

Falsedad y falsificación en documentos notariales

Excursus sobre la responsabilidad penal del notario y el proceso penal incoado por falsificación del documento público notarial

Carlos Alberto Mejías Rodríguez*

Sumario: **I.** El bien jurídico protegido en las falsedades documentales públicas y en el documento público notarial. **II.** Diferencias entre falsedad y falsificación a efectos legales. **III.** Conceptos, características y formalidades del documento público notarial y su relación con las exigencias del artículo 250. 1. Conceptos. 2. Requisitos del documento público. 3. Características y capacidad de los documentos. **IV.** La acción falsearia sobre el documento público notarial. **V.** El dolo, la culpa y el error del notario en las falsedades documentales. 1. La falsedad dolosa e imprudente en el documento público. 2. El error. **VI.** Incidentes en el proceso penal incoado por falsedad en documento público notarial. 1. La ocupación y devolución judicial del documento público notarial falso. 2. La declaración judicial de falsedad del documento notarial. **VII.** Conclusiones.

La protección jurídica de los documentos ha sido una constante en los códigos penales decimonónicos, aunque ya mucho antes ese legado había sido dispuesto por otras reglas y leyes anteriores al siglo de la codificación¹.

ANTOLISEI había dicho en su trabajo *Sull'essenza dei delitti contro la fede pubblica*, que estos delitos constituyen la materia más compleja, delicada y ardua de la Parte Especial del Derecho penal².

Muy particularmente en nuestro contexto jurídico-penal, la herencia dejada por los códigos penales españoles de 1822 y 1870, que contemplaban estos ilícitos en sus cuerpos legales ha llegado a nuestra legislación actual sin muchas transformaciones.

La ruptura de la ley 21 de 15 de febrero de 1979 con los textos anteriores se produce especialmente en las clases de documentos que eran protegidos en el Código de Defensa Social, en tanto se eliminan de este último las falsificaciones sobre do-

* Profesor Auxiliar, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana.

1. Un análisis de los antecedentes históricos de las falsedades demuestra que la primera ocasión en la que realmente se clasifican estas conductas como criminales, asignándoseles su correspondiente castigo en el sentido más estricto del término, es en la época romana con la "*Lex cornelia de falsis*". García CANTIZANO, María del Carmen, *Falsedades Documentales*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanc., 1994, p.71.

2. CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar. *Falsificación de*

cumentos oficiales y se estratifica un catálogo de tipos penales específicos en atención a diferentes bienes jurídicos particulares propios de esa etapa, y cuyas especificidades y tipologías, algunas de ellas con un carácter simbólico se mantiene en la actual ley 62 de 29 de septiembre de 1987.

De todas formas, tal y como hemos titulado este trabajo perfila su visión hacia el estudio de los documentos públicos, por ser en buena medida los que guardan relación directa con la esfera notarial; proponiéndonos examinar lo relativo al bien jurídico particular, las diferencias entre falsedad y falsificación a efectos legales; el concepto de documento público notarial y su relación con el concepto penal para la modalidad comprendida dentro de las falsedades documentales públicas; la acción falsearia sobre los documentos públicos notariales; el error, la omisión, el dolo y la culpa en estas conductas por su trascendencia en la responsabilidad penal del notario y algunos incidentes procesales en el proceso incoado por falsificación de documento público notarial.

documentos públicos.
Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo X, Fascículo III. Septiembre-Diciembre 1957, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, España.

3. Antonio GONZÁLEZ - CUÉLLAR GARCÍA. *La falsedad en documento público.* Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 9 de junio de 1988. Sección: Sumario Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XXIX (Enero 1990) Id. V. Lex: VLEX-238506 <http://www.vlex.com/vid/238506>.

4. Se debe a CARRARA la elaboración de un primer concepto de fe pública que encaja a la perfección en el papel que dentro de las muchas potestades que va adquiriendo el Estado, se le confiere a los instrumentos creados a fin de facilitar el ejercicio de cada una de ellas. GARCÍA CANTIZANO. María del Carmen. ob.cit. p. 78.

I. El bien jurídico protegido en las falsedades documentales públicas y en el documento público notarial

Sin poder detenernos en la problemática de las funciones que cumple el bien jurídico en el derecho penal, cabe afirmar que su concreción en cada tipo de delito, permite encontrar la esencia de la infracción y constituye un importante elemento para la interpretación sistemática de cada delito dentro del conjunto de tipos en que está encuadrado³.

Las posturas doctrinales relativas a la determinación del bien jurídico protegido en los delitos de falsedades, originariamente han pasado por la protección de la fe pública, sustentada en la autoridad de CARRARA⁴, mientras que la segunda postura en opinión de ANTOLISEI, BINDING y la mayoría de la doctrina alemana de mediados del siglo pasado, encuentra la razón de la protección en la alteración de los medios probatorios⁵.

En la actualidad, otros dos criterios se sustentan: el primero siguiendo a WELZEL y MAURACH⁶, se inclina a considerar que el núcleo o bien jurídico en estos delitos está en el atentado

al tráfico jurídico y más modernamente PUPPE⁷ ha señalado que el objeto de protección es el propio documento, atendiendo a la fragilidad y durabilidad del mismo.

Las mayores dificultades de definir el bien jurídico en estas conductas responde a la falta de una auténtica conexión entre la tipificación de las falsedades penales y las necesidades sociales del momento y el eje sigue girando hacia la llamada fe pública en su concepción más amplia, como aparece en la mayoría de los códigos latinoamericanos⁸.

Autores como PÉREZ PÉREZ consideran que el bien jurídico particular que se protege es la seguridad en los documentos emitidos por los funcionarios públicos, dada la importancia y trascendencia de los mismos para el tráfico jurídico⁹. En este sentido, sin embargo, resulta más conveniente separarse del sentido formal del documento público ante la presencia del funcionario público como autor del documento, quien además pudiera aparecer en la ley como sujeto especial impropio agravando la pena.

La tesis restrictiva y formalista de acoger el interés de protección basado en su autor desde hace tiempo fue examinada por la doctrina del derecho penal, en el sentido de declarar la fe pública como contenido de la función notarial¹⁰, para que de esta forma fuera el Derecho Penal el instrumento legal más apropiado para garantizar la indemnidad de la función notarial, consistente en el otorgamiento de fe pública a determinados documentos y actos.

Valga entonces esta aclaración *ab initio*. El sentido probatorio del documento no se puede confundir con la cualidad de la fe pública que lo acompaña, se complementan como ha expuesto GARCÍA CANTIZANO siguiendo a NÚÑEZ LAGO¹¹, pero funcionan en momentos distintos: el documento es prueba de los hechos que narra, pero a la vez, y de manera separada, goza de una cualidad especial – la fe pública –, la cual siendo, intrínseca al mismo, permite que en el momento de actuar como prueba pueda ser valorado de forma distinta.

De este análisis se colige que el documento público tiene una cualidad especial y privilegiada derivada del ejercicio de una potestad otorgada por la ley a ciertos funcionarios. El notario, por ejemplo, le otorga un valor al documento notarial¹², pero una

5. Ídem.p.110 y ss.

6. Junto al concepto de fe pública, la segunda gran tesis mantenida por la doctrina sobre el concepto del bien jurídico en las falsedades documentales se concreta en la idea de seguridad en el tráfico jurídico. *Ibidem*. pp. 97 y 98.

7. La argumentación empleada por esta autora parte de una idea central: el documento concebido como materialización de una declaración de voluntad... y esta teoría pivota sobre un concepto clave, el de la autenticidad del documento, por cuanto con él, se hace posible la atribución de declaración emitida en el documento, idea que permite que este cumpla con su función de garantía. *Ibidem*. p. 120.

8. Códigos Penales como el de Bolivia, Guatemala, Venezuela y Argentina entre otros, le dan protección a la fe pública. Ver Códigos Penales de Latinoamérica. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, Ciudad de México, 2000.

9. PÉREZ PÉREZ. Pedro. *Derecho Penal Especial*. Tomo II, Colectivo de Autores, La Habana, Editorial Félix Varela, 2003. p. 241.

10. GARCÍA CANTIZANO. María del Carmen. *ob.cit*. p.79.

11. Ídem, p. 80.

vez adquirido, el documento se independiza de su autor, considerado en sentido formal y adquiere vida propia.

La fe pública que es otorgada al documento por el notario y los efectos que produce para los actos jurídicos ha tenido un significado relevante en el orden doctrinal.

La fe pública notarial se traduce en los actos autorizados por el notario, en su carácter de funcionario público facultado por el Estado para dotarlo de autenticidad, legalidad y presunción de veracidad, ya sea por mandato legal y por tanto obligatoria o porque los interesados la buscan para obtener una prueba preconstituida¹³.

A través de la fe pública notarial, el Estado atribuye al fedatario la posibilidad de proveer de un documento que no solamente tiene carácter probatorio, sino también lleva una nota profiláctica y preventiva, al servir como instrumento o medio para resolver y en ocasiones impedir conflictos. Su titularidad es únicamente concedida al notario, al contar con las facultades otorgadas por el Estado y la ley y con ella garantiza la seguridad y el tráfico jurídico.

12. Para la jurisprudencia cubana, la relevancia está dada en que el documento notarial hace prueba plena, como expuso la sentencia Nro. 319 de 28 de marzo del 2001 y la No. 777 de 30 de noviembre del 2005, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Popular sentenció "...es la funcionaria pública encargada de imponer al documento, certeza, veracidad, seguridad, materialidad, credibilidad y legalidad..." PÉREZ GALLARDO y otros, *Compilación de Derecho Notarial*, Ed. Félix Varela, La Habana, p. 8.

13. CORZO GONZÁLEZ, Lázaro y HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Rodolfo. *Principios del Derecho Notarial Cubano. Derecho Notarial*, Tomo I, Ed. Félix Varela, 2006, p. 24.

II. Diferencias entre falsedad y falsificación a efectos legales

En la doctrina igualmente se ha trazado la distinción entre falsedad y falsificación. La falsedad es género y la falsificación es especie; suponiendo la falsificación siempre la falsedad, mientras que la falsedad no indica la falsificación. Desde la perspectiva penal, falsificar es una conducta consistente en elaborar algo a imitación de un modelo y, la falsedad no es sino el resultado de tal actividad, es decir, la cualidad del objeto así elaborado.

Para algunos autores es intrascendente la diferencia entre falsedad y falsificación, mientras que en otros resulta relevante, otros refieren que pueden encontrarse criterios diferenciales entre falsedad y falsificación, como atribuir la falsedad a los sujetos y falsificación a las acciones o que falsedad consiste en poner lo falso en lo que debería ser verdadero y falsificación es la sustitución, poniendo lo falso en lugar en que ya estuvo lo verdadero¹⁴.

Las polémicas están condicionadas al empleo que, de manera indiferente, realiza el legislador penal de las expresiones falsedad y falsificación, corroborado por el uso que en el lenguaje corriente tiene dichos vocablos. Ejemplo de ello es la denominación del Capítulo III del Título VII del Código Penal: Falsificación de Documentos; mientras que en el mismo texto aparecen artículos en el que se penaliza a quien cometa falsedad¹⁵.

Es PACHECO¹⁶, quien advierte, por primera vez, tanto la imposibilidad de identificar plenamente ambos términos, como el empleo que de los mismos realiza el legislador y la propia jurisprudencia penal. Identifica la falsedad con la simple falta de verdad, de manera genérica y neutra, mientras que falsificación alude a la acción concreta, caracterizada por esa ausencia de verdad.

De esta forma, la falsificación se convierte en una especialidad de la falsedad y allí donde se ejecute una falsificación tendrá lugar una falsedad, pero como ya explicamos no siempre que tenga lugar una falsedad se efectuará, en consecuencia, una falsificación.

Con respecto al término *falso*, pudiera limitarse su concepción al significado de “no verdadero”. Si se habla de la no veracidad de una afirmación, lo que se quiere decir es que el contenido de la afirmación no coincide con la realidad¹⁷.

En los supuestos de declaraciones falsas emitidas por los participantes en el acto público notarial su trascendencia jurídico penal estará abarcada en aquellos casos en los que la declaración fundamenta confianza – que se demuestra engañosa – para el destinatario de la declaración y tal tipo de confianza se origina únicamente allí donde con la declaración es plantada una afirmación sobre un objeto, que se desvía de la realidad de ese objeto particular. Ello ha llevado a establecer diferencias entre un testigo y un compareciente ante el notario¹⁸.

El testigo – plantea STEIN - debe colaborar con la averiguación de la verdad, pero no con base en que se expresa algo que él considera verdadero, sino únicamente a través de que reproduce aquello que sabe por vivencia propia acerca del tema que se investiga; su obligación consiste en reproducir lo que todavía se halla en su conciencia actual sobre el contenido y las circunstancias del acto originario de percepción, esto es, su recuerdo al

14. QUINTANO RIPOLLÉS. *La falsedad documental*. Madrid, Ed. Reus, 1952, p. 26.

15. Ver en ley 62/87, Código Penal Cubano, artículos 251, Falsificación de Documentos Bancarios y de Comercio y artículo 152, Falsificación de Documentos de Carn de Identidad.

16. GARCÍA CANTIZANO. María del Carmen. ob. cit. p. 228.

17. STEIN, Ulrich. “Acerca del concepto de declaración falsa”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2008, núm.10-15, Alejandro Kiss, traductor. Disponible en Internet <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-15.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 10-15 (2008), 12 dic.

18. STEIN, Ulrich. ob. cit.

respecto. La definición de no veracidad se conecta directamente con esto: quien cumple esta obligación declara verazmente, quien la infringe falsea¹⁹.

El compareciente ante notario, explica el referido autor, hace sus argumentaciones en base a cuestiones percibidas o vividas directamente, pero también argumenta sobre percepciones, recuerdos, interpretaciones, convicciones, impresiones y reproducciones de un suceso, sean personales o a través de un tercero²⁰.

La tan discutida distinción carece de una verdadera significación en cuanto a la configuración del contenido de la acción falsaria que más adelante explicaremos, aún y cuando se confunde con la clasificación que distingue la falsedad material de la ideológica²¹. Solo desde un punto de vista gramatical o del uso del lenguaje, tiene sentido realizar tal distingo. El empleo por parte del legislador de una u otra terminología, hay que encontrarla dentro de los márgenes de discrecionalidad que le puede conferir el correcto uso del lenguaje.

III. Conceptos, características y formalidades del documento público notarial y su relación con las exigencias del artículo 250

1. Conceptos

El artículo 250 del Código Penal concreta el objeto material en un documento público, por tanto resulta menester precisar qué entendemos por documento para determinar posteriormente cuándo es dable su calificación como notarial.

Dos notas resultan a priori de interés: la problemática sobre el carácter escrito del documento y la capacidad del documento para producir consecuencias en el mundo jurídico.

En cuanto a la necesidad de que el documento sea escrito, se suele exigir esta condición por tanto será indiferente el idioma, signos y material perdurable sobre el que esté fijado, otras opiniones abogan por una tesis extensiva incorporando al concepto de documento no sólo los escritos, sino otros objetos no escritos pero con trascendencia documental y probatoria (foto-

19. Ídem.

20. Ibídem.

21. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, ob. cit. p. 231.

grafías, pinturas, planos, cintas, discos de ordenadores, etc.)²².

El paso siguiente, una vez analizado el concepto de documento, consiste en determinar cuándo es público. El Código Penal no lo define y la instrucción 108 del 2 de mayo de 1983 del Tribunal Supremo Popular²³ orientó a los tribunales de justicia remitirse a la ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral, la cual establece en su artículo 281:

Son documentos públicos:

- 1) los autorizados por funcionarios público competente con las formalidades requeridas por la ley;
- 2) las certificaciones de dichos documentos expedidas en forma legal;
- 3) los Registros oficiales y las certificaciones de los asientos que obren en los mismos expedidos por los funcionarios que los tuvieren a su cargo;
- 4) las actuaciones judiciales y las certificaciones legalmente expedidas con vista de las mismas.

El contenido del artículo citado no suscita dudas de que los documentos notariales a efectos penales se constituyen como documentos públicos y cuyos elementos guardan relación con el contenido de las normas notariales vigentes.

En atención a lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 50 de 28 de diciembre de 1984 de las notarías estatales los documentos públicos que redacta y autoriza el notario son: las escrituras, cuyo contenido es un acto jurídico; y las actas, en las que se hacen constar hechos, actos o circunstancias que, por su naturaleza, no constituyen acto jurídico, así como cualquier otro documento que se establezca en la ley²⁴.

El artículo 15 de la mencionada ley expone que las copias de los documentos originales que autoriza el notario tiene la misma eficacia que estos y que dichas copias podrán ser confeccionadas por medios manuales, mecánicos y automatizados²⁵. Por su parte el artículo 32 del reglamento de la ley de las notarías estatales (resolución No. 70 de 1992 del Ministerio de Justicia) establece que el documento notarial se redactará en idioma español, con letra clara, sin abreviaturas, iniciales, ni dejar espacios en blanco y en él podrán utilizarse guarismos²⁶.

22. RODRÍGUEZ DEVESA. *Derecho Penal Español*. Parte General, 13era Ed., Ed. Dykinson. Madrid, 1990, pp. 398 y 399.

23. En el instruyo primero de la Instrucción del tribunal Supremo Popular se refiere: *"Tiene el carácter de documentos públicos, a los efectos del delito previsto en el artículo 303 del Código Penal, aquellos que reúnan las características señaladas en el artículo 281 de la ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral"*, Instrucción No 108/83 del Tribunal Supremo Popular y en ley No. 7 de 1977, Ed. Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

24. PÉREZ GALLARDO Leonardo y otros, *Compilación de Derecho Notarial*, ob.cit., p. 8.

25. Ídem.

Más adelante el artículo 34 del citado reglamento plantea que el documento notarial podrá hacerse en forma manuscrita, mecanografiada o por cualquier otro medio de reproducción.

2. Requisitos del documento público

El carácter público del documento viene determinado por la esfera en que se produce y por el sujeto u órgano del cual emana su formación, sea que éste actúe en función de creador del tenor completo del documento, sea que lo haga en función de otorgador de autenticidad (como los fedatarios: escribanos, secretarios judiciales, etc.); a ello tiene que unirse -en lo que atañe a su validez del documento para producir sus efectos- la observancia de las formalidades legalmente prescritas para que esté dotado de la autenticidad oficial que los presenta como veraces.

En este último aspecto la instrucción No. 108 del 2 de mayo de 1983, trato de esclarecer los requisitos del documento público, determinando su carácter conforme al mencionado artículo 281 de la ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, mientras el Dictamen Nro. 162 de 5 de julio del mismo año, reiteraba ampliamente la forma y manera en que los tribunales del fuero penal deberían interpretar el mencionado artículo 281, el que por su importancia reproducimos:

En el artículo 281 de la LPCALC se relacionan, genéricamente, los documentos que se considera de carácter público. En el inciso 1 se expresa que tienen esa categoría “los autorizados por funcionario público competente con las formalidades requeridas en la ley”. De lo expuesto se advierte que la ley no formula una relación nominal de tales documentos, sino que enumera los requisitos que debe reunir un documento para ser calificado de carácter público.

26. *Ibidem.*

27. El numeral de este artículo fue modificado por la ley 62 vigente, manteniéndose en la actualidad bajo el numeral 173 el texto íntegro sobre el concepto de funcionario público. (N.A.)

La primera cuestión a dilucidar es conocer si quien emite el documento es o no un funcionario público, para ello nos apoyamos en la disposición complementaria al título II del Libro II del Código Penal, artículo 194²⁷, que textualmente dice: “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 de Servicio.

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

No menos importante será comprobar si el documento fue expedido de acuerdo con los requisitos legales exigidos para que sea fehacientemente público.

De lo expresado 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.

Con respecto al notario como fedatario público, la ley 50 enuncia, en el Capítulo II, lo concerniente a su nombramiento y competencia y, en el Capítulo III, sus funciones, obligaciones y prohibiciones así como en las Secciones Tercera, Cuarta y Quinta del Reglamento de la ley que detalla lo referente al nombramiento, las sustituciones y la competencia de éste. Asimismo las previsiones sobre su aptitud y probidad para el ejercicio de las funciones públicas se completan en el Reglamento de la ley y en el Reglamento para la selección y habilitación de notarios.

De esta forma ante la evaluación a efectos penales de uno de los requisitos exigidos para acreditar el documento público notarial se cumplen las expectativas establecidas en el dictamen de referencia y en el controversial artículo 173 de la ley penal²⁸, dado por la propia naturaleza del cargo y especialmente por las funciones y obligaciones establecidas en el inciso o) de la ley referidas a la organización, dirección, administración y control técnico de la actividad de la notaría a su cargo y otras obligaciones específicas como las del artículo 140 del reglamento de la ley que responsabiliza al notario con la integridad de los protocolos a su cargo, lo que constituye por tanto una función de custodia y cuidado en ese órgano público.

28. Ver las críticas al actual artículo 173 del Código Penal en la ponencia “Hacia un concepto del funcionario público en el Derecho Penal Cubano”, presentada en Evento Internacional Ciencias Penales 2006 por el autor de este artículo. *Recopilación de ponencias eventos Ciencias Penales*, Fiscalía General de la República, Habana 2006.

El documento público protegido por el derecho penal tiene que reunir también los requisitos legales exigidos, ello supone que las formalidades del documento tienen ex ante un amparo legal no solo que autoriza su confección sino que describe la forma y estructura del documento.

En correspondencia con los artículos 281 y 282 de la ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral; el artículo 13 de la ley 50 define que los documentos públicos que redacta y autoriza el notario son los siguientes: **a)** las escrituras, cuyo contenido es un acto jurídico y **b)** las actas, en las que se hacen constar hechos, actos o circunstancias que por su naturaleza no constituyen acto jurídico. Mientras que el artículo 15 señala que las copias de los documentos originales que autoriza el notario tienen la misma eficacia que estos.

De esta forma los documentos notariales contenidos en el artículo 13, las copias certificadas de estos -conocidos también como instrumentos públicos- el protocolo notarial, que conforme al artículo 21 de la ley 50 se forma con los documentos originales y otros agregados por el notario durante cada año natural y los registros oficiales de las notarías también por su naturaleza son documentos públicos para el derecho penal, cuya relación nominal por su diversidad no pueden describirse y en cada caso se acudirá a las formalidades establecidas en el artículo 26 y siguientes de la ley 50²⁹, las determinadas en el Reglamento de la ley en los artículos 34, relativo a la forma del documento notarial; el artículo 40 sobre la redacción de la matriz; del artículo 63 al 78 para las escrituras y del artículo 80 al 84 y 89, 91 y 92, 99, 100, 103, 111 para las distintas actas notariales que dicho reglamento autoriza.

También el reglamento en los artículos 146, 147 y 150 establece requisitos formales para caso de errores al foliar las hojas del protocolo y la diligencia de cierre de estos documentos públicos.

Otros documentos notariales como los no protocolizables y los documentos registrales recogidos en el artículo 121 del Reglamento de la ley y las copias del documento notarial original que obra en el protocolo a cargo del notario, también requieren de formalidades conforme a los artículos 123, 132, 133 y 134 de dicho texto.

29. Artículo 26. En todo documento notarial se consigna el o los nombres y apellidos de los comparecientes, el carácter con que concurren, el número de identidad permanente, ciudadanía, lugar de nacimiento, edad, ocupación, vecindad y cualquier otra circunstancia del estado civil que para el acto se requiera. Ley 50 de 1984 de las Notarías Estatales y su reglamento. PÉREZ GALLARDO. *Compilación*, ob.cit. p. 13.

3. Características y capacidad de los documentos

Con respecto a la capacidad del documento, conviene dejar constancia de que el documento debe tener capacidad abstracta para producir consecuencias jurídicas y además que los extremos alterados tienen que afectar a la esencia del documento, siendo aptos para dichos efectos. En definitiva, la acción desarrollada debe merecer la consideración de antijurídica bajo el punto de vista material.

El daño representado a través de la inveracidad o mudamiento de la verdad que produzcan las alteraciones, simulaciones u otras modalidades señaladas en el artículo 250 de la ley penal, debe ser potencial, es decir tiene que recaer sobre sus puntos esenciales y no sobre extremos triviales, inocuos o intrascendentes, es así que el delito se consuma con la falsificación que tenga posibilidad de incidir en el tráfico jurídico. Por ello se ha señalado por la doctrina y la práctica del derecho penal que son dos las características inmanentes al documento: su autenticidad y su veracidad.

En términos generales un documento es auténtico cuando procede de la persona que figura como su autor. Es la garantía de que la voluntad expresada en el documento es efectivamente la que posee el autor que en él aparece como su titular³⁰.

El documento es genuino cuando proviene efectivamente de quien figura en él como su autor. La falsificación del documento impide, por lo tanto, la posibilidad de reconocer al autor real de la declaración emitida, mediante la eliminación de la referencia al mismo, y su sustitución por otro, que se convierte así en su supuesto autor³¹. El sujeto que falsifica un testamento imitando la firma del causante, lo que pretende con este mecanismo, en última instancia, es favorecerse con los beneficios que reporta la declaración emitida.

El ordenamiento jurídico penal le otorga especial significado a ciertas declaraciones documentales emitidas por sujetos vinculados a la función pública. Ese es el caso de los documentos públicos notariales. En este sentido, la relevancia de este tipo de documento depende directamente del cumplimiento de la función encomendada legalmente al notario, como arriba explicamos, por tanto cualquier vicio que afecte la configuración del

30. GARCÍA CANTIZANO. María del Carmen. ob.cit. p. 233

31. Ídem.

32. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, ob. cit. p. 238.

33. El artículo 294 establece que los documentos otorgados con la intervención de funcionario público con las formalidades legales, harán prueba plena entre las partes que en ellos hayan figurado, respecto a las declaraciones que contengan o que de ellas inmediatamente se deriven. Harán prueba asimismo, aún respecto a terceros, en cuanto a su fecha y al motivo de su otorgamiento. Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral. MINJUS. La Habana. Año 1999, p. 112.

34. Ídem.

35. La modalidad del apartado 3 del artículo 250 del CPC sanciona al funcionario que comete la falsificación en documento público con abuso de sus funciones con penas que oscilan entre cinco y doce años de privación de libertad, superior en grado a la modalidad básica del delito cuyo marco penal se establece entre tres y ocho años de privación de libertad. Ley 62/87. ob.cit.

36. NAPPI, *Falso e legge penale*, pág.28 citado por García Cantizano, ob.cit.p. 239.

37. PÉREZ GALLARDO Leonardo y otros. *Compilación de Derecho Notarial*, ob. cit. p. 3.

acto documentado impedirá que el documento se beneficie de las garantías propias que por su condición ostenta³².

El correcto desempeño de la potestad que confiere el Estado a estos funcionarios permitirá que los documentos adquieran un grado especial de eficacia legal denominada *fe pública* y el carácter irrefutable de estos documentos deriva de sus formalidades, las cuales han sido previstas por el ordenamiento jurídico, de esta forma se garantiza, no solo la autenticidad, sino también la veracidad de la declaración por ellos emitida.

Es la unión de lo auténtico con lo verídico en los documentos públicos, que se representa por la fe pública, lo que hace posible que éste alcance esa mayor falibilidad para el tráfico jurídico, en la medida en que proceda del concreto funcionario investido de esa potestad autenticadora.

La forma en la que se manifiesta la relevancia del documento público consiste en el otorgamiento del grado de eficacia probatoria que este alcanza frente al resto de las demás clases de documentos³³. En los documentos emitidos por notarios, su autenticidad hace prueba de determinados aspectos contenidos en él, con independencia de la naturaleza cierta o no de los hechos reflejados por el funcionario³⁴. De ahí que el legislador penal sancione con mayor severidad al funcionario que al particular³⁵, cuando comete falsedad en los documentos que le corresponde emitir, abusando de su cargo, que no es otro que la constancia documental de aquellos extremos a los que el ordenamiento dota de fe pública. En otras palabras, como expone NAPPI³⁶, en los actos investidos de certeza pública se justifica la mayor tutela penal, dada la confianza que representa para los ciudadanos la expectativa de correspondencia del documento público con el carácter verdadero de los hechos en él representados.

El artículo 1 de la ley 50 regula que el notario es el funcionario público facultado para dar fe de los actos jurídicos extrajudiciales en los que por razón de su cargo interviene, de conformidad con lo establecido en la ley. Por lo que será auténtico el documento notarial únicamente confeccionado por notario y aquellos que conforme al artículo 2 estén autorizados para ejercer la función notarial fuera del territorio nacional³⁷.

También el Código de ética del notariado cubano de 28 de

noviembre del 2000 amplía en su artículo 1: “*El notario es el funcionario público y profesional del derecho, facultado para dar fe, autenticar y autorizar los actos jurídicos, hechos o circunstancias de relevancia jurídica, con carácter extrajudicial de las personas naturales y jurídicas...*”³⁸.

La veracidad del documento por su parte viene relacionada con su contenido. Es pues un atributo predicable de la declaración documental. Está definida como la adecuación de éste a la realidad que se pretende manifestar con el documento; por ello, un documento no sería verídico cuando en él se expresara cosa contraria a lo verdadero. Desde esta perspectiva, es la identificación entre la realidad exterior al documento y la realidad documental, aquella que es manifestada por el autor del mismo.

Cuando el legislador penal protege la veracidad del documento, no castiga como falsedad toda ausencia de verdad en la manifestación documental, sino la falta de conexión entre la verdad exterior y la que debería haber recogido esta, con ello se hace alusión a la *veracidad jurídica*, de la que el contenido del documento ha de disfrutar por exigencias por el correcto funcionamiento del sistema de relaciones jurídico-sociales.

Con la introducción de dos conceptos básicos derivados de la estructura del documento, la autenticidad y veracidad de la declaración documental, se ha contribuido de manera significativa a limitar la idea que identificaba falsedad con mudamiento de verdad. Esto ha sido posible en la medida en que el documento ha pasado de ser uno de los posibles objetos sobre los que se concretaba una efectiva alteración de la verdad, a constituirse en el elemento clave y desde el cual ha de definirse el bien jurídico protegido en la falsedad documental.

En este sentido, hay que admitir, sin embargo, que no les faltaba razón a los clásicos cuando definían la falsedad en relación con la alteración de la verdad, por cuanto evidentemente, la falsa indicación del autor del documento o la constatación falsa de los testigos concurrentes en el momento de la redacción de un testamento por parte del notario, son ejemplos claros de falsificación en los que se altera la verdad que refleja el documento. Pero si se atiende a las consideraciones efectuadas en torno a los conceptos de veracidad y autenticidad en el documento, habrá

38. Ídem.

que admitir la existencia del delito de falsedad documental, solo y en la medida en que la función que desempeña éste en el seno del tráfico jurídico resulte imposibilitada por la alteración, bien de su autor (autenticidad), bien de su contenido (veracidad), y su sustitución por otras indicaciones, distintas a las que debería constar con carácter originario en el documento. Cuando ello tenga lugar, podrá reconocerse que, efectivamente, semejante mudamiento de verdad reúne el contenido de antijuridicidad suficiente como para constituirse en ilícito penal.

Bastante polémica puede acarrear la veracidad del documento notarial y en tal sentido queremos llamar la atención sobre las disposiciones legales notariales al respecto.

El reglamento recoge en el artículo 39:

(...)en la redacción del documento notarial el notario se atenderá a las intenciones de los comparecientes, indagando, hasta donde sea posible, el alcance de sus manifestaciones y, en todo caso, le informará a dichos comparecientes el contenido de las cláusulas obligatorias que conformarán el contrato o acto que se autorizará.

39. Ver artículo 40 del reglamento. PÉREZ GALLARDO Leonardo y otros. *Compilación de Derecho Notarial*, ob. cit. p.81.

40. Ver artículo 42.

41. Ver artículo 44 y 45 del reglamento.

42. La doctrina ha entendido que son documentos de destino, aquellos documentos oficiales o privados que originariamente pertenecen a ese grupo, pero están destinados a introducirse en expedientes, instrumentos o documentos públicos. Ante la presencia de estos documentos de destino la doctrina aconseja que si la falsificación se produce antes de que el documento privado penetre al documento público, estaremos en presencia de una falsificación privada y si la falsificación acontece con posterioridad a su inclusión, la falsificación recaerá sobre documento público. CANTIZANO, ob. cit. p. 168.

De esta forma con independencia de la exigencia de culpabilidad que recaiga sobre el notario, cuyas notas examinaremos más adelante, dos cuestiones pudieran ser observadas conforme a este artículo y al contenido veraz del documento, y es que el contenido del documento notarial – sea la matriz u otro documento redactado por el notario³⁹- pudiera incluir datos inexactos, falsos o simulados proveniente de las intenciones de los comparecientes, en tanto la declaración esencial del documento que debe reflejar una realidad documental para que se constituya luego como veraz no es manifestada o realizada por el autor genuino del documento –notario–, y sí por los comparecientes que, en tal sentido son los que en sus alegaciones pudieran manifestarse con inveracidad. De esta forma las minutas⁴⁰ y los documentos complementarios⁴¹ pudieran ser documentos falsos de destino⁴².

Este ha sido también el criterio del Tribunal Supremo Popular en la sentencia No. 273 de 30 de abril del 2003 de la sala de lo Civil y de lo administrativo al argumentar: “... *las actas nota-*

riales son auténticas en cuanto certifican lo que acontece ante el notario autorizante, pero no en cuanto a la verdad que entrañen los documentos privados y las manifestaciones personales comprendidas en ellas, que no tienen otro valor que el que corresponde a su propia naturaleza...”.

De otra parte y ajustando nuestro análisis al literal del artículo 39 y a las características exigidas al documento, no puede suceder igual con el contenido de las cláusulas obligatorias que conformarán el contrato o acto que se autorizará, pues solo corresponderá al notario, por tener la obligación no solo de informar sino de asentarlas en el documento notarial, reflejar la realidad que conforme a la ley debe acreditarse en dicho documento. Así sucederá con las salvedades y notas colocadas al margen de carácter accesorio con respecto al documento notarial que también son consignadas por la voluntad expresa del notario⁴³.

No obstante conviene destacar aspectos vinculados a la veracidad declarada en el documento notarial por los particulares y acreditada por el notario.

Es reconocido que el notario público es garante de la manifestación de las partes, transcribe lo que afirman, pero no es garante de que estas afirmaciones sean verídicas o de las intenciones que se esconden con tales manifestaciones. De esta forma la fe pública notarial protege lo que el notario afirma haber realizado él mismo o aquello que ocurre en su presencia, pero no se extiende a hacer verdadera las manifestaciones de los otorgantes⁴⁴.

La veracidad de las manifestaciones y el consentimiento de las partes intervinientes, al ser un elemento subjetivo, quedan al margen del documento y su autenticidad, y admiten prueba en contrario sin que ello vaya en detrimento de la fe atribuida al instrumento público.

Como apunta Enrique BACIGALUPO⁴⁵, recordando una frase de BINDING, no toda mentira, esté o no documentada, debe ser punible. La documentación en sí misma no agrega nada a la mentira de un particular desde el punto de vista de su criminalidad. La fe pública, que con frecuencia es citada como el bien jurídico protegido por la punición de los delitos de falsedad documental, no puede ser defraudada ni atacada por el mero hecho de que un ciudadano particular mienta, de

43. Ver artículo 46 y 47 del Reglamento, ob. cit., p. 82.

44. MORA VARGAS, Herman. *El delito de simulación y la participación del notario*. Jurisprudencia Costarricense, Año 2009.

45. JIMÉNEZ VILLAREJO, José. “La discriminación de la falsedad ideológica cometida por particulares. Un debate en la jurisprudencia”. Consejo General del Poder Judicial, España, *Revista del Poder Judicial* nº 59, Tercer trimestre 2000.

palabra o por escrito.

El ciudadano particular está naturalmente obligado por un deber moral a decir verdad, pero en las sociedades modernas los límites del control social presuponen una distinción entre deberes éticos y deberes jurídicos, cuya confusión sería la inevitable consecuencia de convertir la verdad de las declaraciones de los particulares en objeto jurídico de protección de los delitos de falsedad documental.

La fe pública, por el contrario, dado el bien jurídico protegido en estos delitos, sí padecerá por la mentira documentada de un funcionario público cuando a él le haya sido encomendada la función de constatar documentalmente determinadas actividades o circunstancias -un contrato, un testamento, una actuación judicial, el estado de conservación de un edificio, etc.- de cuya función tiene que derivarse un deber de veracidad más amplio y riguroso que el que incumbe a los particulares.

En el caso de los funcionarios, el deber de veracidad es mayor porque en ellos al mandato moral de no mentir se incorpora el mandato legal de contribuir, desde las facultades y atribuciones públicas en que participan, al mantenimiento de un cierto nivel de seguridad en las relaciones jurídicas y, concretamente, de un aceptable nivel de confianza en los medios probatorios que se ponen al servicio de la seguridad jurídica.

De forma indirecta y mediata, los documentos públicos notariales tienen la eficacia jurídica que corresponda a la virtualidad que el Derecho objetivo anude a los hechos acreditados o probados, además de que contribuyen a la normalidad y fluidez de la vida social con relevancia para el Derecho, al dotar de efectividad a innumerables negocios jurídicos; sin embargo los hechos objeto de dación de fe son declaraciones de conocimiento, la dación de fe prueba la realidad de las declaraciones, pero no la realidad de lo declarado⁴⁶.

El notario no puede conocer el estado de libertad plena con el que una persona presta su consentimiento o realiza una declaración y sólo podría percibir que esa persona dice actuar libre o debidamente informada. De ahí que con respecto incluso a la legalidad, principio que inobjetablemente domina su actuación, ningún fedatario -en rigor, nadie, sea o no fedatario- perci-

46. DE LA OLIVA SANTOS. Andrés, "Eficacia jurídica de los documentos públicos notariales. Interpretación integradora de los artículos 1218 del Código Civil, 319.1 de la ley de Enjuiciamiento Civil, 17 bis de la ley del Notariado y 98 de la ley 24/2001", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 679, Septiembre - Octubre 2003. Id. VLex: VLEX-329688-<http://www.vlex.com/vid/329688>.

be por los sentidos una tal cualidad de una declaración o de una manifestación de voluntad. Lo que le cabe al fedatario es dejar constancia de su personal juicio sobre legalidad, juicio llevado a cabo por el fedatario en cuanto conocedor del Derecho.

Cuando se producen ante él declaraciones de voluntad (e incluso de conocimiento) con relevancia jurídica, el notario pone en juego su ciencia jurídica. No se quiere negar que el notario pueda llevar a cabo una valoración jurídica o que incluso deba hacerlo, por imperativo de un precepto legal, lo que se pretende –como expone Oliva Santos- es insistir en que no deben confundirse, mezclarse o implicarse descuidadamente dos acciones de diversa naturaleza: la dación de fe y el asesoramiento jurídico⁴⁷.

Coincidimos por tanto en que el notario no da fe de su propio juicio: sencillamente lo expresa o asevera y el documento notarial dejará indiscutible constancia del juicio del fedatario, pero los elementos fácticos en que se basa el juicio sólo quedarán probados si son objeto de la dación de fe, en sentido estricto, esto es, bajo la comprobación de los elementos fácticos que se le quieran atribuir a un instrumento o acto público notarial.

Está clara, pues, la razón por la que faltar a verdad en la narración de los hechos en un documento debe ser delito de falsedad si lo hace un funcionario público y puede no serlo si lo hace un particular: tal razón no es otra que la distinta amplitud que tiene el deber de veracidad según se trate de uno u otro y el distinto rigor con que, consiguientemente, se debe trasladar al Derecho penal una obligación que, en principio, pertenece al ámbito de la moral⁴⁸.

Distinta es la fuerza probatoria *erga omnes*, que es la que tiene influencia en la fluidez de las relaciones jurídicas, del documento público. Como es sabido, los documentos públicos hacen prueba según el Código Civil⁴⁹, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, y sólo entre los contratantes y sus causahabientes de las declaraciones que aquéllas hubiesen hecho. Como dentro del hecho que motiva su otorgamiento hay que incluir la identidad de las personas que intervienen en el acto, así como sus declaraciones o manifestaciones, todo ello resulta abarcado por el deber de veracidad del funcionario, que se extiende a cuanto el mismo haya visto

47. Ídem.

48. JIMÉNEZ VILLAREJO, José, ob. cit.

49. OLIVA GARCÍA, Horacio, "Falsedad en documento público". *El notario del Siglo XXI*, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid. Enero-Febrero 2010. No 29. Visible el 1 de Marzo 2010. Sitio Web <http://www.elnotario.com/egest/noticia.php>.

u oído, de suerte que para él todo lo que esté falsamente documentado constituye falsedad documental típica, sea la fecha del acto, sea la identidad de las personas que intervienen en el mismo y las manifestaciones que realmente hacen –con independencia de que digan verdad o no-, sea cualquier otro hecho recogido en el documento que al funcionario le conste.

Por el contrario, como las declaraciones que hacen los contratantes, tanto en el documento público como en el privado, sólo hacen prueba entre ellos mismos y sus causahabientes, su mendacidad ante el funcionario sólo constituirá falsedad documental típica si consiguen, mediante aquella mendacidad, que el funcionario produzca un documento cuya función probatoria resulte frustrada, esto es, un documento en que se diga han intervenido personas que no han intervenido o se les atribuya declaraciones que no hayan hecho, casos en que habrán realizado una falsedad material. Con independencia, claro está, de la posibilidad de que el particular cometa delito de falsedad actuando directamente sobre el soporte material del documento y realizando la llamada falsedad gráfica⁵⁰.

Es posible también la posibilidad de sancionar penalmente al particular como partícipe a título de *extraneus* ya que, precisamente, no ostenta la condición de funcionario público.

Fuera de estos supuestos, la mentira del particular en un instrumento público u oficial, como no puede lesionar el bien jurídico protegido mediante la punición de los delitos de falsedad, ya que sus declaraciones no tienen fuerza probatoria frente a tercero, no da lugar a la realización de dicho tipo delictivo aunque pueda ser incardinada, naturalmente, en cualquier otro tipo que tenga el engaño como elemento objetivo, como pudiera ser el delito de Perjurio que prevé y pune el artículo 155 del Código Penal.

Por todo ello la doctrina ha ratificado en más de una ocasión que la conducta del notario, para ser penalmente típica, debe constituir un riesgo relevante de afectación a la confianza de los ciudadanos en las funciones del documento⁵¹.

50. JIMÉNEZ VILLAREJO, José, ob. cit.

51. OLIVA GARCÍA. Horacio, ob. cit.

IV. La acción falsearia sobre el documento público notarial

La conducta delictiva puede revestir dos formas: la activa conocida por la acción consistente en el despliegue consciente y voluntario de determinada actividad prohibida penalmente por la ley y la omisiva conocida por omisión originada por la abstención consciente y voluntaria de obrar, a pesar del mandato exigido por la norma jurídica⁵².

Dada la estructura del delito el legislador ha descrito una figura de acción y resultado en sentido material ya que con las acciones previstas en la propia figura delictiva se destruye el bien jurídico protegido que es la credibilidad sobre el documento y la confianza depositada en dicho instrumento público para el buen desenvolvimiento del tráfico jurídico.

En consecuencia, el artículo 250 y sus incisos del Código Penal, describen la forma activa, la cual será exigible para la conducta de quien como recoge el tipo objetivo, confeccione, altere, intercale, suprima, oculte o destruya documento público falso, sean estos de redacción íntegra, originaria o parcial ejecutados mediante la falsedad ideológica o la falsedad material.

Ajustándonos a la finalidad de este trabajo, no menos relevante será la presencia del notario como sujeto de estos delitos de falsificación, dada su posición de garante y la exigibilidad de una conducta ligada a sus deberes funcionales, principio general que domina toda la materia de los llamados delitos funcionariales.

El notario cubano es un asesor o consejero jurídico de las personas, tanto naturales como jurídicas, que requieren de sus servicios. Tiene capacidad para instruir a dichos interesados sobre los derechos que le asisten y los medios jurídicos para el logro de sus pretensiones, esclareciendo sus dudas y advirtiéndole tanto del alcance de las manifestaciones que interesan como de los medios de prueba que pudieran necesitar, entre los que se pueden encontrar los documentos públicos notariales⁵³.

Esta constituye una doble naturaleza en la función notarial: su habilitación para el ejercicio de la fe pública notarial identificada en el mayor grado posible con la verdad⁵⁴, prestándole a la sociedad un servicio amplio, especializado y riguroso

52. QUIRÓS PÍREZ, Renén. *Manual de Derecho Penal I*. Ed. Félix Varela, La Habana, año 1999, p. 248.

53. CORZO GONZÁLEZ y HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ. *Derecho Notarial*, ob. cit. pp. 8 y 9.

54. DELGADO VERGARA, Teresa y FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta. *La Deontología Notarial*. *Derecho Notarial*. Tomo II. La Habana, Ed. Félix Varela. 2007, p.113.

55. Ídem, p.10.

conforme a intereses personales o colectivos y a su vez tiene el deber abstenerse y evitar que los actos interesados no provoquen perjuicios a terceros, al estado y a la sociedad en general custodiar y conservar documentos, en cuyo caso pudiera valerse como garante de la seguridad jurídica de las advertencias legales y reglamentarias que procedan⁵⁵.

De ahí que su responsabilidad funcional esté delimitada no solo por la observancia de una ética o actitud deóntica en su actuación, sino también al cumplimiento estricto de sus funciones deberes y prohibiciones funcionales⁵⁶, que ante determinadas omisiones, negligencias e inobservancias en su actuación como funcionario público pudiera concluir en un ilícito penal falseario u otro de tipo funcional.

Analizando la figura delictiva del artículo 250 y las consideraciones descritas sobre la posición de garante del notario, nos atrevemos a afirmar que su presencia como funcionario público en el delito siempre que sea con abuso de sus funciones y atribuciones o aprovechándose de tal condición, como lo regula el apartado 3 del mencionado artículo lo harán merecedor de una imputación dolosa en correspondencia con las modalidades activas que se describen en el tipo penal.

Sin embargo esta conclusión, no resultará válida para aquellas acciones u omisiones realizadas sin preavalecimiento del cargo que ostenta. El legislador sanciona al funcionario que abusa de sus funciones por lo que la simple condición de funcionario no lo hará merecedor de esa modalidad agravatoria de la pena, siendo entonces admisibles ante la ausencia de un abuso de sus funciones, la atribución de responsabilidad penal en dicha conducta delictiva en comisión por omisión, puesta de manifiesto cuando el notario, como se ha reiterado, sujeto garante de una fuente de riesgo, como lo es velar por la legalidad de los actos notariales y el correcto funcionamiento del tráfico jurídico dada la confianza depositada en los instrumentos públicos, al momento de redactar el documento, deja de realizar alguna diligencia, trámite o maniobra legal que por razón de su desempeño está obligado y como consecuencia de tal dejación, origina la mutación e inveracidad del documento público⁵⁷.

De esta forma y valiéndonos de las clases de delitos de comisión por omisión, solo sería admisible para las descripciones

56. Los artículos 10, 11 y 12 de la ley 50 de las Notarías Estatales, establecen las funciones, obligaciones y prohibiciones, la aplicación de las medidas disciplinarias, sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil en que puedan haber incurrido. PÉREZ GALLARDO, ob. cit., p. 5.

57. Sobre el concepto de los delitos de comisión por omisión, QUIRÓS PÉREZ. Renén, ob. cit., p. 284.

previstas solo en las modalidades relacionadas con la confección, la contribución o el intercalamiento de las mendacidades en el documento público notarial, que están previstas en el artículo 250 del la ley penal y cuya valoración jurídica sería siempre de configuración judicial permitiendo así la norma que sea el juzgador quien determine la ocurrencia del ilícito en cuestión.

Por último y en lo relativo al momento consumativo la infracción, quedará consumada en el instante mismo de la alteración, redacción o modificación del documento cualquiera que sean los propósitos del autor y, sobre todo, con independencia de que se logren o no los objetivos para los que la falsificación se hizo, siendo admisibles dable en el delito las formas imperfectas de ejecución por locución tácita del inciso 5 del artículo 250 que sanciona los actos preparatoria en ocasión de la conducta delictiva.

Los supuestos antes señalados, en especial aquellos cometidos por omisiones injustificadas e incumplimientos de sus deberes también pudieran ser propios del delito de Prevaricación del artículo 137 del Código Penal, en la que no se castiga a quien se equivoca, sino a quien tuerce el Derecho, a quien toma una decisión sin fundamento, sin motivación, sin ninguna apelación a la racionalidad jurídica⁵⁸.

V. El dolo, la culpa y el error del notario en las falsedades documentales

1. La falsedad dolosa e imprudente en el documento público

Una primera lectura del texto del artículo 250 del Código Penal demuestra que no contiene ninguna expresión que constituya un elemento subjetivo del injusto, lo que supone que bastaría la acción y la voluntad del sujeto para cometer la falsedad sea este como se describe: confeccionando, alterando, consignado, intercalando, suprimiendo, etc.; criterio apegado al principio *dolus in re ipso*, es decir el anacrónico principio en el que basado en la materialidad del hecho, el dolo estaría comprendido en el acto mismo.

Tratadistas como ANTOLISEI⁵⁹ consideran que para la exis-

58. GONZÁLEZ CUSSAC. José Luis. Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995, *Cuadernos del Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial Madrid. 1996. p. 30.

59. CAMARGO HERNÁNDEZ. Cesar, ob.cit.

tencia del dolo no es suficiente la voluntad consiente de alterar la verdad sino que requiere que el sujeto tenga conciencia de ocasionar el perjuicio que caracterizan a estos delitos falsarios; significa entonces que el agente debe darse cuenta que con su acción ofende la fe pública y al mismo tiempo pone en peligro los intereses específicos que se salvaguardan con el documento. Es suficiente por tanto el dolo genérico y sin él no puede existir el delito.

Ahora bien, la posibilidad de la comisión culposa del referido tipo no recibe una contestación uniforme en la doctrina penalista y dada la existencia de peculiaridades en la legislación y en la práctica notarial impone una concreta atención sobre este punto. Es justamente en el campo de la culpabilidad donde estos delitos alcanzan su mayor complejidad.

La doctrina foránea y la nacional en su mayoría niegan la comisión culposa del delito que nos ocupa. Silvela, Antón Oneca, Jiménez Asúa, Muñoz Conde, Córdoba, Rodríguez Devesa, etc., También Pérez Pérez se encuentra en la extensa relación de autores que rechazan la existencia de un delito imprudente de falsedad en documento público, aunque es cierto que otros autores como López Rey, Puig Peña, Díaz Palos y Quintano Ripollés la aceptan⁶⁰.

Las razones alegadas en contra de la admisión de la comisión imprudente del delito de falsedad en documento público pueden resumirse en las expresiones siguientes: la acción de falsedad es inconcebible sin dolo; en palabras de Antón Oneca; mientras que Muñoz Conde nos dice que falsificar no es posible sin dolo; la propia naturaleza del delito de falsedad conlleva la modalidad dolosa y excluye la culposa.

Frente a la posición acabada de exponer, se entiende que la naturaleza de la infracción falsaria permite la imprudencia cuando la falsedad es producto de la infracción del deber de cuidado del autor, como afirma Bacigalupo y que la falsedad se puede cometer por descuido y la norma infringida no sería el deber de ser veraz, sino el deber de evitar la posible alteración de la verdad, por tanto se produciría la falsedad por no haber empleado la diligencia debida, como el notario que sin leerla firma una escritura falsa que al efecto le presenta el escribano, dará lugar a una responsabilidad a título de culpa.

60. Ídem.

La actuación por culpa pudiera estar justificada en la recepción de la declaración de voluntad de los otorgantes y su correspondencia con lo reflejado en el documento al no comprobar mediante la oportuna indagación si ésta responde en realidad a lo que queda plasmado en el documento como su auténtica manifestación de voluntad, incumpliendo de esta manera el control de legalidad y de interpretación notarial que regula de esta manera el artículo 39 del reglamento de la ley notarial en el cual se reseña que el notario se debe atener a las intenciones de los comparecientes indagando, hasta donde sea posible, el alcance de sus manifestaciones.

La mayoría de los supuestos, como señala Muñoz Conde:

(...)se tratan de evidentes conductas dolosas, pues el acreditar el conocimiento sin ser verdad es una conducta dolosa, independientemente que ese no conocimiento fuera debido a falta de diligencia o error del funcionario. El notario no comete falsedad por no cerciorarse de la identidad de las partes con más o menos diligencia, sino porque sin conocerla certifica ese conocimiento⁶¹.

2. El error

Todos los casos de imprudencia son producto del error, aunque no todo error sea imprudente. El artículo 23 del Código Penal regula el error, eximiendo de responsabilidad penal al que realiza el acto prohibido bajo la influencia de un error relativo a uno de sus elementos constitutivos, o habiendo supuesto, equivocadamente, la concurrencia de alguna circunstancia que, de haber existido en realidad, lo habría convertido en lícito. No siendo aplicable tales supuestos cuando el error se deba a la imprudencia misma del agente.

Por otra parte se regula como circunstancia atenuante genérica en el inciso c) del artículo 52, haber cometido el delito en la creencia, aunque errónea, de que se tenía derecho a realizar el hecho sancionable.

Muchas e importantes son las cuestiones que suscita desde la perspectiva de la parte general del Derecho Penal con la admisión del error de tipo y del error de prohibición, aunque expresamente el texto no utilice dicha terminología. En estos mo-

61. MUÑOZ CONDE. Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona, Ed. Bosch. 1975, p. 78 y ss.

mentos sólo cabe hacer algunas precisiones sobre la aplicación del citado artículo a la falsedad documental con intervención del notario.

En este ámbito, lo relevante es si el error del notario – documentar públicamente como verdadero algo que es falso – resulta vencible o invencible. En este sentido, la conducta típica requiere, en contraposición a la modalidad dolosa, que la autoridad o el funcionario público haya creado un riesgo previsible para el bien jurídico protegido que debería haber conocido si hubiera actuado con la debida diligencia, que esté fuera del riesgo permitido y que además le sea objetivamente imputable en cuanto ha tenido su concreción y realización en la conducta realizada⁶².

Es conocido y se ha constatado como los particulares han inducido a los notarios al error y los medios empleados para ello han convertido en inevitable el error del fedatario público que, aun empleando la diligencia debida, no han conseguido atisbar la mendacidad de las manifestaciones vertidas por los particulares.

Cuando, como resultado de emplear la diligencia debida, advierten dicha mendacidad y no otorgan la escritura, los particulares son considerados reos, como mínimo, del delito de falsedad documental en grado de tentativa o de perjurio como ya habíamos explicado en el análisis de la veracidad de los tesigos y, posiblemente en concurso con el delito para el cual utilizaban la falsedad –generalmente el delito de estafa–.

Es decir, el cumplimiento de la diligencia debida notarial, se produce cuando el notario, por ejemplo, ante la duda sobre la identidad de los particulares que están efectuando las manifestaciones, opta por no autorizar la escritura pública y procede a una comprobación de la misma más exhaustiva.

Sin embargo, los parámetros de la vencibilidad del error se están ampliando notablemente en virtud de los mayores deberes de comprobación de los que están siendo destinatarios los notarios. En resumidas cuentas, se aprecia una tendencia a considerar que los notarios pueden y deben vencer, cada vez en mayor medida, el error al que les inducen los particulares cuando realizan manifestaciones mendaces.

El error sobre un elemento integrante de la infracción pe-

62. MUÑOZ CONDE. Francisco, ob. cit. 78 y ss.

nal producirá en el caso de ser invencible la exención y si fuere vencible su punición como delito culposo.

Indudablemente los errores sobre los elementos objetivos recogidos en el artículo 250 constituirán un error de tipo y exonerarían al notario de responsabilidad penal aunque es sabida la postura de autores como Córdoba, que sin desvirtuar lo anterior, llega a una ampliación con respecto a la responsabilidad del notario, consistente en que estima que al menos en los supuestos relativos al conocimiento de la personalidad de los otorgantes, cualquiera que sea la causa del error del notario, tanto el dolo de los otorgantes o de un tercero como cualquier otro supuesto, la única responsabilidad posible a exigir es la dolosa⁶³.

En definitiva, como expone Oliva García, el dolo falsario ha dejado de constituir un elemento clásico de la falsedad documental, junto a una *mutatio veritatis* relevante sobre elementos esenciales del documento, para dejar paso a una concepción de la función notarial como garante de la veracidad de las manifestaciones de los particulares, al menos en determinados ámbitos especialmente relevantes de la vida social⁶⁴.

VI. Incidentes en el proceso penal incoado por falsedad en documento público notarial

Atendiendo a los acontecimientos que tendrían que darse en el proceso penal incoado por un delito de falsedad documental de instrumentos públicos notariales, hemos tenido a bien significar dos incidentes que tienen repercusión para el correcto ejercicio de la función notarial y deben ser advertidos por la sede procesal penal: la ocupación y devolución judicial del documento público notarial falso y la declaración judicial de falsedad del documento notarial.

1. La ocupación y devolución judicial del documento público notarial falso

Los artículos 135 y 229 de la ley de Procedimiento Penal, autorizan respectivamente la ocupación de los documentos, papeles

63. OLIVA GARCÍA. Horacio, ob.cit.

64. Ídem.

o cualesquiera otras cosas que sean de interés para el proceso y se constituyan como fuente de pruebas para la averiguación del delito y su autor. Por su parte, el artículo 230 obliga la exhibición de los documentos que tenga en su poder y que puedan tener relación con la comprobación de un hecho delictivo, a expensas de ser emplazado y, en su caso, denunciado por la negación ante tales requerimientos.

En tal sentido, corresponde y se hace imprescindible la ocupación por parte de los órganos de investigación y, en su caso, por parte del Fiscal del documento público original del que se sospecha haya recaído la falsificación a los efectos de examinarlo, peritarlo y comprobar el autor y los rasgos que expliquen la ocurrencia real de la falsedad en todo o en parte del mismo. Esta ocupación de vital importancia para el proceso penal no encuentra respaldo absoluto en la ley de notarías, tras los límites que establece el artículo 22 al disponer que el protocolo, los documentos notariales originales y otros agregados por el notario solo pueden ser extraídos del local que ocupa la notaria, oficina notarial o archivo provincial por disposición del Ministerio de Justicia o de los Tribunales, lo que supone que el órgano de instrucción tendrá que en virtud de lo establecido en el artículo 231⁶⁵ de la ley adjetiva, acudir a estos órganos –preferiblemente al Ministerio de Justicia- para obtener los documentos originales que sirvan para sustanciar el proceso penal.

Es obvio y teniendo como fundamento los principios de inmediación y adquisición procesal que el documento presumiblemente falso se ponga a la vista y se presente como medio de prueba a los sujetos y partes procesales que correspondan y se acompañe una vez concluida la investigación como pieza de convicción al sumario con el resultado pericial realizado por especialistas en documentología, para una vez ante el órgano jurisdiccional, se coloque a la vista de los jueces que juzgarán el asunto de conformidad con lo establecido en el artículo 338 de la ley de trámites y una vez resuelta la *litis* penal y dictada la sentencia se hará el pronunciamiento que emana del artículo 358 disponiendo la devolución del documento falso al órgano o la autoridad competente, la que se cumplimentara una vez firme la sentencia en cuestión.

La praxis judicial refiere que en una buena parte de los

65. Artículo 231: El examen de libros que por su carácter público u oficial no deban ser extraídos del lugar donde se encuentren, se practica con arreglo a lo que al respecto disponga la legislación que a ellos se refiera. Ley de Procedimiento Penal, Ed. SEMAR S.A. ONBC, Habana, 1997.

procesos penales el documento público falso permanece unido a las actuaciones judiciales y solo a instancia de los interesados y facultados para ello se procede a su devolución, vicio que para el caso de los instrumentos públicos notariales pudiera impedir la tramitación de actos notariales posteriores a la declaración judicial de falsedad documental o a la conformación y resguardo del documento como parte del protocolo notarial (ley 50).

2. La declaración judicial de falsedad del documento notarial

Los tipos de falsedad ideológica o material sobre el documento público notarial pudieran dar lugar a la nulidad formal o instrumental que en esencia es la que más interesa al Derecho Notarial, porque afecta al documento considerado en sí mismo, y no como continente de un acto o negocio jurídico, sin perjuicio de que la nulidad instrumental afecte indirectamente la validez del acto o negocio que contiene⁶⁶. Se ha dicho incluso que la nulidad no implica una total carencia de eficacia jurídica, sino un decaimiento de la misma⁶⁷.

La nulidad instrumental está regulada en el artículo 16 de la ley de las notarias estatales y en ella se refieren los quebrantamientos de las solemnidades exigidas por ley en la redacción y autorización del instrumento y dicha declaración de nulidad e invalidez de los documentos notariales solo puede efectuarse mediante resolución del tribunal competente.

En este sentido cabría preguntarse, ¿el tribunal en sede penal puede decretar la nulidad del documento falso? La respuesta a todas luces tiene que ser negativa, al faltarle a éste competencia para el asunto por mandato expreso de los artículos 4 y 6 de la Ley de Procedimiento Penal.

Los tribunales populares de lo penal solo son competentes para conocer de los procesos que se originen en virtud de la comisión de un hecho punible, contra la seguridad del Estado o la declaración de los estados peligrosos y solo a los efectos de la represión –entendida como declaración de responsabilidad penal–, puede extender su competencia a cuestiones civiles y administrativas que aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho justiciable que sea imprescindible su resolución para declarar la culpabilidad o inocencia del acusado, apreciar una excusa abso-

66. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. A propósito de la nulidad de los instrumentos públicos notariales. *Derecho Notarial*. La Habana, Ed. Félix Varela, Tomo III. p. 119 y ss.

67. Ídem, p.120.

lutoria o la concurrencia de circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad penal.

Esta facultad otorgada por el artículo 6, no puede entenderse en el sentido de que el tribunal de lo penal para condenar o absolver al presunto responsable de la falsedad, decreta la declaración de la nulidad formal del documento por mala fe del notario, en tanto su misión es determinar a través de los medios de pruebas que dicho sujeto a realizado una acción u omisión dolosa o negligente, típica y antijurídica, más allá de decidir sobre el medio utilizado para la mendicidad, del que únicamente es necesario realizar la declaración de que el mismo es falso, no nulo como documento notarial. Esa facultad solo le es atribuible al tribunal o sala de lo civil, la que en ocasiones opta no por cancelar el acto sino por el otorgamiento y realización de una nueva escritura o acta notarial⁶⁸.

La propia doctrina del derecho notarial ha expuesto que, junto al proceso penal para el enjuiciamiento del delito de falsedad eventualmente cometido, era admisible plantear en el propio proceso civil la divergencia entre lo documentado y la realidad que pretende reflejar, probar esta última con todos los medios de prueba admisibles, y que, en definitiva, la sentencia decida qué hechos han de ser tenidos por ciertos⁶⁹.

Otros autores como Montero Aroca, expresan su tesis sobre el modo de impugnación del valor probatorio legal del documento público:

(...) en el proceso civil en que se presenta un documento público, y ahora nos referimos a los notariales, la parte del mismo que queda cubierta por la fe pública y que hace prueba plena [y el caso más evidente es el de la fecha], no puede verse desconocida por el Juez al que se le impone la valoración legal del medio de prueba, salvo que se ponga en marcha un proceso penal, con suspensión del civil, y en aquel proceso se condene a los autores por el delito de falsedad. La fe pública notarial supone que en el proceso civil no cabe prueba para evidenciar la falsedad de la escritura pública, siempre en su parte de valor legal, y desde la misma dictar sentencia negando el valor probatorio legal de ese documento⁷⁰.

68. CASILLAS Y CASILLAS. Cayetano. "Consecuencias de la nulidad de los instrumentos públicos", México, 2005. Disponible en Internet <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-15>, 17 de Marzo del 2010.

69. ORTELLS RAMOS, Manuel. Objeto, eficacia jurídica e impugnación del documento notarial. Reflexiones sobre el artículo 17 bis, apartado 2, de la ley del Notariado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 684, Julio - Agosto 2004. Id. vLex: VLEX-328782 <http://www.vlex.com/vid/328782>.

70. ORTELLS RAMOS, Manuel, ob. cit.

Queda de esta manera confirmada que el proceso penal que finalice con una sentencia de condena por falsedad del fedatario público no es, ni puede ser, el único modo de impugnar el valor probatorio legal del documento público. Aun suponiendo que el único caso en que pudiera ser excluido ese valor probatorio, fuera el de que el notario hubiera incurrido en una consciente divergencia entre lo percibido por él y aquello sobre lo que ha dado fe en el documento, el proceso penal con resultado de condena sería un instrumento insuficiente para constatar la concurrencia en la realidad de tal único supuesto de exclusión del valor probatorio legal⁷¹.

A los fines de apreciar la integración o no del delito y el resto de las circunstancias concurrentes en el hecho penal falsario, no es necesario decretar junto con la responsabilidad penal del sujeto implicado la nulidad instrumental. *A contrario sensu* la declaración judicial de nulidad, vinculada inobjetablemente a la actuación del notario pudiera ser la resolución que propicie posteriormente la incoación del proceso penal por un presunto delito de falsificación.

En tal sentido la declaración judicial de la falsedad con plena, absoluta y total convicción del tribunal acerca de que lo ocurrido en la realidad fue diferente a lo que figura documentado con fe pública notarial, le corresponderá al órgano jurisdiccional haciendo el pronunciamiento resolutivo en el primer considerando de la sentencia motivada⁷² en correspondencia con la calificación de los hechos que se hubiesen estimados probados o en su defecto a través de resolución aclaratoria posterior al fallo dictado, tal y como lo regula el artículo 50 de la ley de Procedimiento Penal.

VII. Conclusiones

1. La fe pública notarial traducida en los actos autorizados por el notario, en su carácter de funcionario público facultado por el Estado para dotarlo de autenticidad, legalidad y presunción de veracidad, ya sea por mandato legal y por tanto obligatoria o porque los interesados la buscan para obtener una prueba preconstituida, se cons-

71. Ídem.

72. El Acuerdo 172 de 1985 del Tribunal Supremo Popular establece lo relativo a la motivación de la sentencia en todas sus partes a los efectos de expresar la convicción a la que arriba el tribunal en correspondencia con el principio de libre valoración de la prueba. (N.A)

tituye como el bien jurídico particular a proteger por el Derecho Penal en los delitos relacionados con la falsedad de documentos públicos.

2. Aunque las diferencias entre falsedad y falsificación carecen de una verdadera significación en cuanto a la configuración del contenido de la acción falsaria, a los efectos de dilucidar a efectos penales la responsabilidad en la manifestación y expresión de la voluntad en el documento público, debe distinguirse la falsedad o falsificación realizada por los testigos y comparecientes en el acto público notarial de la falsedad o falsificación, realizados por el notario en el documento público notarial.

3. La autenticidad, la genuidad y la veracidad son características propias de los documentos públicos y especialmente del documento público notarial, por ende la falsedad recaerá en todo o en parte de dichos documentos a través de las manifestaciones y el consentimiento de las partes intervinientes, situaciones de las que al dar fe el notario, no necesariamente revelan responsabilidad penal.

4. La fe pública, por el contrario, dado el bien jurídico protegido en estos delitos, sí padecerá por la mentira documentada de un funcionario público cuando a él le haya sido encomendada la función de constatar documentalmente determinadas actividades o circunstancias –un contrato, un testamento, una actuación judicial, el estado de conservación de un edificio, etc.- de cuya función tiene que derivarse un deber de veracidad más amplio y riguroso que el que incumbe a los particulares.

5. La doble naturaleza en la función notarial: su habilitación para el ejercicio de la fe pública notarial identificada en el mayor grado posible con la verdad, prestándole a la sociedad un servicio amplio, especializado y riguroso conforme a intereses personales o colectivos y, a su vez, teniendo el deber abstenerse y evitar que los actos interesados no provoquen perjuicios a terceros, al estado y a la sociedad en general, custodiar y conservar documentos, hacen que su responsabilidad funcional este delimitada no solo por la observancia de una ética o actitud deóntica en su actuación, sino también al cumplimiento

estricto de sus funciones deberes y prohibiciones funcionales, que ante determinadas omisiones, negligencias e inobservancias en su actuación como funcionario público pudiera concluir en un ilícito penal falsear u otro de tipo funcional.

6. Para la existencia del dolo genérico en los delitos falsarios no es suficiente la voluntad consiente de alterar la verdad sino que requiere que el sujeto tenga conciencia de ocasionar el perjuicio que caracterizan a estos delitos y la posibilidad de la comisión culpable del delito de falsificación de documento público, recibe diferentes criterios de parte de la doctrina del Derecho Penal, sin embargo dada la existencia de peculiaridades en la legislación penal cubana, solo es admisible la responsabilidad penal de tipo dolosa.

7. Se hace imprescindible la ocupación por parte de los órganos de investigación del documento público original del que se sospecha haya recaído la falsificación y tendrán que, en virtud de lo establecido en el artículo 231 de la ley de procedimiento penal, acudir en auxilio al Ministerio de Justicia o a los Tribunales de Justicia Penal para obtener los documentos que sirvan para sustanciar el proceso penal.

8. El tribunal en lo penal para condenar o absolver al presunto responsable de la falsedad no puede decretar la declaración de la nulidad formal del documento por mala fe del notario, en tanto su misión es determinar a través de los medios de pruebas que dicho sujeto a realizado una acción u omisión dolosa o imprudente, típica y antijurídica, más allá de decidir sobre el medio utilizado para la mendacidad, del que únicamente es necesario realizar la declaración de que el mismo es falso.