

El uso indebido de documento de identidad auténtico y ajeno. Análisis del art. 400 bis en relación con el art. 392.2 in fine del Código Penal.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, modificó el texto del art. 392 del Código Penal, que pasó a ser el siguiente: *«1. El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Las mismas penas se impondrán al que, sin haber intervenido en la falsificación, traficare de cualquier modo con un documento de identidad falso. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses al que hiciere uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso. Esta disposición es aplicable aun cuando el documento de identidad falso aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado o se trafica con él en España.»*

Y añadió un nuevo art. 400 bis, con el siguiente tenor literal: *«En los supuestos descritos en los artículos 392, 393, 394, 396 y 399 de este Código también se entenderá por uso de documento, despacho, certificación o documento de identidad falsos el uso de los correspondientes documentos, despachos, certificaciones o documentos de identidad auténticos realizado por quien no esté legitimado para ello.»*

La nueva regulación obedecía a la necesidad de atender a la problemática derivada de la extensión y práctica generalizada relativa a la falsificación de documentos de identidad, tanto para los documentos españoles como para conductas realizadas en relación con documentos de identidad pertenecientes a otro Estado de la Unión Europea o de un tercer Estado si el objetivo es utilizarlos en España, tal y como se indicaba en la Exposición de motivos de la LO 5/2010, de 22 de Junio. Así, se decía que se habían

abordado reformas en ámbitos como el de la falsificación de certificados, a la que se ha de añadir, en todas sus modalidades, la de documentos de identidad que se ha transformado en una práctica intolerablemente extendida. Por razones fácilmente comprensibles, la intervención penal se extiende al tráfico de documentos de identidad falsos, así como a las mismas conductas realizadas en relación con documentos de identidad pertenecientes a otro Estado de la Unión Europea o de un tercer Estado si el objetivo es utilizarlos en España.

La tutela penal se extiende a su vez al tráfico con esos instrumentos falsos y a su uso y tenencia en condiciones que permitan inferir su destino al tráfico, aunque no se haya intervenido en la falsificación, de modo que se mantiene la consideración de que el delito de falsificación no es un delito de propia mano en cuanto que se considera también autor a aquél que no ha realizado materialmente la falsificación pero que ha encargado su confección para su ulterior utilización en beneficio propio, aportando elementos necesarios para que dicha falsificación sea realizada. Es por ello que se busca dar una justa respuesta a conductas similares en las que se ataca del mismo bien jurídico mediante la utilización de documentos auténticos por personas no legitimadas para ello, al no existir una correlación entre el portador del documento y el titular reseñado en el mismo, produciéndose una quiebra de la confianza y seguridad jurídica ínsita a la documentación de identidad expedida por las autoridades oficiales competentes.

La conducta delictiva del art. 400 bis en relación con el art. 392.2 in fine tiene un previo antecedente en el art. 310 párrafo segundo del Texto Refundido del Código Penal de 1973, en el cual se castigaba a “los que hicieren uso de un documento verdadero [...] expedido a favor de otra persona”, refiriendo tales documentos a documentos de identidad o cédulas de carácter personal (art. 308 del mismo texto legal). La incorporación al Código Penal vigente obedece sin duda a la generalizada utilización con fines fraudulentos de documentación de identidad como fenómeno asociado a la inmigración, buscando los sujetos activos del delito su exhibición como medio para conseguir otros fines relacionados con la residencia, la sanidad y la contratación laboral, pero también portando tales documentos de identidad ajenos para evitar retenciones policiales relacionadas con los expedientes de expulsión del territorio

nacional, extendiéndose su tutela no sólo a los documentos de otros países de la Unión Europea, que facilitaría el tránsito de su portador por cualquiera de ellos, sino también a los de otros países siempre y cuando se utilicen en España.

No obstante lo expuesto surgen cuestiones relativas a la naturaleza del delito examinado que cuestionan, en última instancia, su legitimidad. Así, parte de la doctrina pone el acento en que difícilmente puede hablarse de un delito de falsedad cuando el documento utilizado es auténtico sin que con ello quiebre el principio de legalidad, sin perjuicio de que dicha utilización sea un instrumento necesario para cometer otras infracciones derivadas de la misma, llegando a hablar incluso de que la punición de tales conductas supone en la práctica una *analogía contra reo y por lo tanto prohibida*¹. Se indica de este modo la conveniencia de considerar el hecho un delito autónomo o bien un acto preparatorio de otro delito sustantivo. Otro sector de la doctrina entiende que se trata en realidad de un delito de usurpación de identidad² que en lugar de haberse incorporado a las falsedades documentales debería haberse introducido como una falsedad personal relacionada con el delito de usurpación de estado civil. De seguir esta postura doctrinal, no sería posible apreciar una relación concursal entre ambos delitos, por cuanto que los actos del 400 bis quedarían absorbidos en progresión delictiva por los del art. 401 CP. El propio Consejo General del Poder Judicial, con ocasión de su informe sobre el Anteproyecto de 2006, indicaba que el art. 400 bis podría suponer un exceso contrario al principio de intervención mínima del Derecho Penal³

¹ Quintero Olivares, Gonzalo (2010). *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Madrid: Thomson Reuters (Legal).

² Muñoz Conde, Francisco (2010). *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch

³ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, (2006), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, “*El Consejo considera que debiera reconsiderarse la necesidad de tan extensa e irrestricta tendencia criminalizadora, en la medida en que conductas tales, que no afectan a la autenticidad ni a la genuidad de los documentos, difícilmente pueden representar un atentado relevante para la seguridad del tráfico jurídico o económico, ni para la fé pública en general, lo que conforme al principio de fragmentariedad e intervención mínima que ha de orientar la actividad legiferante en el ámbito penal hace como mínimo discutible la decisión de crear estas nuevas figuras típicas*”

En relación al documento auténtico utilizado, hay que señalar que el texto vigente no hace mención alguna al modo en que dicho documento ha llegado a manos del sujeto que indebidamente lo utiliza, por lo que algunos autores consideran que tal falta de pronunciamiento es criticable cuando el documento auténtico ha sido prestado o cedido voluntariamente por su titular al sujeto que lo utiliza. Así, se dice que el consentimiento del titular del documento cedido haría ceder el carácter indebido de la utilización por tercero, debiendo valorarse además la inocuidad para el tráfico jurídico de dicha utilización, aplicando las exigencias jurisprudenciales sobre la potencial efectividad de la falsedad cometida ⁴ de modo que si no se ha producido una verdadera afectación por su carácter intrascendente dicha actuación no debería ser penada.

No obstante lo anteriormente dicho, no resulta procedente hacer confluir las dos circunstancias referidas, es decir, la del consentimiento del titular del documento cedido con la inocuidad de la conducta falsaria, por cuanto que se trata de cuestiones distintas que operan en ámbitos diferenciados. Así, la inocuidad por falta de potencialidad lesiva incide en el aspecto objetivo de la acción ejercitada, y resulta plenamente aplicable al carácter de la falsedad cometida. Pero el consentimiento del titular cedente ha de ceñirse al aspecto relativo a la autor y no al de la acción cometida, pudiendo diferenciarse claramente en cuanto a su operatividad. Y es que el carácter inocuo de la pretendida falsedad nada tiene que ver con que el autor del hecho delictivo cuente con el consentimiento del titular del documento auténtico, pudiendo apreciarse tal inocuidad sin necesidad de un eventual consentimiento.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta, que precisamente cuando existe consentimiento por parte del titular del documento auténtico para que éste sea utilizado por tercera persona, nos encontraremos ante un supuesto de cooperación necesaria que en modo alguno puede quedar impune, ya que el aquél el que hace un aporte documental necesario e imprescindible para que el tercero pueda utilizar indebidamente la documentación. Así se pronunció en este sentido la Sentencia N° 70/2013, de 7 de junio, de la Audiencia Provincial de Cádiz, en el que se condenó a la acusada como

⁴ Fraile Coloma, Carlos, (2010) (Fraile Coloma, 2010) *Comentarios al Código Penal*, Dir. Manuel Gómez Tomillo, Valladolid, págs.. 1526, 1527. Editorial Lex Nova

cooperadora necesaria de un delito de uso de documento nacional de identidad adquiere especial importancia, no sólo que se tratase de una actuación que no surgió de modo espontáneo, sino que estaba preparada y concertada de antemano, sino también que se persiguiera un objetivo que llevaba aparejado importantes consecuencias. Se trató de efectuar un acto de inmigración, que, a pesar de que no sea constitutivo de delito, no era conforme a las normas de extranjería, con el que se habría posibilitado la entrada en territorio peninsular y, con ello, facilitado el desplazamiento por el territorio de la Unión Europea a una persona cuya verdadera identidad y objetivos vitales se desconocen, lo que constituye un grave riesgo para la comunidad nacional y la de nuestro entorno más próximo.

La conducta descrita por el art. 392.2 in fine en relación con el art 400 bis excluye la modalidad imprudente en su comisión, la cual ha de considerarse atípica, ya que la conducta es esencialmente dolosa “*a sabiendas*”, bastando el uso consciente del documento auténtico ajeno para cubrir las exigencias del elemento subjetivo del tipo de injusto y sin que sea preciso, a diferencia de lo que ocurre con el tipo penal del art. 393 CP que concurra un específico ánimo de perjudicar. Así lo pone de manifiesto la Sentencia Nº 129/2014, de 2 de Abril de 2014 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 3ª, en que la acusada finalmente condenada presentó un documento de identidad que no era suyo, ni le había sido facilitado por su titular quien, por el contrario, había denunciado su previa sustracción.

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo STS 5574/2014, de 30 de Diciembre, se pronunció sobre la posibilidad de apreciar la continuidad delictiva en el tipo penal. En ella se indicaba que la utilización de un documento de identidad belga expedido a nombre de otra persona, haciéndolo en una pluralidad de ocasiones para registrarse en distintos hoteles radicados en diferentes calles de una misma localidad, y en algunos casos incluso en establecimientos situados en distintas provincias, determinaba que se estuviera ante un delito continuado, siendo procedente la aplicación del art. 74 CP, excluyendo la posibilidad de acudir a una supuesta unidad natural de acción, ya que los hechos aisladamente considerados serían constitutivos de infracciones penales por sí mismas. Impone la pena privativa de libertad en su extensión

máxima de un año justificando dicha pena en atención al carácter reiterado y contumaz de la utilización del pasaporte belga expedido a nombre de otra persona, también por la proximidad temporal con la que los hechos fueron ejecutados y por el hecho de que los actos cometidos se extendieran a establecimientos hoteleros situados en distintas provincias del territorio nacional.

Resulta aplicable, por lo tanto, al delito del art. 400 bis la distinción jurisprudencial asentada sobre los conceptos de unidad de acción en sentido natural, unidad natural de acción, unidad típica de acción y unidad jurídica de acción o delito continuado (STS 487/2014, de 9 de junio , STS 5534/2014, de 29 de Diciembre). Y así, en el caso anteriormente expuesto, es posible apreciar una pluralidad de acciones homogéneas, una repetición de varias realizaciones típicas individuales que acaban siendo abrazadas en una unidad jurídica, como un delito continuado.

Madrid, 9 de Noviembre de 2017

Javier Gómez Cordero