

¿Cuándo deben considerarse penalmente mercantiles los documentos privados?

(Exhortación a un cambio urgente de la doctrina jurisprudencial)

Luís RODRÍGUEZ RAMOS

Catedrático de Derecho penal y Abogado.

Diario La Ley, Nº 9090, Sección Doctrina, 28 de Noviembre de 2017, Editorial **Wolters Kluwer**

Normativa comentada
Comentarios

La interpretación de la Sala de lo penal del TS del art. 392 CP, en la determinación del concepto de «documento mercantil» en el ámbito de los delitos de falsedad documental, sigue tan expansiva como carente de justificación sistemática, teleológica y político criminal, por generar una punición desproporcionada y por ende contraria al principio de legalidad de los delitos y de las penas. Urge una reconsideración de esta doctrina para reducir a meros documentos privados muchos de los que se vienen considerando mercantiles, mediante una adecuada reinterpretación integral del art. 392 CP, que reduzca el significado de «documento mercantil» a los títulos valores o endosables que, por estar el derecho incorporado al título, son los únicos que merecen especial protección respecto a los demás privados, máxime cuando existen otros tipos penales que castigan expresamente falsedades de otros documentos privados que circulan en el tráfico mercantil, cuando su grave trascendencia jurídica así lo justifican.

I. Introducción

En el conjunto de los denominados «delitos de falsedad documental», el CP vigente distingue cuatro clases de documentos: públicos, oficiales, mercantiles y privados, y en este trabajo se trata de determinar qué clase de documentos privados, incursos en el tráfico mercantil, deben gozar de una suficiente diferencia específica para que se conviertan en «mercantiles» a efectos penales (1) , es decir, qué documentos no tienen que ser considerados mercantiles a los efectos de su subsunción en el art. 295 CP (LA LEY 3996/1995), a pesar de circular en dicho tráfico, y cuáles sí por tener un rango equiparable a los «públicos u oficiales» a efectos de su protección penal, dado que todos los documentos mercantiles pertenecen al género de los privados, y el tipo delictivo contenido en el art. 292 (LA LEY 3996/1995) es muy cualificado respecto al del art. 295, reduplicándose la cualificación al producirse el frecuente concurso con los supuestos descritos en otros preceptos del código.

Este tema ya fue tratado hace ya muchos años por el autor de estas líneas (2) , pero de nuevo se insiste precisamente por el tímido cambio que ha sufrido la doctrina jurisprudencial entonces criticada, al definir el «documento mercantil» con una amplitud formal y sobre todo materialmente injustificada, castigándose conductas meramente instrumentales para la comisión de otros delitos generalmente contra el patrimonio público (delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social, fraude de subvenciones...) o privado (estafas...), no como un mero concurso de normas que considere la falsedad absorbida en el delito final (art. 8 CP (LA LEY 3996/1995)), sino como un concurso de delitos de carácter instrumental —medial— que se resuelve imponiendo la pena superior del delito más grave, hasta el límite de la suma de las penas separadamente imponibles a cada delito (art. 77 CP (LA LEY 3996/1995)). Ciertamente que la jurisprudencia viene restringiendo el concepto de documento mercantil, en el sentido de reforzar su carácter de efectiva y esencial trascendencia en el tráfico de tal naturaleza (3) , pero no es menos cierto que sigue manteniendo un concepto injustificadamente amplio de la «mercantilidad» del documento a efectos penales, al considerar de tal índole casi todos los que no deberían trascender el mero ámbito de los documentos privados cuya falsedad se castiga en el citado art. 395 CP. (LA LEY 3996/1995)

Para tener una perspectiva global de la presencia de falsedades documentales en otros títulos del CP, que luego

permita una adecuada interpretación sistemática del art. 392 (LA LEY 3996/1995) a estos efectos de fijar un concepto medido y no expansivo del «documento mercantil», es necesario recordar que existen los siguientes delitos de falsedad en documentos mercantiles, entendidos estos en su versión desbordada de la vigente jurisprudencia:

1. El genérico del art. 392 (LA LEY 3996/1995), que los equipara a los públicos y oficiales, y castiga su falsificación con las penas de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Y los específicos:

A. En el ámbito de los delitos societarios, la denominada falsedad contable del art. 290 (LA LEY 3996/1995) que, como luego se analiza incluye las mismas falsedades y en los mismos documentos cuya especificación encaja en el concepto jurisprudencial genérico de documento mercantil, y los castiga con las penas de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, es decir que se limita respecto al tipo del art. 392 a elevar el límite mínimo de la privativa de libertad se seis meses a un año, siendo idéntico su tope máximo y la pena de multa.

B. Y en el título de los delitos contra la Hacienda pública, la también falsedad contable pero tributaria del art. 310 (LA LEY 3996/1995), que recoge actos preparatorios del delito fiscal del art. 305 (LA LEY 3996/1995) y que los castiga con las penas de cinco a siete meses de prisión. Y es relevante observar que en este tipo delictivo, que contiene falsedades en documentos mercantiles según la jurisprudencia —contabilidades falseadas—, la pena es inferior a la prevista en el art. 395 (LA LEY 3996/1995) para la falsedad en documento privado.

Colocando por orden de mayor a menor gravedad los precedentes delitos resulta la siguiente clasificación: falsedad contable societaria del art. 290 (LA LEY 3996/1995), falsedad genérica del art. 392 (LA LEY 3996/1995) al ser inferior en seis meses el tope mínimo de la pena privativa de libertad y por último la falsedad contable tributaria del art. 310 (LA LEY 3996/1995). En este primer contexto las falsedades en documentos mercantiles, entendidos en su actual concepto jurisprudencial expansivo, vienen a tener un tipo básico que es el genérico del art. 392, un tipo levemente cualificado contenido en el art. 290 y, en fin, un tipo fuertemente privilegiado descrito en el art. 310.

Pero además de estos delitos de falsedad documental hoy por hoy mercantil, el CP ofrece un tercer círculo o contexto más amplio de otras falsedades documentales del mismo carácter pero implícitas en los delitos finales de los que aquellas son instrumento, atendiendo al concepto amplio de documento que consagra el art. 26 CP (LA LEY 3996/1995), incorporación del delito medio al tipo del delito fin que impide cualquier sospecha de concurso delictivo, al ser evidente el carácter de concurso de normas o leyes a resolver aplicando el art. 8 regla 3.ª CP (LA LEY 3996/1995), y tales delitos ejecutables mediante una falsedad documental son los siguientes: la estafa genérica (arts. 250.1-2.º (LA LEY 3996/1995) y 251-3.º (LA LEY 3996/1995)), la específica de fluido eléctrico y análogas (art. 255.1-2.º (LA LEY 3996/1995)), la administración desleal y apropiación indebida por remisión a la estafa agravada (arts. 252.1 (LA LEY 3996/1995) y 253.1 (LA LEY 3996/1995)), las modalidades de frustración de la ejecución mediante alzamiento de bienes con contrato simulado e introducción de una relación de bienes mendaz en un procedimiento de ejecución (arts. 257.1-1. (LA LEY 3996/1995)º y 258.1 (LA LEY 3996/1995)), determinados supuestos de insolvencia punible (arts. 259.1 (LA LEY 3996/1995) y 261 (LA LEY 3996/1995)), el plagio y otras modalidades de los delitos contra la propiedad intelectual (art. 270.1), la falsificación de signos distintivos en los delitos contra la propiedad industrial (arts. 274 (LA LEY 3996/1995) a 276 (LA LEY 3996/1995)), la publicidad engañosa documentada (art. 282 (LA LEY 3996/1995)), el falseamiento de información económico-financiera en empresa cotizada (art. 282 bis (LA LEY 3996/1995)) y, en algunos supuestos, el falseamiento de datos relativos a la emisión de contaminantes (arts. 325 (LA LEY 3996/1995) y 327 c (LA LEY 3996/1995)). Sobre estos delitos compuestos y/o complejos se volverá más adelante como apoyatura de la tesis principal mantenida en este artículo.

En todos estos delitos que, de un modo u otro, suponen una falsedad

En todos estos delitos late tanto el bien jurídico abstracto y, por ende, insuficiente que se formula como «derecho a la verdad» o «derecho a la no mentira»

documental, late tanto el bien jurídico abstracto y, por ende, insuficiente que se formula como «derecho a la verdad» o «derecho a la no mentira» (4) , así como la inclusión de estos delitos en el ámbito del fraude e incluso de la estafa (5) , vinculación que luego se trata al exponer el epígrafe de la interpretación teleológica, pero que anuncia el doble carácter de los delitos de falsedad documental, al menos en alguna de sus modalidades: delito autónomo de lesión del bien jurídico «fe pública» e instrumental de otros delitos, bien como acto preparatorio sólo afectante a la «seguridad del tráfico jurídico», bien como acto preparatorio o ejecutivo del delito fin, se lleve o no a consumar.

II. Antecedentes históricos

Los códigos penales de 1848, 1850, 1870, 1928, 1932, 1944 y 1973 equiparaban la falsedad cometida por particular en documentos oficiales o públicos a la que recaía sobre «letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles».

Es relevante reseñar que no se incorporó al CP de 1944 la previsión del art. 323 del CP de 1932, heredado de los anteriores códigos penales, que decía: «cuando sea estimable el lucro que hubieren aportado o se hubieren propuesto los reos de falsificación penados en este título, se les impondrá una multa del tanto al triple del lucro, a no ser que el máximo de ella sea menor que el mínimo de la señalada al delito, en cuyo caso se aplicará ésta», omisión que se mantuvo en el CP de 1973 (LA LEY 1247/1973), que sigue ausente del CP vigente y que es relevante por reconocer tácitamente que en tales supuestos el delito de falsedad habrá sido instrumento de un delito final que ha proporcionado dicho lucro (estafa, delito fiscal, fraude de subvenciones...), delito final que ya castiga tal enriquecimiento injusto además de generar la correspondiente responsabilidad civil derivada de la penal, circunstancia que abona la tesis final de este artículo.

III. Derecho comparado

Los países de nuestro entorno, a la hora de crear tipos agravados de falsedad en documento privado, reducen de un modo u otro el concepto de documento mercantil. En Portugal, el CP de 1995 art. 245 cualifica las falsedades documentales punibles cuando «...se realizaren en documento público o equivalente, testamento cerrado, *letra de cambio, documento mercantil transmisible por endoso o cualquier otro título de crédito* de los comprendidos en la letra a) del número 1.º del art. 257...», siendo estos últimos «los títulos de crédito constantes, en virtud de la ley, de un tipo de papel y de impresión especialmente destinados a garantizarlos contra el peligro de imitaciones y que, por su naturaleza y finalidad, no puedan, por sí solos, dejar de incorporar un valor patrimonial...». Y el ya vetusto CP italiano, en su art. 491, parece haber sido el modelo del portugués pues considera «documentos equiparables a los públicos a efectos de pena» «al testamento ológrafo o letra de cambio u otro título de crédito transmisible por giro o al portador...».

En el CP alemán se sigue otro modelo, que viene a corroborar la tesis mantenida en este artículo, a la hora de no otorgarle sobreprotección a cualquier documento privado con vocación de entrada en el tráfico mercantil. Por una parte, en la sección vigesimotercera de la parte especial se incluyen los delitos de falsedad documental, diferenciando sólo, en relación con el tema aquí tratado, entre los documentos oficiales (§§ 273, 275 y 276) y los genéricos (§ 267) que incluyen los privados y mercantiles en sentido amplio, excluyendo los enumerados en el último inciso de este párrafo; por otra, en la sección vigesimosegunda, en la descripción de los tipos de las estafas de subvenciones, de inversiones y de créditos (§§ 264, 264a y 264 b) también pueden resultar implicados documentos mercantiles *hispanico sensu*, también los la excepción de los referidos a continuación, que son los contenidos en la sección octava relativa a la «Falsificación de moneda y valores», que en su § 151 viene a vincular con la falsificación de moneda primero «las obligaciones al portador y a la orden que sean parte de una emisión total» si en las obligaciones se promete la entrega de dinero; después las «acciones», en tercer lugar «títulos de participación expedidos por sociedades de inversión de capital y, por último, "títulos de intereses, de participación de ganancias, de renovación de los títulos descritos en los tres supuestos anteriores, así como los certificados relativos a esos mismos títulos"».

Y por último el CP francés distingue la falsedad en cualquier documento con ánimo de perjudicar (art. 441-1) de la cometida en documento oficial (art. 441-2) o público (art. 441-4), delitos por cierto también imputables a las personas jurídica (art. 441-12). A estas disposiciones del CP habría que añadir las contenidas en leyes penales

especiales, como el Decreto-Ley de 30 de octubre de 1935 (arts. 66 a 75), cuya última modificación es del año 2006 que no ha afectado a estos preceptos penales .

Sin duda la configuración más próxima a la española es la contenida en los códigos italiano y portugués, si bien la francesa y la alemana son también relevantes al dar testimonio del carácter instrumental de las falsedades documentales en general y, particularmente, en las consideradas mercantiles por la jurisprudencia española.

IV. Actual doctrina jurisprudencial

1. Documento privado y documento mercantil

Partiendo de la premisa de que el llamado documento mercantil es una especie de documento privado, la jurisprudencia actual (6) ha mantenido desde 1990 el criterio de considerar documento mercantil no todo aquel que esté mencionado en el Código de comercio o en otras leyes mercantiles, como anteriormente venía declarando, sino sólo aquellos que, cumpliendo ese requisito, tengan potencialidad para tener influencia efectiva en el tráfico de tal carácter.

Como recuerda la reciente STS 645/2017 de 2 de octubre (LA LEY 142263/2017), «las facturas son documentos mercantiles (sentencia 1582/2005 de 27 diciembre (LA LEY 10753/2006)). Las facturas participan de la naturaleza de documentos mercantiles y pueden cumplir con las funciones de preconstitución probatoria, perpetuación y garantía (sentencia 37/2006 del 25 enero (LA LEY 268/2006)). En este sentido las sentencias 788/2006 de 22 junio (LA LEY 77141/2006), 35/2010 de 4 febrero (LA LEY 1552/2010), **consideran documento mercantil los que expresan y recogen una operación de comercio, plasmando la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil o los que acreditan o manifiestan operaciones o actividades producidas en el ámbito propio de una empresa o entidad mercantil, y se extienden a toda incidencia derivada de tales actividades, incluyéndose los destinados a acreditar la ejecución de contratos de dicha naturaleza como facturas, albaranes de entrega u otros semejantes».**

Se han considerado documentos mercantiles la documentación bancaria y los resguardos de las compras mediante tarjetas de crédito

En este contexto se han considerado documentos mercantiles la documentación bancaria por analogía a partir del art. 2 del Código de comercio (LA LEY 1/1885) (STS 720/2000 de 25 de abril (LA LEY 8442/2000)), los resguardos de las compras mediante tarjetas de crédito, al no ser meros albaranes sino órdenes de pago (Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.ª de 18 de julio de 2007 (LA LEY 154274/2007) y anteriores SSTS 889/2000 de 27 de mayo (LA LEY 109589/2000) y 590/2010 de 2 de junio (LA LEY 114048/2010) entre otras), la denominada *confort letter* en el tráfico bancario (STS 1.018/2013 de 17 de diciembre (LA LEY 227656/2013)), las certificaciones de

celebración y acuerdos de juntas de sociedades mercantiles (SSTS 156/2011 de 21 de marzo (LA LEY 14274/2011) y 691/2014 de 23 de octubre) (LA LEY 176226/2014), las declaraciones amistosas de accidentes a las compañías de seguros (STS 370/2017 de 23 de mayo (LA LEY 55686/2017), citando otras anteriores incluyendo como excepción la 592/2007 de 2 de julio, (LA LEY 79553/2007) que lo consideró documento privado), así como los requeridos o referidos en fase de contratación o asunción de obligaciones, de ejecución o consumación de relaciones, contratos u operaciones mercantiles tales como albaranes de entrega, facturas, recibos y documentos contables, cualquiera que sea el soporte o contenido (SSTS 738/2000 de 3 de mayo (LA LEY 8931/2000), 337 (LA LEY 7498/2001) y 2553/2001 de 6 de marzo y 4 de enero de 2002 (LA LEY 8405/2002), 1024/2004 de 24 de septiembre (LA LEY 2093/2004), 552/2012 de 2 de julio (LA LEY 97289/2012) y 684/2013 de 3 de septiembre (LA LEY 148686/2013), entre otras muchas).

2. Consecuencias penales de cada opción

La consecuencia más trascendente de considerar penalmente un documento como mercantil (art. 392 CP (LA LEY 3996/1995)) o como meramente privado con ánimo de perjudicar (art. 395 CP (LA LEY 3996/1995)), al margen de la penalidad que corresponde a cada uno (seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, en el primer caso, y prisión de seis meses a dos años en el segundo), es que se considere concurso de normas (art. 8 CP (LA LEY 3996/1995)) o instrumental de delitos su concurrencia con el delito final (estafa, delito fiscal, fraude de subvenciones, etc.), con consecuencias penológicas desfavorables para el reo al aplicarse las previsiones del art. 77 CP (LA LEY 3996/1995) e imponérsele la pena superior a la correspondiente al delito más grave, hasta el límite «de

la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones».

Efectivamente se considera *concurso de normas* (art. 8 CP (LA LEY 3996/1995)) la falsedad en documento privado como medio para cometer la estafa u otro delito, por estimar que el ánimo de perjudicar, incluida en la descripción típica del art. 395, propicia la absorción de tal conducta en la defraudación mediante engaño, lesionándose un solo bien jurídico que es el patrimonial (2809/1992, de 28 de diciembre, 512/1993, de 10 de marzo, 1298/2002, de 4 de julio, y 1819/2002, de 30 de octubre (LA LEY 180792/2002), 880/2003, de 13 de junio (LA LEY 2641/2003), 428/2009, de 28 de abril (LA LEY 49571/2009), 1126/2011 de 2 de noviembre (LA LEY 236068/2011) y 196 (LA LEY 26583/2014) y 671/2014 (LA LEY 149418/2014) de 19 de marzo y de 8 de octubre). Si concurre en cambio con un delito de apropiación indebida, para cuya comisión no ha sido medio, constituirá un concurso de delitos (760/2003, de 23 de mayo (LA LEY 93078/2003) y 1064/2011 de 21 de octubre (LA LEY 198714/2011)) como en el caso de tener como finalidad el autoencubrimiento del delito con facturas falsas —que además se consideran documentos mercantiles— (707/2012 de 20 de septiembre (LA LEY 149057/2012)). En el mismo sentido se ha considerado delito autónomo la falsificación de una hoja de encargo profesional que «no se integró en el engaño de la estafa», y en cambio fue «una falsedad con la finalidad de presentar una prueba en perjuicio del querellante» (114/2009, de 11 de febrero (LA LEY 3351/2009)).

Por el contrario, en atención a la diversidad de bienes jurídicos entre los delitos concurrentes, se ha estimado que existe *concurso medial* en supuestos de estafa mediante documento mercantil u oficial falsificados (458/2000, de 27 de marzo (LA LEY 67397/2000) y 1140/2000, de 26 de julio (LA LEY 9950/2000) 623/2001, de 6 de abril (LA LEY 7106/2001), 620/2010 de 29 de junio, 495/2011 de 1 de junio (LA LEY 83124/2011) 502 (LA LEY 92149/2013) y 548/2013 (LA LEY 99583/2013) de 5 y 19 de junio), llegando incluso a considerar el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 8 de marzo de 2002 (LA LEY 51940/2002), precedido y ratificado por numerosas sentencias (832/2002, de 13 de mayo (LA LEY 6465/2002), 29/2004, de 15 de enero (LA LEY 11584/2004), 171/2009 de 24 de febrero (LA LEY 4681/2009) y 589/2012 de 2 de julio, (LA LEY 113998/2012) entre otras) que no se incurre en un *bis in idem* sancionador cuando se aplicaba la derogada agravante de la estafa por comisión de la misma mediante cheque o pagaré (art. 250.1.3.º (LA LEY 3996/1995)) y además el delito de falsedad en documento mercantil en régimen de concurso instrumental, optando dicho acuerdo por esta alternativa y no por las dos restantes a las que aludió la posterior STS 1740/2002, de 18 de octubre (LA LEY 10559/2003): el delito de estafa agravado absorbe la falsedad en cheque o pagaré o bien el concurso delictivo se establece entre el delito de estafa básico del art. 248 (LA LEY 3996/1995) y el de falsedad en documento mercantil; tras la reforma de 2010, al desaparecer esta agravación, se restablece el concurso medial (721/2011 de 22 de junio (LA LEY 111624/2011)). Pero no se ha estimado un nuevo delito de falsedad la inclusión en la contabilidad de los cheques o pagarés falsos pues, aun siendo falsos, «las anotaciones contables relativas a los títulos-valores no hicieron sino reflejar fielmente la imagen propia de ellos» (377/2009, de 24 de febrero (LA LEY 49561/2009)).

Y el mismo concurso medial de delitos acaecía, según la STS 202/2009 de 3 de marzo (LA LEY 8796/2009), siguiendo el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2007, (LA LEY 154274/2007) en la estafa utilizando una tarjeta de crédito falsa y estampando el acusado «una firma bajo una identidad supuesta en los tickets de compra emitidos a causa del uso de las tarjetas de crédito falsificadas» (889/2000, de 27 de mayo (LA LEY 109589/2000), y 451/2007, de 19 de julio (LA LEY 79560/2007)), si bien en algún caso se había considerado que «la estafa absorbe el delito de uso de documento falso, pero no la falsificación del documento» (971/2007, de 19 de noviembre (LA LEY 185183/2007), y 202/2009, de 3 de marzo (LA LEY 8796/2009)). Pero tras la reforma de 2010, que consideró una falsedad autónoma la de las tarjetas de crédito o débito, así como la de cheques de viaje, antes equiparada a la falsificación de moneda, esta problemática ha de considerarse ajena a la aquí tratada, circunscrita a la determinación de la frontera que debe mediar entre el género de los documentos privados y el espécimen dentro de dicho género constituido por los documentos mercantiles merecedores de sobreprotección respecto a los demás de su género y no tipificados en otros preceptos del CP.

V. Reinterpretación del concepto de «documento mercantil»

1. Hacia una nueva definición penal de «documento mercantil»

Una interpretación integral del término complejo «documento mercantil», como objeto material del delito de falsedad documental cometido por particulares (art. 392 CP (LA LEY 3996/1995)), exige en primer lugar seguir la pautas marcadas para tal actividad por el Título preliminar del CC, que dispone en su art. 3.1 (LA LEY 1/1889) que «Las

normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas», sin olvidar el carácter preceptivo de todos los artículos del mencionado Título preliminar que, en virtud de lo dispuesto en su art. 13.1 CP (LA LEY 3996/1995), «tendrán aplicación general y directa en toda España».

Por otra parte, las leyes penales (art. 4.1 CP (LA LEY 3996/1995)) «no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos *expresamente* en ellas», lo que supone la eliminación de cualquier interpretación extensiva y mucho menos analógica (arts. 1 (LA LEY 3996/1995) y 10 CP (LA LEY 3996/1995) y 4.2 CC (LA LEY 1/1889)), en virtud del principio de taxatividad derivado del de legalidad de los delitos y las penas (art. 25 CE (LA LEY 2500/1978)) (7) , lo que supone que la interpretación ha de ser estricta y, en caso de duda, restrictiva, excluyendo todos aquellos significados que fueren el sentido literal por la más favorable al acusado (8) .

A) Interpretación gramatical e histórica

Siguiendo estas pautas la primera interpretación de la norma contenida en el art. 492 CP (LA LEY 3996/1995), a consolidar luego con las restantes modalidades para lograr su integridad, es la *literal*, es decir, la derivada del «sentido propio de sus palabras», esto es, del significado gramatical del término complejo «documento mercantil». Partiendo de la base de que existe una definición legal del sustantivo «documento» en el art. 26 CP (LA LEY 3996/1995), se centra la actividad interpretativa literal en el adjetivo o diferencia específica derivada del vocablo «mercantil», contrastado a su vez con su género «documento privado», que tiene su referente diferencial en los «documentos público u oficial». «Mercantil» es un adjetivo multívoco y, por ende, equívoco como el derivado término complejo «documento mercantil», cuya delimitación conceptual sólo será posible conseguirla aplicando los restantes métodos de interpretación.

La interpretación histórica de «documento mercantil» comienza dando luz pero termina poniendo sombra

La *interpretación histórica* comienza dando luz pero termina poniendo sombra, pues si hasta el CP de 1995 (LA LEY 3996/1995) todos los anteriores aludían a «letra de cambio u otro documento mercantil», tal mención de la letra de cambio desapareció del texto al promulgarse el vigente CP, y si antes servía de referente para concluir que los restantes «documentos mercantiles» sería exclusivamente los «títulos valores» o «títulos endosables» como en los códigos italiano y portugués, al desaparecer del texto dicho referente ya no es posible tal proyección, máxime cuando la

jurisprudencia no siguió semejante senda interpretativa cuando estuvo presente en el texto legal la letra de cambio. Pero a pesar de la amnesia a este respecto del legislador de 1995, esta constante histórica debe tener cierto valor, si por otra vía interpretativa se llegará a esta conclusión reductora del ámbito signifiante del término complejo «documento mercantil», acaeciendo el milagro de la ultractividad de unas normas penales más favorables ya objeto de la historia del Derecho.

B) Interpretación sistemática

La *interpretación sistemática* sí ofrece en cambio una conclusión que apunta en este sentido. El art. 392 CP (LA LEY 3996/1995) está inscrito en tres contextos sistemáticos a modo de círculos concéntricos: un contexto sistémico próximo, con el art. 395 (LA LEY 3996/1995) que tipifica la falsedad en «documento privado», otro más remoto fuera del título de las falsedades, que son los tipos delictivos contenidos en los mencionados arts. 290 (LA LEY 3996/1995) y 310 (LA LEY 3996/1995) relativos a falsedades contables y, en fin, un tercer contexto sistemático más lejano constituido por los delitos tipificados en los también citados arts. 250.1-2.º (LA LEY 3996/1995) y 251-3.º (LA LEY 3996/1995) de la estafa genérica, 255.1-2.º (LA LEY 3996/1995) de la específica de fluido eléctrico y análogas (un contador de consumo es un documento), 252.1 (LA LEY 3996/1995) y 253.1 (LA LEY 3996/1995) que tipifican la administración desleal y la apropiación indebida por su remisión a la estafa agravada, 257.1-1.º (LA LEY 3996/1995) y 258.1 (LA LEY 3996/1995) relativos a las modalidades de frustración de la ejecución mediante alzamiento de bienes con contrato simulado e introducción de una relación de bienes mendaz en un procedimiento de ejecución, 259.1 (LA LEY 3996/1995) y 261 (LA LEY 3996/1995) referentes a determinados supuestos de insolvencia punible, 270.1 (LA LEY 3996/1995) del plagio y otras modalidades de los delitos contra la propiedad intelectual, 274 (LA LEY 3996/1995) a 276 (LA LEY 3996/1995) sobre la falsificación de signos distintivos en los delitos contra la propiedad industrial, 282

(LA LEY 3996/1995) de la publicidad engañosa documentada, 282 (LA LEY 3996/1995) bis de falsedad en el folleto de emisión de instrumentos financieros y, en algunos supuestos 325 (LA LEY 3996/1995) y 327 c) (LA LEY 3996/1995) como agravación por falseamiento de datos relativos a la emisión de contaminantes.

a) Primer contexto sistemático

El art. 392 CP (LA LEY 3996/1995) tiene su primer referente sistemático en el art. 395 (LA LEY 3996/1995) que tipifica la falsedad en los documentos privados, que son el género y la regla general respecto a su espécimen «documento mercantil», teniendo el primero el carácter de tipo cualificado —agravado— respecto del segundo. En este contexto inicial se llegaría a una primera conclusión: siguiendo la regla general de interpretación *exceptio est strictissimae interpretationis* y en el ámbito del derecho sancionador los principios *in dubio pro reo et favorabilia sunt amplianda odiosa sunt restringenda*, todas las dudas planteadas sobre los límites conceptuales del documento mercantil deberían resolverse a favor de su inclusión en la regla general de los documentos privados. Pero atendiendo el sabio criterio de un viejo fiscal, que decía «*in dubio pro reo* de entrada ino!, *in dubio...* estudiar más», seguiremos «estudiando», interpretando sistemáticamente este art. 392 en lo atinente al concepto de «documento mercantil» considerando los restantes contextos sistemáticos, para después entrar en la interpretación teleológica en el siguiente epígrafe.

b) Segundo contexto sistemático

El segundo contexto para proseguir esta interpretación sistemática es el conjunto que forman el propio art. 392 (LA LEY 3996/1995) y los tipos delictivos descritos en los arts. 290 (LA LEY 3996/1995) y 310 (LA LEY 3996/1995), que describen falsedades contables (en el art. 290 CP (LA LEY 3996/1995) junto a otras falsedades en régimen alternativo) en los ámbitos respectivos de los delitos societarios y de los tributarios. En este conjunto, como *ut supra* ya se ha manifestado, colocando por orden de mayor a menor gravedad los precedentes delitos resulta la siguiente clasificación: falsedad contable societaria del art. 290, falsedad genérica del art. 392 al ser inferior en seis meses el tope mínimo de la pena privativa de libertad, y por último la falsedad contable tributaria del art. 310 CP (LA LEY 3996/1995); y en este contexto, las falsedades en documentos mercantiles, entendidos tales documentos en su actual concepto jurisprudencial expansivo, vienen a tener un tipo básico que es el genérico del art. 392 CP (LA LEY 3996/1995), un tipo levemente cualificado contenido en el art. 290 CP (LA LEY 3996/1995) y, en fin, un tipo fuertemente privilegiado descrito en el art. 310 CP (LA LEY 3996/1995), que de concurrir con el delito fiscal del art. 305 CP (LA LEY 3996/1995) lo haría en régimen de concurso de normas como acto preparatorio absorbido por la posterior ejecución del delito (9), resultando por cierto paradójico que las facturas falsas concurrentes con los delitos fiscales constituyan un concurso medial, cuando la contabilidad no es que el resultado de las simulaciones de sus soportes (10).

De este segundo contexto sistemático se induce en primer lugar que existe un concurso de normas entre los tres preceptos implicados, si se mantiene el concepto expansivo de documento mercantil que la jurisprudencia mantiene en la interpretación del art. 392 CP (LA LEY 3996/1995), concurso de leyes que se resolvería aplicando el principio de especialidad (art. 8-1.ª CP (LA LEY 3996/1995)) a favor de cada una de las otras dos normas penales. Pero además de esta circunstancia es relevante que el legislador haya tipificado como delito societario unas falsedades que ya eran delictivas conforme a lo dispuesto en el art. 392, si se interpreta el término complejo «documento mercantil» como lo viene haciendo el TS, pleonasma (11) o redundancia no sólo contrarios a la economía legislativa sino que invita a considerar que la contabilidad social y sus soportes eran meros documentos privados y no mercantiles *strictu sensu*, pues de lo contrario carecería de sentido su expresa tipificación con tan escasa diferencia de penalidad respecto a la prevista en el art. 392, cuando por una parte es tan importante para el tráfico jurídico mercantil que la contabilidad empresarial sea un reflejo fiel de la realidad económico financiera de la entidad ante accionistas, proveedores, trabajadores, clientes y autoridades en general y tributarias en particular, y por otra una contabilidad falseada supone la inclusión como soportes contables de documentos falsos relativos a ingresos y/o gastos, es decir, un cúmulo de falsedades en documentos mercantiles *hispano modo*. En definitiva, la presencia en el CP de este art. 290 sólo tiene sentido si se considerara un tipo cualificado respecto al descrito en el art. 395, tipificador de la falsedad en documento privado.

c) Tercer contexto sistemático

El tercer contexto sistemático está constituido por los mencionados tipos agravados de estafa, administración

desleal y apropiación indebida, estafa específica de defraudación de fluido eléctrico y análogos, delitos de frustración de la ejecución y de insolvencias punibles, plagio y otras modalidades contra la propiedad intelectual, falsificación de signos distintivos contrarios a la propiedad industrial, publicidad engañosa, inexactitudes en los folletos de emisiones de instrumentos financieros y, en fin, algunos supuestos de falsificación relativa a la emisión de contaminantes. Se trata en todos estos casos de falsificaciones documentales absorbidas por cada uno de los tipos penales básicos o agravados y, por ende, en concurso de normas con las falsedades documentales de los arts. 392 (LA LEY 3996/1995) o 395 (LA LEY 3996/1995).

Este contexto más lejano sólo sirve como referente para constatar, por una parte, el carácter común de las falsedades documentales como *instrumenta scaeleris*, y por otra, como los documentos privados, mercantiles o no, sólo merecen autonomía penal como instrumentos constitutivos por sí solos como delito al concurrir con otras conductas delictivas, cuando su potencialidad lesiva no se consume en ese delito del que han sido instrumento, sino que realmente hayan puesto en peligro otros bienes jurídicos penalmente protegidos. En definitiva, que o se trata de un acto preparatorio criminalizado, o, por el contrario, como regla general resultará absorbido al convertirse en un acto ejecutivo de otro delito consumado al que estaba predestinado.

Hay que recordar que, ya desde CARRARA (12), los documentos privados son más bien delitos contra el patrimonio —propiedad entonces—, por su función instrumental en la comisión de los delitos de tal carácter, y en términos más generales se pronunciaría luego ANTOLISEI (13), tras considerar que la fe pública y la seguridad del tráfico jurídico no eran los únicos objetos de protección de los delitos de falsedad documental, al ser tales infracciones un *modus operandi* encaminado a lesionar cualquier bien jurídico. Pero sobre esta materia del bien jurídico protegido se vuelve con más extensión en el siguiente epígrafe.

C) Interpretación teleológica

Y resta en fin la interpretación teleológica (14), que según el art. 3.1 CC (LA LEY 1/1889) es la fundamental y consiste en atender «al espíritu y finalidad» de la norma interpretada. En el presente caso la interpretación del elemento del tipo del texto del art. 392 CP (LA LEY 3996/1995) «documento mercantil», como excepción agravatoria de la suerte penal de los restantes documentos privados (art. 395 CP (LA LEY 3996/1995)), requiere un previo análisis del «bien» o «bienes jurídicos protegidos», tanto en las falsedades documentales en general como en las cometidas en documento mercantil en particular.

Sobre el bien jurídico en las falsedades documentales existe amplia doctrina (15) y jurisprudencia. Esta última considera que es la «seguridad del tráfico jurídico, con especial incidencia en los medios probatorios» o, si se prefiere, «la fe y la confianza de los ciudadanos y de las instituciones en que se puede actuar jurídicamente fundándose en la adecuación de los documentos a la realidad, crédito que merecen los documentos en las relaciones sociales y en la convivencia organizada», «La seguridad del tráfico jurídico, su fluidez y la posibilidad de que las relaciones sociales, particularmente las comerciales se funden en los principios de buena fe y confianza a partir de los documentos que con tal fin se utilizan», «pues la creación o manipulación ilegítimas de los documentos, aparentando una realidad inexistente, son un ataque al tráfico fiduciario, a la fe pública» (16). La «fe pública» cuando el sujeto activo tiene el deber de decir verdad, y la «seguridad del tráfico jurídico» (17) en todo caso, vienen a ser los dos bienes jurídicos que se acumulan en algunos supuestos y en otros no, como luego se describe.

Pero el reconocimiento de estos bienes jurídicos no es incompatible con la consideración de los delitos de falsedad documental como instrumentos de comisión de otros delitos, tal y como manifestaron en su momento los ya citados autores italianos ANTOLISEI y CARRARA, el segundo circunscribiendo las falsedades en documentos privados a la comisión de los delitos de naturaleza patrimonial. Este carácter instrumental, a los efectos de reconocer transcendencia penal autónoma a cualquier «falsedad documental» o «documentación falsa» conforme a la distinción de VON LISZT (18), es compatible con el reconocimiento de un bien o bienes jurídicos autónomos de algunas falsedades documentales, que justificarán el carácter de concurso instrumental de delitos en vez del de normas o leyes, con la consiguiente agravación de las penas al imponerse «una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos...» (art. 77.3 CP (LA LEY 3996/1995)).

Considerando el conjunto de tipos delictivos contemplados en el que forman los descritos en los arts. 390 (LA LEY 3996/1995), 391 (LA LEY 3996/1995), 392 (LA LEY 3996/1995) y 395 CP (LA LEY 3996/1995), resulta la siguiente

clasificación:

1. Delitos cometidos por funcionarios públicos en documentos públicos u oficiales (arts. 390 (LA LEY 3996/1995) y 391 CP (LA LEY 3996/1995)). Son los delitos que se castigan con penas más graves en su versión dolosa (prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempos de dos a seis años) y además también se castiga su comisión por imprudencia. En este caso parece lógico admitir, primero, su autonomía delictiva resulte o no delito instrumental de otro final; en segundo lugar, la presencia del bien jurídico «fe pública» que corresponde respetar al funcionario titular del deber de decir verdad y, finalmente, el riesgo o lesión que pueda suponer para «seguridad del tráfico jurídico». El concurso siempre será subsumible como concurso delictivo en el supuesto del art. 77.3 CP (LA LEY 3996/1995), si está vinculado a la comisión de otro delito final. Se trata de un bien jurídico colectivo, en un delito de lesión para dicho bien —fe pública— pero que puede además ser instrumento —delito de peligro— para otros bienes jurídicos públicos o privados, y podrá configurarse como falsedad material o ideológica, incluido la modalidad más genérica de esta última tipificada en el número 4.º del art. 390.1 (LA LEY 3996/1995) (19) .

2. Delitos de falsedad cometidos por particulares, subsumibles en los tres primeros supuestos del art. 390.1 CP (LA LEY 3996/1995), que recaigan sobre documentos públicos, oficiales o mercantiles (art. 392 CP (LA LEY 3996/1995)), castigados con penas de prisión se seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. En el presente caso el bien jurídico protegido no sería la «fe pública», al no serle exigible al particular decir verdad, sino la «seguridad del tráfico jurídico», también como bien jurídico autónomo respecto al delito final del que pudiera ser instrumento esta falsedad, generándose como en el caso anterior un concurso instrumental de delitos en tal supuesto. Se trata de un delito de lesión del bien jurídico colectivo «seguridad del tráfico», que podrían además operar como delito de peligro para bienes jurídicos individuales (públicos o privados) protegidos por esos delitos finales con los que concurrirían en régimen instrumental.

3. Y finalmente, delitos de falsedad cometidos por particulares sobre documentos privados «con ánimo de perjudicar» (art. 395 CP (LA LEY 3996/1995)), que con buen sentido la jurisprudencia considera en concurso de normas (art. 8 CP (LA LEY 3996/1995)) con el delito del que son *instrumentum scaeleris* el ámbito de las teorías de CARRARA (delitos contra el patrimonio) o ANTOLISEI (delito instrumental sin más) antes considerados, y su punición responde a la política criminal de castigar un acto preparatorio o ejecutivo, no lesivo o peligroso para el «tráfico jurídico» en general, sino más bien lesivo o peligroso para unos actos jurídicos particulares y concretos, pues por una parte el ánimo de perjudicar se dirigirá siempre a alguien determinado o determinable, actual o potencialmente concreto, y por otra, en todo caso tendrá el dominio del hecho el sujeto activo de la falsedad, es decir, que no se trata de un documento con vida propia, más allá del ámbito de actuación y de control del falsificador o usuario del documento falso (art. 396 CP (LA LEY 3996/1995)).

Si distinguir es conocer la precedente diferenciación de supuestos lleva a especificar los bienes jurídicos de diferente modo en cada uno de ellos:

1. En el delito descrito en el art. 390 CP (LA LEY 3996/1995) en todo caso la «fe pública» es el primer bien jurídico y, si el documento falso hubiera entrado en el «tráfico jurídico», también este segundo bien se habría resentido, configurándose entonces este delito como pluriofensivo, siendo esencialmente indiferente que la transcendencia jurídica del documento se agotara en un solo acto o tuviera una virtualidad más plural, bien por la actuación del propio autor o partícipe, bien por un usuario posterior (art. 393 CP (LA LEY 3996/1995)). Su especial gravedad, también confirmada por la punición de la versión imprudente (art. 391 CP (LA LEY 3996/1995)), deviene de afectar también al bien jurídico «buen funcionamiento de las administraciones públicas» además del deber de decir verdad que pesa sobre todo funcionario o autoridad.

2. El delito descrito en art. 392 CP (LA LEY 3996/1995) agrava la falsedad cometida por particular, en atención a la especial transcendencia de los documentos falsificados o simulados para el interés colectivo «seguridad del tráfico jurídico». Por una parte los documentos públicos (20) u oficiales (21) , y por otra los documentos mercantiles, cuyo concepto y extensión se discute en estas páginas, que centrado en éstos últimos la atención se concluye sin grandes silogismos que para su subsunción en este tipo legal, como

documento de categoría equivalente a los públicos y oficiales para que merezca esa especial protección penal, el documento falsario ha de generar una lesión de análoga gravedad al bien jurídico colectivo «seguridad del tráfico jurídico», y en todo caso distinta del peligro generado por la falsedad en documento privado con ánimo de perjudicar, que no afectará a un bien jurídico colectivo sino individual o individualizable.

3. Y finalmente, en el art. 395 CP (LA LEY 3996/1995) se castiga la falsedad en documento privado (22) , no mercantil, realizada con ánimo de perjudicar un bien jurídico no colectivo sino individual, poniéndolo en peligro, si no se supera la fase de tentativa del delito final generalmente de carácter patrimonial, o lesionándolo si éste delito terminal llega a consumarse.

En lo atinente al concepto de documento público u oficial la jurisprudencia penal es acorde con las disposiciones del CC y de la LEC, y por exclusión también se llega a la definición de documento privado, pero no ocurre lo mismo a la hora de diferenciar el género —documento privado— y la especie documento mercantil. Ambos pertenecen al ámbito de los documentos regulados en el Derecho privado, mercantil y civil, y son por exclusión todos aquellos no «autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley» (art. 1.216 CC (LA LEY 1/1889)), documentos públicos que enumera el art. 317 LEC (LA LEY 58/2000), ley que en cambio define también por exclusión, como el CC (art. 1.225), los que se consideran documentos privados (art. 324) si bien incluye entre los mismos los «libros de los comerciantes» (art. 327), pero lo importante es destacar que tales documentos sólo son prueba entre las partes y no tienen efectos frente a terceros (arts. 1.225 a 1.230 CC (LA LEY 1/1889)).

Hay que resaltar la trascendencia jurídica y económica de muchos documentos privados, no mercantiles *latu sensu*

Igualmente hay que resaltar la trascendencia jurídica y económica de muchos documentos privados, no mercantiles *latu sensu*, que tienen un nivel igual o superior al de otros documentos considerados penalmente como mercantiles, e incluso en ocasiones son de la misma naturaleza material (contratos, albaranes, recibos, facturas, etc.), siendo la única diferencia que la relación no es mercantil sino genéricamente civil, al no ser comerciante o empresario ninguna de las partes (arts. 1 y concordantes CCo (LA LEY 1/1885)). Desde una perspectiva penal de protección de bienes jurídicos, de los que son

titulares personas individuales o colectivos, parece que carece de fundamento diferenciar aquellos de los que son titulares los implicados en una relación mercantil de los que no lo son, cuando se ven conculcados bienes jurídicos idénticos, análogos o incluso más importantes en el ámbito de las relaciones no comerciales; piénsese por ejemplo en la falsificación de un testamento ológrafo (en Italia y Portugal se equipara este documento a los títulos valores o endosables), de una receta médica que permite la dispensación de un medicamento perjudicial para la salud del paciente o de un tercero, o de contabilidades privadas, contratos, facturas, albaranes o recibos no mercantiles pero con importes igual o más elevados que en otros documentos idénticos pero circulantes en el tráfico jurídico no mercantil.

D) Proporcionalidad y principio de legalidad

Precisamente este absurdo trato diferencial a efectos penales, en el ámbito de los delitos de falsedad documental, exige analizar brevemente el **principio de legalidad** penal, en cuyo ámbito se encuentra incluida la **proporcionalidad** entre la gravedad del delito y la pena prevista por la ley (SSTC 55/1956 de 28 de marzo, 161/1997 de 2 de octubre (LA LEY 10013/1997) y 136/1999 de 20 de julio (LA LEY 9614/1999)), descrito por la primera de las precedentes sentencias como «un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad

de la norma». Como recuerdan sucesivamente las SSTS de 22 de mayo de 1986 y 107/2009 de 17 de febrero (LA LEY 7028/2009) «el juicio de proporcionalidad corresponde en principio al propio legislador, si bien ello no impide que también haya de ser tenido en cuenta por el Juez a la hora de protagonizar la individualización de la pena, bien entendido no obstante que si ésta viene explícita e inequívocamente asegurada en el Código, el Juez no puede dejar de aplicarla bajo la excusa del principio de proporcionalidad, aunque a su alcance tenga en cualquier caso el hacer uso del art. 2 del citado Código (actual art. 4.2 (LA LEY 3996/1995)), para de alguna manera interpretar el precepto en función de la pena que lleve asociada» (En igual sentido SSTS 18 de junio de 1998 (LA LEY 7806/1998), 500/2004 de 20 de abril (LA LEY 1533/2004), 470/2011 de 26 de mayo (LA LEY 83127/2011) y 564/2012 de 5 de julio (LA LEY 95858/2012)), pero en el presente caso, como se viene constatando desde el principio de este trabajo, se trata precisamente de un problema de proporcionalidad en la interpretación de la ley penal, consistente en dar uno u otro

contenido al término complejo «documento mercantil» del tipo legal. La proporcionalidad debe operar tanto en la creación del tipo penal —*proporcionalidad abstracta o primaria*— como en el momento posterior de aplicación por el juez penal —*proporcionalidad concreta o secundaria*— y aun cuando suele centrarse su vigencia en el ámbito de la imposición de la pena, que no debe ser desproporcionada a la gravedad del delito, obviamente tendrá que operar también en la fase previa de la interpretación del texto del tipo legal, para evitar aquella que genere precisamente esa desproporción, y en el presente caso se centra, como se acaba de decir, en la determinación de la extensión del significado del vocablo compuesto «documento mercantil».

Los criterios que según la doctrina (23) deben servir para valorar la existencia o ausencia de la proporcionalidad, en este caso de la denominada «concreta» y que también se podía denominar «secundaria» al ser la intervención del juez por definición posterior a la «primaria» atinente al legislador, son los siguientes: 1. La importancia del bien jurídico, 2. El grado de afectación al bien jurídico, 3. La forma subjetiva de ataque al bien jurídico, 3. La comparación con supuestos análogos, 4. La trascendencia social del hecho y 5. El grado de ejecución y las formas de participación en el delito.

1. La importancia del bien jurídico protegido exige recordar que los aquí defendidos son: la fe pública, la seguridad del tráfico jurídico colectivo y la del tráfico jurídico en el ámbito individual. Obviamente son más relevantes los dos primeros, que merecen protección autónoma en todo caso, que el tercero amparado en el art. 395. (LA LEY 3996/1995)

2. En cuanto a la afectación de tales bienes, a los efectos de este trabajo baste con decir que la fe pública se lesiona (art. 390 (LA LEY 3996/1995)) y la seguridad del tráfico jurídico se pone en peligro, al margen de que se lesione también otro bien jurídico público o privado, generalmente de carácter patrimonial, y si la relación jurídica particular puesta en peligro llega a lesionarse (art. 395), resultará este acto preparatorio o ejecutivo absorbido en el delito final en régimen de concurso de normas. Y parece evidente que si la mayor parte de los documentos mercantiles *latu sensu* sólo ponen en peligro el bien jurídico patrimonial protegido por el delito final, y no la seguridad del tráfico colectiva, su subsunción debería operarse en el tipo legal del art. 395 CP (LA LEY 3996/1995) — documentos privados— y no en el 392. (LA LEY 3996/1995)

3. Y es en la aplicación del criterio de **comparación con supuestos análogos** cuando se muestra más evidente la desproporcionalidad del concepto jurisprudencial tan extenso de «documento mercantil», por los siguientes argumentos:

- A.** Las facturas, albaranes, recibos y contratos mercantiles no se diferencian a efectos de poner en peligro o lesionar bienes jurídicos con los equivalentes documentos en el ámbito extramercantil o meramente civil. Y otros documentos civiles privados, como los testamentos ológrafos, sí tienen en cambio tal potencialidad y sin embargo no se incluyen en el tipo del art. 392.
- B.** Tales documentos mercantiles carecen de la potencialidad lesiva que para el tráfico jurídico colectivo suponen los documentos públicos u oficiales falsarios.
- C.** Sólo los títulos valores o documentos endosables falsos ponen en peligro la seguridad jurídica del tráfico mercantil colectiva, por tener incorporado el derecho al propio documento y ser su titular el portador del mismo, y en consecuencia no agotan tal potencialidad cuando lesionan el bien jurídico patrimonio del sujeto pasivo del delito final.

Los criterios 4 y 5 no afectan al presente relato, por circunscribirse a casos concretos.

El análisis de la proporcionalidad en este ámbito parte precisamente del contraste que se acaba de exponer entre operaciones documentadas idénticas y sólo discrepantes en la forma: unas mercantiles y otras meramente civiles. Este formalismo repugna sin duda al Derecho penal, que siempre va al fondo del asunto, eliminando formalismos, como por ejemplo ocurre en la determinación de los conceptos de «funcionario público» (da igual que lo sea conforme a las normas administrativas, art. 24 CP (LA LEY 3996/1995)) o de «administrador» una sociedad (administrador de hecho=administrador de derecho, arts. 31 (LA LEY 3996/1995) y 290 y ss. CP (LA LEY 3996/1995)). Este trato desigual no afecta tanto al art. 14 CE (LA LEY 2500/1978) cuanto al 25 (LA LEY 2500/1978), que consagra la proporcionalidad entre injusto y pena como consecuencia ineludible del principio de legalidad de los delitos y de las penas.

VI. Conclusiones de lege data y de lege ferenda

De todo lo expuesto se derivan las siguientes conclusiones:

- 1.^a** De lege ferenda debe sustituirse en el art. 392 CP (LA LEY 3996/1995) el término complejo «documento mercantil» por «título valor u otro documento mercantil endosable y testamento ológrafo» o por un texto parecido, centrado así los objetos materiales merecedores de especial protección, respecto a otros documentos privados.
- 2.^a** De lege data, en la interpretación del mencionado termino debe partir el Tribunal Supremo, en primer lugar, del carácter instrumental de los delitos de falsedad documental que, dada la diversidad de bienes jurídicos en cada uno de las tres figuras delictivas contrastadas (arts. 390 (LA LEY 3996/1995), 392 (LA LEY 3996/1995) y 395 (LA LEY 3996/1995)), la iniciación de la ejecución del delito final, con o sin consumación, genera en los dos primeros casos un concurso ideal de delitos en régimen de concurso instrumental, mientras que en el tercero sólo surgirá un concurso de normas.
- 3.^a** El concepto jurisprudencial de «documento mercantil», equiparado en su protección frente a la falsificación o simulación a los documentos públicos y oficiales, carece de justificación si se practica la preceptiva interpretación integral ordenada en el art. 3 CC (LA LEY 1/1889), y en primer lugar la sistemática, en los tres círculos concéntricos expuestos, pues se constata que documentos de tal carácter ya tienen una protección vinculada a los bienes jurídicos de cuya lesión ya son instrumento, y sin consecuencias agravatorias relevantes respecto a las penas previstas en el art. 392 CP (LA LEY 3996/1995), además del vaciamiento del ámbito de aplicación del art. 395 CP (LA LEY 3996/1995) que tan expansivo concepto de documento mercantil supone.
- 4.^a** Lo injustificado de tan amplia extensión descriptiva del término «documento mercantil» se refuerza con la interpretación teleológica, atendiendo a los bienes jurídicos protegidos en los arts. 392 (LA LEY 3996/1995) y 395 CP (LA LEY 3996/1995), así como en los restantes preceptos que tipifican modalidades específicas de falsedad de documentos mercantiles, en la acepción amplia jurisprudencial, al constatar la ausencia de peligro para bienes jurídicos colectivos de la mayor parte de tales documentos, sólo peligrosos para bienes jurídicos individuales o individualizables, resultando injustificada la agravación que padecen al ser incluidos muchos de ellos en el mismo paquete típico que los documentos públicos y oficiales.
- 5.^a** Y, en definitiva, se llega a la conclusión de que existe una notable falta de proporcionalidad en el plus de castigo penal que se está aplicando a las falsedades de tales documentos, tanto por los argumentos ya esgrimidos cuanto por los documentos civiles no mercantiles, de análoga o idéntica naturaleza formal y con iguales o mayores consecuencias perturbadoras del tráfico jurídico no colectivo que los mercantiles, por lo que también la interpretación jurisprudencial debe estimarse inconstitucional desde esta perspectiva del principio de proporcionalidad derivado del de legalidad.

Por todo lo expuesto, la esperanza de ALONSO MARTÍNEZ, expresada en la exposición de motivos, de que en el futuro «el legislador se eche en brazos de la lógica» no debe dilatarse en el tiempo a que resulte modificado el art. 392 CP (LA LEY 3996/1995) en los términos apuntados en la primera conclusión, extendiendo tal deseo y esperanza a la Sala Segunda del TS para que se funda en un fuerte abrazo con la lógica interpretativa de dicho precepto, reduciendo en el sentido apuntado el significado del término complejo «documento mercantil».

(1) Es doctrina común que los documentos mercantiles son una especie del género «documento privado», salvo que resulten elevados a escritura pública, en cuyo caso pasarían a ser documentos públicos prevaleciendo este carácter (por todos ver: FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *El delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Marcial Pons, Madrid 1996, p. 174. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, Cedecs, Barcelona 1999, pp. 257 y 258).

(2) «Reflexiones sobre el delito de falsedad en documento mercantil», *Separata de Poder Judicial*, 2.^a época, n.º 11, septiembre de 1988, pp. 105 y ss. «El documento mercantil como objeto material de delito de falsedad», *Diario LA LEY* de 15 de mayo de 1998. También obviamente ha sido considerada esta cuestión con anterioridad por otros autores, como CASAS BARQUERO, E., (*El delito de falsedad en documento privado*, Bosch, Barcelona 1984, pp. 240 a 242) remontándose hasta PACHECO y haciendo hincapié en lo que tiene de «desorbitada la letra de la ley», en opinión de QUINTANO RIPOLLÉS, A.

(3) Como ponen de relieve diversos autores (por todos ver: FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *op. cit.*, pp. 177 y 178. ARROYO DE LAS HERAS, A., *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Bosch, Barcelona 2005, pp. 166 y 167) hasta mediados de 1989 (SSTS 3 de febrero (LA LEY 11611-R/1989) y 21 de marzo de 1989 (LA LEY 631-JF/0000)) la jurisprudencia mantuvo un concepto todavía más amplio de documento mercantil, sin atender a su verdadera trascendencia en el tráfico de tal carácter. Sobre este particular ver el apartado IV de este trabajo. Ver también nota 4.

- (4) ROJAS A., L.E., *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, Marcial Pons, Madrid 2017, pp. 148-156.
- (5) Así lo expresaron algunos clásicos como CARRARA o FEUERBACH, tal y como lo han recordado BACIGALUPO (*El delito de falsedad documental*, Dykinson, Madrid 1999, pp. 4 y 5) y más recientemente ROJAS A. (*op. cit.* p. 38).
- (6) Sobre el concepto jurisprudencial de documento mercantil y sus concretas modalidades puede verse: VILLACAMPA ESTIARTE, C., *op. cit.* pp. 265 a 275, y BONE PINA, J.F. y SOTERAS ESCARTÍN, R., *De las falsedades. Comentario a los arts. 386 a 403 del Código penal de 1995*, Bosch, Barcelona 2000, pp. 271 a 277 y 279 a 326.
- (7) El principio de legalidad de los delitos, declarado en el art. 1.1 CP (LA LEY 3996/1995), supone en el fondo que toda conducta —comisiva u omisiva, activa o pasiva— **sólo podrá ser calificada como delito si unalex scripta, praevia et certala tipifica como tal** (SSTC 89/1983 de 2 de noviembre (LA LEY 41431-NS/0000), 127/1990 de 5 de julio (LA LEY 1512-TC/1990), 111/1993 de 25 de marzo (LA LEY 2193-TC/1993), 137/1997 de 21 de julio (LA LEY 9285/1997), 142/1999 de 22 de julio (LA LEY 11090/1999), 127/2001 de 4 de junio (LA LEY 6091/2001), 113/2002 de 9 de mayo (LA LEY 4742/2002), 13/2003 de 28 de enero (LA LEY 10947/2003) y 38/2003 de 27 de febrero (LA LEY 1370/2003), y SSTS 343/1997 de 18 de marzo, 722/1997 de 22 de mayo (LA LEY 7711/1997), 798/2007 de 1 de octubre (LA LEY 166012/2007) y 911/213 de 3 de diciembre y A. de 2 de abril de 1997), certeza generadora de seguridad jurídica y que supone una estricta y precisa definición legal, también respecto al ámbito espacial de vigencia de las normas penales (STC 75/1984 de 27 de junio (LA LEY 8941-JF/0000) y SSTS 27 de diciembre de 1990, 28 de enero de 1993), obviando interpretaciones extensivas o analógicas (art. 4 CC (LA LEY 1/1889)) que sobrepasen el tenor literal (SSTC 145/2008 de 10 de noviembre (LA LEY 176059/2008) y 91/2009 de 20 de abril (LA LEY 40338/2009) y STS 554/2008 de 24 de septiembre (LA LEY 152139/2008)), precisando la STS 69/2009 de 26 de enero (LA LEY 2646/2009) que «la interpretación analógica prohibida es la que, sin estar cubierta por el sentido del texto legal, lo aplica a un hecho no comprendido en él». La exigencia de una *lex certa* supone, pues, que determine la conducta penalmente prohibida con taxatividad, tipicidad, determinación y certeza, lo que exige «normas concretas, precisas, claras e inteligibles» existiendo «derecho a no ser sancionado en aplicación de una disposición imprecisa, por lo que el déficit de taxatividad (...) encuentra cauce idóneo para el recurso de amparo» (SSTC 34/1996 de 11 de marzo (LA LEY 3666/1996), 137 (LA LEY 9285/1997) y 151/1997 (LA LEY 10209/1997) de 21 de julio y 29 de septiembre, 283/2006 de 9 de octubre (LA LEY 110541/2006) y 45/2009 de 19 de febrero). La certeza supone «claridad» en el texto legal que define el delito, lo que proporciona a esa descripción el «requisito de previsibilidad» respecto a la consecuencia de su infracción, evitando la arbitrariedad (STEDH, Caso Camilleri, de 22 de enero de 2013 (LA LEY 922/2013)).
- (8) El apartado 1 del art. 4 CP (LA LEY 3996/1995) veta la analogía *in malam partem*, como consecuencia ineludible del principio de legalidad (SSTC 13/2003 de 28 de enero (LA LEY 10947/2003), 38/2003 de 27 de febrero (LA LEY 1370/2003) y 229/2003, de 18 de diciembre (LA LEY 296/2004), y STS 15 de octubre de 1983). No es materia constitucional competencia del TC la aplicación de las normas penales, dentro de los márgenes de interpretación ordinarios, sin que se creen nuevas figuras (SSTC 127/2001 de 4 de junio (LA LEY 6091/2001) y 167/2001 de 16 de julio (LA LEY 7473/2001), 229/2003 de 18 de diciembre (LA LEY 296/2004) y 259/2005 de 20 de junio); otro tanto cabe decir respecto a la interpretación de las normas reguladoras de la prescripción, siempre que no exista un error patente o se afecte a los principios constitucionales en que se basa (STC 64/2001 de 17 de marzo (LA LEY 2898/2001)); sí se conculca el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) (LA LEY 2500/1978) si tal interpretación es irrazonable, superadora del tenor literal de precepto o extravagante respecto a los principios que inspiran el ordenamiento jurídico (SSTC 195/2000 de 24 de julio (LA LEY 11289/2000) y 278/2000 de 27 de noviembre (LA LEY 11786/2000), y 229/2003 de 18 de diciembre (LA LEY 296/2004)). Un ejemplo de analogía *in malam partem* o *in peius* sería considerar a un cajero automático como sujeto pasivo del engaño propio de la estafa —art. 248 CP (LA LEY 3996/1995)— (675/2007 de 17 de julio (LA LEY 79572/2007)).
- (9) SSTS 2021/2000 de 28 de diciembre (LA LEY 1912/2001), 1211/2002 de 29 de junio (LA LEY 10168/2003), 472/2003 de 28 de marzo (LA LEY 60215/2003) y 480/2009 de 22 de mayo (LA LEY 67225/2009), entre otras.
- (10) P.e. SSTS 606/2010 de 25 de junio (LA LEY 113888/2010), 423/2010 de 21 de abril (LA LEY 55551/2010) y 494/2014 de 18 de junio (LA LEY 90281/2014), entre otras.
- (11) El delito de falsedad contable se considera una modalidad de falsedad documental, de ordinario fundándola en el especial deber de los administradores de decir verdad (subsumiéndola en el n.º 4 del art. 390.1 CP (LA LEY 3996/1995)), si bien también podría ser considerada como una simulación parcial de documento (art. 390.1-2.º (LA LEY 3996/1995)), pero junto a este bien jurídico común a la falsedad documental por infracción del deber de veracidad, también se le podría añadir como bien jurídico concurrente la seguridad del tráfico jurídico *ad intra et ad extra* de la sociedad. Y en sin que sea pacífica la cuestión (PAVON HERRADÓN, D., *El delito de falsedad documental societaria*, Bosch/Walters Kluwer, Madrid 2016, pp. 135-139), se considera que puede ser otro bien jurídico concurrente el patrimonio (FRANCÉS LECUMBERRI, P., *El delito de falsedad documental societaria y la contabilidad creativa*, Tirant lo Blanc, Valencia 2017, pp. 131-145).
- (12) Como recuerda E. BACIGALUPO (*op. cit.*, p. 5), este autor italiano de la llamada Escuela Clásica situaba «falsedad del documento privado» en «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» (*Programma del Corso di Diritto Criminale, P. Sepeziale*, 1898, Vol. III §§ 2363 y ss. y Vol. VII §§ 3640 y ss.).
- (13) Como recuerda E. BACIGALUPO (*op. cit.*, p. 5), este autor italiano de la llamada Escuela Clásica situaba «falsedad del documento privado» en «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» (*Programma del Corso di Diritto Criminale, P. Sepeziale*, 1898, Vol. III §§ 2363 y ss. y Vol. VII §§ 3640 y ss.).
- (14) Se obvia la referencia a la interpretación derivada de la «realidad social» por carecer de especial relevancia en este contexto.
- (15) Ver por todos BENEYTEZ MERINO, L., en la obra colectiva en Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo *Las falsedades documentales*, Comares, Granada 1994, pp. 39-43. BACIGALUPO, E., *op. cit.* pp. 3-7; y en una panorámica más amplia por el monografías más globales sobre la falsedad documental, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *op. cit.* pp. 49-59, y L.E. ROJAS A., *op. cit.* pp. 135-158.

(16) SSTS 828/1998 de 18 de noviembre (LA LEY 212/1999), 1647/1998 de 29 de enero de 1999 (LA LEY 2426/1999), 1282/2000 de 25 de septiembre (LA LEY 135/2001), 1649/2000 de 28 de octubre (LA LEY 97/2001), 107/2001 de 2 de febrero (LA LEY 28719/2001), 996/2001 de 1 de junio (LA LEY 6159/2001), 514/2002 de 29 de mayo (LA LEY 4880/2002), 678/2006 de 7 de junio (LA LEY 70381/2006), 73/2010 de 10 de febrero (LA LEY 3113/2010), 252/2010 de 16 de marzo (LA LEY 21117/2010), 655/2010 13 de julio (LA LEY 114058/2010) y 520 (LA LEY 66941/2016) y 580/2016 (LA LEY 79236/2016) de 16 y 30 de junio, entre otras muchas, y así lo resume la reciente STS 645/2017 de 2 de octubre (LA LEY 142263/2017): «ha destacado esta Sala en numerosas ocasiones, entre otras STS 564/2009 29 mayo (LA LEY 99182/2009), que el bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental está constituido por la protección de la buena fe y la seguridad del tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil o mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas».

(17) Algunos autores prefieren hablar de «la funcionalidad del documento» —garantía, perpetuación y medio de prueba— (GARCÍA CANTIZANO, M.C., *Falsedades documentales*, Tirant lo Blanc, Valencia 1997, pp. 40-43. VILLACAMPA ESTIARTE, C. *op. cit.* pp. 102 y ss., 445 y ss., 526 y 547 —con algunos matices en cada modalidad documental— y ROJAS A., L.E., *op. cit.* pp. 91 y 92), pero se considera que todas esas funcionalidades se incluyen en el concepto de «seguridad del tráfico jurídico» elegido por la jurisprudencia.

(18) Citado por BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 6.

(19) ROJAS A., L.E., *op. cit.*, pp. 89 y ss, 159 y ss.

(20) Aun cuando el tipo penal equipare los documentos públicos y los oficiales, por los primeros entiende la jurisprudencia los que como tal se definen y describen en los arts. 1216 CC (LA LEY 1/1889) («los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley») y 317 LEC (LA LEY 58/2000) («1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios de las mismas que expidan los Secretarios Judiciales. 2.º Los autorizados por notario con arreglo a derecho. 3.º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho. 4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de asientos registrales. 5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. 6.º 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»), habiéndose considerado como tales los planos del catastro (1000/1995, de 16 de octubre (LA LEY 14784/1995), 1136/1995, de 8 de noviembre, (LA LEY 14818/1995) y 1453/2002, de 13 de septiembre (LA LEY 7853/2002)).

(21) Son documentos oficiales, según la jurisprudencia, los provenientes de las administraciones públicas y de los demás entes o personas jurídicas públicas, en cumplimiento de sus funciones y fines (2518/1993, de 10 de noviembre (LA LEY 15899-R/1993), 437/1996, de 17 de mayo (LA LEY 6535/1996), 1233/1997, de 10 de octubre (LA LEY 11185/1997), 1563/1999, de 8 de noviembre (LA LEY 4532/2000), y 2549/2001, de 4 de enero de 2002 (LA LEY 2252/2002)). Se han considerado documentos públicos las recetas médicas de la Seguridad Social y de otras entidades sanitarias públicas, el DNI y el pasaporte, los billetes de lotería y los boletos de quinielas aun cuando también sean documentos mercantiles —títulos valores al portador—, impresos expedidos por la Administración tributaria de diversa índole y los libros parroquiales y certificaciones sobre el estado civil de las personas del Registro Civil. También la certificación de matriculación y la alteración del bastidor y la limadura del número del motor, siendo el documento la placa unida al vehículo y no el vehículo en sí al constituir ambos «una unidad probatoria». Respecto al tacógrafo, es discutible su naturaleza pública o privada, *pero no cabe duda de que estaríamos en todo caso en el ámbito de la falsificación de documentos privados con finalidad de perjudicar*. Las *placas de matrícula*, antes específicamente protegidas contra su falsificación por el art. 279 bis (CP 1973 (LA LEY 1247/1973)), son también documentos oficiales. Los *documentos privados que se van a incorporar* y luego se incorporan *a un expediente o documento oficial*, siguen siendo privados a efectos de su falsificación, si esta se realiza con anterioridad a su incorporación y el destino de la misma no es exclusivamente tal incorporación para que surta los consiguientes efectos, pues en caso contrario se transmuta en documento oficial a estos efectos falsarios en el momento de su falsificación por considerarse un *documento oficial por incorporación*.

(22) Documento privado, por exclusión, es todo aquel que no sea ni público, ni oficial, ni mercantil, y vienen considerándose como tales los testamentos ológrafos, recetas médicas sin descuentos para el consumidor, un reconocimiento de deuda no mercantil presentado en juicio, un documento simulando fechas de pago con consecuencias en la tramitación de una testamentaria, una papeleta de empeño, una simulación de crédito, actas de un consejo de familia, un contrato no mercantil, simulación de cartas con consecuencias económicas, simulación de documentos posesorios, recibos en relaciones no mercantiles, facturas no mercantiles, albaranes no mercantiles, cesiones de participaciones en la Lotería Nacional, contabilidades no comerciales —ni de comerciantes ni de empresarios—, etc.

(23) ÁVAREZ GARCÍA, F.J., *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, pp. 92 s. 1999, pp. 51 ss. MUÑOZ CONDE, F. y GARCIA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, pp. 92 s.