

La vaporosa figura de falsedad ideológica



Por: GONZALO QUINTERO OLIVARES
Catedrático de Derecho Penal y Abogado

FALSEDAD IDEOLÓGICA

Es sabido, y es lamentable, que a veces dos partes cierran ante notario un negocio jurídico que, en realidad, no se ha realizado ni se realizará, o no tiene nada o tiene poco que ver con el que realmente se lleva a cabo. Eso puede suceder, por ejemplo, en negocios societarios cuyo objeto aparente es la adquisición de una participación social por una determinada cantidad, cuando lo cierto es que esa cantidad no se aportará y la entrada en la sociedad obedece a otras causas diferentes y, posiblemente, inconfesables.

Para algunos penalistas, y, con frecuencia, en los escritos de acusación de los Fiscales, los contratos cuya verdad profunda no se corresponde con lo que aparentemente dicen, pueden ser constitutivos de delitos de falsedad documental punible. Las falsedades documentales, como es sabido, pueden ser materiales o ideológicas. Las materiales implican una actuación física sobre el documento, que puede consistir en alterarlo, simularlo, o suponer la participación de quien no lo ha hecho, mientras que las falsedades ideológicas se reducen y concretan en una sola idea: faltar a la verdad en la narración de los hechos. Se ha dicho, y es cierto, que la idea de “verdad” no es tan unívoca, comenzando por la difícil distinción entre verdad objetiva y verdad subjetiva. Claro que se puede decir que la falsedad ideológica es una manifestación destinada a constar en un documento y que quien la hace es consciente de que no se corresponde no ya con la verdad absoluta, que puede quedar lejos de la capacidad de cualquiera, sino con su propia conciencia y convicción sobre la realidad del hecho. Pero ahí aparece el problema probatorio, que es mucho más difícil que en las falsedades materiales.

Quizá por esas razones el legislador de 1995 decidió que la modalidad de falsedad ideológica del artículo 390.4º del Código Penal (en adelante CP) fuera atípica si era realizada por particulares, que no están sujetos a un deber de veracidad. Así todo, creo que nada grave sucedería por suprimir y excluir del Derecho penal la llamada falsedad documental ideológica cometida por particulares, no solo por perturbadora, sino porque no reúne las condiciones de concreción de acto injusto que justifiquen, político-criminalmente, su presencia en la ley penal.

“Nada grave sucedería por suprimir y excluir del Derecho penal la llamada falsedad documental ideológica cometida por particulares, no solo por perturbadora, sino porque no reúne las condiciones de concreción de acto injusto que justifiquen, político-criminalmente, su presencia en la ley penal”

El problema (creado) se produce cuando se quiere evitar la atipicidad de la falsedad ideológica y que el hecho no esté en el objeto del proceso, y, para lograrlo, se transforma en falsedad material a aquellos casos en los que las partes (particulares) de mutuo acuerdo, hacen constar unas cláusulas y manifestaciones sobre el objeto del negocio que no se corresponde con la realidad. Eso sería claramente una falsedad ideológica atípica, y esa condición no variará porque se eleve a escritura pública. La aludida transformación se intenta alcanzar con la infundada tesis de que la

creación completa de un documento en el que nada es cierto es una simulación en el sentido del número 2 del artículo 390-1-2º CP. Pero eso es penalmente insostenible, porque ese documento refleja la voluntad formal de los que lo han creado que, además, son los mismos que lo suscriben. En teoría existe concordia en torno a que la falsedad documental ideológica es, en esencia, una mentira escrita, pero no una falsificación, la cual solo surge cuando lo que el documento declara no ha sido incluido por sus creadores o cuando el documento mismo no ha sido engendrado por quienes aparecen como sus autores. Si el documento ha sido redactado y firmado por quien ese mismo documento dice, aunque lo que se declara en él no sea verdad objetivamente ese documento no será “falso”, con total independencia de que las ideas o afirmaciones que contenga no se correspondan con la verdad.

El artículo 390-1 CP número 4 se refiere a “faltar a la verdad en la narración de los hechos”, que es la esencia de la falsedad ideológica, y el legislador decidió que esa clase de falsedad fuera atípica cuando la realizara un particular tanto si lo hacía en documentos públicos, oficiales o mercantiles, o en un documento privado. El particular solamente puede cometer falsedades materiales, sea en documentos públicos o privados (art. 395 CP), y las falsedades ideológicas son punibles solo cuando se falta a la verdad estando obligado a ella, por lo que, en principio solo serán concebibles para funcionarios, pues los particulares no están sujetos a ese deber, salvo en circunstancias especiales.

Eso no quiere decir que las mentiras de un particular sean irrelevantes, pues, por ejemplo, pueden ser el modo comisivo de una estafa o una complicidad en frustración de la ejecución inventando un crédito preferente, pero ni en uno ni en otro caso ha de haber un adicional concurso con una falsedad documental. Solo significa que lo que un particular manifieste en un documento carece de significación jurídica en sí misma. Eso se amplía al recordar el significado de la función probatoria, elemento esencial del documento a efectos penales. El llamado dolo falsario se traduce en el deseo de introducir en el tráfico jurídico un elemento probatorio apto para perjudicar a terceros, y no hace falta realizar un gran esfuerzo analítico para aceptar que un compromiso suscrito por dos partes, por el que una dice comprar y la otra vender cuando lo cierto es que se trata de una aportación encubierta al negocio del otro, interesa para bien o para mal a los que lo firman, y a nadie más.

“La falsedad documental ideológica es, en esencia, una mentira escrita, pero no una falsificación, la cual solo surge cuando lo que el documento declara no ha sido incluido por sus creadores o cuando el documento mismo no ha sido engendrado por quienes aparecen como sus autores”

Diferente es que el particular manipule físicamente el documento que ha creado otro o lo que otro dice, pues esas son falsificaciones materiales, y a ellas se refieren los números 1 (alteración de documento) y 2 (simulación de documento) del artículo 390-1º CP. El número 3 del mismo artículo se refiere a los que suponen intervenciones inexistentes en un acto o atribuir a personas manifestaciones que no han hecho. Para algunos, esta modalidad participa en parte en la condición de falsedad ideológica, y, según eso, solo tendría significación penal si el “redactor” del documento tiene el deber de dejar constancia de quiénes han intervenido en el acto y lo que han manifestado, y ese componente de deber limita el círculo de autores posibles a quienes tienen una obligación, sea por ser funcionarios o sea por cumplir una función legalmente regulada (por ejemplo, Secretario Letrado de una compañía mercantil).

Para el tema que motiva estas páginas es importante insistir en cuál es el significado de la modalidad de falsedad recogida en el artículo 390-1-2ª CP (simulación de documento). Como “simulación” se han de tener únicamente los casos de creación íntegra de documentos (documentos apócrifos), esto es, enteramente “confeccionados” tanto en lo que atañe a lo que dice como a quiénes lo firman. Por lo tanto, quedan fuera del tipo los supuestos en que dos particulares confeccionan un contrato por el que se obligan mutuamente o reconocen algo aun cuando el objetivo último del negocio no sea el que se dice formalmente. Seguirá siendo un documento privado, creado por quienes lo suscriben, y, por supuesto, sin capacidad propia para incidir en el tráfico jurídico más allá de “vestir” una situación de facto, con independencia de que puedan instrumentalizarse para otros fines, incluso delictivos, pero sin que por ello quepa apreciar una falsedad documental.

Pese a ello, como he dicho antes, hay acusadores y jueces que sostienen erróneamente que hay falsedad documental “material” en casos en los que el documento es exactamente de quien lo ha

hecho y lo firma, al margen de que diga o no algo cierto, pues la falta a la verdad, como he dicho antes, es atípica para los particulares, y, por lo tanto, ese contrato no podrá ser considerado “documento falso”. La condena por falsedad sirvió en el llamado caso “Filesa” (STS 28-10-1997), sosteniendo que el negocio era otro, aunque los autores de los documentos eran sus firmantes, pero eso se hizo para evitar la absolucón porque aún no existía el delito de financiación ilegal de Partidos.

Que lo que manifiestan en el documento no sea cierto carece de transcendencia, pues no afectará a terceras personas ajenas a esa relación, pero, incluso en esa hipótesis, habrá que excluir todos los casos en los que el hecho tenga ya una respuesta penal específica, como puede ser el delito de otorgamiento de contrato simulado (correctamente entendido).

El Tribunal Supremo estima, y eso es (solo) aparentemente más razonable, que un documento realmente creado por quien aparece objetiva y subjetivamente como autor, no puede ser ni falso ni delictivo, salvo que sirva para incidir en el tráfico jurídico causando efectos, como, por ejemplo, sucede con la elaboración de facturas falsas para fingir haber soportado gastos, y así reducir la carga tributaria. Ese fue el caso enjuiciado en la STS 483/2019, de 14 de octubre de 2019, que marca una línea seguida por otros fallos, en los que, efectivamente, el documento está destinado a afectar a los intereses de terceros ajenos a él, en el caso enjuiciado, a la Hacienda Pública. Pero en otros muchos fallos se ha dicho que las falsedades instrumentales en documento privado cometidas para la ejecución de un fraude tributario están absorbidas por la pena correspondiente a éste, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8-3º CP, como sucedería con la estafa común. Y esa absorción no desaparece porque se baje de la cuantía mínima del delito y desaparezca la tipicidad.

“No ha lugar a la ‘escandalosa’ idea de que en teoría -en la práctica no será tan frecuente- se pueden cometer delitos de falsedad ideológica ante un notario, porque no hay tales delitos”

Con el mismo criterio se han de tratar los documentos “ideológicamente” falsos usados (ejemplo anterior) para legitimar la invocación de una preferencia en el cobro. La pena imponible se ha de limitar a la que corresponda a la cooperación en la frustración de la ejecución, y esa idea es plenamente coherente con lo sentado por el Tribunal Supremo en su Acuerdo de 26 de febrero de 1999, sobre facturas falsas, en el que establece que la despenalización para particulares de la “falsedad ideológica” tiene como resultado práctico no la impunidad, sino la aplicación de otras figuras delictivas que cubren los supuestos de mentiras documentadas.

A ello se puede añadir que eso solo será posible si existe esa otra modalidad delictiva, y aquí surge, claro está, el tema del delito de otorgamiento de contrato simulado (art. 251-3º CP), que muchas veces será la vía de participación en un delito de frustración de la ejecución o de carácter tributario, y que, a veces, se le ha llamado falsedad defraudatoria. Ese delito parece presentarse legalmente como un acto desconectado de fines y consecuencias; pero no se puede olvidar que se trata de una defraudación, y por lo tanto tendrá que participar de los elementos de éstas. Su comisión pasa por la creación de un documento que expresa un negocio jurídico ficticio o inexistente, orientado a esconder la intención última de los otorgantes, que será causar conscientemente un perjuicio injusto a otros, y solo en ese caso será subsumible en el artículo 251-3ª CP.

La relación de este delito con otros, su función “medial” conduce normalmente a la absorción por la calificación de participación en el delito fin al que se oriente instrumentalmente. Es, pues, una figura sin “personalidad propia”, lo cual explica que en alguna ocasión se haya planteado la conveniencia de suprimirlo, pero ahí sigue, y solo es comprensible cuando el autor disponga de un cierto poder material sobre alguna cosa mueble o inmueble y que, por la vía del negocio simulado puede perjudicar el legítimo derecho de un tercero sobre esa cosa. Si no se introduce ese elemento resulta incomprensible la intervención del Derecho penal.

“El fedatario público puede disponer u obtener muchos datos sobre quienes son las personas físicas o jurídicas que comparecen ante él pero, evidentemente, no puede llegar hasta el fondo de la mente de los comparecientes, que, lógicamente, puede que en algún caso no expresen la auténtica verdad de sus motivos o intenciones”

Recapitulando sobre lo dicho, tenemos que no ha lugar a la “escandalosa” idea de que en teoría - en la práctica no será tan frecuente- se pueden cometer delitos de falsedad ideológica ante un notario, porque no hay tales delitos. El fedatario público puede disponer u obtener muchos datos sobre quienes son las personas físicas o jurídicas que comparecen ante él, y les instruye ampliamente sobre la significación jurídica del negocio y sus implicaciones frente a terceros y frente a la Hacienda Pública, pero, evidentemente, no puede llegar hasta el fondo de la mente de los comparecientes, que, lógicamente, puede que en algún caso no expresen la auténtica verdad de sus motivos o intenciones.

Quien esto lea podrá pensar, con razón, que no estoy descubriendo nada al restar valor a lo que los particulares dicen en sus contratos, y, ciertamente, no lo pretendo. Todos los contratos que se explican por razones que nada tienen que ver con lo que en ellos consta, tienen esos aspectos escondidos, y el tráfico jurídico se ha acostumbrado a que así sea. Y tampoco aporta gran cosa poder sostener que un contrato cuya causa no sea ni verdadera ni lícita puede determinar la nulidad del negocio, pues incluso en eso hay una amplia gama de situaciones que no han de significar en sí mismas “ilicitud”. Por ejemplo, quien suscribe un contrato actuando como testafierro de otro que, por la razón que sea, no desea aparecer, no está cometiendo necesariamente un delito.

En suma, pues, hay que salir al paso de la visible tendencia a transformar en delito de falsedad documental a cualquier contrato que no exprese plenamente la realidad de los motivos y objetos de las partes, además de que haya que educar a la ciudadanía, desde la enseñanza media, en la necesidad de respetar el orden jurídico, por el bien de todos, y dentro de ese orden, la función notarial, pues, pese a que se pueda eludir al Derecho penal, para una sociedad que pretenda disfrutar de la seguridad del tráfico jurídico es imprescindible la credibilidad de lo que se incluye en los negocios, especialmente, los autorizados por fedatario público.



Palabras clave: Falsedad documental ideológica, Función notarial, Credibilidad.

Keywords: Ideological documentary falsification, Notarial function, Credibility.

Resumen

Hay que salir al paso de la visible tendencia a transformar en delito de falsedad documental a cualquier contrato que no exprese plenamente la realidad de los motivos y objetos de las partes, además de que haya que educar a la ciudadanía, desde la enseñanza media, en la necesidad de respetar el orden jurídico, por el bien de todos, y dentro de ese orden, la función notarial, pues, pese a que se pueda eludir al Derecho penal, para una sociedad que pretenda disfrutar de la

seguridad del tráfico jurídico es imprescindible la credibilidad de lo que se incluye en los negocios, especialmente, los autorizados por fedatario público.

Abstract

It is necessary to address the apparent tendency to make any contract that does not fully express the real circumstances of the motives and purposes of the contracting parties into a crime of documentary falsification. We must educate our citizens in secondary school of the need to respect the legal order for the good of everyone, and within that order, the notarial function, because despite the fact that criminal law can be evaded, if a society wishes to enjoy certainty in its legal transactions, the credibility of the contents of those transactions is essential, especially if they are authorised by a notary public.