

DE LA RELACIÓN CONCURSAL ENTRE LOS DELITOS DE ESTAFA Y FALSEDAD DOCUMENTAL

(NUEVAS SOLUCIONES A UN VIEJO PROBLEMA)

María del Carmen García Cantizano

Doctora en Derecho
por la Universidad de Sevilla (España).
Profesora asociada del
departamento de derecho penal y procesal
de la Universidad de Sevilla

El tema del concurso ideal de delitos en la dogmática penal es, en realidad, el tema de todo el Derecho: la búsqueda de la justicia. La correcta determinación del tipo penal aplicable a un caso concreto acarreará la adecuada calificación del injusto, el adecuado grado del reproche, la correcta aplicación de la pena, en otras palabras, la represión *justa* del mismo.

La autora trata este tema respecto de dos tipos penales cuya concurrencia es muy frecuente y cuya perpetración lo es más aún. Realizado este análisis, propone los criterios interpretativos utilizados por la doctrina y la jurisprudencia española que, a su juicio, deben servir para la discriminación de cada uno de estos tipos penales.

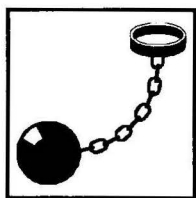
I. INTRODUCCIÓN¹

Situaciones tan comunes en el ámbito de la delincuencia como el presentar un cheque falsificado en la ventanilla de un banco para proceder a su cobro, o el alterar una factura donde aparezca una deuda inferior y lograr así una prueba falsa, en el ámbito dogmático se convierten en uno de los temas más complejos y difíciles de solucionar: la relación concursal entre el delito de estafa y el de falsedad documental. Puede afirmarse sin temor a exagerar aquello de que la realidad supera la ficción, ya que la forma en la que se prevé la cuestión concursal en nuestro Código Penal² se muestra claramente insuficiente para lograr determinar cuál ha de ser la reacción sancionadora más satisfactoria para tales hechos.³

A este estado de la cuestión ayuda también la deficiente descripción típica del delito de falsedad documental, donde la diferencia de tipos según la clase de documento alterada (ya sea documento público, oficial o mercantil, ya documento privado) supone una aportación en nada útil si se quiere conseguir una respuesta racional al problema concursal. Y ello resulta bastante importante sobre todo porque, si bien el delito de falsedad documental goza de plena autonomía, como así queda patente gracias a la definición de su bien jurídico, no puede ocultarse, no obstante, el hecho de que constituye el medio más recurrido y, en la mayoría de los casos, el más adecuado, para obtener un lucro antijurídico, constitutivo del desvalor de resultado propio de los delitos patrimoniales, especialmente de la estafa y apropiación indebida⁴.

Hasta qué punto una figura queda absorbida por la otra o cuándo surge la necesidad de considerar la existencia de ambas, son las cuestiones fundamentales que se plantean en este tema, las cuales han encontrado diversas respuestas tanto doctrinales como jurisprudenciales, en el marco legal fijado por los art. 68 y 71 del anterior Código Penal, relativos al concurso de leyes y concurso ideal de delitos, respectivamente, y que consideramos igualmente reproducibles a la vista de lo dispuesto por los art. 8 y 77 del recientemente aprobado nuevo Código Penal.

Objetivo de este trabajo será, por un lado, recoger y sistematizar tales respuestas a la luz de la teoría del concurso, y por otro, y en la medida de lo posible, proponer una solución, si no plenamente satisfactoria, al menos adecuada a una concepción de las falsedades superadora de las viejas doctrinas clásicas donde eran consideradas como simples medios de comisión de otros delitos⁵ —sobre todo, patrimoniales—, cuya ejecución ya denotaba en sí misma



PENAL

una intencionalidad dirigida a la causación de un perjuicio, como contrapartida de la obtención del correspondiente lucro⁶.

Sin embargo, y para que el tratamiento de este tema sea plenamente coherente, resulta necesario realizar, aunque sea muy brevemente, algunas consideraciones previas sobre el delito de falsedad documental.

En cuanto a su bien jurídico protegido, se considera que viene constituido por la funcionalidad del documento en el ámbito del tráfico jurídico, dado que éste se convierte en uno de los instrumentos más importantes, por no decir, el único, en la constatación duradera de declaraciones o manifestaciones de voluntad con eficacia jurídica, asumiendo el autor de dichas declaraciones plena responsabilidad por las mismas⁷. Al asumir la funcionalidad del documento como bien jurídico protegido en la falsedad documental se supera la traba representada por la existencia de diferentes tipos penales según la clase de documento, es decir, ya resulta imposible hablar de un bien jurídico distinto según que se refiera a la falsedad en documento público, oficial o mercantil de los art. 390 a 393⁸, o a la falsedad en documento privado del art. 395, -art. 306 en el anterior C.P.-, en la que algunos autores han definido el injusto típico como ataque contra la propiedad, sobre todo por incluir un elemento subjetivo del tipo, el ánimo de causar un perjuicio, que se ha identificado al ánimo de lucro característico de los delitos contra la propiedad, elemento que, por lo demás, no figura en ninguna de las otras modalidades típicas falsarias⁹.

Esta conclusión repercute también en una concreta interpretación de los tipos penales acogidos en el capítulo II del título XVIII del libro II del Código Penal, los cuales se constituyen en auténticos tipos de resultado donde el desvalor de acción, es decir, la alteración del documento, no resulta suficiente a la hora de cerrar el ámbito de la antijuricidad de la conducta, por cuanto ha de unirse al desvalor de resultado representado por la lesión del bien jurídico protegido en estos delitos¹⁰. Tal desvalor de resultado permite rechazar una particular concepción de las falsedades documentales que las reducía a ser una forma particular de poner en peligro otros bienes jurídicos, por lo que se interpretaban siempre en función de esa hipotética y futura lesión de la propiedad, en la mayoría de los casos, no sin antes, sin embargo, hablar de la seguridad del tráfico o de la fe pública como intereses concretos afectados por estos delitos¹¹.

Es por ello que la idea del daño o del perjuicio siempre ha caracterizado la estructura subjetiva del tipo de injusto de las falsedades documentales, a pesar de que, como elemento expresamente del tipo, sólo tiene cabida en las falsedades en documento privado. La jurisprudencia se ha encargado de reconducir lo que se denomina *animus falsario* a una intención de perjudicar concebida como el móvil del falsificador, integrante del dolo con el que éste actúa¹². Esta interpretación jurisprudencial no ha servido nada más que para complicar, aún más si cabe, la compleja problemática de las falsedades documentales. Siendo

rigurosos en la aplicación del principio de legalidad, sólo cabe la posibilidad de exigir, desde el punto de vista de la tipicidad, la intención de causar un perjuicio -o en su caso de causarlo efectivamente- en el ámbito de la falsificación de un documento privado, dato que puede justificarse por la menor repercusión que en el ámbito del tráfico jurídico goza esta clase de documento, el cual tiene eficacia jurídica plena inter partes¹³. De ahí que la protección del bien jurídico -la funcionalidad del documento- se haya limitado en función de la mayor o menor repercusión que tales documentos tienen en el ámbito del tráfico jurídico, y ello se ha logrado exigiendo precisamente un plus en el desvalor de acción, como es la concurrencia de una determinada intencionalidad en el sujeto.

Ello no ha sido necesario en el ámbito de la falsificación de documentos públicos y mercantiles. La eficacia jurídica reconocida legalmente a los primeros, y la evidente repercusión de los segundos en el tráfico mercantil, superando la simple relación inter partes, justifica que, desde un punto de vista de política criminal, la protección penal de ambas clases de documentos no se vea condicionada a la prueba de un elemento subjetivo del tipo¹⁴; razón por la cual el desvalor de acción en el injusto de estos delitos difiere cuantitativamente del previsto para el descrito en el art. 395 C.P. No obstante este hecho, no debe llevar a la conclusión de que son tipos que protegen bienes jurídicos diversos. Por otra parte, es aquí donde se sitúa el principal punto conflictivo en materia concursal ya que esta distinta descripción típica ha sido el fundamento que ha acogido la jurisprudencia, y después la doctrina -asumiendo sin más el planteamiento jurisprudencial de esta cuestión-, para dar una solución

diferente según que el delito que concurra sea el de falsedad en documento público o mercantil, -art. 390 y 392 del nuevo Código Penal, anteriores art. 302 y 303-, o en su caso, el de falsedad en documento privado -art. 395 ó 306 del anterior código. En el primer supuesto se dice que existiría un concurso ideal de delitos entre la falsedad documental y la estafa -en base a la diversidad de bienes jurídicos protegidos¹⁵-; en el segundo, existiría un concurso leyes, dada la posibilidad de subsumir el hecho bajo cualquiera de los dos preceptos, el relativo a la falsedad -art. 390 C.P.- o el de estafa -art. 248 C.P.¹⁶-.

A continuación se procederá a analizar más detalladamente las soluciones que para todos los gustos han dado el tribunal supremo y la doctrina sobre la relación concursal entre falsedad documental y estafa.

II. LAS SOLUCIONES APORTADAS A UN VIEJO PROBLEMA: EL CONCURSO ENTRE FALSEDAD Y ESTAFA

Ya se ha puesto de manifiesto que la falsedad constituye, en el marco de la práctica criminal, un *instrumentum sceleris* con el cual se garantiza -de una manera bastante efectiva- la obtención ilegítima de un determinado lucro¹⁷. El hecho que justifica esta circunstancia es doble: por un lado, el empleo de un documento -falso-, con independencia de la clase que sea, le sirve al sujeto para lograr una relativa confianza del tercero en la apariencia de veracidad de su contenido, lo cual le predispone ya a determinar

La protección penal de ciertos documentos no se condiciona a la prueba subjetiva del tipo

su actuación en función de lo que se le presenta como cierto. No cabe duda de que al cajero que se le presenta un cheque falso para cobrar, a priori no se plantea la posibilidad de que está ante un engaño, lo mismo sucede si se presentan documentos falsos ante la administración que determinen, por ejemplo, el reconocimiento de una pensión. Se juega en todos estos supuestos con la confianza que, de un modo casi instintivo, se deposita en el documento como institución jurídica. Por otro lado, la progresiva "documentarización" –por llamarla de alguna forma– del tráfico mercantil hace prácticamente imposible concebir el establecimiento de relaciones jurídicas sin que haya un documento de por medio¹⁸. Manifestación máxima de este dato lo constituyen los títulos valores donde el derecho de crédito que incorporan va vinculado a la misma confección del documento, el cual llega incluso a separarse de la misma relación jurídica que le dio vida, adquiriendo plena sustantividad jurídica. Esto es, aunque el título valor responde a una relación obligacional que le sirve de causa, este documento no se crea para reflejarla, sino que, en sí mismo, constituye una nueva obligación, superpuesta a la ya existente, con efectos propios¹⁹. Cheques, letras de cambio, pagarés son el instrumento principal de la mayoría de estafadores que se aprovechan de tal circunstancia para lucrarse. En estos casos realmente resulta muy difícil fijar la frontera que define hasta dónde llega la falsedad y comienza la estafa²⁰.

Presupuesto de este fenómeno es el conseguir el engaño suficiente para que el tercero realice la correspondiente disposición patrimonial. Con ello es evidente que ya se han superado los límites de la falsedad para llegar hasta el ámbito del delito de estafa, y todo ello es posible porque el engaño es un elemento común a ambos tipos de injusto²¹. Lo relevante, no obstante, es que mientras en la falsedad el engaño se circunscribe a la alteración del documento –o a la creación de uno falso²²–, en la estafa puede venir dado de cualquier forma, lo importante es que sea suficiente para provocar el error y, consiguientemente, el acto de disposición patrimonial²³.

Cuando la forma de conseguir el engaño en la estafa consiste en el empleo de un documento falso se dan ya todos los ingredientes necesarios para la aplicación de la teoría del concurso.

Sin embargo, lo único claro en tal supuesto es la existencia, al menos en apariencia, de una pluralidad de delitos²⁴, en este caso, el de falsedad documental y estafa; a partir de aquí todo es confusión: hay quien entiende que existe unidad de acción en la medida en que el engaño que genera la falsedad es parte de la conducta típica de la estafa²⁵; en cambio, para otros esto justificaría precisamente la existencia de una pluralidad de acciones en donde la falsedad sería el medio necesario para realizar la estafa²⁶. Admitir cualquiera de estas posiciones supone, ya de entrada, definirse sobre lo que se interprete como "unidad de acción", para optar, posteriormente, por una modalidad determinada de concurso, bien concurso ideal, bien concurso medial –salvando ahora la polémica entorno a la naturaleza jurídica de este tipo de concurso–.

Pero aquí no acaba la discusión, ya que lo hasta ahora dicho sólo encuentra aplicación, según doctrina y jurisprudencia mayoritaria, cuando los delitos concurrentes son los de estafa y falsedad en documento público, oficial o mercantil²⁷. Si la falsedad recae sobre un documento privado, la perspectiva desde la que se analiza este supuesto cambia radicalmente, para desplazar la solución del ámbito de la teoría del concurso al de una correcta interpreta-

ción de la norma, por cuanto estafa y dicha modalidad de falsedad se excluyen mutuamente, negándose la posibilidad de una aplicación conjunta de ambos preceptos. En definitiva, se plantea un concurso de leyes, que automáticamente se remite al art. 8 C.P.²⁸

En toda esta cuestión ha jugado un papel decisivo la doctrina de nuestro tribunal supremo, quien, sobre la base del antiguo código penal, se ha encargado de fijar las bases teóricas sobre las que se asienta la solución de este problema. Esta jurisprudencia es ya constante y, además, se ha convertido en la solución "oficial", asumida también por la doctrina, la cual, en la gran mayoría de los casos, se ha limitado a reproducirla.

El diferente planteamiento que se ofrece de la relación concursal entre estafa y falsedad, según que ésta recaiga sobre documento privado o no, obliga a seguir esta pauta en los siguientes apartados donde se expondrán de manera más exhaustiva las líneas argumentales seguidas en el análisis de esta cuestión.

1. Del conflicto entre el delito de falsedad en documento privado y el de estafa

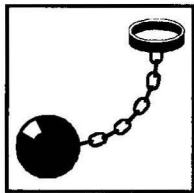
Cuando se falsifica una factura causando un perjuicio económico al acreedor, o cuando se altera un contrato de compraventa y se obtiene de esta forma un lucro indebido, se afirma que tales supuestos, en la medida en que son susceptibles de ser calificados de acuerdo al art. 395 C.P. como al art. 248 C.P., verán determinadas sus sanciones penales en virtud de la regla contenida en el art. 8 C.P. Es decir, tanto en el primer caso como en el segundo, concurren los mismos elementos que caracterizan la descripción típica del delito de falsedad en documento privado y el de estafa dado que existe un engaño –aunque sea obtenido mediante la utilización de un documento privado falso–, un error que motiva a realizar una concreta disposición patrimonial y un perjuicio de índole económica.

Bajo la vigencia del anterior código penal, esta aparente coincidencia típica de ambos preceptos justificó la reiterada aplicación de lo dispuesto en el art. 68 C.P.²⁹, lo que, en la gran mayoría de los casos y en atención a la mayor pena prevista para el delito falsario, se solucionó calificando de acuerdo al art. 306 C.P.³⁰.

Sin embargo, hasta aquí se ha expuesto lo que constituye una práctica jurisprudencial reiterada, aparte de escasamente fundamentada³¹. Ello obliga a cuestionarse, en primer lugar, si realmente lo que se plantea ante tales casos da lugar a un concurso de leyes y, en segundo lugar, y partiendo de que la respuesta a este primer interrogante sea afirmativa, si es la fórmula general del art. 8 C.P. la más adecuada para fijar la correspondiente sanción penal³².

1.1. El aparente concurso de leyes entre el art. 395 y 248 C.P.

Vayamos a la primera cuestión. Unánimemente se acepta el hecho de que el concurso de leyes está excluido del ámbito del concurso de delitos, centrándose su origen en un problema ante todo de interpretación de la norma penal³³. El supuesto de hecho sobre el que tendrá aplicación esta técnica exige, por lo tanto, la existencia de una acción penalmente relevante; pero, por un lado, no significa que ésta haya de coincidir con un único acto individual, contemplado desde un punto de vista puramente naturalístico u ontológico. Y por otro lado, cada uno de esos actos puede a su vez constituir hechos típicos, objeto ya de desvaloración por otros preceptos penales³⁴. El problema radica en que a esa acción –o "hechos", según el art. 8 C.P.– le son aplicables,



PENAL

aparentemente, varias disposiciones penales; o, visto desde otra perspectiva, ese hecho está comprendido en varios tipos penales, los cuales, se afirma, son incompatibles entre sí.³⁵

La razón de esa incompatibilidad —y que obliga a elegir entre ellos cuál sea el que contiene el verdadero desvalor del injusto del hecho— se halla en la doble desvaloración del supuesto de hecho que parece haber realizado el legislador penal, de tal forma que éste es contemplado por varias disposiciones y desde diferentes injustos³⁶. No obstante, esta circunstancia no deja de ser una mera apariencia, producto, a veces, de una deficiente técnica legislativa, pero que ha de superarse mediante una correcta interpretación de los tipos penales en colisión. Para ello se han empleado muchos criterios, sobre los que existe una relativa unanimidad doctrinal³⁷, pero por encima de los tan recurridos principios de especialidad³⁸, subsidiariedad, consunción³⁹ o alternatividad⁴⁰, necesariamente ha de acudir al contenido del injusto de cada tipo, dado que en él se encierra la concreta desvaloración del hecho objeto de sanción penal, y sólo una de las disposiciones en conflicto será la que contenga con mayor grado de integridad el injusto.

Si el desvalor de todo comportamiento típico se encierra en el contenido material de la antijuricidad, y éste tiene relación directa con la lesión del bien jurídico protegido⁴¹, resulta evidente que en orden a la solución del concurso de leyes deberá tener un papel relevante el bien o bienes jurídicos lesionados en el caso en cuestión. Este criterio es el que en definitiva tiene aplicación cuando se afirma, por ejemplo, que la consumación absorbe las formas imperfectas de ejecución, que la violación consume las agresiones sexuales o que el delito de peligro concreto es subsidiario del delito de resultado.

De la misma manera, también sirve cuando son distintos los bienes jurídicos lesionados siempre que exista una interdependencia en la forma de conseguir su efectiva lesión; por ejemplo, en el delito de homicidio no se duda que se produce una lesión de la vida, en cuanto bien jurídico protegido, pero tampoco es erróneo afirmar que en la ejecución de dicho delito también puede resultar lesionada la propiedad si se toman en consideración los posibles daños que sobre la ropa de la víctima cause el disparo o la cuchillada. A pesar de esta circunstancia, ningún tribunal castigaría al homicida por el delito de daño resultante. De idéntica forma se solucionan los casos de delito de robo con fuerza en las cosas con la circunstancia de casa habitada y de allanamiento de morada —art. 238 C.P.—.

Y ello ha de entenderse así porque la ejecución de determinados hechos, que según el contenido de la voluntad del sujeto van dirigidos a lesionar un bien jurídico concreto, necesariamente conlleva, de una manera subyacente, la lesión de otro bien jurídico⁴². Desde esta perspectiva, el tipo de injusto que contiene el desvalor de resultado buscado por el sujeto absorbe ese otro desvalor de resultado implícito en su conducta; lo cual, por otro lado, resulta consecuente con el principio *non bis in idem*, ya que de no

interpretar de esta forma tales supuestos, se sancionaría una misma conducta con penas distintas⁴³.

Este dato resulta ciertamente interesante por cuanto siempre que con un mismo hecho se lesionen varios bienes jurídicos no habrá porqué acudir obligatoriamente a la solución del concurso de delitos, ya que también puede tener relevancia el concurso de leyes⁴⁴. Sin embargo, es evidente que esta regla no tiene una aplicación automática, sino que dependerá de la forma concreta en la que se presenten los hechos; en otros términos, de la manera cómo se ejecute el plan criminal del autor, contemplado desde el punto de vista objetivo que supone la realización de la conducta típica descrita en el precepto penal, cuyo contenido de injusto abarca el supuesto de hecho en cuestión.

En atención a todo lo hasta aquí expuesto, la relación que se suscita entre los delitos acogidos en los art. 395 y 248 C.P. no puede reconducirse de una manera automática al ámbito del concurso de leyes, como suele ser la práctica tradicional de nuestros tribunales y como ha aceptado la casi unanimidad de la doctrina⁴⁵, en relación con los art. 306 y 528 del anterior código penal. La falta de identidad de los bienes jurídicos protegidos en cada uno de los mencionados preceptos no debe ser un dato a olvidar en esta cuestión⁴⁶, en tanto que, quien falsifica un documento privado con intención de obtener un lucro, lesiona el

patrimonio de la persona perjudicada y la funcionalidad del documento, en cuanto institución jurídica, bienes que, por otro lado, son de diferente naturaleza jurídica, individual el primero, y universal el segundo,⁴⁷ o lo que es lo mismo, disponible el primero, e indisponible el segundo por parte del particular.

Pero ello no es suficiente tampoco para rechazar ya la existencia de un concurso de normas. Pensamos que la única vía posible de resolver esta cuestión vendrá dada por un análisis detenido de los hechos y, sobre todo, por el grado de vinculación que tenga la falsedad documental a los efectos de conseguir la disposición patrimonial que realiza el engañado en la estafa⁴⁸. Si la falsedad en el documento privado —naturalmente acompañada de la intención de causar un perjuicio— se presenta como la única posibilidad material de la que dispone el sujeto para lograr tal finalidad, la lesión del bien jurídico protegido en este delito quedaría subsumido por el contenido del desvalor de acción del delito de estafa, ya que no sería más que esa artimaña engañosa que el estafador requiere a los efectos de llevar a cabo su finalidad última, la de obtener un lucro injusto a costa del perjuicio patrimonial de su víctima⁴⁹.

La intención de causar un perjuicio o el perjuicio, en sí, ya logrado, que exige el tipo en el delito de falsedad en documento privado se identifica con el elemento subjetivo del tipo exigido en la estafa, es decir, con el ánimo de lucro. Luego, en realidad, y llegando hasta las últimas consecuencias de esta afirmación, no llegarían a darse todos los elementos típicos del art. 395 C.P., sino sólo el constituido por la falsificación *strictu sensu* de un documento privado, ya que lo que guía la voluntad del sujeto no sería una *genérica intención de perjudicar*, sino de obtener un *concreto lucro*, y eso es propio de la estafa del art. 248 C.P.

lo que guía la voluntad del sujeto no sería una genérica intención de perjudicar, sino de obtener un concreto lucro

No obstante, y para quienes esta idea no esté tan clara, en la medida en que vean en el ánimo de lucro de la estafa el reverso de la intención de perjudicar de la falsedad en documento privado, se impone la necesidad de acudir a alguno de los criterios que tradicionalmente se han señalado para dilucidar cuál es el precepto penal bajo el que se subsumen los hechos y, lo más importante, determinar la sanción correspondiente.

1.2. El principio de consunción como solución a esta cuestión

También aquí ha supuesto un decisivo precedente la jurisprudencia del Tribunal Supremo quien, admitiendo reiteradamente la existencia de un concurso de normas, acudía sistemáticamente al art. 68 del anterior C.P. —relativo al concurso de leyes—, como medio de resolución del conflicto⁵⁰. Esta solución, la gran mayoría de las veces determinaba la aplicación del art. 306 sobre la calificación de estafa, dado que en el mencionado artículo la pena era de prisión menor, frente a la de arresto mayor prevista en el art. 528 —salvando evidentemente la posible concurrencia de las circunstancias del art. 529, que agravaban la responsabilidad penal por la estafa. De esta manera se acudía a la vía más fácil de solventar esta cuestión, que no por ello es la más correcta.

La discutida regla contenida en el art. 68 ha sido objeto de análisis doctrinal sin que hasta la fecha se le haya dotado de un contenido más o menos preciso⁵¹; a pesar de todo, la tónica general era de crítica y rechazo a la solución contenida en tal precepto⁵², a la cual debía de acudirse en caso de imposibilidad de aplicar los criterios de especialidad, subsidiariedad y consunción como reglas generales para la interpretación de las normas penales⁵³. Esta interpretación doctrinal ha venido a obtener un efectivo respaldo legal en el nuevo art. 8 C.P., donde la antigua regla del art. 68 queda relegada a una norma de carácter subsidiario, aplicable sólo cuando no sea posible solucionar el conflicto de leyes acudiendo a los principios tradicionales que quedan taxativamente recogidos en el nuevo código Penal.

Por lo tanto, si el concurso de leyes surgido entre el delito de falsedad en documento privado y estafa encuentra su marco de solución en el precepto que determine mayor pena, tal y como establece el art. 8, 4º C.P., ello sucederá sólo cuando se haya comprobado la imposibilidad de acudir a los principios generales ya mencionados de especialidad, subsidiariedad y consunción. De ahí que sea obligado determinar cuál es la relación que se entabla entre ambos preceptos.

Tradicionalmente se considera la existencia de una relación de especialidad —art. 8, 1ª C.P.— cuando “uno de los tipos contiene en sí todos los elementos o características del otro y, además, algún elemento o característica adicional, que opera en sentido especializante”⁵⁴. Presupuesto, no obstante, de esta relación, es la identidad de elementos constitutivos en ambos tipos, donde uno de ellos juega como característica especializante respecto al otro. En los supuestos aquí analizados no puede admitirse que dicha identidad provenga de los bienes jurídicos protegidos: ambos son tipos penales autónomos en base a los distintos bienes jurídicos que se pretenden garantizar penalmente. Por otro lado, ni la falsedad contiene todas las características del tipo de estafa, ni viceversa: son simples formas de engaño destinadas a la lesión de intereses de muy distinta naturaleza. No hay, en este sentido, una relación de género a especie entre ambos tipos penales.

Junto con el principio de especialidad, se suele también mencionar el de subsidiariedad —art. 8, 2ª C.P.—, el

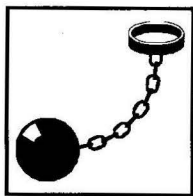
cual concurre cuando, en virtud del sentido de la ley, sólo entre en juego uno de los tipos en cuestión si resulta inaplicable el que se considera tipo principal⁵⁵. Así pues, parecer depender exclusivamente del criterio legal la determinación del tipo principal y del subsidiario —o de recogida— hecho que, al estar previsto expresamente para concreto tipos penales, permite diferenciar entre una subsidiariedad expresa y otra tácita⁵⁶. Como ejemplo de la primera modalidad se cita el art. 229, 3., C.P., relativo al abandono de menores, donde, para los supuestos en los que se hubiera puesto en peligro la vida del niño, su salud, integridad física o libertad sexual, se prevé una concreta pena “sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere otro delito más grave”. En cambio, dentro de los casos de subsidiariedad tácita se comprende la relación entablada entre las formas de participación y la autoría, las formas de ejecución y la consumación, así como la establecida por los delitos de peligro concreto y los de resultado y los delitos imprudentes frente a los dolosos.

En definitiva, cuando se afirma la relación de subsidiariedad tácita entre dos tipos penales se pone de manifiesto la existencia de una pluralidad de actos, los cuales están entrelazados en función del diverso nivel de ataque al bien jurídico que representan. A este respecto, tanto el tipo prevalente como el subsidiario son concebidos como dos especies pertenecientes a un género común⁵⁷. Por ello, se exige una cierta homogeneidad en los bienes jurídicos protegidos por los tipos en cuestión, de donde el tipo principal se caracteriza por una ampliación en la protección del bien jurídico, lo cual se traduce, a efectos prácticos, en una sanción penal más grave que la prevista por el tipo subsidiario.

La falsedad en documento privado y la estafa tampoco mantienen este tipo de relación. Por supuesto, hay que rechazar la subsidiariedad expresa, y la tácita resulta imposible de aplicar en la medida en que ambos tipos penales disponen de ámbitos propios de protección, sin que tengan que interferir uno en el otro. Además, en el análisis de los supuestos que aquí se están planteando, donde la falsificación del documento privado se presenta como el único medio viable para obtener el engaño necesario en la estafa, de mantenerse un punto de vista exclusivamente teleológico⁵⁸, llevaría a considerarse como prevalente en estos casos el tipo de estafa, permaneciendo subsidiario el de falsedad en documento privado⁵⁹.

A la vista de todo lo anterior, queda por analizar el principio de consunción —art. 8, 3ª C.P.— como último intento de dar una solución aceptable al concurso de leyes planteado entre los art. 395 y 248 C.P. Entendiendo por consunción la “absorción de un injusto por otro. El que absorbe recoge el injusto propio de aquel precepto además del correspondiente a la infracción que específicamente regula”⁶⁰, cabría cuestionarse si, en realidad, no es ésta la verdadera vía de solución de los casos en los que se falsifica un documento privado como única forma de conseguir un lucro indebido. Y ello porque, en tales supuestos, la ejecución del delito de estafa conlleva, de manera inherente, la del delito de falsedad documental, de ahí que el desvalor de acción característico de este delito venga formado, a su vez, por el desvalor del injusto típico de las falsedades, cuando éstas concurren en un documento privado. La realización de uno lleva aparejada necesariamente la del otro: la estafa consume a la falsedad⁶¹.

Guarda un perfecto paralelismo este supuesto con el planteado por MIR PUIG⁶², quien considera que el delito de bigamia consume al de falsedades documentales en la



PENAL

medida en que éstas siempre acompañan a la bigamia, pero sobre todo porque "rechazar la concurrencia y admitir el concurso de delitos llevaría a la insatisfactoria consecuencia de que el delito de

bigamia normalmente supondría, de hecho, una pena más grave que la prevista para el mismo"⁶³. Este resultado que, como afirma QUINTERO OLIVARES⁶⁴ en relación a la tesis de MIR PUIG, podía ser insatisfactorio como consecuencia de la elevada penalidad prevista para los delitos falsarios en el anterior código penal, resulta plenamente aplicable en el marco punitivo fijado por el nuevo código que, desde este punto de vista, supera una visión estatista de estos delitos y abre la línea de una política criminal dirigida a la prevención general de los mismos.

Esta solución permite eludir cualquier tipo de privilegio a quien, para obtener un lucro, falsifica un documento privado, frente a aquél que, con la misma intención, hace uso de otro mecanismo de engaño, no constitutivo, a su vez, de otro ilícito penal. Por otro lado, está en la misma línea ya trazada por el propio Tribunal Supremo quien la asumía de manera particularizada cuando concurrían el delito de estafa previsto en el art. 531, 2º del anterior C.P. y el de falsedad documental⁶⁵. También se acudía a este mismo criterio en los supuestos de abuso de firma en blanco, donde una vez más se estimaba que la estafa consumía a la falsedad cuando mediaba engaño en la obtención de la firma⁶⁶. En todos estos casos, al tribunal no le importaba, no obstante, la diferencia de penalidades –más grave en el delito de falsedad–, donde normalmente, resultaba privilegiado el estafador que falsificaba un documento.

2. Del conflicto entre el delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil y el delito de estafa

Diferente planteamiento disfrutaban estos casos en nuestra jurisprudencia. La distinta tipificación de la que goza el delito de falsedad documental cuando recae sobre un documento no encuadrable en la categoría de privado es el argumento principal sobre el que fundamenta el Tribunal Supremo la existencia de un concurso ideal de delitos siempre que dicha falsedad vaya acompañada de la causación de un perjuicio económico⁶⁷. La determinación de la pena correspondiente al responsable de tales hechos se hacía de acuerdo a la regla establecida en el art. 71 del anterior C.P.⁶⁸, sin que el Alto Tribunal se plantee mayores dudas respecto a su calificación conforme al primero de los dos supuestos de hecho que en él se contenían – "un solo hecho constituya dos o más delitos"– o al segundo – "uno de ellos sea medio necesario para cometer otro"–.

Pero a esta conclusión no llega el tribunal sólo por una simple comparación de tipos, sino que va más allá, rechazando expresamente la existencia de un concurso

de leyes en base a los diferentes bienes jurídicos lesionados: por una parte, la fe pública –o la seguridad del tráfico jurídico–, en cuanto bien jurídico protegido en el delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil; por otra, el patrimonio como interés garantizado en el delito de estafa⁶⁹.

Éste es el principal argumento, –y prácticamente el único–, que ha servido para justificar la aplicación del art. 71 C.P. Conviene antes de nada analizar la fundamentación de este argumento.

Recalcando de nuevo el rechazo a la identificación del bien jurídico en el delito de falsedad documental con unos conceptos tan vagos como etéreos de fe pública o seguridad del tráfico⁷⁰, en necesario poner también de manifiesto que no hay un bien jurídico para cada uno de los tipos descritos en los art. 302 y ss. del anterior Código Penal, ni en los art. 390 y ss. del actual, conclusión a la que, sin embargo, llevan necesariamente los argumentos utilizados por la jurisprudencia en la resolución de estos conflictos

concursales⁷¹. La ausencia en los art. 390 y 392 C.P. de un elemento subjetivo del tipo concretado en una intención de causar un perjuicio, presente, no obstante, en el art. 395 C.P. –falsificación de documento privado– no obedece a un distinto contenido de la antijuricidad material en cada uno de estos tipos de injusto⁷². Con independencia de cuál sea su contenido, el bien jurídico es el mismo; la única diferencia, desde el punto de vista del con-

tenido del injusto, radica en el mayor o menor grado de protección con que el legislador quiere garantizarlo, hecho que se traduce en un diferente desvalor de acción, en tanto que el desvalor de resultado –esto es, la lesión del bien jurídico protegido– permanece idéntico.

Por lo tanto, es falso que haya que recurrirse al concurso de ideal de delitos cuando, por ejemplo, se presenta al cobro una letra de cambio donde se ha imitado la firma del aceptante, o se altera el valor de una finca en una escritura pública para conseguir así un préstamo, por la única razón de que se han lesionado dos bienes jurídicos diferentes. Esto también sucede si lo alterado resulta ser una factura, presentada al cobro mediante domiciliación bancaria, o una nómina, como garantía para la obtención del préstamo. Y, sin embargo, aquí se afirma con rotundidad que sólo hay un delito, bien el de falsedad, bien el de estafa, según resulte de la aplicación de las reglas del concurso de leyes. ¿Qué circunstancia puede lograr que la solución sea tan dispar, cuando en realidad se demuestra que la única diferencia estriba en la clase de documento elegida por el sujeto para lograr su propósito defraudatorio? Evidentemente no resulta serio el hecho de que la pena pueda depender de un dato tan aleatorio en la práctica como ése.

Esto sirve para poner de manifiesto dos ideas importantes: en primer lugar, no todos los casos de conflicto entre un delito de falsedad documental contenido en el art.

es falso que haya que recurrirse al concurso de ideal de delitos cuando, por ejemplo, se presenta al cobro una letra de cambio donde se ha imitado la firma del aceptante, o se altera el valor de una finca en una escritura pública para conseguir así un préstamo, por la única razón de que se han lesionado dos bienes jurídicos diferentes

395 C.P. y el de estafa son solucionables por la técnica del concurso de leyes; y, en segundo lugar, es cierto que entre los delitos de falsedad documental recogidos en los arts. 390 y 392 C.P. se plantea un problema concursal cuando acontece un perjuicio económico, pero ello no significa necesariamente que éste sea "ideal".

Respecto a la primera idea, ya se ha indicado con anterioridad que sólo en aquellos supuestos en los que la utilización del documento privado falso se presente como el único mecanismo viable para la obtención del perjuicio ilícito, podrá admitirse la presencia de un conflicto aparente de leyes, donde la estafa consume a la falsedad, en la medida en que aquí ésta no es más que el "engaño bastante" al que alude el art. 248 C.P.; pero a esta solución obligan los principios de legalidad y del *non bis in idem* ya que en realidad el desvalor que conlleva la obtención del lucro en la estafa, coincidente con el perjuicio exigido en el tipo de falsedad en documento privado, encuentra suficiente respuesta punitiva en el ámbito de la estafa. Castigar además por el delito de falsedad —aunque sea con la regla de asperación del art. 77 C.P.— sería desvalorar dos veces una misma y única conducta. Fuera de estos casos, es decir, cuando el documento privado falso sea un elemento más de los que componen toda la parafernalia de la puesta en escena del estafador a fin de conseguir el engaño, no resulta de recibo esta solución, entre otras importantes razones, por el hecho de que la lesión del bien jurídico "patrimonio" no conlleva en sí misma la del bien jurídico "funcionalidad del documento". No se justifica, por lo tanto, una solución distinta a la prevista tradicionalmente para los casos de concurrencia entre la estafa y una falsedad en otra clase de documento, que no sea privado.

Sólo resta determinar con claridad si en estos casos hay un sólo "hecho" o varios, en definitiva, si hay unidad o pluralidad de acción.

Sobre esta cuestión se han vertido muy diferentes opiniones las cuales tenían su fundamento en el mismo art. 71 del anterior C.P., tradicionalmente referido al concurso ideal delitos⁷³, y que se reproduce en su totalidad en el art. 77 del actual Código. En el mencionado precepto se hayan dos supuestos de hecho bien diferenciados pero a los que, no obstante, se les concede un mismo tratamiento penal⁷⁴: el primero de ellos se concreta en la existencia de un solo hecho constitutivo de dos o más delitos, identificado como la esencia del concurso ideal de delitos.

El segundo presenta más complicaciones. Su presupuesto parte de dos delitos vinculados entre sí por una relación medial: la referencia expresa a la efectiva existencia de dos delitos, por un lado, y su equiparación al anterior supuesto, por otro, provocan serias dudas en orden a su naturaleza jurídica, identificada a la del concurso ideal por parte de la doctrina penal más antigua, pero actualmente interpretada conforme al concurso real de delitos por la mayoría de los autores⁷⁵. Este hecho tampoco encuentra su debido reflejo en el ámbito jurisprudencial donde se mantiene una confusa doctrina entorno al concurso medial, definido unas veces como ideal y otras como real⁷⁶.

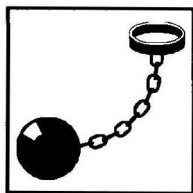
Dentro de esta compleja situación se ubica la problemática planteada en torno a la relación concursal entre falsedad documental y estafa; podría afirmarse, incluso, que dicha relación se convierte en el ejemplo paradigmático donde tiene su reflejo toda esta ardua cuestión dogmática⁷⁷. En efecto, la falsificación de un documento, su posterior utilización, a raíz de lo cual se produce un engaño en un tercero, quien, incurriendo en error, realiza una determinada disposición patrimonial, que le ocasiona un per-

juicio económico se constituye en el esquema de actuación de la mayoría de los estafadores que operan en el ámbito de cualquier relación económica. Aquí, la falsificación del documento puede operar de dos maneras diferentes: bien como punto central donde se fundamente el engaño constitutivo de la estafa, hecho que tendría lugar, por ejemplo, en la falsificación de una letra de cambio, o de un cheque, donde precisamente es la alteración de estos documentos lo que permite al estafador obtener su ventaja patrimonial a través de su descuento bancario o de su presentación al cobro; o bien, como un punto de apoyo del engaño, en donde el documento falso no serviría más que para corroborar o "sustentar" la puesta en escena montada por el estafador, tal como sucede en las estafas de crédito, en la estafa procesal, donde se aportan como prueba documentos falsificados, en las estafas inmobiliarias, mediante la presentación de una documentación ficticia respecto a la legalidad de la urbanización o de las condiciones de construcción del inmueble.

Aunque pueda parecer sutil, sin embargo, el sentido de la falsificación es distinto en cada uno de estos supuestos, porque no actúa de igual forma respecto a la consecución del engaño y del respectivo perjuicio patrimonial. En el primer caso, falsificación documental y estafa quedan confundidas en un mismo hecho desde el mismo momento en que parte del hecho integrante del delito de estafa —el engaño— se identifica totalmente con el presupuesto de la acción típica de otro delito, el de falsedad documental —la presentación del documento falso. En cambio, esa unidad de hecho no concurre con tanta claridad en el segundo grupo de casos en los que el engaño perseguido por el sujeto se ha conseguido, entre otras causas, mediante el empleo de un documento falso, hecho de por sí constitutivo de delito⁷⁸. Pero lo importante aquí es que tal circunstancia depende del caso concreto y, sobre todo, del plan criminal; en definitiva, la falsedad documental no es más que un delito-medio, entre otros posibles, elegido para ejecutar un delito-fin, la estafa.

No obstante, y como dato común a ambas posibilidades, es preciso tener en cuenta que el engaño en el ámbito de la estafa ha de ser capaz de generar un error en la persona que ha de realizar la disposición patrimonial. El error es, pues, el elemento que permite imputar objetivamente el resultado —perjuicio— a la conducta típica —engaño—; dentro de este esquema la falsedad documental debe de situarse en un momento anterior a la provocación del error, si se quiere admitir como parte del engaño en la estafa, de tal manera que si tal circunstancia no se diera, esto es, el sujeto frente al cual actúa el estafador ya ha incurrido en el error, y por lo tanto, está dispuesto a efectuar la disposición patrimonial, la falsedad documental automáticamente quedaría excluida del núcleo de la conducta típica en la estafa. Esto tiene lugar, por ejemplo, en el caso del cajero del banco que, dejándose impresionar por la presencia y los comentarios del estafador, procede a abonarle el cheque que éste le presenta, sin advertir la falsificación de la firma; o en el de los adquirentes de un supuesto apartamento, a los que, una vez que efectúan la entrega de la entrada inicial del precio, reciben a cambio una documentación falsa respecto a la cuenta bancaria en la que se ha depositado tal importe. La falsedad no es, desde este punto de vista, parte del engaño, ni tampoco un mecanismo de ayuda para conseguirlo, sino un elemento ajeno que contribuye a afianzar el error ya obtenido.

Con esto se pone de relevancia que no resulta del todo indiferente al tema concursal el momento concreto en el



PENAL

que se produce el error, consecuencia del engaño, porque de ello va a depender que en la ejecución de la estafa disfrute de algún papel la falsedad documental. Pero un hecho es indudable: si el error ya se

produjo, y en ello la falsedad no tuvo relevancia alguna, necesariamente habrá que admitir un concurso real de delitos, sancionado conforme a la regla del art. 73 C.P. –art. 69 en el anterior C.P.–.

Resulta necesario centrarse más detenidamente en el estudio de cada uno de estos supuestos.

2.1. Supuestos de identidad parcial entre estafa y falsedad documental

En el primer grupo de casos se afirma la existencia de un concurso ideal de delitos, pero llegar a tal conclusión es consecuencia de una concreta concepción de la teoría del concurso, que concibe a la “unidad de hecho” como unidad de acción típica, contemplada desde la perspectiva que ofrece la descripción de las conductas contenidas en los tipos penales en cuestión, donde el resultado carece de eficacia real a la hora de admitir el concurso⁷⁹ y en donde lo verdaderamente decisivo es la necesidad de proceder a una desvaloración conjunta del hecho en su globalidad, considerado como única forma posible de atender a la lesión o puesta en peligro de los varios bienes jurídicos afectados⁸⁰.

En definitiva, el concurso ideal presupone un hecho unitario⁸¹, susceptible de ser descompuesto en varios tipos penales, que disfrutan de la autonomía ofrecida por la protección de los respectivos bienes jurídicos garantizados en cada uno. Así, por ejemplo, sucede en las lesiones inferidas a una autoridad o en la presentación de un cheque falsificado para su cobro. En estos casos la finalidad que guía al sujeto, en definitiva, el plan del autor, sirve también para dotar de un sentido unitario a su actuación y, en opinión de la mayoría de los autores, es uno de los datos que sirve para justificar la existencia de una acción unitaria⁸².

Es por ello posible hablar de una unidad de acción en todos aquellos casos en los que la falsificación del documento es, tanto desde el punto de vista del plan delictivo, como desde la perspectiva ex-post que ofrece el análisis de los hechos efectivamente realizados, la conducta engañosa, parte de la conducta típica del delito de estafa, complementada naturalmente por la disposición patrimonial del sujeto pasivo, la causación de un perjuicio y la intención de lucro del sujeto activo. Aquí la identidad entre dicha conducta típica de falsificación y la del engaño requerido en la estafa, es total, a pesar de la identidad parcial existente entre los tipos delictivos en cuestión⁸³, lo cual no excluye esa unidad típica de acción, pero tampoco elimina la pluralidad de delitos por cuanto es necesario, si se quiere valorar totalmente el efectivo alcance de dicho hecho, atentatorio tanto de la funcionalidad del documento, en cuanto delito de falsificación documental, como del patrimonio, en cuanto delito de estafa⁸⁴.

Quizás pueda objetarse a esta interpretación que, en realidad, y desde un punto de vista naturalístico, se ejecutan varios actos, los cuales constituyen, a su vez, el contenido de otros tantos tipos penales; esto es, por un lado, se sitúa la falsificación del documento –art. 390, 392 ó 395–, su utilización –art. 393 ó 396–, y por otro, se encuentra la estafa –art. 248–. Tendría lugar lo que la doctrina alemana conoce como *unidad jurídica de acción* constituida por varios tipos unidos entre sí en forma de abrazadera, donde “la relación del concurso ideal puede proceder de que dos acciones en sí mismas independientes se hallen a su vez en concurso ideal con una tercera, de modo que sólo coincidan en ese punto”⁸⁵. En el supuesto planteado, la utilización del documento actuaría de abrazadera respecto a los tipos de falsedad y estafa. Sin embargo, y sin rechazar la conclusión a la que se llega, que, en definitiva, es admitir el concurso ideal de delitos, es preciso rechazar tal planteamiento por varias razones: en primer lugar, porque la falsedad de uso tipificada en los art. 393 y 396 tiene como presupuesto básico, según doctrina mayoritaria, la no coincidencia del sujeto activo con el de los delitos de false-

dad *strictu sensu*, ello significa que su aplicación será posible en tanto y en cuanto quien haga uso del documento falso no haya tenido intervención alguna en la falsificación de éste⁸⁶. De ahí que entre ambos tipos se plantea en realidad un concurso de leyes a resolver por el principio de subsidiariedad.

Con ello se rechaza también la consideración del uso del documento como un acto posterior impune⁸⁷; si la característica fundamental de

estos actos consiste en su carácter típico e independiente del acto principal, pero cuyo desvalor, no obstante, se considera completamente subsumido por el de éste, porque dicho acto no representa una mayor lesión del bien jurídico protegido, en el ámbito de la falsificación documental⁸⁸; las llamadas falsedades de uso son efectivamente tipos diferentes pero cuya aplicación es posible siempre que no haya una identificación entre el sujeto autor de la falsedad y el de la utilización del documento⁸⁹. Es por ello que este tipo penal es aplicable sólo cuando no proceda sancionar la conducta conforme a uno de los tipos de falsificación en sentido estricto.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, porque cuando es el propio falsificador quien hace uso del documento, al no ser dicho acto constitutivo de otro ilícito penal, su naturaleza coincide con la de un acto de agotamiento del delito de falsedad dado que la misma conducta típica de falsificación exige un elemento subjetivo del tipo concretado en la intención de utilizar el documento; concebir de otra manera el acto de uso del documento sería ir contra la misma naturaleza del delito falsario⁹⁰. Está claro que nadie falsifica un documento para guardarlo en el baúl de los recuerdos, dicha conducta es absolutamente atípica.

Por todo esto, el uso del documento no sirve de abrazadera a los tipos de falsedad y estafa. La falsificación del documento y su posterior uso, a raíz de lo cual se

el uso del documento no sirve de abrazadera a los tipos de falsedad y estafa. La falsificación del documento y su posterior uso, a raíz de lo cual se produce un perjuicio patrimonial sigue siendo una única acción, la cual es susceptible de descomposición en dos conductas típicas,

produce un perjuicio patrimonial sigue siendo una única acción, la cual es susceptible de descomposición en dos conductas típicas, de donde una de ellas se identifica parcialmente con uno de los elementos típicos que componen, a su vez, la conducta descrita en otro tipo penal distinto⁹¹.

Queremos también poner de manifiesto cómo en la práctica la falsificación de determinado tipo de documento, especialmente aquellos que, como los títulos valores, incorporan en sí mismos el reconocimiento de una determinada deuda, ajena a la relación jurídica de la que haya podido surgir, difícilmente será objeto de un único delito de falsificación, comprendido en el art. 392, ya que su carácter eminentemente económico normalmente traerá como consecuencia la lesión de un patrimonio ajeno, lo que indudablemente nos reconduce al delito de estafa, en el que su ejecución mediante este tipo de documento se contempla expresamente como un tipo agravado en el art. 250, 3º C.P.⁹². Es aquí donde adquiere sentido la aplicación del primer inciso del art. 77 C.P.⁹³, pero quizás este hecho debiera gozar de una mejor solución, la cual podría venir por una tipificación distinta de estos delitos falsarios, donde ya se tuviera en cuenta la naturaleza jurídico-económica tan peculiar de esta clase de documentos⁹⁴.

2.2. Supuestos de concurso medial entre estafa y falsedad

Aunque a efectos de determinación de la pena carezca de importancia, difiere de los casos anteriores la naturaleza dogmática del supuesto contenido en el segundo inciso del art. 77 C.P.; también, de manera distinta deben de interpretarse los supuestos en los que la falsificación del documento no es como tal el engaño constitutivo de la estafa, sino un complemento o parte del mecanismo ideado por el sujeto para lograr la disposición patrimonial de su víctima. A este respecto, es merecedora de crítica la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, dejándose llevar por una visión formal de las falsedades, concedía un mismo tratamiento a supuestos diferentes, calificándolos todos, indistintamente, como casos de concurso ideal de delitos, ya sea del primer o segundo inciso del art. 71, 1º del anterior C.P.⁹⁵.

La doctrina actual, prácticamente con carácter mayoritario, ha superado ya las viejas interpretaciones que sobre el llamado *concurso medial* realizaron los clásicos⁹⁶. Éstos se enfrentaron ante el dilema que suponía un mismo régimen de determinación de la pena para supuestos donde claramente se apreciaba un concurso ideal, y para otros caracterizados por la realización de varios delitos, unidos entre sí por el hilo conductor que representa una relación medio-fin, razón que justificaba una única pena⁹⁷. Así llegaban a la conclusión de que bajo esta modalidad se hallaban todos aquellos casos en los que un hecho delictivo formaba parte, a su vez, de otro más amplio, donde precisamente tanto esta identidad –que también hacía factible reconocer una unidad de hecho– como el vínculo teleológico característico de los delitos concurrentes, permitía calificarlos también como constitutivos de un concurso ideal de delitos⁹⁸. En la actualidad una más correcta interpretación de cada uno de los incisos del art. 77 C.P. lleva a concluir que, en realidad, el concurso medial no es más que un supuesto de concurso real, donde el legislador ha estimado conveniente conceder un trato penal más benévolo, que el acogido en el art. 73 C.P. para otras modalidades de concurso real, a aquellas situaciones donde, hallándose una pluralidad de actos delictivos, éstos se encuentran unidos entre sí por una determinada conexión teleológica⁹⁹.

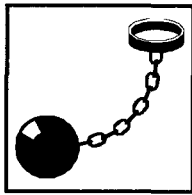
habrá que tener en cuenta que no siempre que exista una falsedad documental, va a ir seguida de una estafa, o viceversa

En el centro de toda esta polémica se sitúa la relación concursal entre la falsedad y la estafa, a la cual se ha recurrido a modo de ejemplo indistintamente tanto del concurso ideal, al afirmarse que hay unidad de acción por identidad parcial de las acciones típicas¹⁰⁰, como del concurso real-medial, cuando se considera que un delito –el de falsedad– sirve como instrumento para la ejecución del otro –la estafa–, luego hay una pluralidad de acciones¹⁰¹. Pero, en realidad, el núcleo de esta cuestión no consiste en diferentes interpretaciones de un mismo caso, sino, más bien, en la existencia de supuestos diferentes donde es posible admitir cada una de estas soluciones. En definitiva, si se considera que toda relación concursal es necesaria analizarla desde una perspectiva ex-post¹⁰², una vez que se ha ejecutado el hecho, cabe perfectamente admitir que entre la estafa y la falsedad puede constituirse tanto un supuesto de concurso ideal como de concurso medial; la solución última dependerá del análisis particularizado de cada caso¹⁰³.

Para reforzar esta afirmación no basta más que acudir al contenido con el que se dota a la exigencia de que un delito “sea medio necesario” para realizar el otro. Ya se ha manifestado que es esta relación de necesidad el fundamento del privilegio punitivo frente al resto de los supuestos de concurso real. De ahí que adquiriera relevancia especial la determinación de cuándo cabe admitir dicha relación. La doctrina, a este respecto, es unánime al destacar que esa “necesidad” ha de comprobarse en el caso concreto¹⁰⁴, dependiendo, por lo tanto, de los hechos particulares donde se verifique que un delito no podría haberse cometido sin la concurrencia del otro. No se puede estar en desacuerdo con dicha interpretación. Pero, aún más, la existencia de determinadas figuras delictivas caracterizadas por constituirse en delitos instrumentales a los efectos de la ejecución de otros, –donde, sin duda las falsedades, en cualquiera de sus modalidades, documentales o personales, son el ejemplo más característico–, no tiene porqué suponer siempre la afirmación de una concurrencia medial de delitos¹⁰⁵, simplemente por el hecho de que, gracias a la identidad parcial entre los tipos en cuestión, en la práctica uno de esos delitos aparezca como el medio más idóneo para la consecución del otro¹⁰⁶.

Ante tales circunstancias, debe reclamarse la misma solución que se daría cuando el delito-medio carece normalmente de esa naturaleza instrumental; piénsese, por ejemplo, en el allanamiento de morada como medio para realizar una violación, o en la denuncia falsa para lograr una detención ilegal. Los supuestos pueden ser tan variados como la misma práctica delictiva, es labor del juzgador establecer si en estos casos efectivamente uno de estos delitos era el medio necesario para lograr el otro, de tal manera que sin la concurrencia del primero (delito-medio), el segundo delito (delito-fin) en dicho supuesto concreto no se hubiera realizado. Cuando no sea posible afirmar esta relación, habrá que concluir considerando que existen varios delitos en concurso real¹⁰⁷.

En la cuestión que nos ocupa habrá que tener en cuenta que no siempre que exista una falsedad documental, va



PENAL

a ir seguida de una estafa, o viceversa¹⁰⁸. Las estafas inmobiliarias¹⁰⁹ o los casos de estafa de crédito¹¹⁰ se caracterizan, desde el punto de vista ofrecido por su dinámica ejecutiva, por venir refor-

zado el engaño gracias al empleo de documentación falsa, en tanto que posibilita un mayor grado de credibilidad al estafador¹¹¹. Aquí plásticamente se utiliza un engaño para lograr otro, todo ello ejecutado evidentemente en base a un mismo plan criminal, pero no por eso con unidad de acción. De ahí deriva la diferente naturaleza de estos casos frente a los anteriores donde se podía afirmar que el engaño *falsario* era el engaño *estafador*, ambos identificados plenamente en unidad de hecho. Cuando la estafa hubiera podido ejecutarse sin necesidad de la falsedad documental, carece de sentido admitir la aplicación del art. 77, segundo inciso, C.P. puesto que el supuesto de hecho que determina su ámbito de vigencia sencillamente no existe —no hay un delito *medio necesario* para cometer otro—; procederá, en cambio, sancionar conforme a la regla más gravosa del concurso real de los art. 73 y 76 C.P., ya que el sujeto ha ejecutado una pluralidad de hechos constitutivos de varios delitos.

III. CONCLUSIONES

- Los delitos de falsedad documental, en cualquiera de sus diferentes tipos, y estafa se constituyen en figuras delictivas autónomas e independientes, desde el momento en que sus respectivos tipos de injusto contienen un desvalor propio referido a la lesión del bien jurídico protegido en cada uno de ellos. Este dato debe ser considerado de vital importancia a la hora de dilucidar la solución más correcta para los casos de colisión entre ambas figuras.
- Por esta circunstancia, no puede ofrecerse una respuesta al problema concursal a priori y de carácter general, ya que, ante todo, deberá tenerse presente la forma concreta en la que se presentan los hechos objeto de enjuiciamiento, siendo el plan del autor y la descripción típica de estos delitos los criterios que, junto con la lesión del bien jurídico, deben determinar la admisión de un concurso de leyes o de delitos.
- Cuando la falsificación de un documento privado se presente como el único medio factible para lograr el perjuicio patrimonial, característico en el delito de estafa, éste absorbe el desvalor del injusto del delito falsario, porque la intención de lucro de la estafa consume el ánimo de causar un perjuicio exigido en el art. 395 C.P. Esta solución será viable en tanto que no suponga una pena privilegiada para el autor de la estafa y de la falsificación.
- Fuera de estos casos, la necesidad de garantizar los bienes jurídicos que resultan lesionados mediante estas conductas inclinará la solución a favor del concurso de delitos, el cual será ideal o real (incluyendo en este grupo aquellos casos de concurso medial) en función del vínculo teleológico que una la ejecución de la falsedad respecto de la estafa. Cuando el documento se presente como el objeto sobre el que recae el engaño propio de la estafa, cabrá entender que estamos ante un concurso de ideal de delitos, dada la identidad que se produce con el engaño falsario, circunstancia que tiene lugar en unidad de acción. En cambio, si la falsedad no es más que un punto de apoyo para lograr con-

solidar el engaño en la estafa, siempre habrá un concurso real de delitos, cuya pena dependerá de si el delito de falsedad documental presenta un carácter indispensable o no a los efectos de ejecutar la estafa. Esto es, si es un delito necesario se aplicará lo dispuesto en el art. 77 C.P., y si no es así, corresponderá determinar la pena según lo establecido en los art. 73 y 76 C.P.

- No obstante, esta regla tendrá sentido siempre que el error motivado por el engaño, en el que interviene la falsedad documental, se haya producido con posterioridad. Cuando el error es anterior al empleo del documento falso, habrá que admitir un concurso real de delitos entre la estafa y la falsedad.
- El uso del documento falso no puede considerarse como un acto posterior impune. Este hecho queda subsumido por la misma falsedad al ser un acto de agotamiento de este delito. Sólo tendrá sentido la aplicación de este tipo cuando el sujeto que usa el documento no ha tenido participación en la falsedad. En base a esto, el tipo de utilización de documento falso y el de falsedad de documento dan lugar a un concurso de leyes a solventarse por el principio de subsidiariedad.

NOTAS

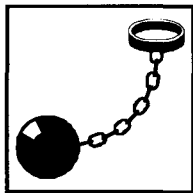
- 1 Como es sabido, recientemente se ha aprobado en España un nuevo Código Penal (ley orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal, BOE nº 281, de 24 de Noviembre de 1995). Originariamente este artículo fue concebido y redactado durante la vigencia del Código ahora derogado, pero consideramos que la situación en torno a este tema en nada ha cambiado sustancialmente, por lo que mantenemos íntegro el texto original, añadiendo, eso sí, las oportunas referencias al que ya es nuestro nuevo Código Penal.
- 2 El concurso de delitos encuentra su solución legal en el art. 77 C.P., mientras que el concurso de leyes la tiene en el art. 8 C.P. Desde un punto de vista sistemático, el legislador ha querido superar las trabas que representaban los art. 68, 69 y 71 de nuestro anterior Código Penal, donde se acogían, respectivamente, el concurso de normas, y el concurso de delitos, tanto en su vertiente de concurso real como ideal, este último especialmente previsto en el art. 71 C.P. A este respecto, véase, por todos, MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1993, pág. 405 y ss. Excepción a este tratamiento generalizado la constituye BACIGALUPO, *Principios de derecho penal. Parte general*, Ed. Akal, 2ª ed., Madrid, 1990, pág. 274-275 y 277, para quien el art. 68 C.P. se refiere al concurso ideal de delitos, mientras que el art. 71 C.P. acoge el supuesto de consunción como forma de solucionar el concurso aparente de leyes. Con la regulación que presenta el nuevo código, quedan perfectamente deslindados los casos del llamado concurso de normas —o, también de leyes—, que pasan a ser tratados como un problema de interpretación de la norma penal, frente al concurso de delitos que, de manera terminante, se incluye en el ámbito de determinación de la pena.
- 3 A este respecto no puede olvidarse la polémica suscitada entorno a la naturaleza jurídica del concurso. Respecto del llamado concurso de leyes no existe duda en considerarlo como un problema de interpre-

tación de la norma penal, en donde la posible confluencia de varios tipos penales a la hora de calificar un hecho no deja de ser sólo aparente puesto que únicamente una de las disposiciones en pugna será la aplicable al caso. De ahí que el concurso de leyes sea tratado doctrinalmente en el ámbito de la interpretación de la ley penal. En este sentido, véase RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, Ed. Dykinson, 14ª ed., Madrid, 1990, pág. 194 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, Manual de derecho penal. Parte general, Ed. Ariel, 3ª ed., Barcelona, 1989, pág. 80-81; ANTON ONECA, Derecho penal, Ed. Akal, 2ª ed., Madrid, 1986, pág. 488; COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, Derecho penal. Parte general, Ed. Tirant lo blanch, 3ª ed., Valencia, 1990, pág. 133 y ss.; QUINTERO OLIVARES, Introducción al derecho penal. Parte general, Ed. Barcanova, Barcelona, 1981, pág. 280; MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 405; SANZ MORAN, El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986, pág. 191. De distinta naturaleza se presenta el concurso de delitos, el cual, en la actualidad se encardina en el ámbito de la determinación de la pena, a diferencia de su tratamiento dogmático clásico en donde el concurso se estudiaba, sin aparente justificación, como último tema dentro de la teoría general del delito y antes de las consecuencias jurídicas del mismo. Este cambio de perspectiva constituye un avance importante en esta materia la cual por fin encuentra una ubicación más acorde con su regulación legal. Véase a este respecto, QUINTERO OLIVARES, Derecho penal. Parte general, Ed. Marcial Pons, 2ª ed. reeditada, Madrid, 1992, pág. 635; MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, o.u.c., pág. 406; QUINTANO RIPOLLES, Comentarios al Código Penal, Ed. Revista de derecho privado, Madrid, 1966, pág. 374. No obstante, COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, o.u.c., pág. 591, sitúan la teoría del concurso dentro de las formas de aparición del delito, indicando que “estudia las relaciones entre la valoración jurídica y su objeto desde el punto de vista de la unidad y de la pluralidad”.

- 4 RODRÍGUEZ RAMOS, Reflexiones sobre el delito de falsedad en documento mercantil, en Poder Judicial, 2ª época, nº 11, 1988, pág. 108-109; GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pág. 271-272; BENEYTEZ MERINO, Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias del art. 302 del C.P., en BENEYTEZ MERINO, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, LUZON CUESTA, SOTO NIETO, VARGAS CABRERA, Las falsedades documentales. Libro homenaje a Enrique Ruiz Vadillo, Ed. Comares, Granada, 1994, pág. 75.
- 5 Paradigma de esta concepción de las falsedades es la postura mantenida por VON LISZT, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21/22 Auflage, Walter de Gruyter Verlag, Berlín/Leipzig, 1919, pág. 512-513.
- 6 Ésta es la posición mantenida por los clásicos italianos, asumida posteriormente por los españoles. Véase a este respecto, CARRARA, Programa de derecho criminal, parte especial, Vol. VII, Tomo 9, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Ed. Temis/Depalma, 4ª ed., Bogotá/Buenos Aires, 1977, § 3680, pág. 313 y ss.; CARNELUTTI, Teoría del falso, Ed. Cedam, Padova,

1935, pág. 37-38; GROIZARD, El Código Penal de 1870 concordado y comentado, tomo III, Ed. Sucesores de J. A. García, 2ª ed., Madrid, 1911, pág. 771.

- 7 GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, Op. cit., pág. 129 y ss.
- 8 Estos preceptos sustituyen a los anteriores art. 302 a 305 del anterior Código Penal, pero lejos de representar una total ruptura con la tradicional tipificación de estos delitos, es necesario advertir que, salvo alguna que otra innovación –por otro lado, insignificante– el legislador se limita a simplificar la larga lista de supuestos que contenía el art. 302, reduciéndola de una manera totalmente arbitraria y asistemática, no aportando nada nuevo, y, más bien, reproduciendo los mismos problemas que ya planteaban los art. 302 y ss. del anterior C.P.
- 9 A este respecto, CASAS BARQUERO, El delito de falsedad en documento privado, Ed. Bosch, Barcelona, pág. 42 y ss.; QUINTERO OLIVARES, Sobre la falsedad en documento privado, en Revista jurídica de Cataluña, nº 1, 1976, pág. 56.
- 10 Se asume en este tema la definición que sobre el *desvalor de resultado* ofrece HUERTA TOCILDO, Sobre el contenido de la antijuricidad, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 24, quien indica que “desvalor de resultado no debe identificarse con desaprobación del resultado externo sino con desaprobación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico derivada de la conducta típica”.
- 11 En este marco hay que situar aquella visión del delito de falsedad que o analiza como delito pluriofensivo propugnada por ANTOLISEI, Manuale di Diritto penale, parte speciale, Tomo II, Dott. A. Giuffrè Editore, 9ª ed. (a cura di Luigi Conti), Milano, 1986, pág. 572 y ss., quien, empleando como criterio de delimitación de la falsedad relevante penalmente el criterio del daño o del peligro de que éste se produzca, considera que el delito de falso encierra su estructura cuando, además de constatare la ofensa del bien jurídico tutelado expresamente, tiene lugar sucesivamente la ofensa de otro bien, que es puesto, al menos, en peligro al afectarse con la falsedad la integridad del medio de prueba, el documento. En esta misma línea, BOSCIA, Della falsità in atti. Esposizione sistematica della Giurisprudenza. Dizionario degli atti pubblici e privati, Donato Editore, Bari, 1972, pág. 9; DE MARSICO, Il dolo nei reati di falsità in atti, en Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari, Casa Editr. Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1938, pág. 440-441; CARRARA, Programa, Op. cit., § 3719, pág. 355; MAGGIORE, Derecho penal, parte especial, Vol. III, traducción de la 4ª ed. de José J. Ortega Torres, Ed. Temis, Bogotá, 1972, pág. 562.
- 12 Nuestra jurisprudencia introduce el elemento del daño a través de la misma definición de la conducta falsaria, la cual es identificada con la alteración de un elemento esencial del documento, pero relacionando el concepto de esencialidad con la *potencialidad* del objeto alterado para causar un daño o perjuicio a los intereses de terceros. Tal sucede en las SSTs 21.4.1980, 4.4.1984, 6.3.1986, 30.5.1986, 24.4.1987, 25.11.1987, 7.11.1989. Tampoco faltan sentencias donde expresamente se afirma el carácter patrimonial del perjuicio, tales como 21.4.1980, 30.5.1986. Como resumen de toda esta complicada y poco clara elaboración jurisprudencial puede transcribirse la STS 30.5.1986: “Bajo



PENAL

la rúbrica general "De las falsedades" el Código Penal prevé y sanciona en el título III del libro II, una variada gama de actuaciones cuya finalidad radica en alterar la verdad con el resultado de

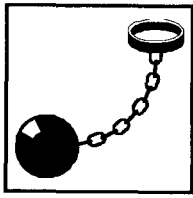
una falsa apariencia, reprochando penalmente y en abstracto como falsedad, el cambio, modificación o sustitución voluntaria de formas genéricas de actos que hayan de mostrar su eficacia en el ámbito del Derecho, lo que la sección 1ª del capítulo IV de aquel título, en marco más concreto regula como falsificación de documentos... cuando ésta altera material o ideológicamente la verdad en documento de aquella naturaleza mediante la mutación de su esencia, genuinidad o certeza de la prueba preconstituida, invirtiendo sus extremos trascendentes, con variación de la eficacia que debían desarrollar dentro de la seguridad del tráfico jurídico o económico al que van dirigidos, *aunque con tal actividad no se persiga lucro*, porque la incriminación se determina por el grave quebranto del interés público y las garantías de veracidad que estos documentos han de poseer en el campo de las relaciones colectivas, presumiéndose que *la alteración es esencial cuando los cambios de verdad realizados intencionalmente van destinados a la causación de un daño o fraude patrimonial*".

- 13 RODRÍGUEZ RAMOS, Reflexiones..., Op. cit., pág. 110.
- 14 RODRÍGUEZ RAMOS, o.u.c., pág. 110.
- 15 En este sentido se manifiesta una copiosa jurisprudencia, entre las que se pueden citar: SSTS 21.5.1980, 22.9.1980, 24.9.1980, 29.12.1980, 17.2.1981, 23.5.1981, 5.11.1981, 12.2.1982, 10.5.1982, 27.9.1982, 31.1.1983, 3.4.1984, 2.1.1986, 21.1.1986, 27.1.1986, 6.2.1986, 24.4.1987, 1.7.1987, 22.10.1987, 14.3.1988, 7.7.1989, 20.9.1989, 17.10.1989.
- 16 Véanse entre otras SSTS 4.2.1982, 26.9.1983, 15.10.1984, 10.6.1986, 30.9.1986, 3.7.1987, 12.11.1987, 24.3.1988, 20.7.1988, 5.7.1989, 14.11.1989, 14.12.1989.
- 17 RODRÍGUEZ RAMOS, Reflexiones..., Op. cit., pág. 108; ROMEO CASABONA, Poder informático y seguridad jurídica. La función tutelar del derecho penal ante las nuevas tecnologías de la información, Ed. Fundesco, Madrid, 1988, pág. 83; GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, Op. cit., pág. 34.
- 18 GARCÍA CANTIZANO, o.u.c., pág. 34-35.
- 19 A este respecto resulta interesante lo dispuesto en el art. 1170 del Código Civil: "La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado".
- 20 Esto se pone de manifiesto en la STS 2.3.1984 citada por VILA MAYO, Consideraciones acerca del engaño en la estafa, en La ley, 3, 1984, pág. 967. Véase también, LUZON CUESTA, Las falsedades en documentos mercantiles, de identidad y certificados, en Libro homenaje a Enrique Ruiz Vadillo, Op. cit., pág. 132 y ss., quien realiza una exhaustiva relación de casos en los que se procede a la alteración de documentos mercantiles de esta naturaleza.
- 21 PUIG PEÑA, Derecho penal. Parte especial, Tomo II, Mateu Cromo Artes Gráficas S.A., Madrid, 7ª ed.,

1988, pág. 186, afirma que, precisamente durante la vigencia del Código Penal de 1932 era éste uno de los argumentos que se ofrecían para admitir la existencia de un único delito de falsedad y, gracias a ello, darle un sentido lógico al art. 323 contenido en dicho Código, relativo a un supuesto especial de falsedad lucrativa, donde se establecía que "cuando sea estimable el lucro que hubieren reportado o se hubieren propuesto los reos de falsificación penados en este título, se les impondrá una multa del tanto al triplo del lucro".

- 22 Véase a este respecto GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, Op. cit., pág. 268 y ss.
- 23 En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, El delito de estafa, en Comentarios a la legislación penal, Tomo V, Vol. 2º, La reforma del Código Penal de 1983, Ed. Edersa, Madrid, 1985, pág. 1166, quien alude a la doctrina de la *mise en scène* francesa a la hora de definir el alcance del engaño como elemento del tipo de injusto en la estafa. A este respecto, ANTON ONECA, Estafa, en Nueva enciclopedia jurídica, tomo IX, 1958, pág. 61, en referencia al antiguo Código Penal francés, indica "la mentira no es, pues, un delito, porque no se debe creer fácilmente en la palabra de otro; lo que la ley proscribía es una maquinación, esto es, la combinación de hechos, el arreglo de estratagemas, la organización de ardidés, en una palabra, una *mise en scène* que tiene por fin dar crédito a la mentira y está destinada a engañar a terceros". Véase también, VALLE MUÑIZ, El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, pág. 142 y ss.
- 24 Esta afirmación es necesaria tomarla con todas las reservas, por cuanto lo único que se pretende poner de manifiesto es la concurrencia, en los supuestos mencionados, de todos los elementos que forman parte de la estructura típica de ambos delitos. Esto es, la alteración de un documento destinado a producir efectos jurídicos en el tráfico, en lo que a falsedad se refiere, y el engaño, seguido de error y disposición patrimonial, en lo tocante a estafa. Con ello no se quiere anticipar ninguna conclusión, ya que de tomarse en sentido estricto la expresión "pluralidad de delitos", excluiría como posible fórmula de solución la del concurso de leyes donde, por definición, el contenido de injusto del hecho es abarcado íntegramente por una única infracción penal, excluyendo la aplicación de otros preceptos que sólo de una manera aparente entrarían en colisión. En este sentido, JESCHECK, Tratado de derecho penal. Parte general, Vol. 1º, traducción y adiciones de derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 670; SANZ MORAN, El concurso de delitos, Op. cit., 1986, pág. 119.
- 25 STS 24.4.1987. Por todos, véase ANTON ONECA, Derecho penal, Op. cit., pág. 491.
- 26 Así por ejemplo, SSTS 23.4.1981, 5.11.1981. Véase a este respecto, MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, Ed. PPU, 3ª ed., Barcelona, 1990, pág. 731.
- 27 SSTS 10.6.1986, 24.9.1980, 29.12.1980, 12.2.1982, 10.5.1982, 27.9.1982, 31.1.1983, 3.4.1984, 27.1.1986.
- 28 Tradicionalmente, nuestros tribunales acudían al art. 68 del anterior código penal, por lo que este conflicto se solucionaba mediante la aplicación del precepto que preveía mayor pena en el caso concreto. Pueden verse a este respecto, SSTS 21.11.1984, 3.7.1987, 24.3.1988, 21.3.1989, 22.4.1989, 14.11.1989.

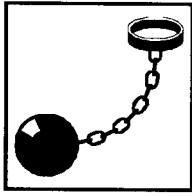
- 29 El art. 68 del anterior C.P. establecía lo siguiente: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este código, lo serán por aquél que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos.”
- 30 SSTs 3.7.1987, 24.3.1988, 14.11.1989, 14.12.1989, 22.4.1989, 22.11.1990.
- 31 A modo de ejemplo, sirve la STS 24.3.1988 donde se afirma: “La importancia que el perjuicio de tercero, o el ánimo de causárselo, cobra en esta falsedad, y su estrecha conexión con el ánimo de lucro, han servido para que la jurisprudencia haya optado, de forma decidida por rechazar el concurso medial de la falsedad en relación con la estafa, prefiriendo acudir a dicho conflicto aparente de normas y condenar tan solo de acuerdo con la infracción más gravemente penada”.
- 32 El art. 8 C.P. establece lo siguiente: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:
- El precepto especial se aplicará con preferencia al general.
 - El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.
 - El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.
 - En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.”
- 33 En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ, Manual de derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 80-81; SANZ MORAN, El concurso de delitos, Op. cit., pág. 191. Más concretamente, MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN. Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 414, señalan que es un problema de determinación del precepto penal aplicable.
- 34 En realidad, y siguiendo a MEZGER, Tratado de derecho penal, traducción de la 2ª ed. alemana (1933) y notas de derecho español por J. A. Rodríguez Muñoz, tomo II, Ed. Revista de derecho privado, Madrid, 1935, pág. 379, tanto el concurso de leyes como el de delitos parten de un mismo presupuesto común: la existencia de una unidad de acción, entendida como “varios tipos jurídico-penales”. El concepto de *unidad de acción* ha sido objeto de especial tratamiento por parte de la doctrina alemana, la cual se ha visto obligada a ello quizás por la concreta regulación que de la cuestión concursal ofrece su Código Penal. No obstante, ha sido asumida por la doctrina española quien ha intentado trasplantar tales conclusiones a nuestro sistema mediante una interpretación del término “hecho”, utilizado por el legislador español, equiparándolo al de “acción”, empleado por el alemán; lo cual, se ha puesto en duda recientemente por JOSHI JUBERT, Unidad de hecho y concurso medial de delitos, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1992 (45), pág. 617-618, quien, comparando los preceptos español y alemán relativos al tema concursal, pone de manifiesto la diferente terminología utilizada por cada uno de ellos, además de considerar que el empleo del término “hecho” resulta más adecuado a la teoría del concurso en la medida en que el contenido de este tema está formado por sucesos ya acontecidos que exigen un análisis, no del injusto —“en donde la perspectiva ex-ante resulta ser la más idónea”—, sino desde una perspectiva ex-post: “Por ello también es más adecuado el término hecho, que refleja algo ya acabado, que el de acción, que quizás pone más el acento en lo que se está haciendo, denota más la actividad”, *Ibid*, pág. 618.
- 35 MEZGER, o.u.c., pág. 379-380; QUINTANO RIPOLLES, Comentarios al Código Penal, Op. cit., pág. 374; RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, Ed. Dykinson, ed., Madrid, 1992, pág. 195; ANTON ONECA, Derecho penal, Op. cit., pág. 494; FERRER SAMA, Comentarios al Código Penal, ed. Sucesores de Nogués, 1ª ed., Murcia, 1948, pág. 282; PUIG PEÑA, Concurso de leyes penales, en *Nueva enciclopedia jurídica*, tomo IV, 1952, pág. 844; CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código Penal, tomo I, ed. Ariel, 1ª ed., Barcelona, 1978, pág. 328.
- 36 Resume esta idea JESCHECK, Tratado, Op. cit., pág. 670, quien indica: “La idea básica común de este grupo consiste en que el contenido del injusto y de la culpabilidad de una acción punible puede determinarse ya exhaustivamente conforme a una de las leyes penales que entran en consideración, por lo que desaparece toda necesidad ulterior de pena”. Véase también, BACIGALUPO, Principios de derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 274; QUINTERO OLIVARES, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 644; COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, Derecho penal. Parte general, Op. cit., nota 4, pág. 603; BUSTOS RAMÍREZ, Manual de derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 80-81; SANZ MORAN, El concurso de delitos, Op. cit., pág. 191; MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 736; PEÑARANDA RAMOS, Concurso de leyes, error y participación en el delito, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 184.
- 37 Sobre esta cuestión no hay tanta unanimidad como pudiera pensarse. Ésta existe respecto a la eficacia del principio de especialidad como máximo exponente en la solución del concurso de leyes, a pesar de la tesis de CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código Penal, Op. cit., pág. 332, quien aglutina bajo el criterio de subsidiariedad todas las categorías citadas tradicionalmente por la doctrina, al indicar que “las varias figuras legales en las que el hecho es subsumible, entran en concurso de leyes, en cuanto es suficiente una de ellas para la plena valoración jurídico-penal de la conducta, porque es voluntad de la ley el que los restantes preceptos sólo tengan aplicación para el caso de que aquél no la pueda tener”. En cambio, para QUINTERO OLIVARES, o.u.c., pág. 646, los conflictos de normas se resumen en los principios de especialidad y consunción. Más restrictivos son COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, o.u.c., pág. 133, quienes afirman que “el llamado concurso de leyes penales, o concurso aparente, o conflicto aparente de leyes penales se limita al análisis particularizado del modo de operar del principio de especialidad, en el sentido de la teoría general del Derecho (esto es, en sentido valorativo)”, para luego, y a pesar de todo, realizar un estudio singular de los principios clásicos. Por su parte, BUSTOS RAMÍREZ, o.u.c., pág. 81, reduce los principios de resolución del concurso de leyes a dos, el de especialidad y el de consunción.
- 38 A este respecto merece una especial mención la obra de PEÑARANDA RAMOS, Concurso de leyes, error y participación en el delito, Op. cit., pág. 35 y ss.,



donde analiza la configuración de este principio desde la óptica que le ofrece la existencia de una relación de interferencia y exclusión entre los tipos delictivos en colisión. A partir de aquí desarrolla

- toda una teoría bastante coherente con este planteamiento que le permite resolver los complejos casos de participación en delitos especiales impropios, negando el carácter absoluto del principio de unidad del título de imputación. Véase también la recensión a esta obra realizada por GIMBERNAT ORDEIG, Concurso de leyes, error y participación en el delito. (A propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda), en Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1992 (45), pág. 833 y ss., quien rechaza el punto de partida de PEÑARANDA RAMOS al entender inexistente la relación género a especie que media entre los art. 407 y los demás delitos contra la vida, grupo de casos en torno a los cuales se suscita toda esta polémica.
- 39 Véase a este respecto, MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 414-415; PUIG PEÑA, Concurso de leyes penales, Op. cit., pág. 845-849; COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 134-137; MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 738-741; RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho penal español, Op. cit., pág. 196 y ss.; ANTON ONECA, Derecho penal, Op. cit., pág. 495-497; SANZ MORAN, El concurso de delitos, Op. cit., pág. 122-127; JESCHECK, Tratado, Op. cit., pág. 672 y ss.; CUELLO CONTRERAS, La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (II), en Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1979 (32), pág. 468; PEÑARANDA RAMOS, Concurso de leyes, error y participación en el delito, Op. cit., pág. 185-186.
- 40 Según PUIG PEÑA, o.u.c., pág. 848, "es aquel que interviene autorizando al juzgador para que en el caso de que dos normas penales disciplinen el mismo hecho con igual valoración punitiva de los acontecimientos, pueda aquél aplicar indistintamente cualquiera de estas normas a su elección". Véase también, SANZ MORAN, o.u.c., pág. 126-127 y 194; CUELLO CONTRERAS, o.u.c., pág. 469. Este principio ha sido objeto de numerosas críticas basadas ante todo en su vaguedad y en la regla de determinación de la pena contenida en el art. 68 C.P., que algunos autores han identificado como la consagración legal del mismo. Esta es la línea interpretativa seguida por MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, o.u.c., pág. 415-416; RODRÍGUEZ DEVESA, o.u.c., pág. 202; ANTON ONECA, o.u.c., pág. 496. Especialmente crítico con el criterio de la alternatividad se muestra CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código Penal, Op. cit., pág. 330. En cambio, BUSTOS RAMÍREZ, Manual de derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 81, entiende que el principio de alternatividad no es más que una expresión del de consunción, "se da cuando una misma situación parece abarcada por diversos puntos de vista (valorativos), pero en que una excluye a la otra".
- 41 En este sentido, HUERTA TOCILDO, Sobre el contenido de la antijuricidad, Op. cit., pág. 64 y ss.
- 42 Aquí puede tener aplicación la tesis de QUINTANO RIPOLLES, Comentarios al Código Penal, Op. cit., pág. 374, cuando afirma, comentando el art. 68 C.P.: "El concurso de leyes de este artículo no ha de confundirse en modo alguno con el real o ideal de infracciones, de los que tratan los sucesivos. Para que el normativo tenga efectividad al amparo del precepto de que ahora se trata, será condición esencialísima la de que los delitos de que fuere susceptible de calificación el hecho inculminado sean incompatibles entre sí por homogeneidad de naturaleza, y, sobre todo, por unidad inseparable del bien jurídico lesionado".
- 43 A este respecto, resulta especialmente interesante lo manifestado por QUINTERO OLIVARES, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 644, cuando afirma que "lo importante, para comprender porqué solamente es posible apreciar una infracción, radica en que la norma aplicada, al recoger la plenitud del injusto cometido, da lugar a que cualquier otra sanción, impuesta en nombre de otra norma, suponga una violación del principio "non bis in idem", toda vez que un mismo hecho sería castigado dos veces". Véase también JESCHECK, Tratado, Op. cit., pág. 671.
- 44 Desde este punto de vista, estamos de acuerdo con MEZGER, Tratado, Op. cit., pág. 379-380, cuando indica que la diferencia entre el concurso ideal de delitos y el concurso de leyes "estriba en el hecho de que en el concurso ideal las distintas leyes penales son compatibles entre sí, no se excluyen recíprocamente, mientras que en el concurso de leyes aparecen en tal relación que una de las leyes penales desplaza y excluye de antemano a la otra". En esta misma línea parece encontrarse también SANZ MORAN, El concurso de delitos, Op. cit., pág. 113.
- 45 Véase, por todas, STS 22.11.1990. En la doctrina, entre otros, SOTO NIETO, Las falsedades en el documento privado, en Libro homenaje a Enrique Ruiz Vadillo, Op. cit., pág. 190 y ss.; PUIG PEÑA, Derecho penal. Parte especial, Op. cit., pág. 187; ROMEO CASABONA, Poder informático y seguridad jurídica, Op. cit., pág. 84.
- 46 En este mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, Sobre las falsedad en documento privado, Op. cit., pág. 57; CASAS BARQUERO, El delito de falsedad en documento privado, Op. cit., pág. 422.
- 47 Véase GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, Op. cit., pág. 55 y ss.
- 48 Evidentemente ésta será la única solución posible cuando la propia falsedad venga incluida como elemento del tipo de otra conducta defraudatoria, tal como sucede, por ejemplo, en la llamada estafa documental contenida en el art. 532, 2º del anterior C.P., situación que se agrava aún más en el nuevo Código donde, además de mantener esta figura en el art. 251, 3º, se prevé como modalidad agravada del delito de estafa el realizarla mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio -art. 250, 3º. En este mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO, SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual de derecho penal (Parte especial). Delitos patrimoniales y económicos, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª ed., Madrid, 1993, pág. 290; QUINTERO OLIVARES, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 635; el mismo, con más detalle, o.u.c., pág. 62.

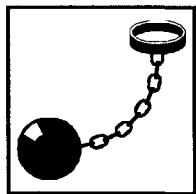
- 49 En este mismo sentido, CASAS BARQUERO, o.u.c., pág. 422.
- 50 No obstante, en algunas sentencias se menciona expresamente el principio de especialidad, aunque se acaba sancionando conforme al art. 68 C.P. Así lo hacen, por ejemplo, SSTS 4.2.1982, 15.10.1984, 20.7.1988.
- 51 Alejándose de la opinión tradicional, BACIGALUPO, Principios de derecho penal. Parte especial, Op. cit., pág. 274-275, considera que el art. 68 C.P. en realidad se refiere al concurso ideal de delitos. Por su parte, PUIG PEÑA, Concurso de leyes penales, Op. cit., pág. 850, entiende que en el mencionado precepto se acoge un principio especial de resolución del conflicto de leyes que denomina como "principio de mayor gravedad punitiva". COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 138, ven en él un supuesto de subsidiariedad (o consunción) relativa o impropia, según su particular terminología; lo cual es objeto de crítica por parte de BUSTOS RAMÍREZ, Manual de derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 81, considerando como contenido del artículo la regla de consunción propiamente como tal. Más conflictiva resulta ser la interpretación de RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, Op. cit., pág. 202, dado que tras afirmar expresamente que en el art. 68 C.P. está contenida la relación de subsidiariedad expresa, admite su aplicación "en los casos de alternatividad tan discutidos, en los que está plenamente justificado que admitiendo el propio legislador la posibilidad de defectos técnicos de tal índole, dé una regla para resolverlos, ya que en ellos se trata precisamente de un mismo hecho que constituye el presupuesto de dos penas diferentes dentro del mismo ordenamiento jurídico". Frente a esto, QUINTERO OLIVARES, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 651, opina que es la relación de subsidiariedad tácita la contenida en tal artículo. ANTON ONECA, Derecho penal, Op. cit., pág. 496, habla de alternatividad, al igual que MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 416; y SANZ MORAN, El concurso de delitos, Op. cit., pág. 194.
- 52 En este mismo sentido ya se manifestó QUINTANO RIPOLLES, Comentarios al Código Penal, Op. cit., pág. 374, quien, de una manera bastante crítica, afirma que "la regla del artículo 68 debe ser cuidadosamente reservada a casos de indubitada duplicidad legal, esto es, a corregir defectos de la técnica legislativa, no a ahorrar tareas de inexcusable dogmática, como tantas veces sucede".
- 53 De idéntica opinión, MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, o.u.c., pág. 415-416; COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, o.u.c., pág. 138; SANZ MORAN, o.u.c., pág. 194.
- 54 SANZ MORAN, o.u.c., pág. 122.
- 55 SANZ MORAN, o.u.c., pág. 123.
- 56 Sólo habla de una subsidiariedad (y consunción) *relativa o impropia* COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 137-138, en los siguientes términos: "Se habla de subsidiariedad relativa cuando una norma sólo debe ser aplicada en defecto de otra más grave. En tales casos es presupuesto indispensable del desplazamiento de la norma más benigna que la que incrimina más gravemente el presupuesto contemple totalmente el desvalor y el reproche que el ordenamiento jurídico le atribuye. La subsidiariedad relativa no es subsidiariedad en sentido estricto y propio, porque el tipo prevalente y el desplazado no han de pertenecer a un género común".
- 57 COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, o.u.c., pág. 135.
- 58 A este respecto, SANZ MORAN, El concurso de delitos, Op. cit., pág. 124, indica: "En los supuestos de subsidiariedad tácita, la existencia de tal relación se determinará por vía interpretativa, atendiendo a los tipos en abstracto concurrentes. Pero aquí el análisis no operará en vía exclusivamente lógica, como ocurría en el caso de la especialidad, sino primordialmente teleológica. Por regla general se tratará de hipótesis de pluralidad de acción en sentido natural".
- 59 Esta solución a la luz de nuestro anterior código penal implicaba una profunda y grave contradicción, por cuanto, desde el punto de vista de la mayor gravedad de la pena, donde se refleja la prevalencia de un tipo sobre otro, debería considerarse principal el tipo de falsedad en documento privado, castigado con una pena de prisión menor, y subsidiario el de estafa, para el que había prevista una pena de arresto mayor. Situación que era fruto de la elevada sanción con la que las falsedades documentales, en general, estaban castigadas, sin guardar una lógica proporcionalidad con el resto de los delitos contenidos en el código. En la actualidad, esta situación cambia por cuanto se rebaja sustancialmente la pena en las falsedades en documento privado (prisión de seis meses a dos años), que quedan de esta forma sancionadas con penas inferiores a las previstas para el delito de estafa (prisión de seis meses a cuatro años, para el tipo básico, que se eleva considerablemente en el caso de los tipos agravados, pudiendo llegar incluso a ser de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses).
- 60 QUINTERO OLIVARES, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 648.
- 61 También admiten la consunción BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO, Manual de derecho penal, Op. cit., pág. 290, aunque considera de aplicación el art. 68 C.P. cuando la falsedad sea sancionada con mayor pena que la estafa. A esta solución se llegó también en la STS 19.12.1991, en un caso de estafa y falsedad en un cheque, la cual al considerarse inocua por el Tribunal, quedó absorbida en la estafa.
- 62 MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 740.
- 63 MIR PUIG, o.u.c. pág. 741.
- 64 QUINTERO OLIVARES, o.u.c., pág. 650.
- 65 SSTS 22.5.1987, 12.11.1987, 5.2.1990. Véase, CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código Penal, Op. cit., pág. 334; DE VICENTE REMESAL, Alzamiento de bienes, otorgamiento de contrato simulado y falsedad en documento público: delimitación y cuestiones concursales. (Comentario a la STS de 14.7.1989), La ley, 3, 1990, pág. 8.
- 66 SSTS 23.4.1983, 26.9.1983, 30.9.1986, 5.7.1989, 14.7.1989, 3.12.1990, 18.2.1991. Sobre esta cuestión, véase, ANTON ONECA, Estafa, Op. cit., pág. 79-81; BAJO FERNÁNDEZ, Abuso de firma en blanco, en Comentarios a la legislación penal, Tomo V, Vol. 2º, La reforma del Código Penal de 1983, Ed. Edersa, Madrid, 1985, pág. 1231; BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO, Manual de derecho penal, Op. cit., pág. 318-319.



PENAL

- 67 Así se afirma en STS 10.6.1986: "cuando la falsificación de documentos públicos, oficiales o de comercio, es medio para perpetrar estafa, como las infracciones no requieren, para su perfección, defraudación alguna o propósito de causarla, se produce un "plus" de antijuricidad que debe sancionarse por la vía del concurso ideal regulado en el art. 71 C.P.". En la misma línea, SSTS 22.9.1980, 24.9.1980, 10.5.1982, 27.9.1982, 31.1.1983, 3.4.1984, 3.7.1987.
- 68 Este artículo disponía lo siguiente: "Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro. En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán los delitos por separado."
- 69 En este sentido STS 31.1.1983 dice: "a efectos de punibilidad, el art. 71 C.P. puede ser tenido en cuenta, pues el delito de falsedad ataca la fe pública con los efectos en el tráfico jurídico, y la estafa lesiona al patrimonio económico ajeno de titulares dominicales". Véase también, SSTS 29.12.1980, 26.9.1983, 2.1.1986, 14.3.1988, 20.9.1989.
- 70 Ver *supra*.
- 71 Véase a este respecto, GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, Op. cit., pág. 84-85.
- 72 A este respecto, destaca la crítica de QUINTERO OLIVARES, Sobre la falsedad en documento privado, Op. cit., pág. 56, a la solución que, tanto la jurisprudencia como la doctrina han ofrecido a estos problemas, la cual, en su opinión, parte del presupuesto erróneo de considerar el patrimonio como bien jurídico protegido en la falsedad en documento privado, afirmando a continuación: "Ya antes dije que la intención de "mediatamente" lograr menoscabar el patrimonio de un tercero estaba también presente, pero eso no equivale a que el ataque antijurídico se dirija simple y únicamente contra el patrimonio, en cuyo caso el art. 306 no habría más que extender la tutela que a ciertos bienes dispensa ya el Código Penal, en el detrimento de un ámbito propio y autónomo de disvalor de irrenunciable necesidad".
- 73 Véase por todos, MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 407 y ss. En contra de esta opinión generalizada, BACIGALUPO, Principios de derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 277, quien considera acogido en dicho precepto el principio de consunción; RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho penal español, Op. cit., pág. 854, considera que en él se recogen unas reglas de aplicación de la pena para el caso en que el sujeto haya cometido dos o más delitos o faltas.
- 74 En este artículo se contiene lo que la doctrina denomina como principio de *exasperación* o *asperación*, castigándose, en principio, de acuerdo a la pena correspondiente al delito más grave, agravada en su grado máximo, con el límite que representa la suma de cada una de las penas por separado. Sobre esta cuestión véase, MAPELLI CAFFARENA, TERRADILLOS BASOCO, Las consecuencias jurídicas del delito, ed. Civitas, Madrid, 1990, pág. 121 a 122; MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, o.u.c., pág. 479 a 481; MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 732 a 734; CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código Penal, Op. cit., pág. 370-374.
- 75 La opinión dominante encuentra en la especial relación teleológica que une a ambos delitos la justificación necesaria para dotar a estos casos de auténtico concurso real de delitos de un cierto privilegio en la determinación de la pena, al aplicarle el mismo sistema de sancionatorio previsto en el concurso ideal. Así se manifiestan, expresamente, MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, o.u.c., pág. 409; COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 594; SANZ MORAN, El concurso de delitos, Op. cit., pág. 217; JOSHI JUBERT, Unidad de hecho y concurso medial de delitos, Op. cit., pág. 632; GUINARTE CABADA, El concurso medial de delitos, *Revista de estudios penales y criminológicos*, Tomo XIII, 1988-1989, pág. 163-164.
- 76 SSTS 17.2.1981, 23.5.1981, 12.2.1982, 10.6.1986, 6.7.1988, 20.9.1989.
- 77 Muestra de ello son, MIR PUIG, o.u.c., pág. 731, quien alude a la relación entre falsedad documental y estafa como ejemplo de figuras donde una de ellas es parte integrante de la otra, supuesto tratado tanto como concurso ideal como medial de delitos; en cambio, SANZ MORAN, El concurso de delitos, Op. cit., pág. 214, cita este mismo caso en el ámbito del concurso ideal; por su parte, MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 409, recurre a estos supuestos como ejemplos de concurso medial.
- 78 En realidad es perfectamente aplicable aquí la afirmación de GUINARTE CABADA, El concurso medial de delitos, Op. cit., pág. 162, quien considera en relación a la diferente construcción de los supuestos de concurso de delitos, que "el correcto enfoque de la cuestión planteada, y su consiguiente solución, requiere tener presente que es la unidad de hecho o pluralidad de hechos la piedra de toque que permite discernir las dos especies del concurso de delitos".
- 79 El plasmar aquí toda la complejidad que encierra el tema de la determinación de la unidad de acción y su contenido es una tarea que desborda los límites de este trabajo. Sobre el concepto de unidad de acción, véase, MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 724, quien lo engloba dentro de lo que denomina como "contexto situacional y motivacional unitario según la valoración usual"; JESCHECK, Tratado, Op. cit., pág. 649; MEZGER, Tratado, Op. cit., pág. 366-367; SANZ MORAN, El concurso de delitos, Op. cit., pág. 112-113; BACIGALUPO, Principios de derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 278-280. Por otro lado, en la definición de lo que sea unidad -jurídica- de acción se dota también de relevancia al plan del autor, con el cual los hechos efectivamente ejecutados por éste adquieren una unidad resolutoria, representativa de una única voluntad contraria al ordenamiento jurídico. En este sentido, MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 406, quien se refiere específicamente al factor final que representa la voluntad que rige los actos realizados por el autor de los hechos; BUSTOS RAMÍREZ, Manual de derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 300; MAURACH,

- Tratado, Op. cit., pág. 419. Hasta aquí la unanimidad es prácticamente total; el problema se plantea cuando dentro de la definición de la conducta típica corresponde dar un papel al resultado. Mientras que para la mayoría de autores los resultados producidos en el marco de esa unidad de resolución ejecutiva carecen de importancia a los efectos de determinar la existencia o no de una unidad de acción. Así opinan JESCHECK, o.u.c., pág. 658; MEZGER, o.u.c., pág. 361; MAURACH, o.u.c., pág. 422; MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, o.u.c., pág. 409; BUSTOS RAMÍREZ, o.u.c., pág. 300; SANZ MORAN, El concurso de delitos, Op. cit., pág. 148. En cambio una minoría considera que el número de hechos va en relación directa con el número de resultados típicos producidos, con independencia de que ello suponga la lesión de uno o varios bienes jurídicos. Así se manifiestan MIR PUIG, o.u.c., pág. 723; JOSHI JUBERT, Unidad de hecho y concurso medial de delitos, Op. cit., pág. 631; GUINARTE CABADA, El concurso medial de delitos, Op. cit., pág. 163-164.
- 80 En este mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 636, quien afirma que “los concursos de delitos son, por consiguiente, casos de concurrencia de tipos penales realizados sin que ninguno excluya a otro, con diferentes normas penales violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados”. De la misma opinión, BUSTOS RAMÍREZ, o.u.c., pág. 302. A este respecto, véase también, MEZGER, Tratado, Op. cit., pág. 374; MAURACH, Tratado, Op. cit., pág. 449; asumiendo esta misma posición, COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 593; JESCHECK, Tratado, Op. cit., pág. 657; CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código Penal, Op. cit., pág. 351; SANZ MORAN, El concurso de delitos, Op. cit., pág. 143.
- 81 Esta expresión es empleada en el sentido de *sustrato total de la valoración jurídica*, asumiéndose, a este respecto, la interpretación dada por COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, o.u.c., pág. 592, quienes indican que “la mención del “hecho” como eje de la configuración del concurso efectuada por el código es inobjetable, pues la referencia al total sustrato de la valoración jurídica no puede sustituirse, si no es con desventaja, cuando se trata de perfilar la existencia de una pluralidad de infracciones, por una referencia parcial”.
- 82 SANZ MORAN, o.u.c., pág. 148, quien alude expresamente a la “unidad del acto de manifestación de voluntad”; por su parte, CÓRDOBA RODA, o.u.c., pág. 351, al definir el término “hecho” lo equipara a la *actuación o manifestación de la voluntad*, susceptible de integrar el presupuesto de un tipo penal. No obstante, se considera que la existencia de un plan unitario en el autor no es suficiente aún para hablar de un único hecho, debiéndose combinar a su vez con el criterio objetivo que ofrece el cumplimiento de varios tipos penales por parte del comportamiento del autor. Expresamente se manifiesta en este sentido, MEZGER, o.u.c., pág. 368. De la misma opinión, MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 409; BACIGALUPO, Principios de derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 285, considera que esa “unidad de acción no se satisface con la identidad del tipo subjetivo; se requiere coincidencia del tipo objetivo”; MAURACH, o.u.c., pág. 448-449; MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, o.u.c., pág. 406-407; JESCHECK, o.u.c., pág. 649.
- 83 De esta misma opinión, SANZ MORAN, El concurso de delitos, Op. cit., pág. 154, quien manifiesta expresamente lo siguiente: “Así pues, las hipótesis de coincidencia parcial entre los procesos ejecutivos que están en la base de los tipos concurrentes, y aquí entraría el controvertido problema de la relación concursal entre la falsificación de documento público y estafa, son perfectamente conceptuales como casos de concurso ideal de delitos del inciso 1º del art. 71 C.P. (un hecho constituye dos o más delitos)”.
- 84 Constituye objeto de discusión en la doctrina el tratamiento, dentro del ámbito de la teoría del concurso, que merecen aquellos casos en los sólo hay una identidad parcial entre los tipos concurrentes. Por un lado, se sitúan aquellos autores que admiten el concurso ideal en tales casos; por otro, se encuentran aquellos que, distinguiendo según que uno de los tipos absorba a otro o existan, a su vez, elementos no comunes entre ambos, admiten el concurso ideal sólo en el primer supuesto. Partidarios de la primera posición son MAURACH, Tratado, Op. cit., pág. 448 y ss.; JESCHECK, Tratado, Op. cit., pág. 658-660; SANZ MORAN, o.u.c., pág. 152-154; En cambio mantienen la segunda postura COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 594, para quienes, cuando junto a elementos diferenciales, existen también otros comunes, se rompe la unidad de hecho característica del concurso ideal; JOSHI JUBERT, Unidad de hecho y concurso medial de delitos, Op. cit., pág. 632; CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código Penal, Op. cit., pág. 358-359; GUINARTE CABADA, El concurso medial de delitos, Op. cit., pág. 163-164.
- 85 JESCHECK, o.u.c., pág. 660, quien, continuando con esta definición, admite la aplicación del § 52 StGB “siempre que el tipo mediador en el concurso ideal equivalga aproximadamente en contenido del injusto a esos otros delitos independientes en sí mismos”. Véase también, MEZGER, Tratado, Op. cit., pág. 366-367; MAURACH, Tratado, Op. cit., pág. 451; SANZ MORAN, o.u.c., pág. 152-153; CUELLO CONTRERAS, La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (II), Op. cit., pág. 466.
- 86 Véase, GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, Op. cit., pág. 320-321; PEÑARANDA RAMOS, Concurso de leyes, error y participación en el delito, Op. cit., pág. 60-62.
- 87 Se debe a HONIG el primer análisis dogmático sobre la problemática suscitada por los llamados *actos copenados anteriores y posteriores impunes*. A partir de él se discute tanto en el ámbito de la doctrina alemana como española su naturaleza; no obstante, la mayoría de los autores se inclinan a favor de considerar la existencia de un aparente concurso de leyes, siempre y cuando dichos actos supongan un ataque progresivo al mismo bien jurídico protegido por el acto principal, y no aumenten el desvalor de resultado ocasionando con éste. Desde esta perspectiva, tales actos quedarían consumidos (principio de consunción) por el acto principal que en sí mismo condensa ya todo el injusto del hecho. Véase, MEZGER, Tratado, Op. cit., pág. 387, quien, sin embargo, no adopta una postura



PENAL

clara al respecto, dejando la solución de estos casos a la forma de presentarse éstos en la práctica; JESCHECK, Tratado, Op. cit., pág. 674, quien habla de consunción siempre que “la acción típica

- que subsiga al delito y únicamente pretenda asegurar, aprovechar o materializar la ganancia obtenida por el primer hecho...y el daño no se amplía cualitativamente por encima de la ya ocasionado”; MAURACH, Tratado, Op. cit., pág. 468-470. En nuestra doctrina adquiere especial importancia esta cuestión sobre todo a la hora de solventar aquellos casos en los que, tras consumarse un delito contra la vida, se procede a la inhumación ilegal –art. 339 C.P.– del cuerpo de la víctima. A este respecto, véase MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 415, quien afirma en estos casos la existencia de un concurso de delitos, dado los diferentes bienes jurídicos puestos en juego; de otro parecer, no obstante, se manifiesta MUÑOZ CONDE, Derecho penal. Parte especial, Op. cit., pág. 59 y 60, donde sí se inclina expresamente a favor del concurso de leyes; se inclina por la absorción, BUSTOS RAMÍREZ, Manual de derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 81; MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 741, a favor de la aplicación del principio de consunción en tales supuestos; COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 136, quien en referencia a la relación entre el delito de infanticidio –art. 410 C.P.– y el de inhumaciones ilegales entiende incluido en el castigo del primero los actos propios de segundo en cuanto que “la valoración del móvil de ocultar la deshonra ha de referirse, pues, no solamente, al acto de dar muerte al recién nacido, sino también al eventual enterramiento antirreglamentario ulterior”; asumiendo esta tesis, PEÑARANDA RAMOS, Concurso de leyes, error y participación en el delito, Op. cit., pág. 49-51; COBO DEL ROSAL, CARBONELL MATEU, Derecho penal. Parte especial, Op. cit., pág. 534; RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte especial, Op. cit., pág. 62.
- 88 A este respecto, PEÑARANDA RAMOS, Concurso de leyes, error y participación en el delito, Op. cit., pág. 46-49, rechaza la existencia de una relación de interferencia entre el tipo de falsedad y el de uso del documento falso, en la medida en que concibe dicha relación como “una “conexión lógica parcial” entre las clases de acciones que cumplen sus respectivos presupuestos típicos, de modo tal que existan comportamientos que únicamente realizan el tipo de uno de los preceptos en cuestión, comportamientos que sólo resultan subsumibles en el del otro y comportamientos que pueden ser subsumidos en ambos”.
- 89 SSTS 23.3.1983, 6.3.1987, 2.2.1989. A este respecto, afirma MAURACH, Tratado, Op. cit., pág. 468: “Un co-penado acto posterior sólo puede ser apreciado cuando el autor (o partícipe) comete por sí mismo el hecho principal o participa en él. De los supuestos posibles de acto impune posterior, deben separarse los casos en los que, tras la construcción del tipo, el primer autor no puede ser considerado como posterior autor por la razón de que el segundo acto es, por su esencia, delito conectado al acto de “otro””.
- 90 De manera más extensa, véase GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, Op. cit., pág. 322 y ss.

- 91 De esta misma opinión, JESCHECK, Tratado, Op. cit., pág. 659; MEZGER, Tratado, Op. cit., pág. 366-367. En contra, RODRÍGUEZ MUÑOZ, en sus notas a MEZGER, o.u.c., pág. 367, donde afirma: “Con arreglo a nuestro Código Penal, el ejemplo del texto no es utilizable desde el momento que el art. 303 no comprende la falsificación y el uso del documento falsificado, como el § 267 del código de Alemania, sino sólo la falsificación. No hay, por tanto, un elemento común a los dos artículos (303: falsificación; 528: estafa)”.
- 92 Como también pone de manifiesto, RODRÍGUEZ RAMOS, Reflexiones sobre el delito de falsedad en documento mercantil, Op. cit., pág. 109.
- 93 RODRÍGUEZ RAMOS, o.u.c., pág. 113, es partidario, en cambio, de castigar por delito de estafa siempre que el documento falsificado sea un documento mercantil, pero no encuadrable dentro de los títulos valores.
- 94 En el mismo sentido se manifiesta, QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal. Parte especial, Op. cit., pág. 370 y 386.
- 95 SSTS 12.2.1982, 10.5.1982, 27.9.1982, 31.1.1983, 3.4.1984, 15.10.1984, 2.1.1986, 21.1.1986, 27.1.1986, 6.2.1986, 1.7.1987.
- 96 Véase, por todos, JOSHI JUBERT, Unidad de hecho y concurso medial de delitos, Op. cit., pág. 632.
- 97 Véase CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código Penal, Op. cit., pág. 361; GUINARTE CABADA, El concurso medial de delitos, Op. cit., pág. 159.
- 98 En este sentido, ANTON ONECA, Derecho penal, Op. cit., pág. 491; CUELLO CALON, Tratado de derecho penal, Op. cit., pág. 635; PUIG PEÑA, Concurso de delitos, Op. cit., pág. 842.
- 99 Así lo entienden también las SSTS 5.11.1981, 6.7.1988, 20.9.1989. En este mismo sentido, SANZ MORAN, El concurso de delitos, Op. cit., pág. 217; MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 732; JOSHI JUBERT, o.u.c., pág. 632; MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 409; COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 594.
- 100 También pone de manifiesto esta circunstancia, MIR PUIG, o.u.c., pág. 731. A favor del concurso ideal en estos casos expresamente, SANZ MORAN, o.u.c., pág. 154; GUINARTE CABADA, El concurso medial, Op. cit., pág. 163-164; CAMARGO HERNÁNDEZ, Falsificación de documentos públicos, en Anuario de derecho penal y ciencias penales 1957 (10), pág. 527.
- 101 DEL ROSAL, De la relación concursal entre falsificación y estafa, en Anuario de derecho penal y ciencias penales 1949 (2), pág. 291; BUSTOS RAMÍREZ, Manual de derecho penal. Parte especial, Op. cit., pág. 348; ORTS BERENGUER, Derecho penal. Parte especial, Op. cit., pág. 253, aunque no se manifiesta expresamente sobre la naturaleza real del concurso medial que puede formar la falsedad con otros delitos; FERRER SAMA, Comentarios al Código Penal, Op. cit., pág. 332; ROMEO CASABONA, Poder informático y seguridad jurídica, Op. cit., pág. 84.
- 102 En este mismo sentido, JOSHI JUBERT, Unidad de hecho y concurso medial de delitos, Op. cit., pág. 618.
- 103 Aquí tiene plena aplicación la afirmado por MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, Derecho penal. Parte ge-

- neral, Op. cit., pág. 409, cuando indican que “en definitiva, más que un problema teórico, de si hay o no unidad de acción, de lo que se trata es de una cuestión práctica de si se debe tratar con un procedimiento (el del concurso ideal) u otro (el del concurso real). Lógicamente, cuando la conexión entre los diversos delitos es tan íntima que si faltase uno de ellos, no se hubiese cometido el otro, se debe considerar todo el complejo delictivo como una unidad delictiva y no como dos delitos distintos”.
- 104 Véase, entre otros, MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, o.u.c., pág. 409-410; CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código Penal, Op. cit., pág. 362; MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 732; BUSTOS RAMÍREZ, Manual de derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 302-303; GUINARTE CABADA, El concurso medial de delitos, Op. cit., pág. 192; SANZ MORAN, El concurso de delitos, Op. cit., pág. 219.
- 105 De la misma opinión, GUINARTE CABADA, o.u.c., pág. 192, cuando afirma que: “la exigencia de medio necesario ha de tener la virtualidad de excluir de la más benévola regla del art. 71, 2 no sólo aquellos supuestos en los que el delito pretendidamente “medio” fuese objetiva y concretamente dispensable o superfluo, sino también aquellos otros en los que se hubiese producido un exceso consciente en la lesión de bienes jurídicos que fuera precisa, en el caso concreto, para alcanzar el delito-fin; exceso sin el cual, por tanto, el delito-medio hubiese sido igualmente idóneo como instrumento para la comisión del delito-fin”. En referencia expresa a la falsedad documental y la estafa, mantiene esta opinión, CASAS BARQUERO, El delito de falsedad en documento privado, Op. cit., pág. 422; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, La falsedad en documento público, en Anales de la Academia matritense del notariado, tomo XXIX, pág. 387-388.
- 106 A este respecto, CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código Penal, Op. cit., pág. 366, afirma: “existe un grupo de casos que resulta incluíble tanto en uno como en otro de dichos dos presupuestos del art. 71. Ello ocurrirá..., siempre que un delito, en su totalidad, forme parte integrante de otro a cuya ejecución sirve como instrumento”. Véase también, MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARAN, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 409; JOSHI JUBERT, Unidad de hecho y concurso medial de delitos, Op. cit., pág. 635; GUINARTE CABADA, o.u.c., pág. 179.
- 107 A este respecto, merece ser citada la STS 19.6.1986, donde se afirma: “La concurrencia de falsedad y estafa requiere la condena por ambos delitos al no ser incompatibles, ni subsidiarios, uno de otro, en concurso real conforme al art. 69 del mentado Código, aunque uno sea medio necesario para la comisión del segundo, y esto, porque no se ejecutan con un sólo acto, sino que la actividad criminal se desarrolla a través de diversas infracciones independientes y sucesivas, sin constituir fases parciales y complementarias de un solo hecho, sino que los actos de falsificación tuvieron naturaleza, tipicidad y penalidad individual consumada y distinta de los que integran la estafa, y consecuentemente han de ser estimados y sancionados por sí mismos, aunque los recurrentes obraran con el único designio, o propósito finalista, de lucrarse con la defraudación perseguida”.
- 108 De manera similar se manifiesta QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal. Parte especial, Op. cit., pág. 386, respecto a la relación entre el delito de falsedad en documento privado y el de estafa.
- 109 Véase a este respecto el interesante supuesto analizado por MUÑOZ CONDE, Aspectos jurídico-penales de la no devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas, en Estudios de derecho penal y criminología, 1989, pág. 125 y ss.
- 110 Véase, MUÑOZ CONDE, Falsedad y estafa mediante abuso de crédito e instrumentos crediticios, Ponencia presentada al curso del plan estatal de formación de jueces y magistrados sobre falsedades y defraudaciones celebrado en Madrid los días 24, 25 y 26 de abril de 1995 en la sede de la vocalía de formación del consejo del Poder Judicial.
- 111 Obsérvese que aquí estamos ante supuestos con una estructura diferente a la presentada, por ejemplo, en el fraude de subvenciones a la hacienda pública –art. 308 C.P.– donde sí tiene sentido afirmar la relación medial entre este delito y el de falsedad documental, dado que el soporte documental se convierte en el único medio imprescindible para la obtención de la subvención, tanto en lo relativo a su solicitud, como en lo referente a la documentación aportada para corroborar la ausencia o concurrencia de las condiciones precisas para la subvención. Véase a este respecto, ARROYO ZAPATERO, Delitos contra la hacienda pública en materia de subvenciones, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, pág. 135-136. **D&S**