

ENRIQUE BACIGALUPO

**FALSEDAD DOCUMENTAL,  
ESTAFA Y ADMINISTRACIÓN  
DESLEAL**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2007

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>PRÓLOGO</b> .....	9

## PRIMERA PARTE EL DELITO DE FALSEDAD

<b>CAPÍTULO PRIMERO. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LOS DELITOS DE FALSEDAD DOCUMENTAL</b> .....	13
<b>CAPÍTULO SEGUNDO. EL OBJETO DE LA ACCIÓN: CONCEPTO DE DOCUMENTO</b> .....	19
<b>CAPÍTULO TERCERO. FALSEDAD IDEOLÓGICA Y DEBER DE VERACIDAD</b> .....	23
I. INTRODUCCIÓN .....	23
II. DESPENALIZACIÓN DE LAS FALSEDADES IDEOLÓGICAS COMETIDAS POR PARTICULARES (ART. 390.1, N. 4 CP).....	25
III. FALSEDAD IDEOLÓGICA: DELITO DE INFRACCIÓN DEL DEBER DE VERACIDAD .....	27
IV. EL DEBER DE VERACIDAD Y RELEVANCIA EN DELITOS AJENOS A LA FALSEDAD DOCUMENTAL.....	29
V. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA TESIS SOSTENIDA .....	34
<b>CAPÍTULO CUARTO. SIMULACIÓN DE NEGOCIO JURÍDICO Y FALSEDAD DOCUMENTAL</b> .....	37
I. INTRODUCCIÓN .....	37

	<u>Pág.</u>
II. SIMULACIÓN DE NEGOCIO JURÍDICO .....	39
III. CONCEPTO DE DOCUMENTO AUTÉNTICO .....	42
IV. CONCLUSIÓN.....	45
<b>CAPÍTULO QUINTO. FALSEDAD IMPRUDENTE EN DOCUMENTOS PÚBLICOS.....</b>	<b>47</b>
I. EL PROBLEMA POLÍTICO CRIMINAL .....	47
II. LOS TIPOS PENALES DEL ART. 391 CP.....	50
1. Falsedad cometida por el funcionario .....	51
A) La falsedad del documento .....	51
B) La imprudencia grave .....	56
2. Facilitar la falsedad cometida por otro .....	60
III. SOBRE LAS NOCIONES DE DOLO Y DE IMPRUDENCIA EN LA JURISPRUDENCIA.....	62
<b>CAPÍTULO SEXTO. DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS Y DELITO DE FALSEDAD DOCUMENTAL.....</b>	<b>63</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	63
II. NOCIÓN DE DOCUMENTO Y TECNOLOGÍA .....	67
III. LA FUNCIÓN DE GARANTÍA EN LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.....	69
IV. LAS CUESTIONES REFERENTES A LA CERTIFICACIÓN.....	72
V. LA PROTECCIÓN DE DATOS RELEVANTES DESDE EL PUNTO DE VISTA PROBATORIO .....	77
VI. ¿NECESIDAD DE UNA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EN ESTA MATERIA? .....	79
<b>CAPÍTULO SÉPTIMO. LA REFORMA DE LAS FALSEDADES DOCUMENTALES .....</b>	<b>81</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	81
II. VIEJA TÉCNICA LEGISLATIVA PARA UN NUEVO CONCEPTO DE FALSEDAD.....	82
III. ALCANCES DE LA NUEVA CONFIGURACIÓN DEL TIPO PENAL.....	84
1. La falsificación de documentos en sentido estricto.....	85
2. La documentación falsa de hechos cometida por un funcionario.	90

	Pág.
IV. LA INCRIMINACIÓN DE LA FORMA DE IMPRUDENCIA GRAVE PARA LOS FUNCIONARIOS (ART. 391 CP).....	91
V. UN PROBLEMA NO RESUELTO: EL ABUSO DE FIRMA EN BLANCO .....	92
<b>CAPÍTULO OCTAVO. REVISIÓN DE LA DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE FALSEDAD DOCUMENTAL .....</b>	<b>94</b>

## SEGUNDA PARTE

### **LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD Y EL PATRIMONIO**

<b>LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD Y EL PATRIMONIO .....</b>	<b>113</b>
--	------------

## TERCERA PARTE

### **EL DELITO DE ESTAFA**

<b>EL DELITO DE ESTAFA .....</b>	<b>133</b>
I. INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMA DE LA LEGISLACIÓN .....	133
II. LA TRADICIÓN FRANCESA .....	137
III. LA TRADICIÓN ITALIANA .....	140
IV. LA TRADICIÓN ALEMANA .....	143
V. LA PROBLEMÁTICA DE LA NOCIÓN DE PATRIMONIO .....	146
VI. LA NOCIÓN DE PATRIMONIO EN LA DOGMÁTICA ESPAÑOLA .....	154
VII. EL GIRO DE LA DOGMÁTICA MODERNA: LA ESTAFA COMO DELITO PATRIMONIAL CONTRA LA LIBERTAD .....	157
VIII. LOS ELEMENTOS DEL TIPO .....	165
1. Elementos del tipo objetivo .....	166
A) El engaño .....	166
B) El error del sujeto pasivo .....	171
C) La disposición patrimonial .....	172
D) El perjuicio patrimonial .....	175

	<u>Pág.</u>
2. Elementos del tipo subjetivo y problemática del error .....	177
3. Grado de realización del tipo: tentativa y desistimiento.....	178
4. Posibles concurrencias .....	179

## CUARTA PARTE

### EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

<b>LA APROPIACIÓN INDEBIDA.....</b>	<b>183</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	183
II. LA APROPIACIÓN INDEBIDA DE COSAS MUEBLES .....	184
III. EL TIPO OBJETIVO: 1. LA ACCIÓN Y EL OBJETO DE LA ACCIÓN .....	184
IV. EL TIPO OBJETIVO: 2. EL QUEBRANTAMIENTO DE LA RELACIÓN DE CONFIANZA .....	186
V. EL TIPO SUBJETIVO.....	188
VI. LA ANTIJURICIDAD.....	189
VII. LA CONSECUENCIA JURÍDICA .....	189

## QUINTA PARTE

### EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL (DISTRACCIÓN DE DINERO)

<b>LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL.....</b>	<b>193</b>
I. BUEN GOBIERNO EMPRESARIAL Y LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES .....	193
II. HISTORIA DOGMÁTICA DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL. ....	196
III. LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995 .....	201
IV. LA ESENCIA DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL....	203
V. LA TRADICIÓN ITALIANA.....	204
VI. LA TRADICIÓN FRANCESA .....	206
VII. LA TRADICIÓN ALEMANA.....	208
VIII. EL DERECHO AUSTRÍACO.....	204

	<u>Pág.</u>
IX. EL DERECHO SUIZO .....	218
X. EL DERECHO DEL REINO UNIDO .....	219
XI. LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA .....	220
XII. DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES POR ACTOS CO- LECTIVOS DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL .....	231
XIII. EL PROYECTO GUBERNAMENTAL DE 2006 .....	238

## PRÓLOGO

El presente volumen presenta las investigaciones de los dos últimos años sobre los tres delitos que le dan nombre. Sólo una parte de los estudios sobre la falsedad documental había sido publicada con anterioridad. Los estudios sobre estafa y administración desleal, por el contrario, responden a las transformaciones dogmáticas que estos delitos han experimentado en los últimos tiempos y a los procesos recientes que han tenido lugar en Europa, que han centrado la atención en estos tipos penales.

Con esta publicación deseo también expresar mi más profundo agradecimiento a quienes colaboraron en los dos libros con los que he sido homenajeado recientemente: *Dogmática y Ley Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2005 y *Sistemas Penales Iberoamericanos* ARA Editores, Lima, 2003.

Madrid, 10 de junio de 2007

Enrique BACIGALUPO

## CAPÍTULO PRIMERO

# SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LOS DELITOS DE FALSEDAD DOCUMENTAL

El bien jurídico protegido por los delitos de falsedad documental ha sido caracterizado por la doctrina, por lo general, como la «*seguridad en el tráfico jurídico*» o la «*fe pública*»<sup>1</sup>. Las nociones de seguridad en el tráfico jurídico o de fe pública, sin embargo, requieren una cierta precisión, pues, de lo contrario, carecen de toda capacidad operativa. Una categoría de delitos contra la fe pública parece haber sido introducida por FILANGARI<sup>2</sup> y fue criticada por BINDING ya en el siglo pasado por entender que no existe un derecho a la verdad de carácter general<sup>3</sup>. En el mismo sentido ya decía RODRÍGUEZ DEVESA<sup>4</sup> que «parece evidente que nuestra ley no da a las falsedades tal extensión, ni sería deseable que lo hiciera, porque equivaldría a reconocer un derecho a la verdad que rebasa las posibilidades del legislador y excede de las metas jurídicas». Por ello, proponía concretar el bien jurídico protegido por las falsedades documentales como un grupo de *delitos contra los medios de prueba y signos de autenticación*. En el mismo sentido se pronuncian MUÑOZ CONDE<sup>5</sup>, QUERALT y MORILLAS CUEVA<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Confr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, en *Derecho Penal Español*, 11.ª ed., 1988, p. 945; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, PE, 9.ª ed., 1993, p. 520; QUERALT, *Derecho Penal*, PE, 2.ª ed., 1992, pp. 361 y ss.; ORTS BERENGUER, en VIVES ANTON y otros, *Derecho Penal*, PE, 1993, p. 190; MORILLAS CUEVA, en *Curso de Derecho Penal Español*, PE (COBO DEL ROSAL, dir.), II, 1997, pp. 208 y ss.

<sup>2</sup> *La scienza della legislazione* (1780/85), 2.ª ed., Venezia, 1796, t. IV, pp. 304 y ss. y 486 y ss.

<sup>3</sup> *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, II, 1, 2.ª ed., 1904, pp. 120 y ss.

<sup>4</sup> *Loc. cit.*, p. 945.

<sup>5</sup> *Loc. cit.*

<sup>6</sup> *Loc. cit.*

Esta concreción del bien jurídico presupone, como es lógico, establecer cuál es el objeto en el que se deposita la fe pública y en qué consiste la seguridad del tráfico jurídico. Por un lado, es claro que el público puede depositar su fe en múltiples objetos, pero se trata de proteger sólo algunos objetos. Por lo pronto, no parece que el legislador haya querido proteger la fe en las declaraciones de otros de una manera general. De lo contrario toda mentira, *documentada o no*, debería ser punible. La documentación en sí misma, no agrega nada a la mentira de un particular desde el punto de vista de su criminalidad. Por tanto, el público no puede sentir defraudada su fe por la simple mentira de otro, pues en una sociedad democrática los límites del control social presuponen una distinción entre deberes éticos y deberes jurídicos, cuya confusión sería la inevitable consecuencia de convertir a la verdad de las declaraciones de los particulares en objeto jurídico de protección de los delitos de falsedad documental.

Por otro lado, también es claro que la veracidad de ciertas declaraciones tiene entidad suficiente para ser objeto de protección cuando se trata de declaraciones de un funcionario público que tienen acordado un determinado valor probatorio por la ley. La diferencia de esta situación con la anterior ha sido reconocida ya hace más de un siglo<sup>7</sup>.

Este doble significado social y jurídico de la veracidad de la declaración documentada es lo que permitió a la dogmática moderna distinguir una *doble dimensión en la protección jurídica de los documentos*, según sean públicos o privados<sup>8</sup>. En los primeros se protege la fe del público en las constataciones documentadas por el oficial público; en los segundos se protege la fe del público en la *atribución* de una declaración a una determinada persona.

Esta doble dimensión de protección de los documentos se basa en la *amplitud del deber de veracidad* que incumbe a los *sujetos del delito*, es decir, por una parte a los funcionarios y oficiales públicos y por otra a los ciudadanos en general. Mientras el funcionario está obligado a declarar verazmente, el particular tiene prohibido alterar el soporte material de la declaración atribuida auténticamente a otro o a sí mismo. Es decir: los distintos *deberes* generan también diversas *normas*.

Por tanto, no sólo es posible hablar de diversos bienes jurídicos, sino, también de *diversos deberes* de los sujetos del delito, así como de diver-

---

<sup>7</sup> Confr. ORTLOFF, *Fälschung u. Betrug*, 1862 (cit. por BINDING, en *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, BT II, 2.<sup>a</sup> ed., 1904, p. 120).

<sup>8</sup> Confr. CARRARA, en *Opuscoli di Diritto Criminale*, 5.<sup>a</sup> ed., vol. III, 1898, pp. 555 y ss.; *Id.*, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Parte Speciale, 6.<sup>a</sup> ed., 1898, vol. VII, §§ 3640 y ss.; BINDING, *Lehrbuch*, 1904, pp. 120 y ss.

sas normas. Probablemente esto ha comenzado a aclararse con la reforma de 1995, dado que el nuevo Código Penal ha excluido del delito de los particulares el «faltar a la verdad en la narración de los hechos», una cuestión respecto de la cual el CP 1973 permitía toda clase de confusiones.

De esta manera, debe quedar claro que el legislador, en realidad, ha estructurado *dos delitos diferentes*. El del particular, en el que protege la fe del público en los soportes materiales de la declaración y el del oficial o funcionario público, en el que protege la creencia en la veracidad de lo declarado. Ambos delitos tienen una acción diversa: mientras la falsificación del particular requiere una *intervención material* en el objeto protegido (el documento o soporte material de la declaración), en el delito del funcionario se trata, en primer lugar, de una falsa documentación de hechos.

La doble orientación de la protección penal en los delitos de falsedad documental no es un descubrimiento dogmático reciente. En efecto, en la *doctrina italiana*, CARRARA la sostuvo de una manera clara hace más de un siglo. Desde su punto de vista la falsedad del documento privado pertenecía a la «familia» de los delitos contra la propiedad al tiempo que los delitos de falsedad en documento público pertenecían a los delitos contra la fe pública<sup>9</sup>. CARRARA criticaba a la doctrina que había sostenido que las dos formas de falsedad constituían una única *especie* y pertenecían a la misma familia de delitos afirmando categóricamente: «esto es un error; y de tal error se ha derivado que, queriendo reducir la teoría del delito de falsedad documental a ciertas reglas generales, comunes a las dos falsedades antedichas, se ha contrahecho la naturaleza jurídica de uno y otro delito; y de allí ha surgido confusión y discordia respecto de los criterios esenciales y de los criterios mensuradores de ambos delitos, los que, por sus condiciones intrínsecas debían considerarse como una especie distinta que nada tienen entre sí en común, fuera de la identidad del sujeto pasivo (el papel)»<sup>10</sup>.

Una evolución paralela siguió la *dogmática alemana*. BINDING<sup>11</sup> partió de una crítica radical de la teoría de la *publica lides* que consideraba una «teoría insalubre»<sup>12</sup> y desarrolló luego una prolija investigación para subrayar que los documentos debían ser sólo aquellos que estaban determinados para servir de prueba<sup>13</sup> y para demostrar que «los delitos, cuyo objeto

<sup>9</sup> Confr. *Programma*, Parte Speciale, vol. IV, 6.ª ed., 1898, §§ 2363 y ss. (para los documentos privados) y vol. VII, 6.ª ed., 1898, §§ 3640 y ss. (para los delitos de falsedad en documento público).

<sup>10</sup> *Loc. cit.* § 2364, p. 533. Como se ve CARRARA entendía que el papel en el que consta el documento era un «sujeto» pasivo; en la actualidad se considera que se trata del *objeto de la acción*.

<sup>11</sup> *Loc. cit.* nota 8, p. 120.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Loc. cit.*, pp. 175 y ss.

son [los documentos], más precisamente el medio probatorio que les corresponde», están indisolublemente conectados con los que se refieren a otras declaraciones que operan como medios probatorios. La falsedad en despachos telegráficos, por el contrario, era tratada por BINDING<sup>14</sup> como un delito de funcionario.

Sin embargo, fue von LISZT quien culminó el nuevo desarrollo dogmático en Alemania al distinguir con precisión entre la falsificación de documentos (en el sentido de alteración material del soporte material) y la documentación falsa de hechos.

Von LISZT<sup>15</sup> afirmaba en este sentido: «La *documentación falsa* es diversa de la falsificación de documentos. La esencia de la segunda consiste en la imitación o alteración de la forma acreditada (*Beglaubigungsform*). Conceptualmente es indiferente si el contenido del documento creado coincide o no con la verdad. A pesar de la coincidencia con la verdad puede darse un documento falso; p. ej., cuando el deudor que ha satisfecho la deuda al acreedor, pero no ha obtenido de éste el correspondiente recibo, confecciona un recibo. Asimismo, a pesar de la no coincidencia puede ser excluida la falsedad documental, p. ej., cuando el acreedor, cuyo crédito no ha sido satisfecho, es inducido mediante engaño por el deudor a extender el recibo correspondiente. Por el contrario, la esencia de la documentación falsa consiste en la *mendacidad respecto del hecho documentado*, mientras que el documento mismo es auténtico y no falsificado».

En suma: la fe pública o la seguridad del tráfico jurídico son conceptos muy vagos y generales que requieren una precisión. Un análisis profundo de ellos demuestra que la fe del público en el valor probatorio de los documentos adquiere formas diversas según la fuerza probatoria del documento.

Antes de concluir estas consideraciones sobre el bien jurídico protegido se debe señalar que sería erróneo suponer que el art. 26.2 CP contiene una norma que define el bien jurídico de los delitos de falsedad documental. Consiguientemente sería erróneo entender que las expresiones finales «cualquier otro tipo de relevancia jurídica» podría significar que los delitos de falsedad documental protegen intereses diversos de los referentes a los documentos como medio de prueba. En efecto, es evidente que tales conclusiones se apoyarían en la confusión de dos conceptos diferentes: el *bien jurídico* (u objeto jurídico de protección) y el *objeto de la acción* (el objeto material sobre el que se deben producir los efectos de la acción en el mundo exterior). El art. 26 CP sólo define el objeto de la

<sup>14</sup> *Loc. cit.*, II 2, p. 175.

<sup>15</sup> *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23 ed., 1921, p. 554.

acción, es decir, el documento como soporte material sobre el que debe recaer la acción. El bien jurídico protegido, por el contrario, se debe extraer teleológicamente de las disposiciones sobre las falsedades documentales. Dicho de otra manera: el art. 26 CP contiene una definición de documento que puede ser de mayor alcance que la correspondiente al objeto de la acción de los delitos de falsedad documental. No todas las funciones del documento deben ser objeto de protección de los delitos de falsedad documental. Los otros tipos de relevancia jurídica a los que se refiere el art. 26 CP —hasta ahora no precisados en la teoría ni en la práctica— son objeto de otros delitos diversos de los de falsedad documental. En particular la calidad de instrumento de un engaño, por ejemplo, es objeto básicamente del delito de estafa (sobre todo en la estafa informática del art. 248.2 CP), pero también del delito fiscal, entre otros.