante lo cual, se prevén para los distintos casos modalidades comisivas casi idénticas; no quedando claro, por otra parte, cuáles de estas se refieren a la creación de un documento falso o alteración de uno auténtico y cuándo aluden a meras inveracidades. Todo ello da lugar, como no podía ser menos, a dificultades interpretativas apenas superables. Baste recordar el intenso debate doctrinal (y, en su momento, jurisprudencial), en torno a la determinación de los respectivos ámbitos de aplicación de las modalidades previstas en los números 2º y 4º del apartado 1 del artículo 390 CP, de tanta trascendencia práctica dadas las referencias que, con carácter excluyente de la responsabilidad criminal, realiza el legislador, en alguna ocasión, al último de ellos, pero no al primero. La índole de esta contribución hace que tampoco podamos detenernos ahora en esta cuestión, suficientemente esclarecida por lo demás<sup>120</sup>. No puede sorprender, a la vista de todo ello, que tanto la doctrina como la jurisprudencia entiendan necesario, cuando se trata de determinar las conductas típicas de falsedad documental, prescindir de aquella tradicional separación entre falsedad material y falsedad ideológica<sup>121</sup>.

Volviendo al contraste antes señalado entre falsedad propia e impropia –y dejando ahora a un lado si está o no justificado un tratamiento punitivo diferenciado<sup>122</sup>–, una última consideración en relación a la conducta típica es la que se refiere a determinar en uno y otro caso el correspondiente momento consumativo; en particular, en lo que se refiere a la falsedad propia. Antes de nada, conviene recordar, a este respecto, la existencia de las dos perturbadoras “Disposiciones generales” previstas en los artículos 400 y 400 bis CP, extendiendo la primera de ellas la pena prevista para el autor de la conducta falsaria a formas de intervención que se

---

necesario recordar que la falsedad en documento privado la remite Carrara al ámbito de los ataques al patrimonio. Volveremos más adelante sobre este particular.

<sup>119</sup> Véase RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, 1965, p. 205.

<sup>120</sup> Mencionemos solo, en lugar de otras muchas, las contribuciones -centradas especialmente en el contraste entre las decisiones judiciales relativas a los casos conocidos como “Filesa” y “Argentia Trust”- de BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, pp. 23 ss., 37 ss.; ECHANO BALSADÚA, «¿Falsedad ideológica de particular en escritura pública?», en AAVV, *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, pp. 253 ss.; JAREÑO LEAL, «Las falsedades ideológicas después del Código Penal de 1995: análisis de la jurisprudencia», en BOIX REIG, (dir.), *Estafas y falsedades (Análisis jurisprudencial)*, 2005, pp. 235 ss.; ORTEGA LORENTE, «Las falsedades ideológicas cometidas por particulares a través de negocios jurídicos simulados. Un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en BOIX REIG, (dir.), *Estafas y falsedades (Análisis jurisprudencial)*, 2005, pp. 201 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Caso Filesa», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, 2ª ed., 2011, pp. 555 ss. De la jurisprudencia más reciente, cabe citar, por la amplia información ofrecida de las distintas posiciones al respecto, las SSTs 149/2020, Penal, de 18 de mayo (ECLI:TS:2020:1080) y 507/2020, Penal, de 14 de octubre (ECLI:TS:2020:3191) –“caso Gürtel”-.

<sup>121</sup> Véase, por todos, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997, p. 231; EL MISMO, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 344 ss. También así la reciente STS 507/2020, Penal, de 14 de octubre (ECLI:TS:2020:3191), antes citada (n. 120), que se hace eco de otras anteriores en el sentido de «que no cabe una separación absoluta a los efectos de los artículos 390.1 y 392, entre las llamadas falsedades “materiales” y las “ideológicas”, término este sorprendentemente equívoco».

<sup>122</sup> Véase al respecto, por todos, TRAPERO BARREALES, «Artículo 393», en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, pp. 266 ss.

encuentran en fase preparatoria y ampliando, de manera harto discutible la segunda el concepto de “uso de documento”, hasta el extremo de aproximarlos, como acertadamente observa PEÑARANDA, al ámbito de las denominadas “falsedades personales”<sup>125</sup>.

Ya BINDING destacaba la singular importancia que cobran en este delito los problemas relacionados con el *iter criminis*, precisamente por preverse esta alternativa entre falsificación y uso del documento falsificado en cuanto posibles conductas típicas<sup>124</sup>. Apenas es necesario recordar que existe acuerdo en entender que la segunda de ellas entra en consideración solo si la lleva a cabo persona distinta del falsificador, pues si se tratara de este mismo, estaríamos ante un “acto posterior co-penado” (*mitbestrafte Nachtat*), de acuerdo con la terminología convencional del concurso aparente de normas penales<sup>125</sup>. En cualquier caso, el problema central se suscita –desde la perspectiva que ahora nos ocupa– a la hora de determinar el momento consumativo de la conducta falsaria en sentido estricto. El mismo BINDING señalaba que para la consumación no cabe exigir el éxito del engaño (lo que correspondería al ámbito de la estafa), ni podemos conformarnos con el engaño intentado (lo que supondría anticipar demasiado la intervención del legislador), sino que hay que situar el momento consumativo «en el momento en que el documento falso está a disposición de quien va a ser engañado»<sup>126</sup>. En esta misma dirección, entiende un amplio sector de la doctrina más reciente que la consumación del delito exige la entrada en el tráfico jurídico del documento falso<sup>127</sup>.

Basten de momento estas someras indicaciones sobre el sentido de la discusión existente. Volveremos de inmediato sobre la alternativa falsificación/uso, al abordar los importantes problemas concursales implicados. Antes, sin embargo, debemos hacer referencia, en esta sucinta caracterización de los aspectos político criminales que suscita la regulación de las falsedades documentales en nuestro Código penal, al problema del tipo subjetivo; más en concreto a la llamativa tipificación de una modalidad de falsedad documental imprudente en el artículo 391 CP.

<sup>125</sup> Para el alcance de estas «disposiciones generales» véase, por todos, el estudio crítico que ofrece PEÑARANDA RAMOS, en MOLINA FERNÁNDEZ, (Coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre*, 2017, pp. 1645-1648.

<sup>124</sup> Véase BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. BT*, t. 2.1, 2ª ed. (1904), 1969, pp. 247 ss., donde indica que carece de sentido dejar impune la tentativa de este delito, y dado que estamos ante un “delito de dos actos”, hay que situar el comienzo de ejecución en el «comienzo de la elaboración consciente de un documento falso con la intención de utilizarlo fraudulentamente» (p. 249).

<sup>125</sup> En este sentido, por todos, CÓRDOBA RODA, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. II, 2004, pp. 1838 s.; VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, p. 743.

<sup>126</sup> Véase BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. BT*, t. 2.1, 2ª ed. (1904), 1969, pp. 249 ss. (lo entrecomillado en el texto, en p. 252). Sobre las diferentes soluciones legales a este problema del momento consumativo de las falsedades cfr., por aquellos mismos años, el estudio de WEISMANN, en BIRKMEYER, *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil, Bd. V*, 1907, pp. 361 ss.

<sup>127</sup> Así, por todos, COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ, (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general y especial*, 2019, p. 237, quien añade que «es precisamente en el instante en el que el autor pierde el control sobre el documento falsificado en el que se produce la lesión de los potenciales receptores a no ser desorientados por un documento inauténtico o inveraz». Véase, además, FRANCÉS LECUMBERRI, *El delito de falsedad documental societario y la contabilidad creativa*, 2017, p. 231, así como la amplia discusión del problema en VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 724 ss.

#### 6.4. Modalidad imprudente

De nuevo obviamos aquí el análisis dogmático de este precepto<sup>128</sup> para centrarnos en los aspectos político legislativos. Apenas es necesario recordar, por otra parte, cómo la situación era distinta con el Código Penal precedente<sup>129</sup>, donde ante la inexistencia de un sistema de *crimina culposa* en la incriminación de la imprudencia, la admisibilidad de la punición de las *falsedades imprudentes*, venía condicionada, fundamentalmente, por el alcance que se quisiera otorgar, por un lado, a la cláusula general de incriminación de la imprudencia del artículo 565 CP y, por otra parte, al art. 23 de la Ley del Notariado, que excluye expresamente de la imputación a título de falsedad documental imprudente a la eventualmente cometida por estos profesionales. En este contexto, mientras la jurisprudencia venía admitiendo sin problema la posibilidad de falsedades documentales imprudentes<sup>130</sup>, la doctrina se encontraba muy dividida y así, frente a quienes, con carácter general, admitían esta forma de imputación subjetiva<sup>131</sup>, otros la rechazaban por completo, normalmente apoyándose en argumentos de carácter gramatical<sup>132</sup>, no faltando, finalmente, quienes adoptaban al respecto una posición intermedia<sup>133</sup>.

Lo cierto es que, como han destacado diversos autores, la incorporación de una modalidad típica imprudente de falsedad en el Código Penal vigente, ni venía avalada por el derecho comparado, donde no encontramos normalmente previsiones análogas a la del art. 391 CP, ni vino precedida de un verdadero debate político criminal<sup>134</sup>. Y aunque no faltan autores que avalan la decisión del legislador en este punto<sup>135</sup>, existen poderosos argumentos en contra, además de los muy convincentes ofrecidos por ANTÓN ONECA en su ya citada contribución de referencia. Así, en una dirección próxima, insiste GARCÍA CANTIZANO –nos hacíamos eco de ello más arriba– en el papel central que cobra la intención de engañar en la estructura típica del delito de falsedad

<sup>128</sup> Véase, por todos, OLAIZOLA NOGALES, «Artículo 391», en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, pp. 211-229.

<sup>129</sup> Más información al respecto, por todos, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997, pp. 343 ss.; VARGAS CABRERA, «La culpabilidad en las falsedades documentales. La incriminación a título de imprudencia», en BENÉYTEZ MERINO *et al.*, *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, 1994, pp. 197 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 800 ss.

<sup>130</sup> Advierten, sin embargo, distintos autores, que en la mayor parte de las sentencias condenatorias por falsedad imprudente se trataba, sin embargo, de hechos inequívocamente dolosos. En este sentido, por todos, COBO DEL ROSAL, *CPC*, (56), 1995, p. 440.

<sup>131</sup> Así, por ejemplo, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, 1952, pp. 158 ss.

<sup>132</sup> Así, por ejemplo, en su contribución central al respecto, argumentaba ANTÓN ONECA, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948, p. 118, con el carácter implícito, en este delito, del dolo, «al desaparecer el cual quedan desprovistos de significado los demás elementos de la figura delictiva»; y recordaba que «*falsum* deriva de *fallere*, que significa engañar, seducir, hacer traición, disimular, ocultar, disfrazar, fingir, simular». Por su parte, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, t. III, 1978, pp. 868 ss., argumentaba, en contra de la admisibilidad de la falsedad documental imprudente, con la exigencia de “abuso de oficio”, lo que venía a ratificar la previsión de la Ley del Notariado evocada en el texto.

<sup>133</sup> Véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., 1995, pp. 981 pp. (y, en particular, la n. 14), quien distingue en función de las modalidades comisivas previstas en el artículo 302 del anterior Código Penal.

<sup>134</sup> En este sentido, por todos, BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, pp. 47 ss.; TORÍO LÓPEZ, «Delitos de imprudencia. Cuestionario de la reforma», en IGLESIAS PRADA (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. IV. *Derecho civil y Derecho público*, 1996, pp. 5177 ss., 5201, quien muestra como «el curso del problema en los Proyectos es equívoco y revela la superficialidad con que es llevada adelante la reforma».

<sup>135</sup> Véase, por todos, OLAIZOLA NOGALES, en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, p. 214 (y allí, la n. 9).

documental<sup>136</sup>. TORÍO LÓPEZ, por su parte, además de apelar a «la ingente cifra oscura, no dominable con los medios del Derecho penal», añade que «una vez detectada la falsedad no dolosa, su corrección en términos de buena fe posibilita soluciones adecuadas»; y concluye nuestro maestro su argumentación en contra de esta incriminación imprudente de la falsedad documental indicando que «la dolosa utilización de un documento formado imprudentemente puede ser controlada con los tipos relativos al uso de documentos falsos»<sup>137</sup>. En sentido próximo apunta, finalmente VARGAS CABRERA al derecho disciplinario y a «los correspondientes mecanismos procesales de impugnación», como alternativa eficaz a la incriminación de modalidades imprudentes de falsedad documental<sup>138</sup>.

### 6.5. Aspectos concursales

Una última cuestión a tratar, en este sucinto repaso por los aspectos político criminales que ofrece la vigente regulación de las falsedades documentales, es la relativa a los *problemas concursales* implicados. Bien entendido que, de nuevo, no podemos entrar a considerar estos en detalle, sino solo a mostrar algunas dificultades –podríamos decir, estructurales-, que surgen de la relación entre falsedad documental y otros delitos<sup>139</sup>.

La primera de estas dificultades tiene que ver con la cuantificación de falsedades documentales llevadas a cabo en unidad de contexto; esto es, la separación entre un solo delito de falsedad documental o una pluralidad de ellos (tantos como documentos concretos afectados)<sup>140</sup>. Cabría hablar, parafraseando a Max Ernst MAYER, del “arte de contar” los delitos de falsedad documental<sup>141</sup>. Pues bien, también aquí se viene admitiendo, tanto en la doctrina<sup>142</sup>, como –de manera más reticente en un primer momento-, en la jurisprudencia<sup>143</sup>, la posible existencia de lo que venimos denominando desde hace años<sup>144</sup> “unidades típicas en sentido amplio”, en las que la sucesiva realización del mismo tipo no multiplica el número de delitos, siempre que pueda hablarse de una simple intensificación (en términos cuantitativos) del contenido de injusto del hecho, persistente una misma situación de motivación o culpabilidad unitaria. Como es notorio, cabría distinguir aquí dos grupos de casos, en función de la mayor o menor contextualidad de las acciones singulares: los que se conocen -convencional e impropriamente- como “unidad natural de acción” (el torrente de expresiones injuriosas no constituye sino un solo delito de injurias) y el delito continuado, en la única forma en que este es, a nuestro entender, admisible: como modalidad extrema de la denominada “unidad típica en sentido amplio”. Pues bien, también en

<sup>136</sup> Véase GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997, pp. 360 ss.

<sup>137</sup> Véase TORÍO LÓPEZ, en IGLESIAS PRADA (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, t. IV. Derecho civil y Derecho público*, 1996, p. 5201.

<sup>138</sup> Véase VARGAS CABRERA, en BENÉYTEZ MERINO et al., *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, 1994, p. 263.

<sup>139</sup> Para una caracterización más específica de la relación entre falsedad documental y otros delitos, véase solo GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997, pp. 151 ss.

<sup>140</sup> Un análisis muy completo de este problema nos ofrece, en la doctrina alemana, PUPPE, «§267», *NK*, 2003, nm. 105 ss.

<sup>141</sup> Véase MAYER, M. E. *Derecho Penal. Parte General*, 2007, p. 194: «el arte de contar los delitos es difícil, mientras no haya claridad acerca de lo que realmente se deba contar».

<sup>142</sup> Véase, por todos, CÓRDOBA RODA, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. II, 2004, p. 1824.

<sup>143</sup> Véase, entre las sentencias más recientes, STS 695/2020, Penal, de 19 de mayo (ECLI:TS:2020:4215); STS 507/2020, Penal, de 14 de octubre (ECLI:TS:2020:3191); 120/2021, Penal, de 11 de febrero (ECLI:TS:2021:353).

<sup>144</sup> Ya así en SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, pp. 128 ss.

el ámbito de las falsedades documentales es posible acudir a estas dos categorías (unidad natural de acción y delito continuado), concluyendo la existencia, pese a la pluralidad de actos falsarios concretos, de un solo delito de falsedad documental, y ello, aunque no estemos ante supuestos de documentos “compuestos” en sentido estricto<sup>145</sup>.

Pero el supuesto que mayor atención suscita es el que se refiere a la relación entre falsedad documental y los delitos llevados a cabo sirviéndose del documento falsificado (de ordinario, defraudaciones de carácter patrimonial), dado el carácter normalmente instrumental que tiene el delito de falsedad documental, tal y como venimos insistiendo. Se plantean en este contexto problemas de diversa índole, a los que aquí solo podemos apuntar sucintamente. La primera decisión, obviamente, es la de determinar si ante la formal realización de varios tipos penales, estamos ante un concurso aparente de normas penales o ante un concurso de delitos. Apenas es necesario recordar que el criterio decisivo es el de atender a si la aplicación de los distintos preceptos que vienen en consideración supone o no un *bis in idem* en sentido material<sup>146</sup>. Y resulta también sobradamente conocido cómo la jurisprudencia suele distinguir, en el caso paradigmático de falsedad documental instrumentalizada a la comisión de una estafa, según aquella se proyecte sobre un documento público, oficial o mercantil o, por el contrario, sobre un documento privado: mientras que, en este último caso, se aprecia un concurso aparente de normas, en el primero se inclina por entender presente un concurso de delitos.

Dejando ahora a un lado los argumentos aducidos para llegar a esta conclusión, cabe, no obstante, efectuar alguna puntualización. En primer lugar, y dado que la consideración del supuesto como un concurso de normas o de delitos tiene significativa trascendencia práctica, no debemos olvidar que la falsificación de una clase de documentos privados, los “mercantiles” no solo comporta un (discutible) tratamiento penal más severo, lo que en sí mismo resulta discutible -máxime si tenemos en cuenta, como veíamos más arriba, el amplísimo alcance que a esa categoría de documento mercantil asigna el Tribunal Supremo-, sino que además la utilización de ese documento como medio engañoso en una estafa va a redundar en la -también más severa- consideración de la conexión como un concurso de delitos y no como un caso de concurso aparente de normas penales.

Por otra parte, en aquellos casos en los que se aprecia un concurso de leyes en la relación falsedad-estafa, en lugar de entender, como parece razonable, que el tipo penal-fin (la defraudación patrimonial) absorbe o consume al tipo penal-medio o instrumento, en cuanto “hecho previo co-penado”, la jurisprudencia acude aquí normalmente al denominado principio de alternatividad (art. 8. 4º CP), tomando, por tanto, en consideración el precepto que comporte, en concreto, la sanción más grave. Sucede así -aunque no solo en este contexto- que una regla (la del mencionado art. 8. 4º CP), que debería tener aplicación subsidiaria y excepcional, pasa a constituir la respuesta convencional para cualquier hipótesis de concurrencia simplemente aparente de leyes penales, dejando solo fuera los casos de especialidad en sentido lógico-formal<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> Para los documentos “compuestos”, “dependientes” y “complejos”, véase, por todos, VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 134 ss.

<sup>146</sup> Remitimos a la monografía central de GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, 1995.

<sup>147</sup> En relación al denominado principio de alternatividad y el sentido que, en tal contexto, adquiere la regla del apartado 4º del art. 8 CP, permítasenos remitir a SANZ MORÁN, «Alternatividad de leyes penales», en AAVV, *Estudios Penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, 1989, pp. 663 ss.

Finalmente, en aquellos otros supuestos en los que se entiende presente un concurso efectivo de delitos, la jurisprudencia oscila entre su consideración como concurso real o, con mayor frecuencia, como concurso medial o instrumental, supuesto que estaba tradicionalmente equiparado, desde el punto de vista sancionador, al concurso ideal de delitos, pese a tratarse de un caso indudable de concurso real. No obstante, planteé hace ya tiempo la posibilidad de considerar en estas hipótesis la existencia de una unidad de acción, por coincidencia parcial entre los procesos ejecutivos que están en la base de los tipos concurrentes y, por ende, un concurso ideal de delitos en sentido estricto<sup>148</sup>. Se posibilitaba así el tratamiento más benigno del concurso ideal a hipótesis que cabría entender, en otro caso, como de concurso real o material. La cuestión, como es notorio, ha experimentado un vuelco con la muy cuestionable reforma del art. 77 CP en la reforma del año 2015, en la que, pese a que parece que la intención del legislador era otra, la conexión medial entre delitos, o “concurso instrumental” recibe ahora un tratamiento más benigno que el del concurso ideal en sentido estricto. Obviamente, tampoco podemos detenernos aquí en esta cuestión<sup>149</sup>.

## 7. Propuestas de *lege ferenda*

A la vista de los problemas que ofrece la regulación vigente, de los que acabamos de ofrecer sucinta consideración, llega el momento de plantear alternativas, bien entendido que, en lo que sigue, no se trata tanto de ofrecer una detallada propuesta regulativa –parafraseando la cita de CARRARA al inicio de esta contribución, sería descabellado considerarme el Edipo que resuelva los enigmas que pueblan esta materia-, cuanto de reflexionar sobre aquellos datos mínimos que debieran ser objeto de discusión en orden a desarrollar tal propuesta.

Comenzando por los de índole *sistemática*, puede darse por buena la seguida por el Código Penal vigente, ubicando las falsedades documentales, junto a la falsificación de moneda, en un mismo título (el XVIII del Libro II), bajo la rúbrica común, “de las falsedades”, conservando así la relación que desde siempre (lo vimos en el apartado 2) ha vinculado a estos dos delitos. Mucho más discutible resulta, por el contrario, la pervivencia en este Título de delitos como los previstos en sus capítulos IV y V (las denominadas “falsedades personales”), dato este en el que insiste de manera constante la doctrina. La usurpación de estado civil debería, más bien, regularse junto a otros delitos contra el estado civil, como los previstos en el título XII (“Delitos contra las relaciones familiares”<sup>150</sup>) y la usurpación de funciones públicas encontraría mejor acomodo entre los delitos contra la Administración Pública (título XIX). Finalmente, tampoco el intrusismo, aunque de más difícil encaje sistemático, tiene demasiado que ver con la falsificación de moneda o de documentos.

Mayor detenimiento exige, sin embargo, la consideración de si resulta aconsejable aproximar, en cuanto a su ubicación sistemática, las falsedades documentales a otro de los delitos con los que ha aparecido estrechamente vinculado a lo largo de la historia: el falso testimonio, tal y como

<sup>148</sup> Véase SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, p. 154. Me sigue en este punto GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997, pp. 166 s. Cfr. también, de esta misma autora, «La relación concursal entre los delitos de estafa y falsedad documental (nuevas soluciones a un viejo problema)», en MUÑOZ CONDE (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Falsedad y defraudación*, 1995, pp. 259 ss.

<sup>149</sup> Permítasenos remitir a SANZ MORÁN, «Sobre el “arte de contar los delitos”. Últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales», *Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid*, 2019, pp. 17 s., con ulteriores referencias.

<sup>150</sup> Recuérdese cómo a lo largo de los siglos se consideró como una modalidad de “crimen falsi” la suposición de parto, recogida hoy entre estos delitos contra las relaciones familiares

vimos más arriba. Y así, un tratadista tan significativo como GARRAUD, tras recordar la existencia de una correlación necesaria entre el sistema de pruebas y el sistema de las falsedades<sup>151</sup>, se centra más adelante en la proximidad existente entre la falsedad ideológica del fedatario público y lo que sucede en el caso del falso testimonio<sup>152</sup>. Y otro autor tan relevante como CARNELUTTI incluye al falso testimonio entre las modalidades falsarias<sup>153</sup>. O, en fin, ya vimos cómo, en nuestra doctrina penal, RODRÍGUEZ DEVESA llega a proponer llevar las falsedades a un grupo de delitos contra los medios de prueba<sup>154</sup>.

Sin embargo, hace ya más de medio siglo que nuestro maestro, el profesor TORÍO, pese a reconocer las analogías existentes entre los dos delitos, destacó con precisión el rasgo diferencial decisivo en el falso testimonio, cuál es su incardinación en el contexto de un proceso, de modo que «la inexistencia previa de un proceso funda la imposibilidad de comisión del delito»<sup>155</sup>. Y en fecha más reciente ha sido de nuevo ROJAS quien ha mostrado, de manera particularmente clara y matizada, las diferencias estructurales entre documento y testimonio, en cuanto mecanismos probatorios<sup>156</sup>, de donde podemos concluir la necesidad de mantener el actual tratamiento sistemático separado de la falsedad documental y el falso testimonio. Ciertamente, la cuestión no puede zanjarse sin ulteriores matices. Así, como veremos inmediatamente, al abordar el objeto de prohibición en la falsedad documental, existe cada vez mayor acuerdo en destacar la existencia de dos supuestos bien diferenciados: la creación de un documento inauténtico y la inveracidad del fedatario público en la documentación de un hecho, supuesto este último que guarda, sin duda, mayor relación con el falso testimonio que lo que sucede en el primer caso, como ya observara GARRAUD<sup>157</sup>. Y, desde otro punto de vista, también se aproxima en mayor medida al objeto de prohibición del delito de falso testimonio, la falsedad de los documentos denominados “testimoniales”, que la de aquellos de carácter “dispositivo”<sup>158</sup>. En cualquier caso, la relevancia jurídica “extraprocesal” del documento aleja su falsedad del ámbito de los delitos “contra la Administración de Justicia”, entre los que encaja, sin embargo, de manera natural el delito de falso testimonio.

Una vez precisado su lugar sistemático idóneo, pasamos a considerar el *contenido* del grupo normativo, de nuevo solo en sus líneas esenciales. Ya en los apartados 5 y 6 de esta contribución hemos tratado de poner de manifiesto los problemas que ofrece el actual modelo regulador, que debería ser objeto de amplia remodelación. Y el punto de partida no puede ser otro que la correcta delimitación del objeto de prohibición, para lo cual nos parece especialmente fructífera la distinción, a la que venimos refiriéndonos reiteradamente, entre dos tipos de deberes que vienen aquí en consideración. En palabras de COCA VILA, tendríamos, por un lado, «un deber negativo (*neminem laedere*) de no alterar materialmente documentos auténticos o elaborar documentos

<sup>151</sup> Véase GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3ª ed., t. IV, 1922, p. 106.

<sup>152</sup> Véase GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3ª ed., t. IV, 1922, pp. 161 ss.

<sup>153</sup> Véase CARNELUTTI, *Teoria del falso*, 1935, pp. 110 ss.

<sup>154</sup> Cfr. las referencias en la n. 41.

<sup>155</sup> Véase TORÍO LÓPEZ, «Introducción al testimonio falso», *Revista de Derecho Procesal*, 1965, pp. 37 ss. (en particular, pp. 40 ss.: lo entrecomillado en el texto, en p. 41). En sentido análogo, más recientemente, BERNAL VALLS, *El falso testimonio*, 1992, pp. 24 ss., recordando el dato diferencial decisivo de que el falso testimonio tiene siempre como único destinatario al juez.

<sup>156</sup> Véase ROJAS AGUIRRE, especialmente en *Revista Chilena de Derecho*, (41-2), 2014, pp. 526 ss. (y, en particular, el esclarecedor cuadro-resumen recogido en las pp. 529 s.).

<sup>157</sup> Cfr. la referencia de la n. 152.

<sup>158</sup> Para la diversa relevancia probatoria de estas dos clases de documentos véase, por todos, ABEL LLUCH, en ABEL LLUCH/PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba documental*, 2010, pp. 149 ss.

inauténticos»; es decir, de no alterar la autenticidad del documento, deber que concierne a cualquier ciudadano<sup>159</sup>. Por otra parte, «ciertos sujetos, en particular autoridades y funcionarios públicos, además de estar obligados en el sentido negativo descrito, lo están asimismo (...) de forma positiva»: están «obligados por un deber de veracidad»; esto es, «están jurídicamente obligados a documentar verazmente»<sup>160</sup>.

La regulación debería, por tanto, arrancar de un delito (común) consistente en la creación de un documento inauténtico y solo de manera complementaria se penaría el quebrantamiento del deber de veracidad del fedatario público, tipo que podría –como sucede en el derecho alemán– llevarse incluso a un ámbito sistemático diverso: el de los delitos contra la Administración Pública. Y, de modo análogo a lo que establece también el Código Penal alemán (parágrafo 271), cabría pensar en la previsión específica de un delito (común) de documentación inveraz mediata; esto es, que captara la conducta de quien provoca esa falta de verdad en lo consignado por el fedatario público<sup>161</sup>. Proponemos, en definitiva, como punto de partida, un contenido regulativo que, dejando a un lado nuestra historia legislativa, se aproxime en mayor medida al seguido por el ordenamiento jurídico alemán. En su concreción ulterior, cabe, no obstante, plantear importantes puntos de separación también frente a este último.

En primer lugar, por lo que se refiere a las *modalidades comisivas* del tipo común antes indicado, hay que recordar que, frente al problemático casuismo de nuestro vigente Código Penal, en la estela del modelo francés originario, el parágrafo 267 StGB habla solo de la creación de un documento inauténtico, la falsificación de uno auténtico o el uso de uno u otro. La reflexión política legislativa debe orientarse, a este respecto, en una doble dirección. Por una parte, en lo que se refiere a las dos primeras variantes, cabe discutir si abarcan todos los supuestos imaginables de acción falsaria y, en este sentido, autores como PUPPE piensan que bastaría con la primera de ellas, puesto que quien falsifica un documento auténtico está creando uno inauténtico<sup>162</sup>, mientras que, en un sentido opuesto, se discute en la doctrina penal española, como vimos más arriba, si además de las dos conductas indicadas hay que incluir una referencia a la conducta de ocultación/supresión del documento, conductas que, sin embargo, entendía GARRAUD comprendidas en la de “alteración”<sup>163</sup>. Y también debe ser objeto de reflexión si el “uso” del documento falso se prevé, en la línea de la regulación alemana, como una modalidad de conducta equiparada a las anteriores o se mantiene como un delito autónomo, criterio este defendido, por ejemplo, por ROJAS, por entender que comporta un mayor nivel de diferenciación, a la vez que destaca el contraste peligro/lesión, correlativo al existente entre las modalidades falsarias y las de uso del documento falso<sup>164</sup>.

<sup>159</sup> En palabras de JAKOBS, *Falsedad documental. Revisión de un delito de engaño*, 2011, p. 199, la prohibición de la falsedad documental rezaría así: «lo que en caso de autenticidad genera un efecto jurídico no puede presentarse de forma inauténtica».

<sup>160</sup> Cfr. las referencias en la n. 83, donde nos hacíamos eco también de la posición, en sentido análogo, de Silva Sánchez. Cfr. además, entre otros autores, BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, especialmente, pp. 102 ss.; ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, pp. 129 ss., 155 ss. En mayor o menor medida reconocen estos distintos autores su deuda, a este respecto, con el planteamiento de Jakobs. Véase solo JAKOBS, *Falsedad documental. Revisión de un delito de engaño*, 2011, pp. 23, 31 ss., 44, 107 ss.

<sup>161</sup> A favor de incorporar un tipo penal como el indicado en el texto, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, pp. 102 ss.; SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO, (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., 2019, pp. 275 ss.

<sup>162</sup> Véase PUPPE, «§267», NK, 2003, nm. 81.

<sup>163</sup> Véase GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3ª ed., t. IV, 1922, pp. 161 ss.

<sup>164</sup> Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, pp. 159 ss., 177 s.

Y paralela reducción drástica del actual casuismo debe llevarse a cabo también en relación al *objeto material* de la falsificación, donde la regulación dispar de la falsedad según se cometa en documento público u oficial<sup>165</sup>, certificado, documento nacional de identidad, etc., carece, como vimos, de toda justificación. Dando por descontado que la documentación inveraz de un hecho por un fedatario solo puede recaer sobre documentos públicos, la discusión se centra entonces en si en el tipo común de creación (o alteración) de un documento inauténtico se opta por el criterio del Código Penal alemán, que no distingue según se trate de documentos públicos o privados o, por el contrario, se mantiene un diferente tratamiento punitivo para la falsificación de unos u otros, como es tradicional en nuestra regulación. El dato determinante para optar por uno u otro criterio debe serlo la respectiva eficacia jurídica, especialmente desde el punto de vista probatorio y, de acuerdo con este criterio, parece razonable mantener una respuesta penal más tenue para la falsedad en documento privado, de acuerdo con la menor relevancia probatoria de la que nos ocupábamos anteriormente (apartado 6.2): necesidad de reconocimiento en caso de impugnación y falta de relevancia *erga omnes*. El debate se debería centrar aquí, sobre todo, en dos cuestiones. Por un lado, si está o no justificado separar una clase –por lo demás, poco precisa- de documentos privados, los denominados “mercantiles”, y equiparar su falsedad a la de los públicos, lo que ya vimos que parece cuestionable. Como también parece discutible –lo veíamos anteriormente (apartado 6.2)- la decisión del legislador, en el año 2010, de traer al ámbito de las falsedades documentales las referidas a tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje. Y habría que reflexionar, por otra parte, sobre si, en la línea de la conocida propuesta de CARRARA<sup>166</sup>, cabría limitar la protección jurídico penal a la creación/alteración de un documento *público* inauténtico, dejando fuera a los documentos privados, por entender su falsificación como conducta incardinada necesariamente en el *iter criminis* de un delito patrimonial, del cual constituiría a lo sumo una modalidad agravada o cualificada. Y que el planteamiento de esta alternativa no es, en absoluto, ociosa lo pone de manifiesto la existencia de modalidades falsarias autónomas -incluso de documentos calificables de mercantiles- en el contexto de los delitos societarios o de los relativos a la propiedad industrial.

De manera complementaria, hay que extender la reflexión político-legislativa a otros preceptos problemáticos de la vigente regulación a los que ya nos hemos referido críticamente con anterioridad, como la previsión de una modalidad imprudente de falsedad documental (art. 391 CP), o las “disposiciones generales” recogidas en el capítulo III del este Título XVIII: la primera de ellas (art. 400 CP) supone una excesiva anticipación de la intervención penal que quizás encuentre justificación en relación a la falsificación de moneda, pero resulta mucho más discutible referida a las falsedades documentales; y la segunda (art. 400) amplía, de manera también excesiva el concepto de uso del documento falso.

---

<sup>165</sup> Ya con anterioridad a la aprobación del Código Penal vigente señalaba rotundamente MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, en MUÑOZ CONDE, (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Falsedad y defraudación*, 1995, p. 120, que la dualidad documento público/documento oficial, «no ha producido sino confusión y no ha originado beneficio alguno».

<sup>166</sup> Recuérdese cómo CARRARA, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, v. IV, 4ª ed., 1982, párrafos 2363 ss. (pp. 445 ss.), separa completamente la falsedad en documento público y la falsedad en documento privado, criticando el intento «de restringir la teoría de la falsedad documental a ciertas reglas generales, comunes a esas dos clases de falsedad», desfigurando su respectiva naturaleza jurídica (párrafo 2364). Pues mientras la “falsedad pública” es un delito contra la fe pública, la “falsedad privada” es un delito contra la propiedad; y «más bien una calificante de otros delitos que un delito autónomo» (párrafo 2366). Diferencia que se proyecta además en otros datos: por ejemplo, mientras que con solo fabricar o alterar un documento público se consuma el delito, las mismas conductas referidas a un documento privado solo tendrían carácter de acto preparatorio (párrafo 2372).

Insisto en que lo anterior no debe, en absoluto, tomarse como una concreta propuesta *de lege ferenda*, sino que solo pretende mostrar, a modo de guion, qué derroteros debe seguir la reflexión orientada a la necesaria revisión legislativa de este importante grupo de delitos. Cuando tantas reformas del Código Penal se abordan –apenas es necesario recordarlo– desde parámetros muy alejados de lo que debería ser una auténtica “ciencia de legislación”, como la pretendida por el ideal ilustrado, que al menos en relación a esta zona nuclear del Código Penal no se obvie el oportuno debate científico. Lo expuesto constituye mi modesta contribución al mismo.

## 8. Bibliografía

ABEL LLUCH, Xavier, «La prueba documental», en ABEL LLUCH, Xavier/PICÓ I JUNOY, Joan (Dirs.), *La prueba documental*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 15 ss.

ALEJANDRE, Juan Antonio, «Estudio histórico del delito de falsedad documental», *Anuario de historia del Derecho español*, 1972, pp. 117 ss.

ANTÓN ONECA, José, «Las formas de la culpabilidad en las falsedades documentales», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1948, pp. 91 ss.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

————— *Estudios sobre la parte especial del derecho penal español*, Akal, Madrid, 1991.

BENÉYTEZ MERINO, Luis, «Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias del artículo 302 del CP», en BENÉYTEZ MERINO *et al*, *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Comares, Granada, 1994, pp. 37 ss.

BERNAL VALLS, Jesús, *El falso testimonio*, Tecnos, Madrid, 1992.

BINDING, Karl, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 2.1* (reimpresión de la 2ª ed. 1904), Scientia Verlag, Aalen, 1969.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, Comares, Granada, 2000.

CALLE RODRÍGUEZ, María Victoria, *Falsedades documentales no punibles*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998.

CARNELUTTI, Francesco, *Teoria del falso*, CEDAM, Padova, 1935.

CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, (trad. J. Ortega y J. Guerrero, reimpresión de la 4ª ed.), Temis, Bogotá, 1982.

CASAS BARQUERO, Enrique, *El delito de falsedad en documento privado*, Bosch, Barcelona, 1984.

CHAUVEAU, Adolphe/HÉLIE, Faustin, *Théorie du Code Pénal*, 2ª ed., t. I, Bruylant, Bruxelles, 1863.

COBO DEL ROSAL, Manuel, «Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad», *Cuadernos de política criminal*, (56), 1995, pp. 429 ss.

COCA VILA, Ivó, «Las falsedades documentales», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general y especial*, Atelier, Barcelona, 2019.

CÓRDOBA RODA, Juan, «Título XVIII. De las falsedades», en CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1741 ss.

————— *Comentarios al Código Penal*, t. III, Ariel, Barcelona, 1978.

COVARRUBIAS Y LEYVA, Diego, *Suma de delictis et eorum poenis* (1540) (ed. a cargo de García Sánchez/García Fueyo), Universidad de Oviedo, 2018.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, «Introducción», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 153 ss.

————— «Falsificación de documentos», en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, pp. 721 ss.

D'ORS, Álvaro, «Contribuciones a la historia del “crimen falsi”», en AAVV, *Studi in onore di Edoardo Volterra*, v. 2, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 527 ss.

ECHANO BALDASÚA, Juan Ignacio, «Capítulo XXII: Falsedades», en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, Madrid (CEURA) 1998.

————— «Falsedades documentales», en ASÚA BATARRITA, Adela (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, IVAP, Bilbao, 1997, pp. 289 ss.

————— «¿Falsedad ideológica de particular en escritura pública?», en AAVV, *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pp. 253 ss.

ECHANO BASALDÚA, Juan Ignacio/GIL NOBAJAS, María Soledad, «Falsificación de medios de pago distintos del efectivo: adecuación a la normativa europea y estudio comparado», *Revista de Derecho y proceso penal*, (34), 2014, pp. 59 ss.

FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, «Artículo 399 bis», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 485 ss.

————— «Artículo 26», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. III, EDERSA, Madrid, 2000, pp. 93 ss.

————— *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

FIDALGO GALLARDO, Carlos, «Prueba documental», en GONZÁLEZ CANO, María Isabel (dir.), *La prueba, t.I: La prueba en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 266 ss.

FILANGIERI, Gaetano, *Ciencia de la legislación*, 3ª ed., (trad. J. Rubio), t. VII, Imprenta de Núñez, Madrid, 1822.

FRAILE COLOMA, Carlos, «Artículos 390 a 400 bis», en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal*, t. V, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 71 ss.

FRANCÉS LECUMBERRI, Paz, *El delito de falsedad documental societario y la contabilidad creativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GALLIANI, Tulio, *La falsità in scrittura privata*, Eugenio Jovene, Napoli, 1970.

GARCÍA ALBERO, Ramón, «Non bis in ídem» material y concurso de leyes penales, Cedecs, Barcelona, 1995.

GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

————— «La relación concursal entre los delitos de estafa y falsedad documental (nuevas soluciones a un viejo problema», en MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Falsedad y defraudación*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 233 ss.

————— *Falsedades documentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

GARRAUD, René, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3ª ed., t. IV, Sirey, Paris, 1922.

HAEFLIGER, Arthur, *Der Begriff der Urkunde im schweizerischen Strafrechts (art. 110 StGB)*, Verlag für Recht und Gesellschaft, Basel, 1952.

HEINE, Günter/SCHUSTER, Frank, «§267» en SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Friedrich-Christian, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed., Beck, München 2019.

HERRERO OVIEDO, Margarita, *Del documento público al título inscribible*, Iustel, Madrid, 2006.

JAKOBS, Günther, *Falsedad documental. Revisión de un delito de engaño*, (trad. de López Barja de Quiroga y Rey Sanfiz), Marcial Pons, Madrid, 2011.

JAREÑO LEAL, Ángeles, «Las falsedades ideológicas después del Código Penal de 1995: análisis de la jurisprudencia», en BOIX REIG, Javier (dir.), *Estafas y falsedades (Análisis jurisprudencial)*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 235 ss.

KIENAPFEL, Diethelm, *Urkunde und andere Gewärschaftsträgern. Dogmatik, Kriminalpolitik und Reform*, V. Klostermann, Frankfurt, 1979.

KRELL, Paul, «Zur Beweisfunktion der Urkunde», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2019, pp. 325 ss.

LUZÓN CUESTA, José María, «Las falsedades en documentos mercantiles, de identidad y certificados», en AAVV, *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Comares, Granada, 1994, pp. 121 ss.

MALINVERNI, Alessandro, *Teoría del falso documentale*, Giuffré, Milano, 1958.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, «La falsedad documental en el ámbito de la función pública», en MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Falsedad y defraudación*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 97 ss.

————— «Las falsedades en documentos oficiales», en AAVV, *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Comares, Granada, 1994, pp. 77 ss.

MAURACH, Reinhart/SCHRODER, Friedrich-Christian/MAIWALD, Manfred, *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 2*, 8ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1999.

MIR PUIG, Carlos, «Sobre algunas cuestiones relevantes del Derecho Penal en internet», en LÓPEZ ORTEGA, Juan José (dir.), *Internet y Derecho Penal. Cuadernos de Derecho Judicial 2001 (X)*, CGPJ Madrid, 2002, pp. 281 ss.

MOMSEM, Theodor, *El Derecho Penal Romano* (trad. Dorado), Jiménez Gil editor, Pamplona, 1999.

NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *La estafa de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

OLAIZOLA NOGALES, Inés, «Artículo 392», en Cobo del Rosal, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 231 ss.

ORTEGA LORENTE, José Manuel, «Las falsedades ideológicas cometidas por particulares a través de negocios jurídicos simulados. Un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en BOIX REIG, Javier (dir.), *Estafas y falsedades (Análisis jurisprudencial)*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 201 ss.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, «Falsedades», en MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre*, Madrid, 2017, pp. 1645 ss.

PICÓ I JUNOY, Joan, «Artículos 317 a 334», en LORCA NAVARRETE, Antonio María (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Lex nova, Valladolid, 2000, pp. 1845 ss.

PRADILLA BARNUEVO, Francisco, *Suma de las leyes penales* (1639), Lex nova, Valladolid, 1996.

PUPPE, Ingeborg, «§267» en NEUMANN, Ulfrid/PUPPE, Ingeborg/SCHILD, Wolfgang, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, Nomos, Baden Baden, 2003.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *La falsedad documental*, Reus, Madrid, 1952.

QUINTERO OLIVARES, Gonzálo, «Las falsedades documentales y la evolución del derecho positivo español», en MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Falsedad y defraudación*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 73 ss.

RAMACCI, Fabrizio, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, Napoli, 1965.

RODRIGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «El documento mercantil como objeto de protección del delito de falsedad», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (3), 1998, pp. 1 ss.

ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

————— «Falsedad documental como delito de engaño», *Revista Chilena de Derecho*, (41-2), 2014, pp. 523 ss.

————— «Historia dogmática de la falsedad documental», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (39), 2012, pp. 545 ss.

SAMSON, Erich, *Urkunde und Beweiszeichen. Die verkörperte Gedankenerklärung als Merkmal des strafrechtlichen Urkundenbegriffe*, Nomos, Baden Baden, 1968.

SANZ MORÁN, Ángel José, «Sobre el “arte de contar los delitos”. Últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales», *Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid*, 2019.

————— «Alternatividad de leyes penales», en AAVV, *Estudios Penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pp. 663 ss.

————— *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, 1986.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Las falsedades documentales», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2019, pp. 351 ss.

————— “Caso Filesa”, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2ª ed., 2011, pp. 555 ss.

————— «La protección penal de la función notarial. Situación actual y perspectivas de futuro», en FUENTES MARTÍNEZ, Jesús Julián, *Delitos económicos. La función notarial y el Derecho Penal*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 260 ss.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Delitos de imprudencia. Cuestionario de la reforma», en IGLESIAS PRADA, Juan Luis, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. IV. *Derecho civil y Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5177 ss.

————— «Introducción al testimonio falso», *Revista de Derecho Procesal*, 1965, pp. 37 ss.

TRAPERO BARREALES, María Anunciación, «Artículo 393», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 263 ss.

TRÖNDLE, Herbert, «§267» en *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, Bd. 6, 10ª ed., Berlin, 1988.

VARGAS CABRERA, Bartolomé, «La culpabilidad en las falsedades documentales. La incriminación a título de imprudencia», en AAVV, *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Comares, Granada, 1994, pp. 197 ss.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, Cedecs, Barcelona, 1999.

WEISMANN, Jakob, «Urkundenfälschung», en BIRKMAYER, Karl von, *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil*, Bd. V, Berlin, 1907, pp. 243 ss.