

El delito de falsificación de documentos en Cuba

José A. Paz Leonard*

Introducción

Varias situaciones me han motivado a la realización de este estudio sobre la falsificación de documentos en Cuba, país en el que ejerzo mi profesión como abogado defensor de casos criminales.

La primera es la gran cantidad de dudas, contradicciones y confusiones existentes entre mis colegas, y en mi mismo, sobre el tema, y por supuesto el afán de esclarecer definitivamente los distintos aspectos que abarca la concepción jurídica de “Falsificación de Documentos.”

La segunda es la gran pena que en mi desempeño profesional he sentido por personas que han sido sancionadas con severidad por el delito de *Falsificación de documentos bancarios, públicos o mercantiles* cuando a mi humilde parecer se trataba de documentos privados y su falta merecía sanciones mucho más benignas.

La tercera se deriva de un concepto de *funcionario público* aplicado en el Capítulo II del Código Penal cubano el cual fue llevado desde su cuna original, el Título III del Código Penal (“Delitos contra la Administración y la Jurisdicción”, artículo 173) por la Instrucción 108 de 1983 del Consejo de gobierno del Tribunal Supremo Popular, a reinar en el ámbito de la falsificación de documentos, imponiendo por tanto la categoría de *funcionario público* a autores de delito que realmente no ostentan función pública alguna, agravando así injustamente el marco sancionador de sus delitos.

La cuarta situación resulta aún más incómoda, pues se refiere a la aparición del llamado *delito informático*, a las consecuencias jurídico-penales de los modernos procesos informáticos y su repercusión en el ámbito específico de lo que la doctrina llama *falsedades*; así como a la tendencia cada vez más arraigada de los tribunales cubanos y de otros países latinoamericanos, de realizar interpretaciones extensivas sobre el sentido y alcance de normas penales que regulan la falsificación de

*El autor es abogado residente en Cuba, graduado hace 25 años. Fue profesor asistente de Derecho Administrativo en la Escuela Militar Arides Estévez Sánchez. Desde hace 12 años practica en el área criminal, en la Organización Nacional de Bufetes Colectivos.

documentos, debido al vacío legislativo ante las innovaciones tecnológicas ocurridas.

Se aprecian cambios sustanciales en lo que siempre hemos entendido como *documento*, apareciendo en su lugar y con similares características y fines pero con diferente composición orgánica que los aleja del concepto de *escritos*, soportes materiales llamados inteligentes, tarjetas magnéticas, imágenes fijas y otros elementos modernos que ocupan los espacios contractuales, probatorios y declaratorios. Esto ha provocado que los tribunales, no solamente en Cuba sino en toda Iberoamérica, en aras de hacer justicia, realizaran y continúen realizando interpretaciones penales extensivas del término *documento* que pueden resultar *contra legem*.

Claro que este tipo de interpretación en cuanto a la falsificación de documentos no se debe exclusivamente al factor ya mencionado, ni es tan nueva, pues la confusión existente en cuanto a la categorización de cada documento en un momento determinado viene ocurriendo hace mucho tiempo en la jurisprudencia. En ello inciden otros factores también, incluyendo ciertas actitudes de los abogados y de los propios funcionarios judiciales. En este sentido se pronuncian Baigun y Tozzini:

Por otro lado la crisis cultural y económica de nuestro tiempo ha llevado a los abogados en general a un abierto utilitarismo, que se traduce en una disposición a la adquisición y consulta de obras exclusivamente prácticas, usualmente compilaciones de meras síntesis de fallos judiciales, ordenados según el articulado de los códigos, que les permiten creer en la panacea de hallar en ellos y con poco esfuerzo la solución a cada caso singular que la actividad profesional les plantea.

En aras de tal ‘confort’ profesional sacrifican la creatividad y el sentido de lo justo, y se van tornando, progresivamente, repetidores de ideas ajenas, por pérdida gradual de la facultad de crítica y replanteo.¹

De igual forma, y profundizando en el tema, ambos autores citan a Bettiol:

Se agrega después el que la posibilidad de una legislación orgánica y de un sistema de derecho que se desarrollen coherentemente resulta obstaculizada por la falta de coincidencia de ideas entre la doctrina y la jurisprudencia.

¹David Baigun y Carlos A. Tozzini, *La falsedad documental en la jurisprudencia. Elementos comunes a todos los tipos*, 2da. edición, Ed. de Palma, Buenos Aires 1992, Prefacio, págs. IX, X.

Italia es un país en el cual entre los doctores y los jueces no existe (salvo casos particulares), conocimiento ni colaboración alguna. Ello comporta autonomía de juicios y soledad de la doctrina.

Los jueces, según exigencias de sí mismos, proceden conforme a máximas del Juez Superior, que el tiempo ha consolidado; no existe fuerza en el mundo que pueda modificar esta situación. El derecho continental asume cada vez más los caracteres determinados del derecho anglosajón sobre el precedente ya juzgado; en cuanto la doctrina, está destinada a unos cuantos animosos que no alcanzan a romper la coraza.²

Sobre este tema, el destacado jurista cubano Jorge Bodes Torres ha manifestado recientemente en su obra *Sistema de justicia y procedimiento penal en Cuba*, lo siguiente:

En esta labor interpretativa, este funcionario del sistema penal es el encargado de llevar el proceso por el 'Centro del Camino' de forma tal que marchen aparejados el interés social y los derechos individuales, en igualdad de condiciones, a fin de que puedan desarrollar sus potencialidades en la contienda y le permita al jurado adoptar la decisión certera, de manera imparcial y con total independencia, obedeciendo sólo al mandato de la Ley y los designios de su conciencia.³

Y más adelante agrega:

No faltan jueces, que lejos de comprender su verdadero papel, como entes imparciales, independientes, garantistas de derechos, piensan que su función es contribuir a la punición del acusado, al estilo del antiguo inquisidor, poniéndose de parte o a favor del Fiscal, del Estado, en detrimento del sano interés individual. Ello afecta no sólo los derechos individuales, sino también los principios sagrados de la propia sociedad en su conjunto y no permite alcanzar un debido proceso penal.⁴

En este sentido también se pronuncia el profesor de derecho penal y abogado Danilo Rivero García, en su obra colectiva *Temas sobre el Derecho Penal*, al comentar las prerrogativas que confiere el artículo 350 de la Ley de procedimiento penal cubana a nuestros jueces: "... asignar al Tribunal funciones de persecución del delito, además de sacarlo de su posición de sujeto imparcial, equidistante de la acusación y la defensa,

²Giuseppe Bettoli, *¿Hacia un nuevo romanticismo jurídico?*, Traducción de Carlos Tozzini en la revista Doctrina Penal, Año 3, Núm. 9, 1980, Ed. de Palma, Buenos Aires, pág. 2.

³Jorge Bodes Torres, *Sistema de justicia y procedimiento penal en Cuba*, Ed. Ciencias Sociales, Habana, 2001, pág. 100.

⁴*Id.*

hace realidad el aforismo: ‘quien tiene por Juez a un Fiscal, necesita a Dios como Defensor’.”⁵

Cabría preguntarse entonces: ¿Estamos los abogados cubanos en esta situación? ¿Afecta o no esta situación a nuestros jueces? Quizá, en el transcurso de este artículo encontraremos respuesta a estas interrogantes. Ahora bien, si se habla de estancamiento en la doctrina y de retraso de la legislación penal con respecto a los adelantos de la ciencia que afectan esta materia, es justo significar que en el caso de Cuba han incidido otros factores singularmente propios. Como no es éste el objetivo de nuestro trabajo, sólo mencionaremos dos de ellos:

1. La escasez de información científico-técnica y de medios tecnológicos avanzados, motivada principalmente por el aislamiento económico impuesto por el embargo decretado por las autoridades norteamericanas hacia Cuba.

2. La estatalización casi total de la economía nacional cubana, que obligatoriamente cambió conceptos clásicos de las sociedades de mercado, y eliminó instrumentos jurídicos propios de ella que ahora vuelven a ser utilizados, dado los cambios económicos acaecidos en tiempo reciente.

Este artículo trata, en esencia, de encontrar por el camino de la ciencia los conceptos, los métodos y guías que despejen definitivamente las incógnitas enunciadas y ayude, a los juristas en particular y a todos los interesados en el tema, a dominar cabalmente el mismo.

I. El delito de falsificación de documentos en el Código Penal de Cuba

Para enmarcar y dar cierta perspectiva al objeto de este trabajo, es imprescindible mencionar que el Código Penal actualmente vigente en Cuba data del año 1988, cuando fue aprobado a través de la Ley 62 del 30 de abril del mismo año. Este Código tiene varios antecedentes. Al momento de constituirse Cuba como república independiente en 1902, estaba vigente el Código Penal español de 1870, el cual se extendió a la isla el día 20 de junio de ese año. Este Código fue sustituido por un nuevo texto legal (llamado “Código de Defensa Social”) de fecha 11 de octubre

⁵Danilo Rivero García; José Candia Ferreira y Jorge Bodes Torres, *Temas sobre el proceso penal*, Ed. Prensa Latina, Habana, 1998, pág. 129.

de 1938, el cual estuvo vigente hasta el 1 de noviembre de 1979. En esa fecha fue sustituido por la Ley 21, que introdujo un nuevo Código Penal. Éste, a su vez, fue derogado y sustituido por el ya mencionado Código Penal de 1988 que está vigente al escribirse este artículo.

En materia de Derecho procesal penal, debemos indicar que la Ley de enjuiciamiento criminal española rigió en Cuba desde el 1 de enero de 1889 hasta el 25 de junio de 1973. La ley actualmente vigente (Ley 5 de procedimiento penal) está en vigor desde agosto de 1977. Valga señalar, finalmente, que en Cuba rigió durante casi un siglo el Código Civil español, desde su extensión a la isla el 5 de noviembre de 1889 hasta su derogación el 16 de enero de 1988.

El delito de falsificación de documentos que da base a este trabajo, está tipificado y sancionado en el Capítulo III del Título VII (Delitos contra la Fe Pública") del vigente Código Penal de 1988. Este Capítulo está dividido a su vez en nueve secciones y abarca los artículos 250.1 a 260.

Sin ánimo de cansar al lector, considero importante citar *in extenso* este articulado del Código antes de abordar su análisis. Lo hago con el propósito de proveer una referencia precisa al texto legal, cuya mera lectura pone de relieve varias figuras delictivas y las consecuencias punitivas de la falsificación de distintas clases de documentos (públicos, oficiales, mercantiles, bancarios y otros), así como la distinta punición de sus autores, según la clase a que pertenezcan (funcionario público, empleado, persona particular). El articulado también provee la necesaria referencia a cuestiones particulares que se analizarán en este trabajo tales como: (1) la falsedad ideológica en documento público, (2) el uso de documento falsificado, y (3) la utilización del mismo como prueba de hechos verdaderos. Pasamos, pues, a citar *verbatim* el antedicho Capítulo III:

CAPITULO III – Falsificación de Documentos

Sección Primera – Falsificación de Documentos Públicos

Artículo 250.1. Se sanciona con privación de libertad de tres a ocho años al que:

- a) confeccione, en todo o en parte, un documento público falso o altere uno legítimo;

- b) contribuya a consignar en un documento público, datos, declaraciones o hechos inexactos relativos al acto de que el documento es objeto;
- c) intercale cualquier documento en protocolo, registro o libro oficial sin cumplir las formalidades legales;
- d) en perjuicio del interés nacional o de una persona, suprima, oculte o destruya un documento de la clase expresada;

2. El que, con conocimiento de su falsedad, haga uso de un documento público falsificado por otro, o se aproveche de él en cualquier forma, o lo tenga en su poder para usarlo, es sancionado con privación de libertad de dos a cinco años.

3. Si el delito lo comete un funcionario público, con abuso de sus funciones, incurre en sanción de privación de libertad de cinco a doce años.

4. Iguales sanciones se imponen, si el objeto del delito lo constituyen documentos extranjeros de la naturaleza de los mencionados en este artículo.

5. Los actos preparatorios del delito previsto en este artículo, se sancionan conforme a lo dispuesto en el artículo 12.5.

Sección Segunda – Falsificación de Documentos Bancarios y de Comercio

Artículo 251.1. El que, cometa falsedad de alguno de los modos que determina el apartado 1 del artículo 250, en cheques, mandatos de pago o cualesquiera otros documentos bancarios o de comercio, incurre en sanción de privación de libertad de tres a ocho años.

2. El que, con conocimiento de su falsedad, haga uso de un documento de la clase expresada en el apartado anterior, o se aproveche de él en cualquier forma, o lo tenga en su poder para usarlo, es sancionado con privación de libertad de dos a cinco años.

3. Si el delito lo comete un funcionario público, con abuso de sus funciones, incurre en sanción de privación de libertad de cinco a doce años.

4. Los actos preparatorios del delito previsto en este artículo se sancionan conforme a lo dispuesto en el artículo 12.5.

Sección Tercera – Falsificación del Carné de Identidad, la Tarjeta del Menor y el Documento de Identificación Provisional

Artículo 252.1. El que, cometa falsedad de alguno de los modos que determina el apartado 1 del artículo 250, en Carné de Identidad o la Tarjeta del Menor o el Documento de Identificación Provisional, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.⁶

2. El que, con conocimiento de su falsedad haga uso de un documento de la clase expresada en el apartado anterior, o se aproveche de él en cualquier forma, o lo tenga en su poder para usarlo, es sancionado con privación de libertad de seis meses a dos años o multa de doscientas a quinientas cuotas.

⁶La cuota es una medida de la pena pecuniaria que se computa, entre otros factores, según los ingresos del autor del delito.

3. Si el delito lo comete un funcionario público, con abuso de sus funciones, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años.

4. Los actos preparatorios del delito previsto en este artículo se sancionan conforme a lo dispuesto en el artículo 12.5.

Sección Cuarta - Falsificación de Despachos o de los Servicios Postales y Telegráficos o de los Transmitidos por las Redes de Comunicaciones

Artículo 253.1. El que falsifique un despacho de los servicios postales y telegráficos o de los transmitidos por las redes de comunicaciones, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas.

2. El que, con conocimiento de su falsedad, haga uso de un documento de la clase expresada en el apartado anterior, o se aprovecha de él en cualquier forma, o lo tenga en su poder para usarlo, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

3. Si el delito lo comete un funcionario o empleado público, con abuso de sus funciones, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años.

Sección Quinta – Falsificación de Certificados Facultativos

Artículo 254.1. El facultativo que expida Certificado falso de enfermedad o lesión con el fin de que alguien, indebidamente, obtenga un derecho del disfrute [sic] de un beneficio o se le exima del deber de prestar algún servicio público, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

2. Si el delito se comete por precio o recompensa material de cualquier clase, la sanción es de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.

3. En iguales sanciones incure, según el caso, el particular que confeccione o altere en cualquier forma un certificado de los que se señalan en los apartados anteriores y el que haga uso del mismo.

Sección Sexta – Falsificación de Documentos de Identificación

Artículo 255. Se sanciona con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas al que:

a) confeccione documento de identidad falso, correspondiente a un centro de trabajo o estudio u organización política, de masas o social, o altere uno legítimo;

b) con conocimiento de su falsedad, use un documento de los mencionados, falsificado por otro, o lo tenga en su poder;

c) tenga en su poder un documento de identidad legítimo, perteneciente a otro, y no dé de ello descargo suficiente;

d) facilite a otro, con el fin de que se identifique indebidamente, documento de identidad legítimo, propio o ajeno;

e) presente a una autoridad o funcionario público un documento de identidad legítimo fingiendo ser la persona a que el mismo se refiere;

f) identifique falsamente a otro ante autoridad o funcionario público.

Sección Séptima – Falsificación de Pruebas de Evaluación Docente

Artículo 256. El funcionario o empleado que intencionalmente consigne o contribuya a consignar en certificación, registro de notas, exámenes, pruebas u otros documentos de evaluación docente, datos o hechos inexactos relativos al acto de que el documento es objeto, altere lo que se exponga en el mismo o entregue o realice cualquier trámite en relación con el documento falso, incurre en sanción de privación de libertad de seis meses a dos años o multa de doscientas a quinientas cuotas.

Sección Octava – Falsificación de Documento Privado

Artículo 257. Se sanciona con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas al que:

- a) habiendo formado en todo o en parte un documento privado falso o alterado uno verdadero, en perjuicio de tercero, con ánimo de causárselo o con intención de lucro, haga uso de él por sí o por tercera persona;
- b) sin tomar parte en la falsificación, haga uso del documento falso, a sabiendas, con intención de lucro o en perjuicio de terceros.

Sección Novena – Falsificación de Documentos Usados Oficialmente para la Distribución a la Población de los Artículos de Uso y Consumo Sujetos a Regulación

Artículo 258.1. El funcionario o empleado que confeccione, en todo o en parte, un documento falso de los que se usan oficialmente para la distribución a la población de los artículos de uso o consumo sujeto a regulación, o altere uno legítimo, es sancionado con privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas.

2. Se sanciona con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas, al funcionario o empleado que:

- a) suplante, haga desaparecer o altere en cualquier forma los datos o anotaciones consignados en los documentos a que se refiere el apartado anterior;

- b) consigne, a sabiendas, en un documento de los mencionados en este artículo, declaraciones o hechos inexactos relativos al acto de que el documento es objeto.

3. El particular que cometa alguno de los delitos que se señalan en los apartados anteriores, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

4. Se sanciona con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas, al que:

- a) sin participar en la falsificación de alguno de los documentos mencionados en el apartado 1, haga uno del documento falso, a sabiendas de su falsedad;

- b) haga uso de alguno de los documentos legítimos reguladores de la distribución, en perjuicio de la persona a quién pertenece.

Sección Décima – Fabricación, Introducción o Tenencia de Instrumentos Destinados a Falsificar

Artículo 259.1. El que fabrique o introduzca en el país cuños, prensas, marcas u otra clase de útiles o instrumentos destinados conocidamente a la falsificación de que se trata en las secciones anteriores, es sancionado con privación de libertad de dos a cinco años.

2. El que tenga en su poder cualquiera de los útiles o instrumentos que se señalan en el artículo anterior, y no dé descargo suficiente sobre su adquisición, tenencia o conservación, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

Sección Undécima – Disposiciones Complementarias

Artículo 260. Está exento de responsabilidad penal el que, cometa alguno de los delitos previstos en este Capítulo, para formar un medio de prueba de hechos verdaderos.

II. Concepto de Documento

En aras de delimitar el tema de la falsificación de documentos debemos, en primer lugar, conocer de qué documentos estamos hablando, qué tipo de documentos interesan al derecho penal y más específicamente, qué es un documento para el derecho penal.

En tal sentido, la legislación cubana es totalmente omisa, no sólo en el aspecto penal, sino incluso en el ámbito del derecho civil, procesal civil, y administrativo. Quizá siguiendo la antigua máxima *omni definitio in iure periculosa est*, nuestros códigos jurídicos principales no se adentraron en definición alguna sobre este importante elemento que aparece y aparecerá regularmente en los más diversos actos jurídicos con la probable trascendencia penal de los mismos. Pero ésta no ha sido una omisión única de Cuba. La mayoría de las legislaciones penales de otros países ha adolecido de la misma indefinición al respecto. Incluso no se atrevió a ello el Código Civil español, ni al nacer ni en sus múltiples modificaciones. El mundo, no obstante, no pudo aplicar el derecho penal a esta esfera sin al menos una guía para su acción, lo cual hicieron también nuestros jueces.

Así la doctrina fue enmarcando y desbrozando el camino de la ciencia y se ganó claridad universal en que no todo papel es un documento para el derecho, y que tampoco hay documentos naturales. Así lo recogen en sus comentarios al Código Civil español cuatro distinguidos profesores de diferentes universidades de ese país, y agregan:

Deben contener una grafía, como medio de expresión de un pensamiento humano. Grafía que es en principio escrita.

El pensamiento contenido es el de su autor (no el que lo redacta, o publica, y a veces ni el que lo firma).

Por último plantean que el documento ha de ser jurídicamente relevante.⁷

Cuando se dice “relevancia jurídica” hay que entender “trascendencia jurídica” y más claramente que el documento sea la prueba de un acto o hecho jurídico que cree, modifique o extinga una relación jurídica.

En el mismo sentido se pronuncian: Soler,⁸ el Colectivo de autores del *Código Civil: doctrina y jurisprudencia*,⁹ y otros, que siguiendo a los clásicos mantuvieron este criterio que ha imperado hasta hoy en nuestra legislación, aunque hay que reconocer que de forma extensiva se ha aplicado la acción penal a soportes magnéticos no incluidos técnicamente en la acepción doctrinal de *documento*. De esta forma se han sancionado por “falsificación de documentos” a falsificadores de tarjetas de crédito y de débito, y otros soportes que no constituyen realmente *escritos*.

Como con razón expresan Breglia y Gauna en su *Código Penal y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, refiriéndose al concepto de *documento* expresado por Soler:

... queda excluida, entonces, toda expresión de pensamientos, aunque sea mediante palabras, no volcada por escrito (v. gr. en cinta magnetofónica, disco, video, etc.); las palabras así expresadas deben ser atribuibles a un sujeto determinado, y posibilitar mediante el procedimiento de la lectura la comprensión de las ideas o pensamientos a los que sirve de vehículo. Se excluye de esta manera a la expresión ininteligible, el dislate carente de sentido.

Por último, el documento debe tener significación jurídica actual. Esto es, ser capaz de producir efectos jurídicos; quedan fuera del tipo de tal manera las manifestaciones de voluntad llevadas a cabo por escrito que no crean

⁷Colectivo de autores, *Comentarios al Código Civil español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, tomo II, pág. 327 [Por Cándido Paz-Ares, Luis Díaz Ponce de León y Pablo Salvador Coderch].

⁸SOLER, SEBASTIÁN, *DERECHO PENAL ARGENTINO*, ED. TEA, BUENOS AIRES, TOMO V, PÁG. 354.

⁹José Luis Albacar López, Jaime Santos Briz y su colectivo de autores, *Código Civil: doctrina y jurisprudencia*, tomo V, pág. 434, Ed. Trivium, Madrid 1992.

obligaciones ni sirven de prueba ni conceden derechos, etc. (v. gr.: una poesía, una esquela que informa: ‘vuelvo el martes próximo’).¹⁰

En lo fundamental, en Cuba se ha hecho justicia partiendo de estos criterios doctrinales. Así, en la Sentencia núm. 278 del 8 de octubre de 1957 del Tribunal Supremo se expresa lo siguiente:

Por documento debe entenderse todo escrito que contenga una declaración de voluntad capaz de crear relaciones jurídicas; los efectos timbrados objeto del proceso no contienen ese elemento esencial; así lo reconoce nuestro ordenamiento al tratar de ellos en distintas secciones; no es dable confundir a los efectos penales las especies timbradas con documentos.

La Sentencia núm. 283 de 18 de mayo de 1954¹¹ indica:

El hecho de que los gerentes de una firma **desvalorizaran** una **estatua** que figuraba entre las pertenencias, no es falsedad en documento mercantil; no se trata de otra cosa que las operaciones que se realizan en los libros con la finalidad de consignar el valor de los bienes. No hay elementos para entender que el contenido de las escrituras sea falso. [Enfasis añadido]

Por otra parte, la Sentencia núm. 634 del 18 de octubre de 1954¹² dispone:

No guarda relación con los elementos del delito de falsedad intercalar falsamente en un testamento, que el solar de referencia le correspondía, porque es necesario que la intercalación tuviera efecto en protocolo, archivo o legajo.

La Sentencia núm. 354 del 21 de mayo de 1966¹³ expone en uno de sus *Considerandos* que “para que se dé por existente un delito de falsificación de documentos privados es requisito absolutamente indispensable que se ejecute causándose una lesión efectiva o con perjuicio potencial al derecho de un tercero” y añade

¹⁰Omar Breglia Arias y Omar Gauna, *Código Penal y leyes complementarias*, 2da. edición, Ed. Astrea, Buenos Aires 1993, págs. 988-989.

¹¹Juan J.E. Casasús, *Apéndice a la 2da. edición del Código de Defensa Social*, Librería Martí, Habana, 1960, tomo III, pág. 383.

¹²Casasús, *op. cit.*, tomo III, pág. 390.

¹³*Código Penal anotado*, Ed. Ciencias Sociales, Habana, 1998 [por Juan M. Regalado Salazar, Serafín G. Fernández Pérez y Ramón de la Cruz Ochoa], págs. 208-209.

que la mutación de la verdad afecte a la esencia y sustancia misma del documento, ya que la falsedad en esa clase de documentos ha de ser propiamente **documental y no ideológica**, pues este género de falsedades sólo es punible cuando se realiza en instrumento público, y en el caso de autos no concurre el perjuicio ni el ánimo de causarlo en la alteración de la fecha en que se efectuó la sesión de una logia; no altera la verdad del resultado de éste que es la que puede crear un medio de comprobación capaz de originar una situación jurídica". [Enfasis añadido].

Vega Vega recuerda que en la Octava Conferencia Internacional para la unificación del derecho penal celebrada en Bruselas en 1947, se definió la falsedad documental como

Alteración de la verdad con conciencia de perjudicar en un escrito destinado o apto para servir de prueba de un derecho o de un hecho de efecto jurídico.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en el propio Código Penal cubano la acepción *documento* aparece con distinto sentido a la de falsificación en otros capítulos del mismo. Incluso con un sentido más amplio, así lo vemos en el Libro II, Título I, Capítulo I ("Delitos contra la seguridad del Estado") en que se emplea el concepto *documento*, no de la forma clásica empleada en el resto del Código, sino en la más moderna regulada en la Ley 1273 ("Ley de protección del secreto estatal") que se refiere a "cualquier objeto físico ...". Así, los artículos 94.1c¹⁴ y 97.3 del Código lo mencionan con dicha acepción amplia, al igual que lo hace el Capítulo XII ("Infidelidad en la custodia de documentos u otros objetos") en los artículos 168.1.3 y 4¹⁵ y 169.1, que expresamente mencionan la referida ley protectora del secreto estatal.

¹⁴Dispone este inciso que "incurre en sanción de privación de libertad de 10 a 20 años o muerte, el que: ... (c) suministre al enemigo planos, croquis, vistas o informes de campamentos, zonas, instalaciones o unidades militares, obras o medios de defensa o cualquier otro documento o noticia que conduzca eficazmente al fin de hostilizar al Estado Cubano, o de favorecer el progreso de las armas enemigas."

¹⁵DISPONE: "EL QUE SUSTRAIGA, ALTERE U OCULTE, DOCUMENTOS, LEGAJOS, PAPELES U OBJETOS, DEPOSITADOS EN ARCHIVOS Y OTROS LUGARES DESTINADOS A SU CONSERVACIÓN OFICIAL, O CONFÍADOS A LA CUSTODIA DE UN FUNCIONARIO PÚBLICO, O INTENCIONALMENTE LOS DESTRUYA O DETERIORE, INCURRE EN SANCIÓN DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE 3 MESES A 1 AÑO, O MULTA DE 100 A 300 CUOTAS. SI EL DOCUMENTO U OBJETO SUSTRAÍDO, ALTERADO, OCULTADO, DESTRUIDO O DETERIORADO ES UN ENVÍO DE CORRESPONDENCIA POSTAL O TELEGRÁFICA, O UNA ENCOMIENDA, BULTO, PEQUEÑO PAQUETE, DESPACHO U OTRO MEDIO POSTAL, LA SANCIÓN ES: I) DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE 6 MESES A 2 AÑOS O MULTA DE 200 A 500 CUOTAS, EN EL CASO PREVISTO EN EL APARTADO I; II) PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE 2 A 5 AÑOS, O MULTA DE 300 A 1,000 CUOTAS EN EL CASO PREVISTO EN EL APARTADO 2. [ACLARACIÓN DEL AUTOR: CONTIENE AGRAVACIÓN DE SANCIÓN AL FUNCIONARIO PÚBLICO O PERSONA ENCARGADA DE LA CUSTODIA DE LOS DOCUMENTOS]. 4. EL QUE ROMPE, QUÍTE O DAÑE SELLOS OFICIALES, PUESTOS POR UN FUNCIONARIO PÚBLICO EN CUALQUIER INMUEBLE, MUEBLE, OBJETO O DOCUMENTO, COMO DILIGENCIA PREVIA A LA

Es esclarecedor el artículo 131 del Código Penal¹⁶ cuando especifica que las infracciones reguladas en cuanto a la divulgación de secretos administrativos debe entenderse de acuerdo a lo regulado al respecto en la Ley de protección del secreto estatal.

Claro está que el desarrollo de las ciencias jurídicas, y a la vez el de todas las ciencias, ha provocado la evolución de estos conceptos. No para arrinconarlos y olvidarlos, sino para consolidarlos y hacerlos crecer a la par de la evolución científico-técnica de los medios de trabajo y comunicación. De esta forma el surgimiento y desarrollo del fax, correos electrónicos, internet y la proliferación de los ordenadores (computadoras), unido a consecuencias o productos de ésta como son las tarjetas de crédito y débito, pagos a distancia y cambios en la concepción de las libranzas y otros documentos mercantiles, han obligado a muchos países a cambiar su mutismo en cuanto al concepto legal y definición de documento, y de hecho a plasmarlo en sus códigos penales. Veamos dos ejemplos: El Art. 294 del Código Penal colombiano dispone:

Para los efectos de la Ley Penal es documento: toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos que tengan capacidad probatoria.

No cabe duda alguna de que se trata de un intento de adaptar la falsificación de documentos a los tiempos modernos que realiza el Código Penal de Colombia y lo consideramos acertado, en lo que a intento se refiere, aunque en artículo publicado en la página web del periódico *El Colombiano* el día 11 de enero de 2002 se plantea:

Delitos contra la fe pública

PRÁCTICA DE UNA AUDITORÍA, EXAMEN ESPECIAL O INSPECCIÓN, O CON LA FINALIDAD DE ASEGURAR SU IDENTIFICACIÓN O LA CONSERVACIÓN DE SU ESTADO, INCURRE EN SANCIÓN DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE 3 MESES A 1 AÑO, O MULTA DE 100 A 500 CUOTAS.

¹⁶SE CONSIDERA SECRETO ADMINISTRATIVO DE LA PRODUCCIÓN O DE LOS SERVICIOS A LOS EFECTOS DE LO DISPUESTO EN ESTA SECCIÓN, TODO DATO O INFORMACIÓN, CONCERNIENTE A LA SEGURIDAD ADMINISTRATIVA DE LA PRODUCCIÓN O DE LOS SERVICIOS, CUYA DIVULGACIÓN NO AUTORIZADA ESTÉ PROHIBIDA CON ARREGLO A LAS DISPOSICIONES ESTABLECIDAS EN LA LEY DE SECRETO ESTATAL Y SU REGLAMENTO. [ACLARACIÓN DEL AUTOR: ESTA LEY FUE DEROGADA POR EL DECRETO-LEY NÚM. 199 DE 1999 "SOBRE LA SEGURIDAD Y PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN OFICIAL", LO QUE NOS HACE RECORDAR QUE UNA APLICACIÓN CORRECTA DE LA TÉCNICA JURÍDICA EN ESTE TIPO DE NORMA "EN BLANCO" DEBE REMITIR A "LA LEY" QUE REGULA EL ASUNTO EN SENTIDO GENERAL, Y NO A UNA LEY ESPECÍFICA DE CONTENIDO ADMINISTRATIVO CON MUCHAS POSIBILIDADES DE MODIFICACIÓN, COMO OCURRIÓ EN ESTE CASO].

...En lo referente a conductas prohibidas contenidas en el presente Título no se advierte en el nuevo Código Penal modificación sustancial respecto de lo que sobre el particular se regula en la Codificación actual, pues en la realidad en algunos eventos se presentan variaciones, las mismas son más de carácter terminológico que sustanciales, como ocurre en la denominación de algunas figuras que en su estructura siguen siendo las mismas.

El Artículo 26 del nuevo Código Penal español dispone lo siguiente:

Se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.

El concepto se perfecciona y se aleja de lo que manifestaron los clásicos, entre ellos Soler cuando afirmó, al referirse a documento:

Es una atestación escrita en palabras mediante las cuales un sujeto expresa algo dotado de significación jurídica.

Con independencia de estos criterios renovadores, desde el punto de vista técnico es muy positivo y precursor el concepto de documento que expide desde 1973 la ley cubana de protección del secreto estatal (Ley 1246 de 1973):

Se entiende por documento desde el punto de vista del secreto estatal **cualquier objeto físico capaz de contener registrada una información** que pueda ser transferida del conocimiento de una persona a otra. [Enfasis añadido.]

Resulta admirable que en fecha tan temprana y en un país del tercer mundo y carente de un desarrollo tecnológico e informático avanzado, se haya encontrado tan brillantemente el camino conceptual documentario de proyección futurista.

Este concepto fue ligeramente modificado por el Decreto-ley 199 de 25 de noviembre de 1999¹⁷) que en su artículo 1, inciso (d) dispone:

DOCUMENTO: cualquier objeto físico capaz de proporcionar información o datos que puedan ser transferidos del conocimiento de una persona a otra.

¹⁷ GACETA ORDINARIA NÚM. 79 DEL 2 DE DICIEMBRE DE 1999, PÁG. 1259.

Considero más acertada la palabra *contener* empleada en 1973, ya que *proporcionar* es un verbo transitivo que significa acción final, lo que resulta más ambíguo y menos abarcador que *contener* que, además de transitivo, es verbo también reflexivo y como tal refuerza la acción de llevar en si mismo los datos que le caracterizan.

No podemos olvidar que estos conceptos aplicados en ambas leyes del secreto estatal fueron extraídos en lo sustancial de lo expuesto al respecto por el insigne maestro del derecho penal cubano José Ramón Hernández Figueroa en su obra *La falsedad documental* publicada en Cuba en 1932.

A pesar de ello, y como hemos anunciado, se han dictado sentencias que acogen con interpretaciones extensivas el concepto de *documento* a otros soportes materiales electrónicos o magnéticos para suplir el vacío legal existente y realizar la punición de conductas evidentemente fraudulentas. Ahora bien, la cuestión se complica y no alcanza únicamente el plano de la interpretación extensiva, restrictiva o adecuada de la norma penal, sino a las posibilidades reales de su aplicación en el complejo mundo de las falsificaciones actuales.

Es por ello que no sólo por mantener el principio legal universal e inalterable de *nullum crimen sine prævia lege* (que en nuestro criterio peligra en toda interpretación extensiva de las normas penales), sino también por cerrar el lazo de punibilidad que ha quedado abierto al retrasarse la acción legislativa con respecto al impetuoso desarrollo de la ciencia informática, se impone, de urgencia, adecuar el Código Penal cubano a las nuevas circunstancias.

Ya se habla en el mundo de *derecho informático*, sobre el que volveremos más adelante. Baste señalar ahora que incluso junto a las modificaciones enumeradas del concepto de documento en algunos códigos penales, han aparecido también autores que claman por la introducción del concepto *documento electrónico* para separarlo así del concepto clásico y moderno de documento, y desde su punto de vista lograr una mayor perfección y protección jurídica de estos modernos soportes. En este sentido se pronuncia Héctor Ramón Peñaranda, quien define el documento electrónico de esta manera:

Es aquel documento que contiene un escrito – mensaje destinado a durar en el tiempo, en lenguaje convencional (Bits), sobre soporte que podría ser cinta

o disco. En otras palabras, es aquel documento proveniente de cualquier medio de informática o que haya sido formado o realizado por éste.¹⁸

Claro que estos criterios tienen sus escollos, sobre lo cual trataremos más adelante. Baste por ahora decir que todos estos intentos por definir el concepto de documento (e incluso de separar el documento clásico y el moderno del específicamente informático) son solamente el reflejo de la necesidad imperiosa de todas las legislaciones del planeta de adaptarse a los cambios que la ciencia les impone.

Debe entenderse que el derecho penal necesita su propio concepto de documento. Considero, sí, que el derecho común debe adaptarse también a los cambios tecnológicos y pragmáticos ocurridos que afectan el concepto mismo de *documento*, pero si el derecho civil y otras ramas jurídicas pueden esperar y ser rebasados por la actuación de los particulares y los modernos compromisos de las partes, no puede hacerlo el derecho penal, pues corre el riesgo, ya presentado, de omitir su actuación por carecer de potestad y no infringir el ya mencionado principio cardinal de *nullum crimen sine praevia lege*, o, lo que es peor, que el aplicador del derecho actúe *contra legem* realizando una interpretación extensiva de la norma penal que jurídicamente resulta impropia aunque se pueda justificar en aras de un supremo principio de protección social, y por lo tanto se castigue una determinada conducta que desde el punto de vista lógico resulta claro que es una falsificación, pero donde no se sabe exactamente qué es lo que se ha falsificado, de acuerdo a los cánones clásicos de la concepción documental.

Por tanto, somos de opinión de que el futuro Código Penal cubano debe adherirse a estas imposiciones de la modernidad y de las ciencias jurídicas contemporáneas, y en su texto debe adoptar una definición de documento que, a nuestro criterio, no debe ser dividida sino única y lo suficientemente generalizadora para que abarque tanto los aspectos documentales clásicos como los modernos. Proponemos un esbozo de definición de *documento* que pudiera ser:

cuálquier escrito o soporte material que contenga datos, narraciones o símbolos que puedan servir de prueba de hechos o actos de relevancia jurídica.

¹⁸Héctor Ramón Peñaranda Quintero, *Iuscibernetica: interrelación entre el derecho y la informática*, Impresión Miguela García e Hijos, Caracas 2001, pág. 121.

Por *soporte material* (en este caso) hay que entender cualquier objeto físico capaz de contener datos, narraciones o símbolos ya sean en su soporte de índole magnética electrónica, o de cualquier otro origen científico-técnico. Por *relevancia jurídica* hay que entender que los datos, narraciones o símbolos que contenga el escrito o soporte material tengan importancia para el derecho, y eso significa que creen, extingan o modifiquen una relación jurídica, o al menos que contenga una declaración que amerite la tutela jurídica. Como dice el aforismo, *verba volant, scripta manent* (“las palabras vuelan, lo escrito permanece”).

III. Documentos Públicos

Muchos juristas opinan que no existe duda sobre cuáles son documentos públicos y cuáles no lo son. Sin embargo, en la práctica jurídica y en la propia jurisprudencia iberoamericana encontramos diariamente manifestaciones contradictorias sobre este asunto. Así, encontramos en casi todos los códigos procesales una definición cabal y a nuestro juicio completa de lo que debe entenderse por documentos públicos, e incluso una enumeración de los diferentes tipos de documentos públicos existentes. La ley cubana de procedimiento civil, administrativo y laboral (LPCAL) lo refleja en su artículo 281:

Son documentos públicos:

1. Los autorizados por funcionarios públicos competentes, con las formalidades requeridas por la Ley.
2. Las certificaciones de dichos documentos expedidas en forma legal.
3. Los registros oficiales y las certificaciones que obran en los mismos, expedidas por los funcionarios que los tuvieran a su cargo.
4. Las actuaciones judiciales y las certificaciones legales expedidas con vista de las mismas.

Y se completa con el artículo 296 de dicho texto que requiere:

Los documentos expedidos por funcionarios oficiales con relación a actos propios de la autoridad que ejerzan, harán prueba en el proceso en lo que a tales actos se refiere.

De esta forma se equipara la efectividad de estos últimos documentos a la de los documentos públicos que le reconoce el artículo 294.¹⁹

No escapa a la vista que nuestra LPCAL promulgada en 1977 continúa estableciendo diferencias conceptuales entre documentos públicos y documentos oficiales, heredadas de la antiquísima Ley de enjuiciamiento civil española y concordadas con el Código de Defensa Social vigente en Cuba hasta 1979.

Debe tenerse en cuenta que uno de los aciertos de la Ley 21 que sustituye el Código de Defensa Social, fue precisamente unificar los conceptos de *documento público* y *documento oficial*, perfeccionando la concepción legal de ambos y dándole correctamente la categoría de público a los documentos elaborados por funcionarios públicos que actúan en la esfera de la Administración.

Es unánime entre los precursores de la doctrina penal, que los funcionarios públicos se clasifican en notariales, judiciales y administrativos. Así los clasificó Castán²⁰ y también coinciden en ello otros autores como Paz Ares, Rodríguez Picazo, Ponce de León, Bercovitz, Rodríguez Cano²¹ y muchos otros. Claro que el hecho de consignar los documentos oficiales como públicos no exime de la obligación legal de definir cuáles son estos documentos oficiales que deben entenderse como públicos, y es aquí donde surge una de las grandes interrogantes del derecho penal a escala universal.

Tómese por ejemplo a la legislación española, de la cual se nutre casi toda la legislación latinoamericana (entre ellas, desde luego, la cubana) y no se encontrará jamás un concepto definido de este tipo de documento. Así, en la famosa obra *El Código Civil, doctrina y jurisprudencia*, sus autores en el tomo V, página 436, plantean:

¹⁹Para Diego Vicente Tejera, la conjunción disyuntiva “u” [*Documentos públicos u oficiales*] nos indica que para el legislador el documento oficial es distinto del documento público, y es claro que lo son. Efectivamente, todo documento oficial es documento público pero no todo documento público es documento oficial. “En las nuevas nomenclaturas, llámase *documento oficial* al que emana de la administración pública expedido por un funcionario competente. El certificado de nacionalidad cubana es un documento oficial y es un documento público, pero la escritura de compraventa de un edificio es un documento público y no es oficial. ¿Para qué, pues, se inventó esa forma de documento? No lo sabemos.” Diego Vicente Tejera, *Comentarios al Código de Defensa Social*, pág. 108.

²⁰José Castán Tobeñas, citado por J. Rimblas, *Código Civil interpretado y anotado*, Ed. Bosch, Barcelona 1934, pág. 654.

²¹Colectivo de autores, *Código Civil, doctrina y jurisprudencia*, pág. 436.

A diferencia de los documentos públicos que se definen y enumeran respectivamente en los artículos 1216 del Código Civil y 596 de la Ley de enjuiciamiento civil, no existe en la legislación española una definición de lo que debe entenderse por documento oficial, habiéndose llenado este vacío tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia.

Realmente la doctrina ha sido restrictiva, sin dejar de ser polémica, pues en esencia sólo ha reconocido el carácter de documentos oficiales (y por tanto equivalentes al documento público) a aquellos documentos emanados de entes públicos y del gobierno propiamente dicho, con las formalidades que exige la ley. Es la jurisprudencia española (y por qué no, en consecuencia la cubana) la que ha otorgado, dudosamente a nuestro criterio, la categoría de documento público a documentos privados cuando están destinados a una función pública o a ser incorporados a un expediente público. Con ello se ha hecho y se hace una interpretación extensiva de la ley, cuya consecuencia penal nos debe resultar improcedente.

Así, la sentencia del 29 de febrero de 1960 expresa que “la naturaleza de un documento oficial a efectos penales no está determinada siempre por la intervención de un funcionario público, sino por la finalidad perseguida por el documento en relación con la función pública u oficial que se le asigne”, aunque su creación sea por un particular. La sentencia del 14 de marzo de 1984 expresa: “siendo que tales documentos siendo privados se convierten en públicos, o mejor, oficiales, desde el momento en que se incorporan y tienen eficacia en un organismo público.”

En sentido distinto (con el que estamos de acuerdo) se expresa la sentencia del 25 de junio de 1953 al indicar que “como documentos oficiales no han de estimarse más que aquéllos autorizados o expedidos por funcionarios públicos.”

La teoría clásica, llena de formalismo, contenía siempre conceptos de mayor severidad que partían de un criterio protecciónista del derecho. Ello implicaba elevar la categoría de los hechos delictivos y por tanto la sanción correspondiente a sus autores, sobre todo cuando estos actos delictivos atacaban a la autoridad o a la organización estatal o a sus instituciones.

Es así que encontramos en todas las legislaciones penales una proyección a considerar todos los documentos contenidos en un expediente estatal o autorizados por funcionario público, como

documentos públicos, aunque estos fueran de origen eminentemente privado.

Soy del criterio que el continente no es lo que determina el contenido, sino que cada contenido concurre con su propia categoría al conjunto de documentos jurídicos que integran el continente. Es decir, que el continente no puede determinar el valor jurídico de un documento que ya ha nacido para el derecho antes de insertarse en él.

Manifestaron un criterio diferente Cuello Calón y Ferrer Sama. Claro, que es casi unánime en la doctrina científica, y también en la jurisprudencia, considerar que “no basta la sola inserción en el expediente público, sino que era necesaria la remisión del oficial a efectos trascendentes.” Esto último puede considerarse, en si mismo, contradictorio, porque la autorización o expedición por el funcionario público en relación con cualquier documento, con las formalidades legales, debiera convertir a tal documento en público, aún antes de su inserción en el expediente, al igual que lo hace la intervención notarial.

Yo agregaría que estos autores se contradicen al reconocer la clasificación de los emisores de documentos públicos y a estos mismos como notariales, judiciales y administrativos, pues habría que agregar un cuarto tipo de emisores de documentos públicos: los particulares (si se quiere, asistidos por la intervención oficial como ocurre por ejemplo cuando se protocoliza un documento privado) y un último tipo de documentos públicos que no serían notariales, ni judiciales, ni propiamente administrativos. No obstante, la discusión central parece girar alrededor de los emisores de documentos administrativos, por cuanto en los emisores notariales no existe ninguna duda y en cuanto a los emisores judiciales hay casi unanimidad en considerar entre ellos a los jueces y secretarios certificadores.

El examen de posiciones doctrinales españolas recientes revela la tendencia (en mi opinión correcta) a identificar los documentos oficiales como documentos expedidos fundamentalmente por funcionarios públicos. Cobo del Rosal y su colectivo de autores en su *Derecho Penal, Parte Especial*, nos dice a este respecto:

Más compleja es la definición de documento oficial, sobre todo si se intenta separar del concepto de documento público, como hace nuestro Código Penal [de 1995], en una innecesaria y desafortunada repetición de lo contenido en Códigos anteriores. El número 3 del citado art. 596 [de la Ley de Enjuiciamiento Civil española] incita a la confusión al estimar, como se ha

dicho, públicos **los expedidos por funcionario público que es la característica esencial de los documentos oficiales.** [Enfasis añadido.]²²

Por su parte, Vives Antón y su colectivo indican que el documento oficial se asimila al documento público a través de su generación por un funcionario público y señalan que esta posición ha sido reconocida por jurisprudencia española reciente:

No se dispone de una definición o de una enumeración legal de documento oficial. Se ha dicho que **en el fondo no son sino una variedad de los públicos: los expedidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos**, como se indica en el artículo 596, 3 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

En resoluciones del Tribunal Supremo se ha considerado, por lo general, que los documentos oficiales son los provenientes de las Administraciones públicas—Estado, Comunidades autónomas, Provincias, Municipio—encaminados al cumplimiento y desarrollo de sus funciones de los servicios públicos (sentencia de 10 de noviembre de 1993, por ejemplo)... [Enfasis añadido.]²³

El funcionario público de carácter administrativo es un funcionario vinculado a la organización estatal, perteneciente a ella y de ahí su carácter oficial y el de los actos que emite. Sin embargo es preciso admitir que no todos los funcionarios estatales son funcionarios públicos, ni todos los funcionarios públicos de la organización estatal pueden emitir documentos públicos.

Para Garcini, la condición de agente de la Administración, es indiferente al hecho de que el titular de oficial tenga competencia para producir actos administrativos.²⁴

En mi opinión, para que el funcionario sea público, no basta con que ocupe determinado cargo en una entidad estatal. Hace falta además:

Primero: una imputación jurídica que lo vincule (por elección o designación) al cargo, órgano u oficio. Esta imputación debe ser anterior

²²M. Cobo del Rosal y otros, *Derecho Penal, Parte Especial*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 1997, a la pág. 230 (por Lorenzo Morillas Cueva).

²³Vives Antón y otros, *Derecho Penal, Parte Especial*, 3ra. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, a la pág. 719 (por Lorenzo Morillas Cueva).

²⁴Héctor Garcini Guerra, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Pueblo y Educación, Habana, 1984, pág. 148.

a la designación o elección del funcionario y es en ella donde se materializa legalmente el acceso del mismo a la función estatal.

Varios autores consideran el acceso a la función pública como un acto requerido de cuadyuvante, pues requiere no sólo la designación o elección del sujeto, sino también su aceptación, lo cual es cierto. Pero a los efectos de la consideración o no como funcionario público de determinado funcionario o empleado estatal, partimos de la consideración del mismo como ente ya empotrado, asumido en la función. Por tanto entendemos como:

Segundo requisito: Una segunda imputación jurídica inherente al cargo, o especial (temporal, ocasional, eventual), que le faculte específicamente a materializar su potestad mediante la elaboración y publicación de actos jurídicos auténticos.

Ahora bien, después de haber identificado el funcionario público por el cargo o función oficial que desempeña en la organización estatal y por las facultades específicas que la ley le confiere en determinada esfera, debemos tener en mente que **no todo lo que elabora ese funcionario público es documento público, y no todos los funcionarios públicos elaboran documentos públicos.**

Para llegar a este sensible escalón de la manifestación de la voluntad jurídica estatal, además de los requisitos expuestos anteriormente resulta indispensable que el acto dictado por el funcionario esté dentro del marco de su competencia y sea además **un acto formal** y que se cumplan esas formalidades. Sin el cumplimiento estricto de ellas no se configura el documento público. Así lo establece el artículo 281 de la Ley cubana de procedimiento civil, administrativo y laboral (LPCAL), y también las leyes de la mayoría de los países de habla hispana.

Pero pudiera pensarse que todo documento necesita alguna formalidad para su elaboración y conformación, lo que resultaría muy cierto. ¿Cuál es entonces la diferencia con las formalidades que exige nuestra ley y la propia doctrina para la configuración del documento público? Estas, en mi opinión, pueden definirse como formalidades legales, es decir, establecidas por la ley, y “ley”, en el sentido formal, que en Cuba equivale en la actualidad a las leyes y los decretos-leyes. Es en estos actos jurídicos de carácter estatal donde encontraremos la específica formalidad de los documentos públicos dictados por funcionario público. Es decir, que su formalidad parte de su nacimiento y de su regulación por

la ley. Y sin duda, allí encontraremos requisitos también fundamentales que tendrá el documento público, como serán:

1. Un registro y número de orden, sólo válidos con la aprobación del funcionario público encargado de su emisión (materializada en su cuño y firma).
2. Pueden contener o requerir de formalidades complementarias, como pueden ser su protocolización, traducción oficial y otras.
3. Pueden requerir determinadas solemnidades para su validez.

El documento público debe contener una obligación de los particulares hacia la organización estatal, o de la organización estatal hacia los particulares, o simplemente una declaración oficial, o el reconocimiento de un derecho o de una situación legal a un particular, sobre los datos existentes en los registros o archivos de la organización estatal.

No existen, por su contenido, otros documentos públicos que no sean los enumerados, y es por ello que además de su autenticidad contienen declaraciones *erga omnes*, aun cuando se refieran a un sólo individuo al que el Estado, mediante una resolución de un funcionario, concede una pensión vitalicia o de cualquier otra prestación de la Seguridad Social.

Por supuesto, ahora que se trata de privatizar casi todos los servicios estatales, debe entenderse que de pasar la Seguridad Social a manos privadas, al igual que cualquier otro de los servicios que ha prestado el Estado a los ciudadanos, los funcionarios que dictan estas resoluciones y por ende sus documentos, saldrían de la esfera del derecho público para convivir en la del derecho privado.

Esto nos plantea la disyuntiva muy controvertida de la condición jurídica de los funcionarios de las entidades económicas y de servicios en general que son de propiedad estatal. Nuestra opinión al respecto coincide con la de varios juristas de otros países, en cuanto a que las empresas y otras entidades económicas estatales se rigen por el derecho privado, ya que sus relaciones son fundamentalmente en esta esfera, aunque partan de la propiedad estatal. Es por ello que generalmente se les concede por el propio Estado, independencia o autonomía económica, no comprometiéndose en tal sentido el Estado con los resultados de su gestión. Tampoco los actos que puedan dianar de los funcionarios que

actúan en esta esfera pueden catalogarse *erga omnes* y sólo rigen en el ámbito de su empresa o en las relaciones comerciales que realizan.

Resumiendo: desde el punto de vista formal, **son documentos públicos los autorizados por funcionarios públicos competentes, con las formalidades requeridas por la Ley.**

Una concepción *material* del documento público, complementaria de la anterior, implica que el mismo ha de contener una cierta dosis de la voluntad estatal, ya sea respaldando la veracidad o la legalidad del documento mismo o del acto jurídico que contiene, como en el caso de los notarios, certificando hechos ciertos o inciertos, como en el caso de los registros y archivos, o introduciéndose en las relaciones jurídicas con los particulares mediante su vinculación con ellos en las distintas esferas a través de su potestad conformadora.

Es decir, que para que el documento sea considerado público, deben cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 281 de la LPCAL, y además ser intrínsecamente por su contenido formalizado o material un documento público, que equivale a un documento *erga omnes*.

Llegados hasta aquí, resulta inevitable el análisis del Artículo 173 del Código Penal vigente, que forma parte del Capítulo XV del Título II (“delitos contra la administración y la jurisdicción”) y como disposición complementaria del mismo, y que ofrece un concepto de funcionario público **exclusivamente para los efectos de dicho Título.** En él se afirma: “A los efectos de este Título, se entiende por funcionario público, toda persona que tenga funciones de Dirección o que ocupe un cargo que implique responsabilidad de custodia, conservación o vigilancia, en Organismo Público, Institución Militar, Oficina del Estado, Empresa o Unidad de Producción o de Servicios.”

Resulta evidente la acepción superlativa aplicada al concepto de funcionario público por este artículo que incluye como tales a cargos u oficios que no son, ni remotamente, acreedores de esta denominación, y que aún siendo titulares de cargos en unidades de producción, servicios, etc., de carácter estatal, su función en la economía, los servicios y otras actividades, no se ejercita en el marco de la función pública, pues carece de la envergadura política y las imputaciones jurídicas necesarias para catalogarlos como tales.

No hay duda que cuando el precepto se refiere a “personas que tengan funciones de **dirección** o que ocupen un cargo que implique responsabilidad de custodia, conservación o vigilancia en organismo **público**, institución militar, oficina del Estado ...” hasta aquí acierta en lo que respecta a la esencia limitada y específica de este concepto de funcionario público para los efectos de este Título II (“delitos contra la administración y la jurisdicción”), pues permite definir claramente los dos objetos de protección que las normas del Título II tutelan:

1. La integridad física y moral de las personas que ejercen la función estatal digna y específica como funcionarios públicos (artículos 142.1.2.3, atentado; 134.1.2 resistencia; 144.1.2 desacato, y 279.2.c privación de libertad; todos del Código Penal vigente).

2. Protegiendo la estabilidad y la pureza y credibilidad de los organismos estatales contra la conducta indebida de las personas que actúan en su esfera como funcionarios públicos (artículos 129.1.2, revelación de secretos; 132.1.2, revelación de pruebas; 133, abuso de autoridad; 134, desobediencia; 135, abandono de funciones; 136 denegación de auxilio; 150, enriquecimiento ilícito; 151.2, tráfico de influencias; 152.1.2.3, cohecho; 153.1.2, exacción ilegal; 164.2, ayuda a la evasión de presos; 168.2.3, infidelidad en la custodia de documentos; 169.1, infidelidad en la custodia de información clasificada; 250.3, falsificación de documentos públicos; 251.3, falsificación de documentos bancarios y comerciales; 252.3, falsificación de carnet de identidad; 253.3, falsificación de despachos cablegráficos; 256, falsificación de pruebas o evaluaciones docentes; todos del Código Penal vigente).

Así, por su orden, deben entenderse como que ejercen funciones de dirección los llamados en la ley como *dirigentes*, clasificados, a su vez en superiores del Estado y del Gobierno e intermedios del Estado y del Gobierno. De esta forma, los primeros son los que ocupan los cargos del más alto rango, definidos como tales en la Constitución, las leyes y en las disposiciones del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros. Los segundos son los que ocupan cargos de dirección en unidades organizativas de los órganos y organismos estatales, de nivel nacional o local.

Por “custodia, conservación o vigilancia en organismo público, institución militar, oficina del Estado”, debe entenderse aplicable al sólo efecto del Título II que, según ya explicamos, lo que tutela es el aspecto

de los funcionarios específicamente y su quehacer estatal, a los responsables de la documentación oficial, de los registros oficiales y archivos, responsables a nivel estatal y de los principales organismos de la custodia, de sus sellos y signos de representación, arcas, etc. así como los que ocupan determinados cargos de oficiales en las Fuerzas Armadas Revolucionarias (FAR) y en el Ministerio del Interior (MININT).

Es en nuestra opinión incorrecto considerar *funcionario público* a los miembros de los cuerpos de vigilancia y protección, o personal independiente contratado a esos fines por los organismos, debido no sólo a que esos cuerpos en su mayoría constituyen empresas independientes o autónomas, sino también porque aún siendo empleados directos del organismo estatal, los empleados que tienen la función de custodiar sus dependencias (léase edificios, almacenes, oficinas y otros medios) no se insertan en el aparato estatal para ejercer una función pública, carecen de las imputaciones jurídicas necesarias para surtir esos efectos y sólo vienen a ella para realizar el cuidado exterior de sus medios materiales, personales o financieros. Por tanto, su actividad de “vigilancia o custodia” es de carácter laboral y se rige por las leyes de esa índole.

Cuando se habla, entonces, de “funciones de custodia y vigilancia en un funcionario público”, debe entenderse como funciones de esa índole, las intrínsecas del aparato estatal, lo cual comprende o abarca la esencia misma de su razón de ser como ente estatal, dígase, y además de las ya nombradas, supervisión, inspección, control, etc.

Por último, el artículo 173 concluye, agregando a la ya analizada relación de funcionarios públicos, los que cumplen las supramentadas funciones “... en empresa o unidad de producción o servicio.”

El cierre de este artículo no podía ser peor, pues incluye entre los funcionarios públicos al personal de dirección de empresas económicas de producción y de servicios, así como de unidades específicas de éstas. Ya habíamos mencionado que la situación particular que vivió Cuba tras la nacionalización generalizada de empresas (casi todas éstas, y también las unidades de producción, eran de carácter estatal), había contribuido a introducir determinados conceptos jurídicos diferentes a los tradicionales en correspondencia con esa situación especial en que todo parecía ser parte del ente público.

Hoy, con las modificaciones estructurales y económicas introducidas, resulta más fácil, no sólo comprender este fenómeno, sino también

deslindar jurídicamente la actividad de las empresas y unidades económicas de producción o de servicios del engranaje propio del ente estatal y, desde luego, separar de él a los directivos de esas entidades que no se insertan en el aparato estatal como representantes de éste, sino como empleados subordinados al aparato estatal, que cumplen funciones de aseguramiento con la necesaria autonomía o independencia jurídica. Los directivos de las mismas no son, pues, funcionarios públicos, y debe reconsiderarse lo que sobre ellos regula este artículo 173.

En la práctica puede apreciarse que los fines de represión estatal pueden cumplirse perfectamente en la esfera en que se desenvuelven estas personas, pues existen delitos muy definidos que pueden ser cometidos por ellos, sin tener la consideración de funcionarios públicos, como son la malversación, el abuso en el ejercicio del cargo, el incumplimiento del deber de preservar, el uso indebido de recursos, la omisión de datos y otros.

Queda claro, no obstante, que la idea del legislador cubano en cuanto a la amplitud de la categoría *funcionario público*, se refería únicamente a los efectos de este Título II (“Delitos contra la Administración y la Jurisdicción”). En este sentido es que hasta aquí la criticamos.

Utilizando esta concepción en tiempo, debemos decir que el Código de Defensa Social vigente hasta 1979 no definía lo que debía entenderse por funcionario público, pero sí distinguía entre funcionario público y *autoridad*, definiendo quiénes ostentaban esta última categoría en su artículo 262.

Es positivo el empleo que hacía el Código de Defensa Social de estas dos acepciones, ya que los antiguos serenos y guardajurados eran auxiliares de la policía, como lo son ahora los miembros de los Cuerpos de Vigilancia y Protección. Esto, por supuesto, los convierte en sujetos pasivos del delito de atentado y es por ello que decimos que es positivo distinguir entre *funcionario público* y *autoridad y sus agentes o auxiliares*, lo que haría más factible la comprensión y aplicación de los preceptos de este capítulo, despejando de estorbos al resto de los títulos del Código Penal que necesitan del concepto verdadero y puro de *funcionario público* para la aplicación correcta de sus normas. En ocasiones nuestro Código Penal actual usa ambas expresiones, *funcionario público o autoridad*.²⁵

²⁵Nota del Autor: Como hemos visto, ni la definición de *documento oficial* ni la de *funcionario*

No debemos olvidar que los conceptos y definiciones del artículo 173 que hasta aquí hemos comentado, se refieren originalmente al Título II del Código Penal exclusivamente y con los objetivos que hemos indicado, lo cual puede ser polémico, y al respecto hemos manifestado nuestra posición.

Pero donde realmente se produjo una **confusión** y un uso **malogrado** de la técnica jurídica y que nos está afectando aún, es a partir del año 1983 con la aparición de la Instrucción 108 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. No podemos negar que esta Instrucción fue en términos generales positiva y oportuna en cuanto esclareció muchos aspectos dudosos sobre la falsificación de documentos. No obstante, en un aspecto erró y como el error pervive y aún daña, debe ser subsanado. Dicha Instrucción dice con desacuerdo, en la remisión:

En consecuencia la primera cuestión a deducir es conocer si quien emite el documento es o no funcionario público. Para ello nos apoyamos en la disposición complementaria al Título II del Libro II, Artículo 194 [ahora 173] del Código Penal que textualmente dice: 'A los efectos de este Título,

público que utilizaban la doctrina y la jurisprudencia cumple hoy día los requisitos que exige el derecho penal para la aplicación de sus normas. Unas veces, por extensión, se abarca demasiado, como en el caso del concepto de *funcionario público*, que da el artículo 173 de nuestro Código Penal; y otras por confusión, por cuanto mezcla los términos *autoridad*, *auxiliar* o *agente de la autoridad*, *funcionario* y *funcionario público*. Es decir, no podemos seguir acotando como funcionario público "a todo el que por elección o designación realice funciones públicas" porque esta categoría tiene consecuencias no sólo en el ámbito administrativo y civil, sino en el ámbito penal para el cual resulta exagerado, pues abarca tanto al simple trabajador de limpieza de calles como al más encumbrado funcionario de la administración estatal. Así, cuando se quiere proteger a los titulares de la función pública de posibles ataques físicos, es correcto extender el término *funcionario público*, siempre con la coletilla "en el ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ella", pero en mi opinión sería preferible designar directamente lo que se quiere proteger o reprimir, digamos por ejemplo, "funcionario público, autoridad, agente, o auxiliar de la autoridad" según el caso, adoptando una forma específica en cada artículo según los intereses concretos.

DIGAMOS, POR EJEMPLO, QUE EN EL ARTÍCULO 129.1 SE MENCIONA CLAROYMENTE "FUNCIONARIO O EMPLEADO" (NO ENTRA EN DISQUISICIONES CON EL APÉNDICE "PÚBLICO") DANDO CLARIDAD, Y LA LEY DEJA A LAS CORRESPONDIENTES PLANILLAS INSTITUCIONALES LA DESIGNACIÓN O INSERCIÓN COMO FUNCIONARIO O COMO EMPLEADO DEL CARGO AFECTADO. DE IGUAL FORMA, NOS PARECE CORRECTA LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 142.1 (ATENTADO) PUES ABARCA TODAS LAS POSIBILIDADES COMPLETAS DEL ACCIONAR DELICTIVO CONTRA LAS PERSONAS CLASIFICADAS (FUNCIONARIO PÚBLICO, AUTORIDAD, AGENTE Y AUXILIAR DE LA AUTORIDAD) QUE SE QUIEREN PROTEGER. OTRA INDEFINICIÓN SE REFIERE AL CONCEPTO DE AUTORIDAD, QUE A NUESTRO ENTENDER TAMPOCO DEBE LIMITARSE A LO YA EXPRESADO EN EL ARTÍCULO 262 DEL DEROGADO CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL, PUES RESULTA INDUDABLE QUE EL MISMO DEBE ABARCAR EL EJERCICIO DEL MANDO, PERO NO EL MANDO SIMPLE DE UN JEFE DE ESCUADRA O DE PATRULLA MÓVIL DE LA POLICÍA, YA QUE EL MANDO ELEVADO A LA CATEGORÍA DE AUTORIDAD ES EL MANDO VINCULADO AL EJERCICIO DE UNA JURISDICCIÓN ESPECÍFICA O COMPETENCIA TERRITORIAL Y LLEVA UNIDA LA POSIBILIDAD DE DICTAR DISPOSICIONES JURÍDICAS EN EL PLANO INTERNO O EXTERNO DE LA ADMINISTRACIÓN.

se entiende por funcionario público toda persona que tenga funciones de dirección o que ocupe un cargo que implique responsabilidad de custodia, conservación o vigilancia en órganos públicos, institución militar, oficina del Estado, empresa o unidad de producción o servicios.

Más adelante la Instrucción en su dictamen, especifica acertadamente otros tres requisitos, además del expuesto, necesarios para catalogar un documento como público:

En segundo término, será necesario conocer si el documento suscrito por el funcionario está dentro del ámbito de su competencia, esto es, si tiene facultad para realizar el acto.

No menos importante será comprobar si el documento fue expedido de acuerdo con los requisitos legales exigidos para su fehaciencia.

También será necesario analizar su contenido, es decir, si tiene por objetivo una declaración de voluntad, reconocimiento, negación, modificación de una relación jurídica, o fiel expresión de un estado o situación de hecho con relieve jurídico.

Magnífica exposición de lo que debe entenderse por documento público y que de cumplirse estrictamente en toda su extensión, no permitiría confusiones de ningún tipo, excluyendo, por supuesto, la criticada concepción de funcionario público inicialmente expresada, la que en la práctica se ha bastado a sí misma para provocar confusión a la hora, no sólo de determinar el grado de culpabilidad de un reo del delito de falsificación de documentos, sino también a la hora de adecuar su sanción, si se le cataloga como funcionario público sin que realmente ejerza esa función. De esta forma, hemos visto sancionar falsificaciones de documentos privados como si fueran públicos, con la consiguiente agravación de la sanción; y hemos visto sancionar severamente a personas como si fueran funcionarios públicos (dada la definición del artículo 173 aplicada por la Instrucción 108) cuando realmente no lo son, de acuerdo a las actividades que realizan. Es por ello que consideramos de urgencia la modificación de éste y otros conceptos, que limitan la verdadera acción de la justicia en el ámbito de la falsificación documental.

IV. Clasificación de los documentos públicos

Los documentos públicos son notariales, judiciales o administrativos (u oficiales). Como bien aclara la Instrucción 108 supramentada del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, de lo expresado en el artículo 281 de la LPCAL se advierte que: “resulta materialmente imposible confeccionar una relación nominal de los documentos considerados de carácter público, por las varias especies existentes y la dinámica que surge en las relaciones jurídicas en una sociedad en constante transformación.”

No obstante, hay algunos documentos que sí pueden enumerarse con cierta seguridad como de carácter público y ellos son:

1. Documentos notariales, compuestos por las escrituras públicas, las actas y las certificaciones.
2. Documentos judiciales, que incluyen las sentencias, resoluciones, actuaciones jurídicas y las certificaciones.
3. Documentos administrativos, que incluyen los decretos, resoluciones, certificaciones oficiales y las autorizaciones y permisos de rango estatal.

No deben reputarse documentos públicos los documentos privados incorporados a un expediente judicial o administrativo como por ejemplo, en el caso judicial, certificados médicos falsos, cartas de conducta emitidas por centros de trabajo y organizaciones políticas y sociales. En el caso administrativo, los mencionados documentos, solicitudes, “hago constar” de entidades, etcétera, deben conservar su condición de origen en el caso de que se evalúe su falsificación.

V. Documentos Privados

Siguiendo los controvertidos criterios doctrinales y jurisdiccionales, pasamos de inmediato al análisis de la categoría *documento privado* y como consideramos, siguiendo a la mayoría de los autores, “que su definición está bastante clara y no es problemática”, comenzaremos por la definición que de los mismos establece la LPCAL, en el último párrafo de su artículo 281: “Son documentos privados los formados por particulares, y los demás no comprendidos en el apartado anterior.”

Es decir, que de forma clara y contundente la referida ley establece la existencia de sólo dos tipos de documentos desde el punto de vista jurídico: los documentos públicos y los documentos privados. Si esto se

entendiera, ¡qué fácil sería el camino de las sentencias en cuanto a falsificación de documentos!

Ya vimos la clasificación intrínseca de los documentos públicos. Por ello, antes de introducirnos en las disquisiciones teóricas, lanzaremos lo que a nuestro criterio es la clasificación de los documentos privados. Sirva esta clasificación como síntesis conclusiva de nuestra opinión en cuanto a este tipo de documento:

| | |
|-----------------|--|
| Personales | Identificativos, contractuales, declarativos |
| Corporativos | Identificativos, contractuales, declarativos |
| Mercantiles | Financieros, comprobadores, controladores |
| Administrativos | Internos, externos |

Realmente no existe un concepto de *documento privado*. La mayoría de los tratadistas y la propia jurisprudencia han coincidido en que se llega a la definición de documento privado mediante un proceso de decantación o eliminación, es decir, que constituyen una categoría residual, considerando como tales a los que no son documentos públicos o cualquier otra de las categorías especialmente protegidas, como por ejemplo, algunos documentos de identificación, como el carnet de identidad en nuestro país (sobre los documentos mercantiles trataremos más adelante).

Así, Sanchez Tejerina²⁶ asume que la jurisprudencia española se ha adherido a este criterio y en su obra *Derecho penal español* cita varias sentencias en que el Tribunal Supremo de España ha repetido que “documento privado es toda hoja de papel en la que se consigna, sin intervención de funcionario público, una obligación civil ...”²⁷ Diego Vicente Tejera, en sus *Comentarios al Código de Defensa Social*, consideró con acierto que “la esencia del documento privado es la no intervención de funcionario público”.²⁸ Carrara llegó a sostener que “la falsificación de documentos privados no debía incluirse en los ‘delitos

²⁶Isaías Sánchez Tejerina, *Derecho penal especial*, tomo I, págs. 98-102.

²⁷Sánchez Tejerina señala tres elementos esenciales de la falsificación de documentos privados; 1. alteración de la verdad con propósitos dolosos; 2. causa perjuicio; y 3 que éstos se realicen en un documento privado. *Manual de derecho penal español*, tomo I, pág. 98.

²⁸Diego Vicente Tejera, *Comentarios al Código de Defensa Social*, tomo VI, pág. 174.

contra la fe pública', no sólo por la intención lucrativa del agente, sino por el objeto que ataca, que es la credibilidad de un particular ..."²⁹

Sin embargo, Baigún y Tozzini discrepan de este proceso de descarte para llegar a la definición de documento privado y dicen: "en consecuencia la formulación por descarte a que hicimos referencia como posible ámbito civil, resulta indebida en el penal, aunque cuente con adeptos."³⁰ Y plantean como método identificativo de los documentos privados en el ámbito penal "la investigación de los fundamentos por los cuales el legislador penal ha tutelado los instrumentos privados, a la luz del elemento metatípico del bien jurídico" y continúan: "en este sentido un primer criterio de selección estará dado por el riesgo en que se coloca la fe pública."

En nuestra opinión, y ya lo hicimos al proclamar nuestra clasificación de documentos privados, resulta muy atinado concluir que no es la intervención o no de un funcionario público lo que puede parecer o no un documento privado, pues pueden existir documentos privados elaborados por funcionarios públicos y de hecho lo son los documentos no formales, y aquéllos que se dicten sin un contenido *erga omnes*. Así, incluso, el Código Civil español en su artículo 1223 niega la categoría de público y cataloga como privado al documento público que incumple formalidades por incompetencia. También lo reconoce la jurisprudencia española, cuando da carácter de documento privado a los públicos malogrados en la competencia o la formalidad. Tampoco puede olvidarse que la mayoría de los actos administrativos se proyectan en documentos privados por emanar de funcionarios administrativos, incluso de categoría de funcionario público, pues no reúnen todos los requisitos que debe reunir un documento público. Más claramente, aunque la esencia del documento privado puede encontrarse en la ausencia de funcionario público, para que esta frase fuera totalmente correcta habría que completarla añadiendo "sin las formalidades que la ley impone" o "sin la competencia requerida o sin el contenido *erga omnes* necesario."

El documento privado se identifica:

1. Cuando el asunto sobre el que versa el documento es una obligación de carácter civil; o

²⁹Carrara, *Programa del corso di diritto criminale*, Parte especial, tomo VII, pág. 351.

³⁰Baigún y Tozzini, *op. cit.*, pág. 198.

2. Cuando el documento no contenga las exigencias y formalidades del documento público; que a sabiendas son dictadas por funcionario público competente, con las formalidades que establece la ley.

Ya aquí vemos diferencias sustanciales, primero en cuanto al **contenido** del documento, que por sí o por imperio de la propia ley se materializa *erga omnes* en el caso de los documentos públicos. Y en cuanto al aspecto **formal** del documento, que el documento privado simplemente carece de las formalidades propias del documento público.

Esto no quiere decir que un documento privado no pueda dictarse por un funcionario público, ni tampoco que algún documento privado no pueda tener formalidades legales. Lo que caracteriza al documento como privado es la ausencia de las características propias de un documento público.

Resumiendo: si se llega al concepto de documento privado por exclusión, debe referirse al aspecto complejo de la caracterización de ambos tipos de documentos y no inexacta y exclusivamente a la no intervención de funcionario público en los privados.

Para identificar casuísticamente los documentos en un caso concreto, lógicamente, es imprescindible basarse en los elementos que hemos señalado. A modo de ejemplo, abordaré los casos de la libreta de banco, la tarjeta de crédito, la tarjeta de débito, la factura y la carta porte o carta de porte.

Esta referencia, desde la experiencia profesional del que escribe, es directamente la que más dificultades ha confrontado y su clasificación ha sido realmente polémica en Cuba, a distinción de otros países de habla hispana en los que existe claridad al respecto, quizá por la existencia ininterrumpida de las relaciones capitalistas de producción y de economía de mercado, que dan lugar a un uso masivo de estos instrumentos.

Cabe señalar, de entrada, que ninguno de estos documentos es elaborado o expedido por funcionario público de clase alguna, y mucho menos por funcionario público competente ni con las formalidades que exige la ley para un documento público. Para un análisis cabal, es necesario referirse al origen del documento en cuestión, qué norma lo creó, qué normas lo regulan, y a qué fuentes remitirse cuando hay conflictos respecto al documento en cuestión.

A. Libreta de banco

En Cuba, su nombre correcto es *Libreta de ahorro*, y la misma se regula por los reglamentos propios de las cuentas de ahorro. Esta libreta no posee valor propio, y por lo tanto con ella no se pueden hacer pagos o compras de mercancías o productos. Solamente tiene el fin de servir al poseedor de la misma como titular de una cuenta de ahorro en un banco determinado, para llevar un control personal del estado de su cuenta y para que le sirva de prueba en caso de discrepancia con los saldos del banco. Aunque el banco puede tomarla en consideración, en principio hace su determinación de saldo basándose en su libro contable submayor y demás controles bancarios.

Todos los reglamentos de estas libretas prevén que para realizar extracciones no basta con la presentación de la misma, sino que es necesaria la identificación oficial del titular y la comprobación de su firma. Ello confirma su carácter de documento privado. Sobre esto ha manifestado el eminentе ex-profesor de Derecho mercantil de la Universidad de La Habana, Alberto López Montealto:

Si bien la mayor parte de las legislaciones y sus reglamentos exigen la presentación de la libreta, que es nominativa, es decir, a la orden de una persona determinada, ello no significa que sea un Título de Valor. Cumple una función probatoria que se explica su necesaria presentación para depositar o retirar y permite descartar en la práctica los riesgos de la pérdida, pues el documento no es negociable.³¹

Contrastemos lo anterior con la Sentencia núm. 591 del 2 de marzo de 1989 del Tribunal Supremo Popular, que en su parte pertinente reza como sigue:

CONSIDERANDO: Que en efecto le asiste la razón al Fiscal, cuando sostiene que el Tribunal incurrió en error al calificar los hechos que dio por probados, como constitutivos del delito de falsificación de documentos privados y no bancarios, como fuera imputado, porque, como con reiteración ha sostenido la Sala que resuelve, la libreta bancaria que expide el Banco Nacional de Cuba o el Banco Popular de Ahorro y que tiene incorporado como valor la cantidad que aparece en las anotaciones que realizan en la misma los encargados de esta función, autenticada por el Sub-mayor correspondiente, reúne todos los requisitos exigidos para la calificación de ese tipo de documento; luego, no resulta válida la argumentación de la Sala del juicio para desestimar esa calificación, de que la libreta de ahorro queda a

³¹ Alberto López Montealto, *La falsificación de documentos*, conferencia, Habana, 1999, pág. 5.

la libre disposición y a título personal de quién pasa a ser propietario, a diferencia de otros documentos bancarios que son emitidos, controlados y dominados por su esfera de protección; porque no enerva el carácter de propietario de la libreta, más vale decir del dinero que se deposita, el ejercicio de la emisión y el control por el organismo que en depósito guarda y custodia y conserva el bien; por las razones apuntadas es de acoger el motivo deducido por el Ministerio Fiscal, y en segunda sentencia dictar el fallo que corresponda a derecho.³²

En consecuencia, el Tribunal sancionó a la acusada como autora de un delito de falsificación de documentos bancarios.

A este dictamen, debemos responder: ¿Qué es en sí la *libreta bancaria* de que se habla en la sentencia? Como anticipáramos brevemente, es obvio que en el hablar corriente de la población cubana se le menciona como “Libreta de banco”, pero nunca se habla de “Libreta bancaria”, porque desde el punto de vista gramatical, la primera acepción es correcta aunque sea popular, y se refiere a una libreta que se vincula al banco, pero la segunda al emplear la palabra “bancaria” se está usando un adjetivo más propio de la banca mercantil, la cual se identifica como un tipo de comercio consistente en abrir créditos, realizar operaciones de giro, cambio y descuento.

Reiteramos la importancia de identificar bien el documento para después buscar y encontrar su origen legal. Tan sólo con la identificación adecuada del documento *libreta de ahorro*, es evidente que este documento por sí solo no constituye un título de valor para la institución bancaria en que se encuentra el depósito de su titular. En principio, el dato que cuenta para determinación de saldo es el dato que aparece en el sub-mayor de la misma. Sólo en caso de conflicto pudiera hacerse valer la libreta de ahorro aún en contra de los datos económicos de la institución. Como aclara López Montealto, la libreta surte el efecto principal de mantener actualizado al ahorrista (no al banco) del estado de su cuenta de ahorros.

El término *cuenta de ahorro* está relacionado con la libreta del mismo nombre. En su aspecto operacional, cualquier persona (aunque no sea el titular) puede **ingresar** fondos en la cuenta de ahorro, sin límite de cuantía. Si se trata de **retirar** fondos, el cajero no sólo verificará la autenticidad de las operaciones y el saldo que en ella consta: también verificará estos datos en el sub-mayor y demás controles del banco

³²Código Penal Anotado, pág. 203.

(actualmente se realiza de forma electrónica), y verificará además la identificación personal y la firma registrada en el banco.

Nuestro Código Civil define y regula la cuenta de ahorro en el Capítulo II del Título XVI. El Artículo 445.1.2³³ dispone lo siguiente:

“Cuenta de ahorro.

Por el contrato de Cuenta de Ahorro, la entidad bancaria se obliga a abrir una cuenta de esta clase a nombre del interesado, ingresar en ella cantidades que se depositen y reintegrarle el saldo total o parcial, según lo pactado.”

“2. La entidad bancaria está obligada a abonar al depositante los intereses según la tarifa establecida.”³⁴

En este contrato se refrenda una obligación que es evidentemente de carácter civil, porque regula una relación de carácter económico entre una entidad jurídicamente autónoma y un particular. Claro que bastaría con la inclusión en el Código Civil de la institución “cuenta de ahorro” para afirmar su condición de obligación de carácter civil, pero como se trata sobre todo de identificar el carácter de un documento que emana de ella, profundizamos en el análisis, viendo el asunto en todas sus partes. La mencionada libreta no es otra cosa que el documento de control de sus efectivos que poseen depositados los ahorristas. Es, ni más ni menos, su estado de cuenta permanente y portátil, y es claro que se trata de un documento privado para efectos del delito de falsificación de documentos. No estamos solos al alcanzar esta ineludible conclusión. Baigun y Tozzini, al referirse a la falsificación de libretas de la Caja Nacional de Ahorro Postal, afirman:

Es también un claro ejemplo de la traslación indiscriminada que se hace de todo instrumento privado civil al campo de la fe pública penal, sin reparar en que la confianza general no puede estar interesada en un papel con destino probatorio contable e interno, dentro de una institución, y cuya falsedad por tanto, sólo puede afectar, como ardid, relaciones patrimoniales interpersonales, aunque una de esas personas pueda ser el Estado actuando en función privada de ahorro y seguro.³⁵

³³Texto vigente según la Ley Núm. 59 de 1987.

³⁴En el Código Civil se regulan, además: la cuenta corriente (Artículo 446), el préstamo bancario (Artículo 447) y el contrato de seguro en todas sus variantes (Artículos 448 a 465).

³⁵Baigun y Tozzini, *op. cit.*, págs. 215-216.

Por su parte, en la obra antecitada, Baigún y Tozzini³⁶ relatan una sentencia en que se sanciona como documento privado la falsificación de formularios para el depósito en cuenta corriente por un empleado de un banco la cual indica:

Con los denominados formularios múltiples por él confeccionados ha creado la falsa prueba de constitución de depósitos, valores para cuenta totalmente ajenas a la de sus verdaderos titulares; ha formado, por ende, usando papeles comunes, de uso bancario, documentos materialmente falsos y la idoneidad para hacer creer en ellos al personal bancario de que los depósitos se habían efectuado ... ha sido tal que precisamente a la vista y en razón de ellos es que se acreditan los importes a favor del padre o los amigos ... hubo pues documento **privado** falsificado.” [Enfasis añadido]

B. Las tarjetas de crédito, débito y prepagadas

Por su carácter y moderna creación, este tipo de instrumentos de pago no se encuentra regulado en ninguno de nuestros códigos. Su reglamentación se encuentra en el Decreto-ley núm. 172 de 28 de mayo de 1997, vigente en Cuba desde el 28 de mayo del mismo año, en que se publicara en edición extraordinaria de la Gaceta Oficial. Este Decreto-ley otorga al Banco Central de Cuba, entre otras facultades, la de “dictar los reglamentos y normas que regulan la emisión y operación de las tarjetas de crédito, de débito y cualesquiera otros medios y sistemas avanzados de pago”. En uso de esta facultad el Banco Central dictó la Resolución núm. 64 de julio de 1996 [“Reglas para la emisión y operación de tarjetas plásticas como medios de pago”]. Su artículo 1 contiene las siguientes definiciones:

TARJETA DE CREDITO: Aquéllas emitidas por instituciones bancarias que le permiten a sus titulares, mediante la presentación de la tarjeta junto con otro medio de autenticación del mismo, adquirir bienes, servicios o anticipo de efectivo contra un límite de crédito preconcedido, efectuando el pago a la institución financiera con posterioridad.

TARJETA DE DEBITO: Aquéllas emitidas por instituciones bancarias o institución financiera no bancaria excepcionalmente autorizada, que permite, mediante la presentación de la tarjeta y la autenticación del titular, la utilización de los fondos que el mismo posee en una cuenta, para facilitar la adquisición de bienes, servicios o anticipo de efectivo, mediante mecanismo que debita directamente su cuenta.

³⁶*Id.*

TARJETA DE AFINIDAD O LEALTAD: Aquellas emitidas por instituciones financieras sólo para el uso en determinado establecimiento; pueden ser de crédito, débito o prepagadas.

TARJETA DESECHABLE: Aquellas tarjetas prepagadas que una vez consumido el valor que contienen no pueden continuar utilizándose.

TITULAR: Las personas naturales o jurídicas a nombre de las cuáles se emite una tarjeta plástica para ser utilizada como medio de pago.

El carácter personal e intransferible de las tarjetas de débito o de crédito lo reafirma el hecho de que todas las tarjetas plásticas usadas como medio de pago deben tener un titular y que este titular, aparte de la tarjeta y para poder hacer uso efectivo de ella, debe poseer un NIP (Número de Identificación Personal) el cual es secreto y sólo conocido por este titular, o bien en lugar del NIP, otro tipo de clave de autenticación que acompaña a la tarjeta. De igual forma, excepto en el caso de las tarjetas desechables, se requiere la realización y firma de un contrato entre los titulares de las tarjetas y la institución emisora.³⁷

El criterio individualizante del titular de la tarjeta se aprecia con más facilidad en el artículo 10 de la Resolución 64, que dispone: “La entrega de una tarjeta plástica como medio de pago, excepto las desechables, se deberá realizar siempre mediante la aceptación mutua de las reglas que la rigen. Las tarjetas plásticas podrán ser entregadas tanto a personas naturales como a jurídicas.” En este último caso, si la tarjeta está asociada a una cuenta bancaria, el contrato correspondiente deberá ser firmado por las personas facultadas para operar la misma a nombre de la entidad solicitante, designándose las personas naturales a nombre de las que se expedirán las tarjetas en los casos que proceda.

Por último, la disposición final primera de la Resolución 64 indica: Las disputas que se susciten entre las instituciones emisoras, las instituciones adquirentes, los centros de procesamiento, los comercios afiliados y los titulares en la aplicación de los contratos suscritos entre ellos, se ventilarán con arreglo a lo pactado en dichos contratos y a la legislación vigente en la República de Cuba.”

³⁷Romeo Casabona señala que frecuentemente, cuando se trata de alterar o copiar tarjetas, suele ser necesario el concurso de empleados de las entidades bancarias o de las empresas fabricantes de tarjetas y cajeros. Carlos María Romeo Casabona, *Poder informático y seguridad jurídica*, Ed. Fundesco, Madrid 1987, pág. 122.

Nos preguntamos, ¿a qué “legislación vigente” se refiere esta disposición? Pensamos que la civil. Nos explicamos.

Como hemos visto, las instituciones emisoras de tarjetas son las encargadas de realizar contratos individualizados con los titulares de estas tarjetas. En tal caso, ya tenemos identificado a uno de los componentes de esta relación jurídica: el particular, es decir, persona natural o persona jurídica (que debe designar las personas naturales a nombre de las cuales se expedirán las tarjetas).

Faltaría identificar y clasificar al segundo integrante de la relación jurídica que es en este caso la institución emisora. En el año 2000, el Banco Central de Cuba emitió tres resoluciones³⁸ mediante las cuales, de forma independiente en cada una de ellas, autorizó a las entidades BANDEC,³⁹ BICSA⁴⁰ y el BFI,⁴¹ como emisoras de tarjetas mediante Licencias “Tipo A”, que abarca las tarjetas de débito, crédito, prepagadas y de billetera electrónica. Dos de estas instituciones (el BICSA y el BFI) son sociedades anónimas y el BANDEC, aunque no lo es, opera con la independencia jurídica necesaria para el ejercicio universal de los negocios jurídicos en que toma parte, sin involucrar al Estado cubano. Por lo tanto, son instituciones de carácter civil en el ejercicio de sus funciones financieras. Hemos identificado, pues, al segundo componente de la relación.

Por último, examinemos el objeto, el contenido de esa relación, y su vinculación al derecho público, privado o específicamente, al derecho mercantil. El objeto de las relaciones jurídicas que surgen del empleo de estos medios de pago, lo constituyen obligaciones, ya que una de las partes se compromete a realizar una prestación a favor de otra (el emisor al titular, el comercio afiliado al titular, institución emisora o adquirente centro de procesamiento). El carácter de documento privado de las tarjetas de crédito se reafirma con lo que expresa sobre ella Rafael Velásquez Bautista:

Los contratos de Tarjeta de crédito suelen contemplar una serie de cláusulas que exoneran a la entidad que las otorga en caso de robo, pérdida, etc. Si no se comunica esta circunstancia por el titular de la misma y se produce un

³⁸ESTAS RESOLUCIONES FUERON PUBLICADAS EN LA GACETA OFICIAL ORDINARIA DEL 3 DE MAYO DE 2000.

³⁹Banco de Crédito y Comercio.

⁴⁰Banco Internacional de Comercio, S.A.

⁴¹Banco Financiero Internacional, S.A.

acceso ilegítimo que permita una extracción de fondos, esta comunicación, habiéndose realizado en tiempo y de acuerdo con los requisitos exigidos, exime o limita la responsabilidad del legítimo titular de la tarjeta. Así, disponen estos Contratos:

La tarjeta es personal e intransferible y se emitirá a nombre de una persona física o jurídica, necesariamente titular de una cuenta en la entidad.

El cliente titular del servicio se obliga a ... notificar de inmediato la pérdida, el hurto, robo o extravío de la misma.

A presentar de inmediato denuncia por el extravío, robo o hurto de la misma.⁴²

Breglia y Gauna citan dos sentencias que rezan: “La adulteración de una tarjeta de crédito por su titular para ocultar su caducidad ante los comercios donde adquirió diversas mercaderías, no configura solamente el delito de estafa reiterada, sino el de uso de documento privado adulterado, reiterado en concurso ideal.”⁴³

Analicemos, por último, una contradictoria Sentencia del Tribunal Supremo Popular, sobre tarjetas de crédito falsificadas:

CONSIDERANDO: La tarjeta de crédito es por su esencia un mandato de pago y uno de sus fines principales al igual que otros documentos de este tipo, reducir al mínimo el transporte de numerario; su uso como instrumento de cambio se está haciendo más frecuente en el mundo de los negocios aunque su origen es relativamente reciente, pone en circulación el numerario metálico y disminuye el trasiego de moneda, facilitando la liquidación de deudas y créditos efectivos entre comerciantes, banqueros y particulares, dado el volumen de valores que mueve, requiere este documento gozar de la debida protección por parte del Derecho Penal; el hecho que no adopte la forma tradicional de los documentos bancarios tradicionales; a saber: cheque, letra de cambio, etc. no la aparta de este concepto; como documento fue definida por los clásicos como ‘expresión o signo material del pensamiento apreciable a la vista ...’; de este concepto no podemos apartar a la llamada tarjeta de crédito, pero además de documento representa un valor que se hace efectivo por la simple presentación del portador, por tanto tiene fuerza ejecutiva por sí solo, no necesita de otro acto para materializar la operación económica que se pretende en el caso de autos, la adquisición en establecimientos comerciales de determinadas cantidades de mercancías que en cada una de las operaciones representó cantidades inferiores a los mil pesos, y como en el actuar del acusado estuvo el elemento intencional de

⁴²Rafael Velásquez Bautista, *Protección jurídica de datos*, Ed. Fundesco, Madrid 1987, págs. 176-177.

⁴³Breglia y Gauna, *Código Penal*, págs. 989-990.

hacer uso de documentos bancarios falsos, con ánimo de lucro, en perjuicio de tercero que fueron defraudados mediante el ardil de la utilización de los documentos, tales hechos corporifican el delito de falsificación de documentos bancarios de carácter continuado como medio para cometer un delito de Estafa de carácter continuado de la modalidad prevista en el artículo 251 apartado segundo y 334 apartados 1ro. y 3ro. en relación con el artículo 11.1, con independencia a que tanto la acusación como el Tribunal que siguió su tesis, no hicieron la conversión de los valores consignados en dólares estadounidenses, por lo que representan en moneda nacional, lo que sin lugar a dudas benefició de forma importante al acusado; en mérito a los fundamentos expuestos el motivo de casación por infracción de Ley establecido por el Fiscal al amparo del ordinal tercero del artículo 69 de la Ley de Procedimiento Penal, debe acogerse ...

Segunda Sentencia:

Se sanciona al acusado YPR como autor de un Delito de Falsificación de Documentos Bancarios de carácter continuado como medio para cometer Estafa de carácter continuado a dos años y seis meses de Privación de Libertad [el Tribunal de instancia lo había sancionado a multa].⁴⁴

Una simple comparación entre lo expuesto en esta Sentencia y lo dispuesto en las normas legales que regulan la emisión y uso de las tarjetas de crédito bastaría para acreditar el desacuerdo de la misma. No obstante, por su importancia, expondremos tales desacuerdos en detalle:

Primero:

La tarjeta de crédito no es un mandato de pago, como expresa la sentencia. Hay que distinguir entre “mandato de pago” y medio o instrumento de pago que sí es la tarjeta de crédito. El mandato de pago es una orden que equivale a la obligatoriedad de la aceptación del cheque, pagaré a la orden o letra de cambio. La tarjeta de crédito en nada se asemeja a estos mandatos de pago que se mencionan en la sentencia.

Para poder efectuar el pago de una compra con la tarjeta de crédito, esto debe hacerse en un comercio afiliado, no en cualquier comercio. Este comercio afiliado comprueba mediante un instrumento telemático llamado “POS” que la tarjeta que se le presenta es auténtica, que tiene fondos suficientes y los datos identificativos del verdadero titular, los cuales, además, ha de comprobar en el momento de la presentación directamente, mediante el pasaporte u otro documento de identificación

⁴⁴Sentencia núm. 4711 del 17 de septiembre de 2001.

del mismo y mediante la comparación de las firmas o en su caso, entrega del número de identificación personal.

Nada de esto se hace con un mandato de pago como los expresados. Si cualquiera de ellos es expedido "al portador" no es necesario ni siquiera identificarse. Si es expedido "a la orden", basta con ser endosados, lo que tampoco ocurre con la tarjeta de crédito.

Segundo:

Es necesario distinguir entre mandato de pago e instrumento de pago. A mi entender son instrumentos de pago todos los medios legales que se admitan en derecho para efectuar el pago de mercancías o servicios.

Los mandatos de pago son aquellos instrumentos de pago que tienen la eficacia de ser obligatoriamente pagados a la vista y en efectivo, aunque también con ellos se pueden pagar mercancías o servicios directamente o mediante endoso, lo que no se puede hacer con los simples instrumentos de pago como pueden ser la tarjeta de crédito y la de débito, o la preagada.

Un mandato de pago resulta, pues, un cheque, un pagaré a la orden o una letra de cambio que son de obligatoria aceptación para entidades comerciales o financieras si cumplen, claro, todos los requisitos de formulación. Es por esto que todos ellos (excepto el cheque cuando es nominativo) constituyen títulos-valores, pues contienen el valor en sí mismos pudiendo ser endosados y conservar dicho valor. Es por lo tanto una equivalencia: Mandato de Pago = Título-Valor; aunque formen parte de los llamados instrumentos de pago.

Esto hace diferenciar el resto de los instrumentos o medios de pago modernos, clasificados como tarjetas personales, de los mencionados Títulos-Valores – Mandatos de Pago.

Tercero:

De lo dicho se desprende que la tarjeta de crédito no es, como dice la sentencia, una expresión o signo material del pensamiento apreciable a la vista, característica ésta de los mandatos de pago que se equiparan a la moneda, y por ello son especialmente protegidos por el derecho, equiparándolos en muchos casos al documento público.

Cuarto:

La tarjeta de crédito no constituye un valor por si misma que no necesite de otro acto para materializar la operación que se pretende. No es así, pues como se sabe, es necesaria la aceptación por el POS; el número identificativo del titular, la comparación de las firmas y la comprobación de existencia de crédito o de fondos.

Quinto:

La tarjeta de crédito no es el medio para “la liquidación de deudas y créditos efectivos” entre comerciantes y banqueros como afirma la sentencia. Es de uso individual y generalmente para operaciones de compra u obtención directa de efectivo por particulares, y por último la sentencia se equivoca al calificar delito de medio a fin, la falsoedad documental y la estafa. Pero esto lo analizaremos en otro Capítulo.

Sobre ello se pronuncian María del Carmen Acuña y Marta Pacciotti:⁴⁵

- Tanto el contrato de *factoring* como el de tarjeta de crédito son atípicos e innominados y no tienen regulación legal en nuestro derecho, y es un error encuadrarlos en figuras legisladas, lo que desnaturaliza los institutos.
- Ambos son bilaterales, onerosos, sinalagmáticos, comutativos, consensuales, de ejecución continuada e *intuitu personae*.
- El contrato entre el emisor de la tarjeta de crédito y el comercio adherido (*factoring*) es comercial.
- La relación crediticia entre el emisor de la tarjeta y el titular de la misma es civil.

Insiste López Montealto en que

⁴⁵María del Carmen Acuña y Marta Pacciotti, *Estudio particular del contrato moderno* [Ponencia], Uruguay 1995, Biblioteca Ministerio de Justicia de Cuba, pág. 13.

La simple lectura del Código de Comercio aclara esta disputa, ya que él regula que no se reputarán mercantiles las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquieran.

Nos preguntamos entonces, ¿Qué se adquiere con una tarjeta de crédito? Incluso el uso que se le otorga a la tarjeta de crédito no es mercantil, sino civil. Es decir, su objeto es civil y por tanto no puede ser calificado ese medio para lograr ese fin como mercantil o bancario, pues implicaría una contradicción insalvable en su naturaleza jurídica.

No analizo la posibilidad de considerarla un Título-Valor por ser totalmente obvio que resulta imposible. No reúne ninguna característica de los mismos.⁴⁶

C. La tarjeta de débito

Este tipo de tarjetas está regulado en la ya mencionada resolución del Banco Central de Cuba, y quedan definidas como expresamos anteriormente. Siempre requieren de un comercio afiliado que es quien presta el servicio en que ella puede hacer el pago. Después, mediante diferentes mecanismos, se debitará la cuenta a la que corresponde la tarjeta.

La tarjeta de débito, como la tarjeta de crédito, tiene un límite de gasto hasta el cual se puede consumir, comprobándose el mismo mecánicamente a través de diferentes medios automatizados, capaces de leer en su cinta magnética o “microchips” comprobando el saldo de las mismas y restando de éste el consumo realizado hasta el agotamiento.

La diferencia con la tarjeta de crédito estriba en que, aunque las dos descuentan de una cifra pre-establecida, las de débito lo hacen con referencia a una cantidad previamente depositada o acordada entre el emisor y el centro adquirente (dígase ETECSA, CUBALSE, etc) y las de crédito se descuentan de un crédito previamente concedido al titular de la cuenta y que éste deberá abonar con posterioridad al consumo.

Los medios automatizados de registro y comprobación de estas tarjetas se conocen como POS (popularmente conocido en Cuba como *Freisa*) y otros que siempre se encuentran en los comercios afiliados. En ambas juega un papel trascendental el NIP (Número de Identificación

⁴⁶López Montealto, *op. cit.*, pág. 5.

Personal) u otro medio de verificación, como pueden ser la firma y un documento de identificación complementario.

La tarjeta de débito se asemeja por sus características a la cuenta de ahorro, con la diferencia de que se puede efectuar compras en un comercio afiliado, girando contra el efectivo depositado en la entidad financiera.

D. La factura

En cualquier diccionario encontraremos como concepto de factura: “Cuenta detallada de mercancías compradas o vendidas. Hechura.”⁴⁷

Esta cuenta detallada de mercancías, siempre se refiere a una compraventa, y sirve como prueba, claro, de la materialización o no de lo registrado en la misma, pero nunca es la extensión del contrato-base entre comerciantes que es donde realmente constan los pormenores y circunstancias de lo acordado.

La factura es sólo prueba suficiente y determinante cuando adquiere su condición de vale de venta, en las compraventas al por menor, lo que indudablemente acentúa su carácter de documento privado.

En este sentido se pronuncia con claridad el catedrático de la Universidad de Carlos III de Madrid, España, José Manuel Gómez Benítez, quien expresa:

Por su parte en cuanto a los documentos mercantiles existe una jurisprudencia contradictoria, ya que junto a la correcta línea sobre el concepto restrictivo de documento mercantil, subsiste la consideración de que son documentos mercantiles a efectos de los tipos falsarios las facturas giradas entre comerciantes, por ejemplo, por lo que las narraciones inversas contenidas en ellas eran tratadas como conductas típicas. Esta conclusión evidencia un inadmisible concepto extensivo de documento mercantil, que, por lo demás, coincide con el de una muy frecuente y mal llamada jurisprudencia menor y praxis de los Juzgados de Instrucción.⁴⁸

El mismo autor supracitado, en su memorable artículo publicado en la revista jurídica *La Ley* el 23 de julio de 1997, cita varias veces al también

⁴⁷ Diccionario Aristos, Ed. Científico-Técnica, Habana 1997; Diccionario Anaya, Ed. Anaya, Madrid 1997.

⁴⁸ José Manuel Gómez Benítez, *Facturas y documentos mercantiles en el nuevo Código Penal español* [tomado del internet, diario jurídico *La Ley*, 23 de julio de 1997 *La_Ley_1997 4* directorio download.gomez benitez.htm].

autor y magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español Enrique Basigalupo, bien conocido en el ámbito doctrinal actual por sus criterios avanzados sobre los documentos mercantiles. Refiere su crítica al nuevo Código Penal español en cuanto a lo siguiente:

La nueva regulación se ha limitado a agrupar los mismos supuestos falsearios contemplados en el centenario Artículo 302 del antiguo Código Penal; persiste, por tanto, la defectuosa técnica legislativa de remitir las conductas típicas de las falsedades documentales, cometidas por los particulares a los tipos de las cometidas por los funcionarios públicos o autoridades que entorpece el acceso a un correcto concepto de las respectivas falsedades.

De igual forma, menciona su famoso auto del 22 de diciembre de 1995:

Este auto parte de la jurisprudencia sobre las funciones de garantía de que la falta de verdad afecte a un elemento esencial de los mismos y sobre la atipicidad como delito falseario de las letras de cambio que no obedecen a un negocio jurídico real, siempre que no sean ficticias, para llegar a la conclusión de que la falsa narración de hechos en un documento mercantil, en una factura, no es típica, ya que lo único esencial en ella es que la declaración pertenezca a quién la emite, a tenor de lo establecido en los Artículos 1225 y 1227 del Código Civil.

Y finalmente, Gómez Benítez, al comentar dicho auto, afirma:

Para evitar esta laguna de punición, el mencionado auto podía haber seguido la línea jurisprudencial, consistente en utilizar un concepto estricto de documento mercantil, que permite expulsar de él a las simples facturas y, por consiguiente, declarar la atipicidad de las falsas narraciones de hechos contenidas en ellas por estar plasmadas en meros documentos privados.

Resulta de gran interés la Sentencia del Tribunal Supremo español del 26 de febrero de 2001 en el conocido caso Argentia Trust y que fuera difundida por Internet el 11 de enero de 2002:

... NOVENO: El quinto motivo de casación, último que resta por analizar en esta fundamentación, se formaliza al amparo del Artículo 89.4 LECRIM, y en él se denuncia la infracción, por aplicación indebida del Artículo 303 en relación con el Artículo 302.9 CP 1973, infracción que hoy habría de referirse al Artículo 392 en relación con el Artículo 390.1.2 CP 1995.

El Tribunal de instancia ha condenado al acusado como autor de un delito de falsedad en documento mercantil, en concurso instrumental con el de

apropiación indebida, que considera ha sido cometido confeccionando la factura AT, por 600,000,000 pesetas, en pagos supuestos de trabajos realizados por esta entidad al Banco Industrial Investment Ltda.. La falsedad documental radica, según el tribunal, en que la factura se confeccionó por el acusado u otra persona que obedecía sus órdenes ... el recurrente niega que tal solución sea posible por tres razones:

- a) porque en la propia sentencia se afirma que la factura es una puerilidad rayana en el absurdo, lo que significa que es una falsedad inocua.
- b) porque la factura es mero reflejo documental de la infracción patrimonial, asimismo, objeto de condena, por lo que se supone una violación del principio *non bis in idem*, la condena por la falsedad.
- c) porque se trata de un mero ilícito contable orientado a encubrir un previo comportamiento defraudatorio.
- d) porque la falsedad de referencia es una falsedad ideológica que ha desaparecido como delito en el nuevo Código Penal.

El tribunal superior desestima las tres primeras objeciones pero asevera que la cuarta merece mayor atención. Y expresa:

Para distinguir la mera mendacidad escrita de la falsedad documental punible, la jurisprudencia ha exigido que en el delito de falsedad el elemento no veraz incorporado al documento sea esencial y este requisito de la esencialidad ha sido conectado con la incidencia de la falsedad en el tráfico jurídico, esto es, con la posibilidad de que la falsedad lesione o ponga en peligro bienes jurídicamente protegidos y subyacentes, al documento amparado por la fe pública.

... en última instancia lo que se protege con la punición de las falsedades no es tanto la verdad como la función que los documentos están llamados a desempeñar en la vida jurídica, que son la de perpetuación de las declaraciones de voluntad, la identificación de sus autores y la estrictamente probatoria del negocio jurídico que el documento refleja.

... como en la vida jurídica sólo puede incidir con plenitud de efectos lo que queda probado frente a terceros o *erga omnes*, se deduce fácilmente de los mencionados preceptos que la falta de veracidad en que pueden incurrir los particulares cuando redactan un documento privado y un documento mercantil no autorizado por funcionario público es privado, aunque tenga la protección penal del documento público, no puede normalmente dar lugar a una falsedad penalmente típica.⁴⁹ Todo ello quiere decir que la

⁴⁹En efecto, el instrumento privado reconocido por las partes es oponible, entre ellos y sus herederos; la fecha cierta le agrega la oponibilidad contra terceros a los que Salvat define como “a

despenalización de la falsedad ideológicamente cometida por particulares, como ponen de manifiesto, entre otras, las Sentencias de 18 de marzo de 1991, 24 de julio de 1992 y 5 de mayo de 1995, todas anteriores a la reforma, tiene de innovación bastante menos de lo que parece ...

Y continúa más adelante:

Una factura es un requerimiento de pago que un acreedor hace a un deudor sobre la base de una relación obligacional preexistente ... el convenio entre los supuestos acreedor y deudor no quedaría probado frente a terceros por la simple existencia de la factura ...

Y concluye la sentencia con el fallo, que anula la sentencia sancionadora que calificó los hechos como falsificación de documento mercantil en concurso con apropiación indebida y en segunda sentencia califica los hechos como constitutivos del delito de apropiación indebida únicamente.

E. La carta porte

La carta porte o carta de porte siempre fue considerada un documento mercantil en nuestra jurisprudencia, aunque a nivel internacional se encuentran sentencias contradictorias; sucede con estas cartas portes que casi siempre dependen o son el resultado de un contrato anterior de compraventa o prestación de servicios, en el cual la transportación de mercancías es solamente un complemento necesario para completar el negocio, o bien siendo esta transportación totalmente independiente del contrato anterior, se realice por partidas independientes, necesitando cada una de ellas una carta porte correspondiente con el medio de transporte en cada una de ellas empleado.

Así resulta que todo transportista está obligado a confeccionar la carta porte con los datos fieles de la mercancía o productos o medios que transporte, ya sean éstos provenientes de un contrato mercantil anterior, o un simple envío de mercancías o productos para el cual se fletó su transporte.

las personas que accidentalmente podría oponerse". Raimundo M. Salvat, *Tratado de derecho civil argentino*, tomo II, pág. 125. En este aspecto y con las características apuntadas, podemos también incluir por ejemplo los certificados de depósitos de mercaderías, las cartas portes y los llamados cheques de cooperativas. Baigun y Tozzini, *op. cit.*, págs. 134-135.

Por lo tanto, la carta porte resulta siempre un medio de prueba de un contrato de servicios que tiene que ver únicamente con lo que se transporta en el momento concreto de su elaboración. No es por casualidad que en nuestro Código Civil se regule de la siguiente forma en el Libro Tercero (Derecho de obligaciones y contratos):

Disposición General.

Artículo 435. Por el contrato de transporte de carga el porteador se obliga a trasladar bienes muebles al punto de destino, y el usuario a pagar el servicio de conformidad con las tarifas vigentes.

En el mismo texto legal se regulan las obligaciones del usuario de este transporte de carga en su artículo 437, el cual en sus apartados c) y ch) se refiere a la carta porte en los siguientes términos:

- c) Formular la correspondiente protesta, por escrito en la misma carta porte o conocimiento de expedición, si desea reservarse las acciones correspondientes para exigir la responsabilidad al porteador.
- ch) Entregar recibo en el caso de haberse extraviado la carta porte o conocimiento de expedición, el cual producirá los mismos efectos que éstos, y acreditará la entrega ...

De una forma más concreta se manifiesta la Resolución 97 del Ministerio del Transporte, contentiva del Reglamento del Decreto-ley 168 “Sobre la Licencia de operación de transporte”, el cual, en su Artículo 32, apartado a) expresa:

La autorización de la transportación se acredita por las agencias de carga y terminales de pasajeros mediante la habilitación de las cartas de porte y de las hojas de ruta cuando se trate de transportaciones de carga y de la hoja de ruta cuando se trate de transportaciones de pasajeros ...

No puede olvidarse que en la actualidad la transportación de mercancías se ha multiplicado enormemente y exige una mayor simplificación de los mecanismos de control documental, es así que ha surgido la modalidad *multimodal* que aparece registrada en las convenciones sobre transportación internacional de que Cuba es signataria. En base a ello un mismo contrato de transportación abarca diferentes medios de transporte hasta el punto de destino final y esta

operación puede ser registrada en una sola carta porte multimodal o conocimiento de expedición.

Tales situaciones no sólo han conducido a la definitiva consideración de estos documentos como privados, sino incluso a la despenalización de sus falsificaciones tal como acontece en los países del Cono Sur que se han hecho signatarios del Convenio “Sobre responsabilidad del concesionario de transporte internacional terrestre”, publicado en internet el día 21 de enero de 2001. Veamos algunas de sus infracciones y sanciones:

Artículo 1ro. Infracciones Gravísimas

A) De Pasajeros y Carga

- Ejecutar transporte internacional terrestre sin estar autorizado.
- Realizar un servicio distinto al autorizado.
- Hacer transporte local en el país de destino o en tránsito.
- Efectuar transporte en vehículos no habilitados.

A estas y otras violaciones calificadas como gravísimas le corresponden como sanción la suspensión del permiso por 181 días o multa de \$12,000 USD (Artículo 7).

Estas regulaciones se completan con infracciones graves, medianas y leves, en las cuales disminuye la cuantía o la duración de la sanción. Las sanciones referidas a la carta porte están reguladas en el Artículo 3ro, entre las violaciones graves. Aparecen, entre otras, las siguientes:

- Efectuar transporte sin carta porte, manifiesto de carga o documento análogo con datos contradictorios o falsos.

Las sanciones correspondientes a estas infracciones son la suspensión del permiso de 31 a 180 días o multa de \$6,000 USD.

He aquí el carácter contravencional de las infracciones cometidas con la carta porte. No obstante, su carácter de documento privado se define aún más en las Condiciones generales de contratación de cargas completas de la Unión Europea, publicada en Internet el 21 de enero de 2002. El Artículo 1.9 de las Condiciones Generales define la carta porte como

el documento que acredita la existencia del contrato de transporte ...

la fuerza de la carta-porte sólo alcanza a los firmantes.

Para José María Márquez Narváez,

Todo contrato de transporte por carretera tiene que quedar confirmado por una carta-porte.

La carta que no es ni un instrumento negociable, ni un título de propiedad, constituye la prueba de que existe un contrato de transporte, de sus condiciones, y del recibo de las mercancías por el transportista.⁵⁰

Hasta aquí los documentos más polémicos en nuestro quehacer jurídico. Claro que, como nuestro trabajo no es una apología del documento privado, es bueno resaltar el carácter de documento público de los pasaportes (aunque en algunos Códigos se les trata como documento de identificación). También considero que los documentos generalmente estimados como mercantiles por excelencia, como la letra de cambio, el cheque al portador, y el pagaré a la orden, sí deben tener una protección especial, pero ello en base a su equiparación con el papel-monedas por tratarse de mandatos de pago.

VI. Documentos Mercantiles

Estos documentos se denominan en nuestro Código como “Bancarios y de Comercio”. El derogado Código de Defensa Social regulaba la falsificación de estos tipos de documentos en su Título VII [“Delitos contra la fe pública”], Capítulo III, Sección Primera, la cual ostentaba el subtítulo siguiente: “Falsificación de documentos públicos u oficiales, testamentos ológrafos, documentos mercantiles y despachos telegráficos.”

Es decir que este Código, para los documentos mercantiles, siempre utilizó el adjetivo *mercantiles*, que sin duda es el más apropiado y utilizado internacionalmente. Desde luego que *comercio* también es usado como sinónimo de mercantil, al igual que pudiera serlo *bancario* en cuanto se refiere a la banca mercantil como función primaria y básica de esta institución, pero en derecho, la mayor preponderancia en habla

⁵⁰José María Márquez Narváez, *Medios de pago de la compraventa internacional*, Ed. ESIC, Madrid 1993, pág. 100.

hispana para la acepción jurídica de estos documentos es la categoría *mercantiles*.

Es con la promulgación del Código Penal de 1979 que se introducen en nuestra legislación los adjetivos “de comercio o bancarios”, al *parecer* sustituir el de “mercantiles” como preconizaba el Código de Defensa Social Derogado. Y digo *parece*, porque más adelante veremos que hubo razones correctas e incorrectas para independizar los documentos “bancarios” propiamente dichos de los de comercio o mercantiles, con gran desacuerdo jurídico-penal y graves consecuencias para nuestra práctica judicial y para la jurisprudencia.

De todas formas, la doctrina iberoamericana, así como la de algunos países europeos de indudable ascendencia jurídica internacional, como Alemania e Italia, han estado de acuerdo siempre, y más actualmente, en que el concepto de *documentos mercantiles* (dígase *de comercio* si se quiere) es demasiado amplio y abarcador para caber en una norma sancionadora codificada, en que incluso no se da un concepto concreto de qué debe entenderse por este tipo de documentos, cuáles abarca y cuáles no, y ni siquiera de por qué se les da una protección especial equiparándolos a los documentos públicos en cuanto a la magnitud de las medidas represivas.

Uno de los primeros en pronunciarse en este sentido fue Quintano Ripollés, siendo para él, y refiriéndose a la legislación española de la época,

un concepto que constituye una extensión que por lo total parece desorbitada y fuera del más elemental espíritu de la misma.

... se pierde de vista que la vaguedad del término ‘documento mercantil’ no significa apenas nada, no definiéndose legalmente en parte alguna.⁵¹

Por su parte y de forma brillante, Baigún y Tozzini penetran en el análisis profundo y causal, que nos explica cómo y por qué se produjo en el derecho un fenómeno de sobrevaloración y protección de los documentos mercantiles, ignorando su procedencia privada y equiparándolos, con escasas distinciones, a los documentos públicos:

⁵¹ Antonio Quintano Ripollés, *La falsedad documental*, Ed. Reus, Madrid 1952, pág. 114.

Las doctrinas de Carrara en esta materia eran bien claras: preservar la fe pública para los actos del Estado, perfectamente separados, a la vez, de las convenciones instrumentadas entre particulares, cuyas falsificaciones conllevan siempre una finalidad contra el patrimonio.

No obstante, la potente industrialización y consiguiente aumento del tráfico mercantil privado en la Europa de fines del Siglo XIX, impulsó a los legisladores a procurar resguardar ese enorme volumen de “moneda fiduciaria”, a veces más importante que el emitido por el Estado, aún en desmedro del enfoque Carrariano, incluyendo tales papeles civiles entre los portadores de la fe pública.

En los Códigos europeos el hibridaje apareció mediante las fórmulas de falsificar ‘en daño a otro’, ‘con perjuicio a tercero o ánimo e causárselo’, o ‘causar a otro un perjuicio’, Código italiano, alemán, español.⁵²

Como se aprecia, es fácil traslucir los intereses existentes detrás del “legislador” que tanto en esos países como en el nuestro implantaron tales conceptos en nuestros códigos penales. Por suerte, la doctrina mantuvo siempre muchas discrepancias conceptuales e integracionales sobre los documentos mercantiles y las consecuencias de su falsificación. También la jurisprudencia tuvo suficiente fuerza e independencia para poner cotos y límites a la obsesión documentaria mercantil y desgajar de esta categoría jurídico-penal a muchos instrumentos “mercantiles” que en su origen fueron protegidos como tales, enviándolos sin remedio a su verdadero redil, el de los documentos privados.

Así, la jurisprudencia española desde la segunda y tercera década del siglo pasado dio carácter de privados a los impresos de la banca privada, las cartas entre comerciantes, las facturas de mercancías reconocidas, las cuentas corrientes y otros. La misma actitud asumió la jurisprudencia cubana. Veamos algunas sentencias:⁵³

Sentencia Núm. 150 del 19 de mayo de 1949:

Las recetas expedidas por un médico, autorizando una preparación farmacéutica constituye por su origen y finalidad un documento privado.

Sentencia Núm. 48 del 9 de febrero de 1954:

⁵²Baigún y Tozzini, *op. cit.*, pág. 15.

⁵³Las sentencias que se citan a continuación pueden consultarse en Casasús, *op. cit.*, tomo III, págs. 413, 419 y 420.

El comerciante que altera el comprobante de una venta, corriendo el punto y adicionando un cero, para convertir la cantidad adeudada en suma superior, responde de un delito de falsedad de documento privado.

Sentencia Núm. 503 del 20 de noviembre de 1954:

Consignándose que los vales los hizo aparecer como autorizados por el pesador de la colonia, lo que motivó que el pagador los hiciera efectivos, es suficiente para estimar cometido el delito de falsedad en documento privado.

Sentencia Núm. 181 del 1 de octubre de 1956:

Si alteró un contrato en cuanto al precio de la renta, cometió falsedad en documento privado.

Pero el proceso devastador de los privilegios otorgados a los documentos mercantiles como categoría jurídica superior no se detuvo, y las últimas décadas del Siglo XX fueron testigos del cambio conceptual en la consideración de otros documentos históricamente considerados mercantiles hacia el área de los privados.

Así, la legislación penal de algunos países sólo reconoce la existencia de documentos públicos y documentos privados, sin otras distinciones generalizadoras, y adoptan el sistema muy práctico de mencionar por sus nombres concretos a determinados instrumentos jurídicos, ya sean mercantiles o de otra índole, que deseen tenga una mayor protección penal. Destaca entre ellos Argentina, que es secundada por otros países del Cono Sur.

Gozan de privilegio en esas legislaciones la letra de cambio y el cheque, que se equiparan jurídicamente a la moneda y otros valores del Estado. Pero en los propios países que mantienen la concepción independiente de *documentos mercantiles*, lo que fue un concepto extensivo sigue en la actualidad un curso contrario, definiendo como documentos privados a instrumentos considerados históricamente mercantiles, como los libros de comercio, la carta porte, la factura y la orden de compra. Y tales criterios llegan incluso a cuestionar la mercantilidad en el concepto de privilegio protector, basado en la cantidad de la fe pública que contienen la carta de crédito y el cheque

nominativo, precisamente basados en el carácter nominal y no negociable de los mismos.

Es nuestra opinión que la denominación *documentos mercantiles y de comercio* debe dejarse de utilizar en nuestro Código Penal, aceptando que en definitiva todos los documentos que hasta el presente han recibido esta denominación, aunque se usen en el tráfico comercial, no son más que meros documentos privados los cuales han recibido, con un criterio de selección a veces discutible, a veces disparatado, una protección especial en la esfera jurídico-penal.

Ello no quiere decir que a alguno de estos documentos, bien por similitud con las características de la moneda estatal, bien por la posición relevante o determinante que ocupan en el tráfico mercantil, no se les deba dar una protección especial, que no tiene por qué ser igual en todos los casos y que debe caracterizarse por su denominación concreta en la tipificación penal. Dicho en otras palabras, debe llamarse al documento por su nombre al definir el delito, como ya hace nuestro Código Penal vigente en el caso concreto de los cheques sin provisión de fondos en los artículos 334.4 y 334.5. También consideramos que debe dejarse de usar la expresión *documentos bancarios*, por la ambigüedad de la misma y su poca trascendencia jurídica en el ámbito de la falsificación documental.

Anteriormente dijimos que hubo razones correctas e incorrectas para aplicar esta denominación de documentos bancarios en nuestro Código. Estas razones hay que buscarlas primero en su sentido negativo, es decir, el ya referido punto de la ambigüedad y confusión que provoca su uso, pues como *documentos bancarios* hay que denominar en primer orden a los documentos propios del banco, es decir, los que éste usa en el cumplimiento de sus funciones, y la mayoría de éstos (por no decir todos) son documentos privados.

Precisamente, para evitar confusiones, la literatura jurídica ha escogido la denominación de *documentos financieros* para identificar a los documentos que se utilizan como contentivos de valores en el ámbito económico, dejando la denominación *documentos bancarios* a los propiamente utilizados por los bancos.

Ahora bien, en Cuba se dio un fenómeno distinto a otros países. La concepción de documentos bancarios, como categoría super-protégida en la falsificación documental, tuvo una base jurídica sólida cuando el gobierno revolucionario proclamó la nacionalización de los bancos y

declaró pública la función bancaria.⁵⁴ Con ello, la función bancaria adquirió de súbito un carácter público de primer orden. Como consecuencia de ello, los directivos bancarios pasaron a considerarse funcionarios públicos, y los documentos con que éstos trabajan, documentos públicos, aunque se les continúe llamando *documentos bancarios* pero con la consecuencia lógica de su carácter público.

Esta concepción de la *función bancaria – función pública* es la que lleva, al derogarse el Código de Defensa Social y promulgarse el Código de 1979, a incluir a los documentos bancarios entre los documentos necesitados de más protección contra la falsificación. Pero más allá de los aciertos y desaciertos de esta concepción de los documentos bancarios, lo cierto es que la función bancaria en nuestro país ha dejado de ser esencialmente una función pública para volver a ser lo que universalmente se reconoce como su finalidad fundamental: de intermediación económica y cajero del pueblo y de la nación.⁵⁵

Están creadas, pues, todas las condiciones legales para dar cuerpo a los cambios conceptuales sobre la falsificación de documentos *de comercio y bancarios* en nuestra legislación penal. Esta corriente renovadora no sólo se basa en la reubicación económica y conceptual jurídica de los distintos instrumentos jurídicos catalogados como mercantiles, sino que inciden en ello otros factores históricos sociales que Curto de la Mano explora de la siguiente forma:

Muchas son las razones que hacen necesaria una nueva regulación de estos títulos-valores [letra de cambio, pagaré y cheque] en sustitución del venerable Código de Comercio, razones que a lo largo de muchos años han sido expuestas por la doctrina y numerosos colectivos involucrados en su utilización, entre otros los bancos, pero de todas ellas, tres son las que fundamentalmente, a nuestro parecer, avalan esta renovación.

Sintetizo:

1. La antigüedad del Código de Comercio, basado en esquemas socioeconómicos totalmente distintos a los que rigen en la era de la electrónica.

⁵⁴Esta nacionalización se instrumentó a través de la Ley Núm. 891 del 13 de octubre de 1960.

⁵⁵Así lo enuncian los siguientes textos legales: Decreto-Ley Núm. 84 del 13 de octubre de 1984, derogado parcialmente por el Decreto-Ley Núm. 172 del 28 de mayo de 1997 del Banco Central de Cuba y el Decreto-Ley Núm. 173 de la misma fecha, sobre los bancos e instituciones financieras no bancarias; y fue finalmente derogado en su totalidad por el Decreto-Ley Núm. 1811 del 23 de febrero de 1998 del Banco Nacional de Cuba.

2. La masificación del uso de la letra de cambio, como consecuencia del cambio operado en su naturaleza de efecto de comercio individual a instrumento de crédito a corto plazo.

3. La armonización del sistema jurídico español con el resto de los países europeos ante la inminente integración [hoy convertida en realidad] de España a la Comunidad Económica Europea.⁵⁶

En el sentido restrictivo expresado, también se manifiesta José Manuel Gómez Benítez:

... Igualmente significativas a este respecto fueron las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que analizaron la tipicidad de las falsedades en documentos mercantiles desde el punto de vista de la alteración de su eficacia probatoria y que en consecuencia, criticaron la desmesurada jurisprudencia tradicional, ahora minoritaria, que consideraba que era documento mercantil todo aquél que recogía una operación de comercio, o tenía validez o eficacia para hacer constar derechos de esta naturaleza.⁵⁷

Dejemos claro que no somos partidarios de continuar con la dispersión de la normativa que en Cuba sucedió: primero, al Código Penal de ascendencia española; después, al Código de Defensa Social; y ahora se vuelve a presentar como un síntoma de inestabilidad en el Código Penal actual a pesar de sus escasos catorce años de vigencia.⁵⁸ Es por ello que, en contraposición a las soluciones de la Ley Cambiaria y del Cheque española, y a otras soluciones provisionales e intermedias aplicadas en otros países, considero que debe pensarse en una solución

⁵⁶José María Curto de la Mano, *La ley cambiaria y del cheque*, Ed. ESIC, 2da. edición, Madrid 1992, Introducción, págs. 18-21.

⁵⁷José Manuel Gómez Benítez, *op. cit.*

⁵⁸Durante sus 49 años de vigencia en Cuba (de 1870 a 1938) el Código Penal español fue objeto de innumerables modificaciones. Igual suerte corrió el Código de Defensa Social que lo sustituyó, en los 41 que estuvo vigente (de 1938 a 1979). En este caso, se agravó más aún el cúmulo de modificaciones debido al triunfo de la Revolución de 1959 que introdujo gran cantidad de modificaciones, determinantes en su derogación final. La Ley 21, sin tantas modificaciones en sus 9 años de vigencia (de 1979 a 1988), dio paso a la Ley 62 de 1988, Código Penal actual, esencialmente por motivos de perfeccionamiento técnico, incluida la despenalización de muchas figuras delictivas que ya eran penalmente arcaicas. Por motivos políticos ajenos a este estudio, el Código actual ha sufrido varias modificaciones (merecidas e inmerecidas), y merece muchas más, de acuerdo a los avances de la ciencia en general y de las ciencias jurídicas en particular, razones por las que estimo necesario la redacción de un nuevo Código lo antes posible, y en ello se trabaja con vistas a un texto que se espera esté disponible en 2003.

SIGO AFERRADO AL CRITERIO CODIFICADOR PARA TODA CONFIGURACIÓN PENAL, PORQUE LA DISPERSIÓN LEGISLATIVA EN ESTE CAMPO NO SÓLO AFECTA EL CORRECTO EJERCICIO DE LAS PARTES Y LOS TRIBUNALES, SINO TAMBÉN POR EL CARÁCTER PREVENTIVO-EDUCATIVO QUE APORTA EL CONOCIMIENTO DE LAS LEYES PENALES POR LOS CIUDADANOS. POR ELLO ABORCAMOS, NO POR LEYES AISLADAS, SINO POR UN CÓDIGO DEFINIDOR Y FLEXIBLE QUE A LA VEZ CONTENGA Y FACILITE SU APLICACIÓN.

seria, definitiva y profunda. La solución no puede ser otra que la promulgación de un nuevo Código Penal que contemple, no sólo éstas, sino todo el cúmulo de innovaciones despenalizadoras y científicas modernas que adecúen nuestro derecho penal a los avances actuales de esta rama de las ciencias jurídicas.

VII. Otras categorías de documentos a los que la ley da prioridad

Es técnica antigua y muy positiva separar de la clasificación general de los documentos públicos o privados a aquellos que, por diversas razones, el legislador quiere proteger con sanciones más severas en el primer caso, y menos severas en el segundo, como en el caso de los documentos de identificación expedidos por la Administración estatal con intervención de funcionario público; o viceversa, en el caso de los certificados de enfermedad típicamente privados.

En el Código Penal cubano, estas categorías diferenciadas de documentos se regulan en el Título VII, Capítulo I, en sus artículos 252 al 256, y en el 258. En nuestro país, como en casi todos, estas regulaciones tienen generalmente un carácter temporal, de acuerdo a determinado incremento de las infracciones cometidas con ese tipo de documento o al interés especial del protección de su objeto. Y en ocasiones, porque su masividad o escasa formalidad aconsejan una menor severidad en su represión penal. Así, en el primer caso tenemos el artículo 258, inserto en la Sección Novena del Capítulo III [“Falsificación de documentos usados oficialmente para la distribución a la población de los artículos de uso y consumo sujetos a regulación”⁵⁹] y que tiene un carácter evidentemente temporal.

En el segundo caso nos encontramos con el artículo 252, ubicado en la Sección tercera del mismo Capítulo III, que tipifica la falsificación de Carnet de Identidad, la Tarjeta del Menor y el Documento de Identificación Provisional,⁶⁰ el cual pudiera asimilarse a un documento público, y por las razones anteriormente expresadas conlleva una sanción inferior a la de falsificación de documentos públicos.

En nuestra opinión, este mismo procedimiento de tipificación que podemos llamar intermedio, puede ser empleado para las facturas (si se

⁵⁹Ello incluye las libretas de racionamiento de determinados alimentos y bienes de consumo.

⁶⁰Véase, pág. 8, *ante*.

les quiere dar una protección mayor a la del documento privado) y a los pasaportes (alejándolos de su condición de documentos públicos si se quiere disminuir los niveles de sanción ante su falsificación, dada la proliferación de estos tipos de documentos y su desplazamiento en el tráfico jurídico actual de “documento representativo de un estado a través de una persona”, a documento internacional de identificación personal.

No obstante, existen serias contradicciones en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la consideración específica de

1. las licencias de conducción;
2. los certificados de circulación de vehículos;
3. los talonarios de multas de tránsito; y
4. los sellos de inspección de vehículos.

En primer lugar, debemos preguntarnos si la licencia de conducción es un documento público; si es un documento de identificación personal; o si es un simple documento privado. Veamos.

La licencia de conducción se regula y se crea por la Ley 60 de 20 de septiembre de 1987, la cual dispone en su artículo 229:

la licencia de conducción es el documento que acredita que su titular está autorizado para conducir vehículos de motor, según las categorías que en la misma se señalen.

Por su parte, el artículo 234 de la referida ley indica que

La licencia de conducción, el certificado de solicitud de renovación o reexpedición y el talón de prevención, serán expedidos, renovados, suspendidos o cancelados por el Ministerio del Interior.

El artículo 252 de la ley dispone que el Ministerio del Interior otorgará permiso para el aprendizaje a los aspirantes a la obtención de la licencia de conducción.

La reglamentación más específica sobre la licencia de conducción la encontramos en el Reglamento de la Licencia de Conducción contenido en la Resolución del Ministerio del Interior ubicada en la Gaceta Ordinaria núm. 2 del 15 de enero de 1996. Este Reglamento, en su artículo 1 dispone, de forma cónsena con el artículo 229 de la Ley 60, que la licencia de conducción es el documento que acredita que sus titulares están autorizados para conducir vehículos de motor, según categoría que en la misma se señala. El artículo 4 del Reglamento indica los distintos

motivos por los que ésta puede ser cancelada, así como lo relativo a la alteración, enmiendas y deterioro del documento, con independencia de la responsabilidad que se derive de ello. Los artículos 52 a 62 otorgan esta facultad de cancelación a los Jefes de Tránsito Provinciales, Jefes de Tránsito de la Isla de la Juventud y Jefes de Tránsito Nacional, específicamente para la Ciudad de La Habana, sin especificar si estos mismos funcionarios son los autorizados a expedir dicha licencia. Es de notar, al respecto, que el artículo 3 del Reglamento indica que la licencia será expedida por los Organos de Tránsito de la PNR⁶¹ sobre la base de los requisitos establecidos en la Ley 60 y el Reglamento.

Como se aprecia, no hay un funcionario específico sobre el cual recaiga la responsabilidad de expedir la licencia de conducción, pudiendo designarse a cualquiera de los representantes del mencionado Organismo Provincial o Nacional para realizar este desempeño. Tampoco la Ley 60 ni el Reglamento se pronuncian sobre las formalidades en la confección de la licencia, lo que reafirma el carácter de documento privado que le asignamos.

Existe disparidad de criterio en la jurisprudencia en cuanto a la clasificación de la licencia de conducción como documento público, privado o de identidad; existiendo incluso, sentencias contradictorias del Tribunal Supremo Popular sobre esta cuestión. Veamos dos de ellas.

La Sentencia Núm. 567 del 19 de abril de 1974⁶² expresa en lo pertinente:

CONSIDERANDO: Que la licencia de conducción, si bien es un documento oficial, también lo es de identidad y su falsificación por consiguiente, y por aplicación del principio de especialidad constituye, no el delito de falsificación de documento oficial, previsto en el artículo 369 en relación al 365 del CDS⁶³, sino el de falsificación de documento de identidad del artículo 376-A del CDS ...

La Sentencia Núm. 228 del 16 de mayo de 1955⁶⁴ indica en parte lo siguiente:

⁶¹Policía Nacional Revolucionaria.

⁶²Véase Código Penal Anotado, pág. 205.

⁶³Código de Defensa Social que rigió en Cuba desde 1938 hasta 1979.

⁶⁴Casasús, *Comentarios al CDS*, Ed. Librería Martí, 1960, pág. 400.

No comete falsedad documental el que, sin hacerse pasar por funcionario público llena impresos para obtener la cartera dactilar; recoge firma de los interesados, con lo que [no] se consigna ningún hecho falso, ni se estampaban en ellos signos de autenticidad que lo fueran, no se hace constar la intervención de funcionario público; tampoco se comete usurpación de funciones, ni estafa; el primero por la razón dicha de no haberse hecho aparecer como funcionario, y el segundo por no haber mediado engaño.

Hoy en día a nadie en Cuba se le ocurriría dar categoría de documento de identificación a una licencia de conducción (antes llamada *cartera dactilar*). Ese hecho de por sí hace más difícil la clasificación de la licencia, pues se elimina la técnica jurídica de la especialidad aplicada por la doctrina anterior al Código Penal de 1979 (el cual despenalizó la conducción de vehículos de motor sin licencia) para amortiguar las sanciones correspondientes a los delitos de falsificación de documento oficial, aplicando las menos severas correspondientes al delito de falsificación de documento de identidad. Actualmente, no existe tal posibilidad de elección, y la técnica jurídica a aplicar debe ser de contenido muy superior y que no deje dudas sobre el tipo de documento en que debe clasificarse la licencia de conducción.

Por ello, se debe comenzar por el análisis del objeto de regulación del documento, es decir, a qué actividad concreta se refiere y cuál es su contenido. Desde luego, partimos de que se trata de documentos que emanan de la Administración estatal; es decir, son documentos administrativos por su origen ya que los notariales o judiciales ofrecen menos dudas para su determinación.

La licencia de conducción, como afirma la Ley 60 que la regula, es una autorización, un documento que acredita que su titular está autorizado, ni más ni menos, que para conducir vehículos de motor. Concretamente, la Administración pública, en cumplimiento de su deber de organización social ha determinado (igual que lo ha hecho la práctica totalidad de los gobiernos del planeta) que para conducir vehículos de motor se requiere cierta preparación previa y cualidades personales y físicas que brinden un mínimo de garantía de pericia para la realización de tal función por las personas interesadas. Impone los requisitos necesarios y le entrega un certificado a los capacitados, con el propósito de que éstos tengan prueba de que se está preparado y autorizado para conducir vehículos de motor por las vías públicas. Es por tanto, o sea,

crea por tanto, una relación jurídico-administrativa de tipo conformadora.⁶⁵ Garcini ha afirmado que

cuando para que la situación jurídica se produzca es preciso el concurso de voluntades, el acto administrativo deberá ser considerado como **contractual**. Y sobre esta sencilla distinción, del todo alejada de la idea de poder público, puede razonarse, en cada materia concreta acerca de la naturaleza de los actos administrativos.” [Enfasis añadido].

A nuestro entender, la Administración (o el Estado, en su caso) es siempre el sujeto activo en cualquier relación con los administrados (particulares en este caso), que serán los sujetos pasivos. Pero en el acto administrativo de *autorización* y en algunos otros la participación estatal es tan débil, y las consecuencias de la relación son tan derivadas hacia lo civil, que parecen más relaciones de carácter civil que relaciones jurídico-administrativas. Por ello he afirmado que

la autorización es uno de los actos administrativos más importantes ... no es una orden, por cuanto no obliga al autorizado a cumplirla, sino le da facultades para hacer alguna cosa.⁶⁶

Es de esta forma que opinamos que se debe distinguir entre la autorización a un simple particular para el ejercicio de una actividad económica por cuenta propia, o de alguna especialidad técnica; de la autorización que vincula a una persona jurídica a una porción de la actividad estatal o a la representación de ésta, dando a los actos de la misma la posibilidad de considerarse *erga omnes*.

Podemos afirmar que la simple autorización para conducir vehículos [licencia de conducción], la de circulación de un vehículo [certificado de circulación] o la de su capacidad técnica para circular [sello de inspección] deben estimarse de contenido privado ya que **la Administración está obligada a conceder tales autorizaciones** si el particular (o el vehículo en su caso) cumplen los requisitos previamente establecidos para su obtención, convirtiéndose tal autorización en el reconocimiento de un derecho ciudadano que el órgano administrativo no tiene arbitrio para desconocer.

⁶⁵Héctor Garcini Guerra, *Manual de derecho administrativo*, pág. 102 DRID 1924).

⁶⁶José Paz Leonard, *Manual de derecho administrativo III*, Escuela Superior Arístides Estévez Sánchez, Habana 1991, pág. 328.

En situación distinta se encuentra el acto administrativo que autoriza la concesión a una entidad transportista para la explotación de una ruta o tipo de transportación. Esta autorización debe considerarse pública, ya que vincula al concesionario a una porción de la actividad estatal y crea una relación jurídico-administrativa totalmente facultativa de la Administración, quien puede conceder, delimitar o extinguir la concesión en base a su real conveniencia.

Por las mismas razones ya expresadas, deben estimarse también como documentos privados la tarjeta y el sello de revisión técnica [inspección] de vehículos.

Por último, dirigimos nuestra atención a los llamados talonarios de multas, cualesquiera que sean éstos. Tomemos como ejemplo el más común: el de las multas de tránsito. La Sentencia núm. 1578 del 14 de abril de 1980⁶⁷ indica en parte:

CONSIDERANDO: Que la alteración que desde el asiento de la cabina del camión que conduce, **verifica el recurrente en la boleta de notificación de una infracción reglamentaria de tránsito**, que le entrega el policía para que la firmara, y al no poder ser visto por éste cambió los números correspondientes a la licencia de conducción, placa de circulación y su dirección particular, constituye sin lugar a dudas un delito de **Falsificación de Documento Oficial**, con sanciones más severas y no constituye un delito de Falsificación de Documento Privado, como erróneamente sentencia el Tribunal del juicio ... [Enfasis añadido]

Lo planteado en esta sentencia da lugar, no a una, sino a varias dudas sobre cuestiones jurídicamente polémicas. Una de ellas ya la analizamos a comienzos de este artículo, y se refiere a la condición o no de funcionario público del ejecutor del documento. Ya señalamos nuestras discrepancias con la mutación mecánica del artículo 173 con su acepción de *funcionario público* hacia la falsificación documental. No cabría duda alguna que a los fines de la falsificación de documentos, este abnegado agente de la policía de tránsito no es **funcionario público con facultad para elaborar documentos públicos**. No obstante, podría entenderse:

1. Que la boleta no es elaborada por el policía, sino por sus jefes, y que éste es un simple ejecutor de la multa; o

⁶⁷ *Código Penal Anotado*, págs. 201-202.

2. Que como indudablemente el policía es un agente de la autoridad, sus acciones llevan la fuerza intrínseca del poder del Estado y de la Administración, y por lo tanto tienen un carácter público.

Contestaremos ambos puntos. Respecto al primero, no hay duda de que, independientemente de quién haya impreso el talonario de multas, se trata de un documento de origen administrativo dirigido a surtir efectos sobre un particular que ha violado determinada norma del Código de tránsito, y la boleta de notificación carece de los requisitos legales para ser considerada un documento público porque carece de los requisitos formales que integran este tipo de documento, a tal extremo que la firma del alegado transgresor no es necesaria para que la multa surta efecto.

De esta forma, la boleta de notificación entregada por un agente de la policía a un conductor es un documento privado aunque provenga de la Administración. No es más que la prueba de la presunta violación de determinado precepto del Código de tránsito en que ha incurrido éste, y su único fin es viabilizar el cobro de la multa impuesta por tal violación.

Respecto al segundo punto, el agente de la autoridad es un servidor público indirecto porque carece de la facultad de *imperium* para dictar disposiciones obligatorias, y carece también de jurisdicción propia. Para José María Fábregas del Pilar “los funcionarios públicos que tienen potestad de mando son las autoridades y los que la sirven, sus agentes.”⁶⁸

De igual forma, el artículo 262 del derogado (pero doctrinalmente sobreviviente) Código de Defensa Social definía a los que debían reputarse como autoridades en los siguientes términos:

1. Al que por ministerio de ley, por si o como miembro de una corporación oficial o Tribunal Ordinario o Extraordinario de Justicia, tuviere jurisdicción propia.
2. A los funcionarios del Ministerio Fiscal.
3. A los Jefes de Estado de las Naciones aliadas o amigas, los agentes diplomáticos de las mismas y los extranjeros que según los tratados, deberán ser considerados como Autoridad.

Es decir, que un agente de la autoridad, aunque realice una función pública, carece de las facultades (léase competencia y jurisdicción necesarias) para dictar disposiciones documentales y mucho menos de carácter público.

⁶⁸José María Fábregas del Pilar, *Derecho Administrativo*, Ed. Reus, Madrid, pág. 105.

Por último, en el caso sometido a análisis, el conductor no falsificó la boleta. Ello implicaría que ésta contuviera en su origen dichos datos. Lo que realmente hizo el conductor es modificar sus propios datos identificativos antes de entregar definitivamente la boleta al agente. En este sentido, no comete el delito de falsificación de documentos sino en todo caso el de desobediencia del artículo 147.2 del Código Penal, ya que de hecho lo que intenta hacer es ocultar su identidad.

En cuanto al artículo 252.1.2.3 sólo consideramos que deben tenerse en cuenta (y de hecho se ha tenido en cuenta, aunque ha sido a través de interpretaciones extensivas sobre cuyo peligro ya nos hemos expresado) los adelantos tecnológicos que incluyen la computación, el telefax y el correo electrónico, entre los medios utilizados por el correo.

VIII. Falsificación del documento: falsedad material y falsedad ideológica

La falsedad documental, por la forma en que se expresa, puede aparecer de dos formas: falsedad material y falsedad ideológica o de contenido. Muchas veces escuchamos que determinada falsedad es ideológica o material, y no conocemos con certeza cuándo es una cosa y cuándo es la otra, y mucho menos comprendemos su significación y consecuencias jurídicas.

A la hora de definir falsedad ideológica y falsedad material es obligatorio citar al maestro Carrara, quien fue el primero en utilizar la definición de falsedad ideológica:⁶⁹ “Faltando a la verdad en la narración de los hechos”, “falsedad ideológica porque no es el documento el falso, sino la idea que contiene.”

Sobre esta definición de falsedad ideológica discrepa Diego Vicente Tejera:⁷⁰

En estas falsedades no es la idea del documento la falsa, porque los documentos no tienen ideas ni expresan ideas, lo que es falso es el contenido del documento y no su continente.

⁶⁹Carrara, *Programa del corso di diritto criminale*, Parte especial, tomo VII, pág. 366.

⁷⁰Diego Vicente Tejera, *Comentarios al Código de Defensa Social*, tomo VI, págs. 80 y 81. Ed. Jesús Montero, Habana 1948.

No obstante, la creación del maestro Carrara ha perdurado. Considero que tanto Carrara como Tejera coincidieron en principio en que la falsedad ideológica era, en esencia, la introducción de datos o narraciones falsas en un documento auténtico, no importa si llamamos a lo que el documento expresa “su idea” (como decía Carrara) o “su contenido” (como decía Tejera).

Falsificación material es la formación de un documento falso en su totalidad o en una parte de éste. Para entender mejor la expresión “parte de éste”, utilicemos como ejemplo la falsificación de un pasaporte. Hay falsificación material total del pasaporte cuando es fabricado en su totalidad en la mesa o en la imprenta del falsificador. No se trata del documento impreso por el organismo estatal correspondiente al que se le introducen datos falsos. Es una creación totalmente nueva, que carece de los elementos de legitimidad que le hacen surtir efecto. También hay falsificación material, pero *parcial*, cuando a un pasaporte verdadero se le introducen hojas totalmente falsas, quedando en él otras que son verdaderas.

Hay asimismo falsedad material cuando se alteran los signos de autenticidad de un documento o se cambian fraudulentamente los datos de que el documento es objeto; por ejemplo, cuando un pasaporte ordinario se altera a uno diplomático, o cuando se sustituyen el nombre del titular y su foto por el de otra persona.

¿Qué diferencia hay en este último caso con la falsificación ideológica? La diferencia estriba en que en la falsificación material parcial se alteran algunos de los componentes del documento, mediante el cambio o la adición de otros componentes del documento. Por el contrario, en la falsificación ideológica el documento es legítimo, pero se consignan en él datos falsos en todo o en parte. Por ejemplo, si en un pasaporte legítimo en todo, se consignara falsamente que el titular tiene visado para entrar en un determinado país.

Para comprender mejor estas diferencias, es muy útil el consejo de Juan Vega Vega:⁷¹

Para distinguir muy claramente la falsedad [material] de la ideológica, deberá recordarse la excelente frase de Garraud: ‘La falsedad material es sensible a vista, mientras que la ideológica lo es únicamente al intelecto.’

⁷¹Juan Vega Vega, *Los delitos*, Ed. Instituto Cubano del Libro, edición 1976, pág. 188.

Todo lo expuesto hasta ahora tiene indudable trascendencia jurídica. En primer lugar, porque define en qué consiste la falsificación de documentos y cuándo y cómo se materializa ésta. En segundo lugar, precisa sus grados y formas de materialización y con ello, abre a su vez otra de las grandes disputas del Derecho penal y de la falsificación documental en particular. ¿Es punible la falsificación ideológica? ¿Debe serlo?

Veamos, con relación a ello, un pasaje que nos cuenta Diego Vicente Tejera, al defender la permanencia de la falsedad ideológica como conducta punible:⁷²

Hace algunos años conocimos a un hombre, que se titulaba papelista y tenía muchísimas escrituras de personas no relacionadas con el inmueble y que le vendían derechos y acciones conocidas en la provincia, y con esas escrituras mendaces. Porque ellos no eran dueños de tales derechos y acciones. El papelista vendía fincas y obtenía inscripciones en el Registro de la Propiedad.

Esos documentos públicos, por ser falsedades ideológicas, se tuvo que sancionar como estafa. Sin embargo, suprimiendo la Ley de 24 de marzo de 1917, el inciso 4 del artículo 310 del Código entonces vigente, tuvo que conservar y sancionar falsedades ideológicas como son las que se hacen con narraciones falsas en los registros civiles. ¿Y si esto es así, y si no pueden desprenderse de los textos legales, como pasa en Cuba y en Uruguay, las falsedades ideológicas? ¿Para qué esta clasificación que sustrae muchas falsedades de la sanción?

Nosotros vemos igual peligrosidad en quien confecciona en todo o en parte un documento falso, que quien falta a la verdad de los hechos en la narración de éstos, en un instrumento público.⁷³

Lo cierto es que, tras las altas y bajas analizadas por Tejera y a partir de esta modificación del año 1917 y posteriormente el Código de Defensa Social, quedó claro que en Cuba es punible la falsedad ideológica en documento público, y no lo es cuando se plasma en un documento privado. Así lo refleja el artículo 250.1(b) del Código vigente.⁷⁴

⁷²Diego Vicente Tejera, *op. cit.*, pág. 81.

⁷³Tejera se refiere al Código Penal español vigente en Cuba desde 1870 y que fue derogado por el Código de Defensa Social aprobado en 1938, y a la Ley del 24 de marzo de 1917 que modificó aquél Código Penal en cuanto a los delitos contra la fe pública.

⁷⁴Véase pág. 7, *ante*.

La falta de punibilidad en el caso del documento privado debe razonarse sobre la base, a nuestro entender, de que es intrascendente al Derecho penal la mendacidad o falta de veracidad en que pueden incurrir los particulares al consignar datos o realizar narraciones en documentos que sólo han de surtir efecto entre las partes y sus causahabientes.

Veamos una Sentencia del Tribunal Supremo de fecha tan temprana como el 10 de marzo de 1954 (Sentencia núm. 146):

Tratándose de documentos privados, sólo puede existir el delito de falsedad cuando ésta sea material, cuando lo falsificado es el documento en sí, en su aspecto extrínseco y no que sean falsos los hechos que en éste se hacen constar con vistas a su atestación, que es la llamada falsedad ideológica que sólo se da cuando se trata de los documentos a que se refieren los artículos 365, 369 y 370-A del Código de Defensa Social.⁷⁵

El tiempo pasa, y el derecho avanza. El artículo 192 del Código Penal español de 1995 (hoy vigente) ha extraído de la relación de falsedades documentales punibles que pueden ser cometidas por los particulares, las que consisten en “faltar a la verdad en la narración de los hechos”, esto es, las que son llamadas por la doctrina y la jurisprudencia *falsedades ideológicas*. Así se expresa el Tribunal Supremo español en su Sentencia del 26 de febrero de 1998 en el notorio caso *Argentia Trust* tomado del internet el día 11 de enero del 2002. La referida Sentencia razona en su décimo *Considerando*:

... Como en la vida jurídica sólo puede incidir con plenitud de efectos lo que queda probado frente a terceros o *erga omnes*, se deduce fácilmente de los mencionados preceptos que la falta de veracidad en que puedan incurrir los particulares cuando declaran ante el funcionario que autoriza un documento público u oficial, o cuando redactan un documento privado --y un documento mercantil no autorizado por funcionario público es privado aunque tenga la protección penal del documento público-- no puede normalmente dar lugar a una falsedad penalmente típica.

Claro que existe la falsedad ideológica en documento privado. Pero ésta no es punible. Tampoco era punible en España aún antes de las mencionadas modificaciones del Código Penal español en 1995 que eliminaron la punibilidad de falsedades ideológicas cometidas por particulares, incluso en algunos tipos de documentos públicos. Esta

⁷⁵Casasús, *op. cit.*, pág. 419.

innovación tuvo antecedentes en la jurisprudencia española e incluso en la cubana.

El hecho de que la falsedad ideológica en documento privado no sea punible, no quiere decir que si el autor de tal falsificación ha quebrantado alguna otra norma penal, quede impune. Sólo quiere decir que si únicamente existe en si misma la falsedad ideológica en documento privado, no se configura el delito de falsificación de documentos privados del artículo 257 del Código Penal. Se puede configurar, si existe, el delito concreto cometido por el agente al quebrantar la norma penal convivente junto al acto falsificador. Esta coexistencia de conductas no punibles (falsificación ideológica) y punibles (en este caso estafa) queda expresada en la siguiente sentencia de nuestro Tribunal Supremo:

Quien en una escritura se reconoce deudor, por la cantidad que recibe en préstamo, y da en garantía, gravándolos, bienes muebles que expresó eran de su propiedad, pero ya no le pertenecían, por haberlos aportado a una Sociedad Mercantil, comete estafa.” Sentencia núm. 144 del 10 de marzo de 1952.⁷⁶

IX. El uso de documento falsificado

Los distintos tipos de falsificación documental pueden sobrepasar la simple clasificación de Delitos de Daño y Delitos de Peligro, pues tanto las falsificaciones de documentos públicos como las de documentos privados y de las otras categorías de documentos reguladas por la ley, pueden consumarse tanto en la fase en que sólo han constituido un posible peligro, o cuando ya han materializado el daño.

Así, basta la confección del documento público falseado o la alteración de uno verdadero (y con su ocupación o descubrimiento) para que se consuma el delito, no siendo necesario que el documento se utilice para que quede consumado el delito. Tampoco es relevante si la intención del autor era de lucro y no la alcanzó. No importa. Se consumó el delito.

La redacción del artículo 250 de nuestro Código Penal vigente no deja lugar a dudas en este sentido, y tanto la jurisprudencia como la doctrina lo han confirmado. Veamos:

⁷⁶Casasús, *op. cit.*, pág. 651.

Para la perfección del delito de falsedad, no es necesario que realmente se haya ocasionado un daño público o a particulares, es suficiente la posibilidad de que así pueda ocurrir." Sentencia núm. 387 del 11 de octubre de 1951.⁷⁷

No siendo el lucro elemento de los delitos de usurpación de funciones y de falsificación de documento oficial, no será necesario que la Sentencia lo determinase." Sentencia núm. 117 del 24 de marzo de 1958.⁷⁸

La doctrina se pronuncia de igual forma. Para Breglia y Gauna

las conductas que la ley reprime son atípicas si no se demuestra que la falsedad puede producir un perjuicio sobre bienes jurídicos pertenecientes a un tercero distinto a quien efectúa la falsificación. No es necesario, por supuesto, la concreción del mal; basta la mera posibilidad.

Vega Vega,⁷⁹ comentando el derogado Código de Defensa Social, asevera:

El Código de Defensa Social resuelve el problema entre nosotros en una forma acertada, mediante el artículo 372: cuando se falsifica un documento público, un documento oficial, o un testamento ológrafo, o un documento mercantil, o un despacho telegráfico, pero no se produce con motivo de dicha falsificación **un daño o peligro de daño** al pueblo o a los particulares, no hay delito de falsificación de documentos. La solterona que al otorgar un testamento notarial o al confeccionar su testamento ológrafo, miente acerca de su edad, rebajándose 5 años de los 80 que tiene, no comete delito alguno. [Enfasis añadido]

Personalmente, yo agregaría un ejemplo más complejo: si mintió al solicitar la Declaratoria de Herederos, omitiendo la existencia de un pariente con derecho, tampoco comete delito de falsificación ni ningún otro, pues se trata de que la lesión o peligro de los bienes jurídicamente protegidos ha de ser fáctica, lo cual no se registra en este ejemplo, ya que puede detenerse tal resultado con un proceso civil o con una simple impugnación incidental.

Puede que ahora se entienda mejor la razón por la cual el legislador español despenalizó la mayoría de las falsedades ideológicas cometidas por particulares en documentos públicos.

⁷⁷Casasús, *op. cit.*, pág. 412.

⁷⁸Casasús, *op. cit.*, pág. 385.

⁷⁹*Op. cit.*, pág. 189.

Es fácil comprender que, por sus características intrínsecas, no es necesario el uso del documento público para que se consuma el delito de falsificación. Basta el asiento del dato mendaz por el funcionario, o la creación o alteración del documento público, para que el delito quede consumado. Esto, en esencia, se debe a que la categoría *documento público* hace fe desde su nacimiento al igual que sus efectos probatorios, quedando constancia también oficial de la mendacidad introducida y por lo tanto la mera existencia del documento público falsificado produce *de facto* unas veces el daño y otras el peligro.

Es por ello que la tenencia del documento público falsificado, por el falsificador, es punible de por si. No ocurre lo mismo con el documento privado, cuyo uso es imprescindible para que se configure el delito de falsificación. Para que intervenga el Derecho penal debe materializarse el ataque a otro, el intento de vulnerar el derecho ajeno, ya que hasta ese preciso momento el documento falso no ha nacido para el Derecho, como no ha nacido para el Derecho el documento privado legítimo que no se usa por el que lo ha confeccionado.

Por esa razón, el Código Civil derogado declaraba en su artículo 1227 que la fecha de un documento privado no surtía efecto respecto a terceros hasta su presentación en un registro público. Este detalle resulta decisivo, y es por ello que el artículo 257 de nuestro Código Penal en su apartado (a) sanciona a quien forma, en todo o en parte, el documento privado falso, o altera uno legítimo, **siempre que lo use**, y en el apartado (b) impone igual sanción a quien solamente usa el documento privado falso, con ánimo de lucro o de causar perjuicio, pero siendo intrascendente si participó en la falsificación o no.

En esto último --de la sanción al que falsifica el documento y la sanción al que lo usa-- nuestra legislación a mi entender, emplea con acierto la fórmula expresada en cuanto a los documentos privados, midiendo con el mismo rasero sancionador al que falsifica y usa, y al que solamente usa, porque la esencia que configura este delito no es otra cosa que el **uso** del documento.

El caso de los documentos públicos es distinto. También acertadamente en mi opinión, el Código sanciona más gravemente al falsificador (independientemente de que use o no el documento) que a la persona que sin participar en la falsificación, y conociendo que el documento es falso, lo utiliza.

En este asunto concreto nuestro Código tiene una técnica superior, desechando las posibles confusiones de la comisión culpable de este delito (que tantos debates ha provocado en la doctrina) y definiendo claramente a tal fin que **el uso del documento falso debe ser a sabiendas**, no dejando lugar a dudas que la persona que usa el documento sin conocer cabalmente que el documento es mendaz, no actúa imprudentemente, sino que no comete delito alguno.

En otros países, como Argentina y Colombia, no se considera correcta nuestra técnica de sancionar con más severidad al falsificador de documentos públicos y de comercio, y de atenuar la sanción del que simplemente usa el documento a sabiendas de su falsedad. Incluso, para Quintano Ripollés, "... la atenuación a favor del uso de documentos falsos resulta poco comprensible".⁸⁰ Sin embargo, un simple análisis de peligrosidad social nos lleva a lo acertado del criterio. Las mismas autoridades que discrepan con nuestro criterio parecen aceptarlo, cuando admiten que se castigue con más severidad a los falsificadores de moneda que a los que utilizan la moneda falsa a sabiendas de su falsedad.

No debe caber duda alguna de que la persona que usa un documento falso, en cuya elaboración no participó pero conoce de su falsedad, es socialmente menos peligrosa que el que realiza la falsificación. El falsificador no es solamente quien tiene el primer acceso al documento. Sus acciones sobre el objeto (el documento) son mucho más peligrosas y dañinas para la sociedad ya que éste es quien produce la mendacidad.

Pudiera pedirse que se aplicara igual criterio en el artículo 257 del Código Penal (Falsificación de documentos privados), y sería justo hacerlo por las razones ya expuestas, pero hay que decir, a favor de quienes defienden que se mantenga la sanción igualitaria, que la sanción de privación de libertad o multa de 100 a 300 cuotas en nuestro Código Penal es bastante benigna en comparación con la mayoría de los Códigos Penales hispanoamericanos incluyendo a los de Colombia (1 a 6 años), Argentina (6 meses a 2 años), Uruguay (1 a 5 años) y España (6 meses a 2 años). Finalmente, hay que señalar que de los países mencionados solamente España y Uruguay aplican criterios atenuantes por el uso del documento, mientras Argentina los equipara y Colombia los agrava cuando se trata del uso de documentos públicos.

⁸⁰Op. cit., pág. 239.

X. La falsificación de documentos como prueba de hechos verdaderos

El Código de Defensa Social regulaba en las Disposiciones Comunes a las Sanciones anteriores al Capítulo III, Sección Cuarta (Artículo 279), una circunstancia de atenuación (elevada a la categoría de delito, en opinión de Diego Vicente Tejera⁸¹), a los que realzaren la falsificación para formar en provecho propio o de otro un medio de prueba de hechos verdaderos.

Igual criterio de atenuación siguen en la actualidad diversos países, entre otros Colombia. El Código argentino no se pronuncia al respecto, dejando al aire la interrogante que muchos se han planteado: ¿Constituye delito el hecho de falsificar un documento cuando ello se hace con el propósito de probar un hecho verdadero?

Nuestro vigente Código Penal, en su artículo 260, dispone:

Está exento de responsabilidad penal, el que cometa alguno de los previstos en este capítulo, para formar un medio de prueba de hechos verdaderos ...

Técnica perfecta y sentido moderno de la falsificación y sus medios. Sí, sus medios, porque no sólo abarca con una síntesis admirable a los documentos públicos y privados, sino también las falsedades ideológicas y materiales, y los posibles instrumentos destinados a su falsificación, eximiendo en todos los casos de responsabilidad penal al autor. Se trata pues de una excusa absolutoria, que viene en realidad a suprimir en parte (no en su totalidad) el principio de esencialidad punible de la falsificación, manifestado históricamente en la posibilidad real de que la falsificación cause perjuicio, o pudiera causarlo, para que el Derecho penal la sancionara.

Quizás por esa razón, algunos Códigos Penales no se pronuncian respecto a esta eximente (o en algunos casos, causa de atenuación) porque su articulado requiere con claridad que exista una posibilidad real de perjuicio para que se configure el delito de falsificación. Si esto es así, está bien claro y no necesita textualización que la falsificación, para probar hechos verdaderos, no causa perjuicio alguno y por tanto no es punible.

⁸¹Op. cit., pág. 186.

Llegar a la condición de eximente de responsabilidad penal no le ha sido fácil a nuestros legisladores. Como ya vimos, en el Código de Defensa Social era circunstancia de atenuación. El Código Penal de 1979, hoy derogado, siguió el mismo criterio atenuador pero menos severo, pues de sanciones de un mes y un día a seis meses de privación de libertad o multa de 31 a 180 cuotas o ambas, que contemplaba aquél, las redujo a solamente multa hasta 100 cuotas (Artículo 313). Como ya hemos analizado, en 1988 el Código Penal vigente adoptó el criterio más avanzado y justo sobre esta cuestión.

Resulta difícil encontrar jurisprudencia sobre esta excusa absolutoria. Ello se debe, entre otras causas, a que tan avanzada decisión legislativa sigue siendo incomprendida por los tribunales. Conocemos casos en que alguien ha falsificado un título de propiedad de un efecto electrodoméstico que ha obtenido lícitamente, y se le ha reputado falso y se le ha sancionado, sin tan siquiera comprobar la procedencia ilícita o no del bien amparado por el documento.

Resulta evidente que, al adoptar esta eximente, el legislador ha penetrado en la profundidad de las conductas humanas y sus motivaciones de actuación y no trata con ello de justificar algo mal hecho; sino de aplicar el más elevado principio de la justicia que en la falsificación documental significa:

1. Ausencia de lucro o de perjuicio en el acto falsificador;
2. La prueba de la verdad *a priori*;
3. El restablecimiento del derecho restringido.

No hay que olvidar que son múltiples las razones del individuo para procurar un medio de prueba, aunque sea falso, de hechos verdaderos, y a veces la razón puede considerarse justificada. Por ejemplo, el medio verdadero puede haberse extraviado, estar distante del lugar en que lo necesita, etc.

Por lo tanto, con los elementos expuestos a la vista, la solución más justa no es la atenuación, sino la eximente de responsabilidad penal en tales casos.

XI. Concurso con otros delitos

En muchas ocasiones nos encontramos ante problemas muy concretos y algo incómodos en lo que se refiere a la falsificación de documentos. Es

de esta manera que escuchamos con frecuencia que la falsificación documental es un delito independiente. Pero otras veces escuchamos que es un delito medial, y no siempre podemos distinguir cuándo éste concurre de forma independiente y cuándo concurre como delito de medio a fin.

Opinamos que la falsedad documental es un delito independiente, que tiene vida propia y se puede cometer como fin en sí mismo de la acción. Decir que el propósito del que falsifica es estafar, malversar o apropiarse de bienes, sería como decir que quien lesiona a otro lo hace con el fin de privarlo de la vida, sustraerle sus pertenencias o violar su libertad sexual, cuestiones éstas en ambos casos que pueden ser ciertas o no, porque los propósitos delictivos pueden ser variados y al Derecho no siempre le es posible establecerlos.

Por ello se exige en casi todos los delitos, para su configuración, un resultado apreciable, un quebrantamiento material de la ley, que puede en el caso de la falsificación, limitarse a eso: a falsificar un documento o a usarlo después de falsificarlo, o a usarlo después de ser falsificado por otro, sin que importe en muchas ocasiones cuál era el propósito real del delincuente. Claro que, de ser posible, ha de establecerse este fin, llamémosle teleológico del actuar delictivo y ello permite calificar un delito de lesiones como tentativa de asesinato, robo con violencia, o violación, según el caso.

De igual forma, una falsificación de documentos puede quedarse en eso: simple falsificación y no siempre es posible establecer con la necesaria certeza jurídica que el propósito real era malversar o estafar o apropiarse de bienes. No obstante, es de reconocer que en muchas ocasiones, detectado el faltante o la estafa, encontramos por medio de las investigaciones que el delincuente se valió de la falsificación de determinados documentos para lograr esos propósitos delictivos, o bien falsificó los documentos con el propósito de inducir a error a la víctima o de encubrir su actuar delictivo. De esta forma, concurre con mucha frecuencia a nuestros tribunales la falsificación documental asociada a la estafa y otros delitos.

Veamos la relación entre falsificación de documentos y estafa. En palabras de Quintano Ripollés:

Ambas infracciones se hallan prefiguradas por el común denominador espiritual del engaño, la *mutatio veritatis*, que impide o dificulta muchas

veces el trazo firme de una línea divisoria. El signo diferencial teórico es predominantemente subjetivo, el del ánimo de obtención de un lucro ilícito, esencial en la estafa, que no es necesario y hasta resulta indiferente en la falsedad documental.

La sistemática estudiada, en torno al caso más típico y frecuente de la concurrencia de falsedad documental y estafa es *mutatis mutandi* aplicable también como queda dicho, a las otras diversísimas hipótesis concursales en que aquélla es medio.

Es decir, que los elementos esenciales de la falsificación documental y de la estafa, la mutación de la verdad y la intención de engañar, aparecen siempre en ambas, aunque en determinados casos de la falsificación documental, se mantenga esta unidad materializándose en el ánimo de lucro y en otros casos, se aparte la falsificación documental de la estafa para realizar un propósito simple de causar daño o perjuicio que no necesariamente implica ánimo de lucro.

Veamos una sentencia aleccionadora de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia núm. 48 del 1 de febrero de 1951:

Integrado el delito de falsedad con carácter continuado, debe suprimirse la desacertada calificación de estafa, que hace concurrir con aquélla, pues, como con reiteración tiene declarado este Tribunal, cuando el medio engañoso que se emplea, a los fines de obtener un lucro, consistente en la creación de un documento falso, no se comete estafa, sino falsedad, que por ésta queda absorbida.⁸²

En igual sentido se pronuncia la Sentencia 2992 del 8 de mayo de 1985:

Porque siempre que el medio engañoso que se emplea para obtener un lucro, consiste en la creación de un documento falso, se comete el delito de falsificación de documentos y no estafa⁸³

Esto demuestra, a su vez, una sostenida jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en esta materia.

Sin embargo, debe tenerse muy en cuenta que esta absorción de la estafa por la falsificación documental sólo ha de producirse cuando la gravedad de ambos delitos sea equivalente, o la falsificación sea el delito

⁸²Casasús, *op. cit.*, pág. 392.

⁸³Casasús, *op. cit.*, pág. 204.

más grave, porque si concurren falsificación de documentos privados y estafa de cualquiera de las figuras agravadas de nuestro Código Penal, la calificación correcta sería estafa, pues entonces no existiría absorción que requiere que el delito absorbido sea de categoría igual o inferior. Por el contrario, nos encontraríamos entonces ante un concurso *ideal* de delitos, pasando la falsificación documental en tal caso, a ser un mero instrumento, un medio para cometer el delito más grave que es el de estafa.

Igual criterio debe seguirse, en las distintas variantes posibles de concurrencia de la falsificación documental, con otros delitos que pueden ser la malversación o la apropiación indebida, en los que la falsificación aparecerá como instrumento para cometer el otro delito. En algunos casos podría presentarse la variante contradictoria de que se sancione una conducta por falsificación y no por malversación o apropiación indebida, por resultar (muy casuísticamente) que en la concurrencia de delitos, la falsificación (por ejemplo si es de carácter continuado) sea el delito más grave de los que concurren.

Digamos, por ejemplo, que concurren varias defraudaciones económicas realizadas, inferiores a 5,000 pesos (moneda nacional) cada una, que son cometidas con cierta proximidad en el tiempo y similitud en la ejecución, y para lograr el fin engañoso el autor empleó tres documentos privados falsos. Esta conducta debe calificarse como delito de falsificación de documentos privados de carácter continuado. Ahora bien, si las tres defraudaciones hubieran sido superiores a 5,000 pesos cada una, el delito que debería calificarse es el de estafa, pero sin carácter continuado. Igual calificación de estafa sin carácter continuado, merecería la conducta si se tratara de una sola defraudación económica superior a los 5,000 pesos, aún si se hubiesen falsificado tres documentos privados para ese fin.

Debe recordarse que la sanción a imponer es la indicada por la mayor o menor gravedad del delito. La falsificación de documentos de carácter continuado conlleva sanción de límite superior, un año y 6 meses de privación de libertad. Estafa de la figura agravada (apartado 3 del artículo 334) conlleva sanción de límite superior 10 años de privación de libertad.

XII. Papel del desarrollo de la informática en el derecho y la falsificación documental

Afirmaban Marx y Engels, en su *Manifiesto Comunista*, que un fantasma recorre a las ciencias jurídicas. Con vista al presente, puede afirmarse que ese fantasma es la informática y su espectro se ha hecho tan real que no sólo las ciencias jurídicas, sino ninguna ciencia, puede prescindir de ella. Específicamente en las ciencias jurídicas, la revolución de la informática ha sido de tal magnitud que ya se maneja la posibilidad de incluirla como rama de esta ciencia, comparándola al Derecho penal, civil, administrativo, etcétera.

Hay países desarrollados donde todo el control administrativo, mercantil y civil y los elementos fundamentales de su tráfico jurídico se vinculan a medios de la informática. Cuba, a pesar de no ser un país desarrollado, hace ingentes esfuerzos por mantenerse actualizada de los adelantos y beneficios que aporta la informática al comercio y a todas las ramas de las ciencias.⁸⁴ Más el hombre, en su lucha por el progreso económico y social siempre encuentra escollos y uno de ellos resulta ser el delito, personificado en aquéllos que aprovechan cualquier circunstancia propicia para lucrarse a costa de los demás burlando todas las normas éticas y jurídicas e intentan, naturalmente, pasar inadvertidos en su actividad. De esta forma, a través de los medios y posibilidades de la informática hay personas que han desatado una ofensiva tecnológica con propósitos malignos que discurren desde el afán de lucro hasta el puro y simple ánimo de causar daño. El mundo se resiste contra ellos, perfecciona sus métodos de detección y prueba en las condiciones tecnológicas de las posibilidades y medios de la informática. De esta forma se han creado en todas las latitudes, departamentos de policía tecnológica y se han dictado una serie de disposiciones jurídicas sobre seguridad informática.

En Cuba también se han tomado medidas y, aunque se está en espera de un Decreto-ley abarcador de todo lo referente a la seguridad informática, se han aprobado varias disposiciones legales que regulan el uso de los medios informáticos y se aplican medidas de seguridad respecto a la información clasificada que puedan contener.

En el enfrentamiento a la actividad delictiva es necesario conocer sus métodos, medios, las condiciones en que se produce, y la personalidad del

⁸⁴Iramis Alfonso, Tony Prada y Eduardo Jiménez, *Comercio, el timbiriche virtual*, Revista Bohemia, 22 de febrero de 2002, págs. 24-32.

delincuente. Cuando lo anterior se vincula a la informática, la labor tiene características muy especiales y en ocasiones distintas al tradicional *modus operandi* delictivo. Ello impone a la hora de analizar cómo se manifiesta el delito en esta esfera, un mínimo de conocimientos sobre el origen, funcionamiento y posibilidades de los medios de la informática.

El espacio informático o *cyberespacio* es un generador e hilo conductor de relaciones sociales y por cada generador de hechos jurídicos se demanda una respuesta desde el punto de vista del Derecho. El internet no se encuentra en un vacío jurídico. Actualmente se debate con intensidad en el mundo qué regulaciones jurídicas deben existir para internet. Al respecto existen varias posiciones que abarcan desde quienes abogan porque se restrinja el uso de internet, hasta quienes postulan que no debe existir regulación alguna y por ende se pronuncian por una absoluta libertad, facilitando que se transmitan mensajes de diferentes enfoques. Otros plantean que algunos aspectos relacionados con la utilización de las redes deben normarse. Nuestra posición es que el internet, como cualquier otra institución, debe tener alguna regulación jurídica.

Debemos, ante todo, definir qué se entiende por *informática*. Para Guirao no es más que “la adaptación del ordenador a los mil problemas de la vida diaria.”⁸⁵ Peñaranda opina que la informática es la “ciencia que estudia el uso de aparatos o máquinas y métodos a través de los cuales se da el tratamiento automático, racional o lógico a la información”, y agrega:

el vocablo *informática* tuvo su origen en Francia en el año 1962 bajo la denominación de *informatique* que procede de las palabras *information* y *automatique*. Así fue reconocida en todos los países siendo aceptada en España en 1968 bajo el nombre de informática.⁸⁶

En los países anglosajones, como por ejemplo Estados Unidos, se conoce con el nombre de *computer science*.

Independientemente de sus múltiples aplicaciones, la informática es sobre todo automatización de la información, síntesis y concentración de miles y millones de datos que, pudiendo estar contenidos en cientos de

⁸⁵ Pedro Guirao Hernández, *Diccionario de la informática*, Ed. Revolucionaria, Habana 1988, pág. 262.

⁸⁶ HÉCTOR RAMÓN PEÑARANDA QUINTERO, *OP. CITA.*

libros y legajos, mediante los medios de la informática se pueden encontrar reunidos en un soporte (portátil o no) de menos de 500 gramos de peso. Esta revolución en el procesamiento de la información llevó a uno de los genios ciberneticos, Bill Gates, a considerar que debido al desarrollo de la informática la importancia del papel “como medio de buscar, preservar y distribuir información, está disminuyendo ya.”⁸⁷

Tal desarrollo tecnológico no puede ser desconocido por el Derecho. Es más, en casi todos los países se ha impuesto la necesidad de su regulación jurídica. Y ha sido tanta la incidencia de la informática en todos los aspectos de la vida y de las ciencias, que hoy se inserta en todos los quehaceres humanos que necesitan de la información.

La informática ha sido objeto de regulación jurídica y a la vez ha influido tanto sobre el Derecho actual que algunos lo consideran como una rama jurídica. No participaré en esa polémica, ya que alinearme en un bando u otro puede obstaculizar el objetivo esclarecedor de este artículo. Sí reafirmo que la gran influencia de la informática sobre casi todas las ramas de las ciencias, y particularmente sobre el Derecho, hace más que imprescindible, urgente, que se tomen en serio por éste, sus métodos, medios y posibilidades, no sólo para avanzar en la organización y control interno de si mismo sino para poderse proyectar en el enfrentamiento jurídico-penal de las nuevas formas y métodos que con la ayuda de la informática adquieren las viejas formas de materializar algunos tipos de delitos y algún tipo de nuevo delito derivado de las novedades tecnológicas.

Con este objetivo, la primera tarea de los gobiernos ha sido regular administrativa y técnicamente el uso de los medios y posibilidades de la informática, mediante leyes. Muestra de ello la consigna Rafael Velásquez Bautista, profesor de la Universidad de Montpellier, en su obra *Protección jurídica de datos personales automatizados*, al citar el Convenio para la protección de personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Consejo de Europa, 1981). En Estados Unidos, en 1984 se promulgó la Ley sobre artificios de acceso falseado, fraude y abuso informático, que modifica la sección 1030 del Código Penal de Estados Unidos, 18 U.S.C. Sec. 1030. (“Fraud and Related Activity in Connection Therewith”), la cual cita Carlos María Romeo Casabona en *Poder informático y seguridad jurídica*, agregando

⁸⁷ Bill Gates, *Los negocios en la era digital*, Ed. Sud-América 1999, pág. 403.

dicho autor que “esta ley protege ciertos accesos a datos informáticos, uso o destrucción de los mismos.”⁸⁸

Aunque en Cuba estamos a la espera de un Decreto-ley que ordene y simplifique, amplíe y generalice la reglamentación sobre esta materia, no está por ello exenta de regulación.

Desde épocas tempranas, Cuba ha logrado mantenerse actualizada satisfactoriamente en el desarrollo de los medios informáticos y junto a ello ha desarrollado una regulación jurídica apropiada, aunque aún por perfeccionar. En la actualidad, el sistema regulador de la informática abarca varias disposiciones legales, muchas de ellas de carácter sectorial, como las de derecho de autor, reglas para el acceso a internet, normas técnicas, etc. El ámbito jurídico de carácter general lo encabeza el Decreto núm. 209 de 1996 del Consejos de Ministros, titulado *Normas y relaciones para el acceso de Cuba a redes informáticas*. En el plano técnico es específica la Resolución 204/96 del Ministerio de la industria sideromecánica y la electrónica.

No obstante, en el aspecto penal la situación es otra. Sencillamente, no se ha legislado al respecto y la delincuencia (como generalmente ocurre) se ha adelantado, aprovechándose de los adelantos tecnológicos, con muchas posibilidades de impunidad. En estas circunstancias, la jurisprudencia, como hemos mencionado anteriormente, ha aplicado soluciones de carácter extensivo para evitar la impunidad, con los graves riesgos que esto impone a la luz del principio *nullum crimen sine praevia lege*.

Las posibles soluciones a este problema pasan necesariamente por una reforma del Código Penal vigente. La ocasión es propicia y no debemos pasarla por alto. Es sabido que se trabaja en la elaboración, no de modificaciones, sino de un proyecto de nuevo Código Penal que no sólo reúna las ya dispersas disposiciones que lo han modificado, sino que además lo adecúe a las nuevas corrientes doctrinales y jurisprudenciales modernas y técnicamente superiores, y yo agregaría, que lo actualice en cuanto a los adelantos de la informática y sus consecuencias en el Derecho penal.

La posibilidad de modificación tiene, desde el punto de vista teórico, cuatro variantes:

⁸⁸Carlos María Romeo Casabona, *Poder informático y seguridad jurídica*, Ed. Fundesco, Madrid 1987, pág. 101.

1. Introducir varias y sucesivas normas penales que abarquen cada uno de los diferentes delitos que pueden perpetrarse utilizando los medios y posibilidades de la informática.
2. Introducir una sección que trate sobre delitos informáticos.
3. Perfeccionar la parte especial del Código mediante la actualización de conceptos técnicos jurídicos que abarquen las posibilidades de la informática.
4. Introducir entre los delitos patrimoniales o contra la economía nacional, alguna norma nueva que incluya las posibilidades concretas de delinquir en estos aspectos a través de los medios y posibilidades de la informática.

Personalmente, soy partidario de que se introduzca en el Código Penal un concepto de documento que abarque lo tradicional y lo moderno, de forma tal que su texto perdure sin necesidad de remozamientos y, mucho menos, de interpretaciones extensivas. Siguiendo con ese criterio, que ya abarcaría bastante (nuestro Código ya menciona y regula los documentos en cerca de 50 artículos y mucho de lo informático se materializa a través de documentos electrónicos), no soy partidario de una regulación taxativa de los delitos concretos que pueden cometerse utilizando los medios y posibilidades de la informática.

Tampoco creo que sea conveniente introducir una sección sobre “Delitos Informáticos” pues ello sería redundar en el conjunto de los delitos ya tradicionales y en los que los delitos informáticos sólo son un instrumento, como lo ha sido la imprenta o la máquina de escribir en un documento tradicional.

Siendo una realidad la existencia del cyberespacio en internet, y la imposibilidad de circunscribirlo a un territorio o nación determinada, habría que adaptar a tales circunstancias la regulación penal en cuanto a la eficacia de la ley penal en el espacio. En este sentido, bastaría con agregar un apartado al actual artículo 4 del Código Penal para añadir la expresión “de forma personal o utilizando medios telemáticos”, y en consecuencia dicho precepto quedaría redactado de la siguiente forma:

Artículo 4. Un delito se considera cometido en el territorio cubano si el delincuente realiza en él actos preparatorios o de ejecución, aunque el resultado de haya producido en el extranjero, o viceversa, ya sea **de forma personal o utilizando medios telemáticos**. [Enfasis añadido]

En cuanto a la falsificación documental, es cierto que se están introduciendo en el país nuevos medios o instrumentos susceptibles de ser utilizados para falsificar, incluyendo computadoras digitales, modems, impresoras y otros, que de hecho ya se han utilizado para falsificar tarjetas de débito, de crédito y para introducirse en medios telemáticos ajenos, pero estimamos abarcadora la regulación del artículo 259.1.2. del vigente Código Penal, que solo necesitaría que se le añadiera la expresión “soporte informático” y de esta forma, quedaría redactado así:

El que fabrique o introduzca en el país cuños, prensas, marcas, **soportes informáticos** u otra clase de útiles o instrumentos destinados conocidamente a la falsificación de que se trata en las secciones anteriores.

Considero que tampoco es necesario realizar cambios en el artículo 253.1.2.3 (“Falsificación de despachos o servicios postales y telegráficos o de las transmisiones por las redes de comunicación”). Quizá pueda pensarse en incluir el fax, el correo electrónico, etc., pero pienso que no es necesario ya que estos elementos están comprendidos en la expresión “o transmitidos por las redes de comunicación”, frase inteligentemente añadida por el Código Penal vigente.