

## DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS Y DELITOS DE FALSEDAD DOCUMENTAL

Enrique Bacigalupo Zapater

*Catedrático de Derecho Penal y Magistrado del Tribunal Supremo*

### *SUMARIO:*

- I. *INTRODUCCIÓN.*
- II. *NOCIÓN DE DOCUMENTO Y TECNOLOGÍA.*
- III. *LA FUNCIÓN DE GARANTÍA EN LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.*
- IV. *LAS CUESTIONES REFERENTES A LA CERTIFICACIÓN.*
- V. *LA PROTECCIÓN DE DATOS RELEVANTES DESDE EL PUNTO DE VISTA PROBATORIO.*
- VI. *¿NECESIDAD DE UNA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EN ESTA MATERIA?*

### **I. Introducción**

El art. 7 de la Convención del Consejo de Europa sobre Cibernética, Budapest, 27.11.2001, establece la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas, legislativas o de otra especie, “para erigir en infracción penal conforme a su derecho interno, la introducción, la alteración, la eliminación (effacement) y la supresión intencional y contraria a derecho de datos informáticos, la generación de datos no auténticos, con la intención de que ellos sean tenidos en cuenta o utilizados para fines legales como si fueran auténticos, sean o no directamente legibles o inteligibles. Las parte pueden exigir una intención fraudulenta o una intención delictiva similar como la requerida para la responsabilidad penal”. Una convención como ésta nos propone como tarea inmediata la de estudiar hasta qué punto nuestro derecho vigente satisface las obligaciones contraídas por el Estado Español en ella.

La lectura del texto pone de manifiesto una notable debilidad técnica de los redactores, que no han tenido siquiera sensibilidad para comprender que la expresión “intencionnel” no sólo es oscura en francés, sino equívoca también en otras lenguas europeas. Sin duda queda claro que lo querido por la convención es la exclusión de comportamientos meramente imprudentes. Pero, tampoco ofrece dudas que lo problemático será, como ocurre cada vez que se usa la expresión “intencional”, si también deben ser punibles los hechos cometidos con dolo eventual, forma del dolo que, conceptualmente, no puede, en principio, ser identificada con la intención. Por lo pronto la doctrina considera que el dolo eventual es suficiente respecto de la calidad de documento del objeto de la acción en los delitos de falsedad documental<sup>1</sup>.

Desde el punto de vista objetivo esta disposición se refiere fundamentalmente a la *falsificación de documentos informáticos*, tanto por la alteración de sus funciones, como por su destrucción<sup>2</sup>.

Paralelamente, mediante la Directiva CEE 99/93, de 13 de diciembre de 1999, se han establecido las condiciones relativas a las firmas electrónicas y a los servicios de certificación de las mismas. Ello ha dado lugar a la sanción de leyes nacionales armonizadas en los Estados Miembros (EEMM) de la Unión Europea (UE), entre las que cabe destacar nuestro Real Decreto Ley 14/1999, referido a la Posición Común de la UE de 22 de abril de 1999, la Ley marco alemana [Signaturgesetz (SigG)], de 16 de mayo de 2001 y la Ley italiana n° 39 del 15 de febrero de 2002 (Attuazione della direttiva 1999/93/CE relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche).

En este contexto normativo se deben plantear las cuestiones referentes a la repercusión que las nuevas regulaciones tienen en el ámbito propio de los delitos de falsedad documental. Ello no es sólo consecuencia del art. 7 de la Convención de Budapest, cuya finalidad es indudablemente la protección penal de los documentos electrónicos, sino también de las consecuencias que esta nueva especie de documentos generan respecto del concepto de documento, especialmente en el derecho privado.

En tal sentido es de señalar la reforma del BGB (Código Civil alemán) por la Ley de Adaptación de Disposiciones sobre la Forma y otros Preceptos al Moderno Tráfico de Negocios Jurídicos, de 13 de julio de 2001, mediante la que se incluyeron nuevos párrafos en el Código Civil (también en otras leyes) que admiten el reemplazo de la tradicional forma escrita por “forma electrónica”, de tal manera que la forma escrita se ha convertido en forma “textual”. El párrafo

<sup>1</sup> Conf. Schönke/Schröder/Cramer, StGB 26. ed. 2001, par. 267, n° 83.

<sup>2</sup> Sobre la cuestión de la destrucción ver: Bacigalupo, Los delitos de falsedad documental, 1999, p. 23.

126 BGB ha sido completado con una disposición (que se incluye como nuevo párrafo 3) en la que se dice “la forma escrita puede ser reemplazada por la forma electrónica, cuando la ley no establezca otra cosa”. El nuevo párrafo 126 a), a su vez, prevé que “si la forma escrita legalmente establecida se reemplaza por la electrónica, el emisor de la declaración debe agregar su nombre y el documento electrónico debe ser completado por una firma electrónica cualificada según lo previsto por la ley de firmas”. También es importante tener en cuenta que la ley alemana introdujo en el BGB un nuevo párrafo 126 b) que establece que “si la ley prescribe forma textual [o de texto, en el original: Textform], la declaración debe ser realizada en un documento o de otro modo adecuado para la fijación duradera en caracteres escritos [dauerhafte Wiedergabe in Schriftzeichen], mencionada la persona que efectúa la declaración y el final de la misma se hará constar mediante la reproducción de la firma de su nombre o de otra manera”.

Si bien se ve, la posibilidad de creación electrónica de documentos no ha variado el concepto de documento en sí mismo. Lo que ha cambiado son las maneras en las que se llevaban a cabo las funciones tradicionales del documento, básicamente el tipo de soporte en el cuál se *perpetúa* la declaración de la voluntad que se documenta, la forma de *garantizar* la imputación del contenido de la declaración a quien la realizó y la *prueba* de la autenticidad mediante una certificación de determinados signos, análoga a una certificación de carácter notarial, a través de un servicio de certificación electrónico.

Esta afirmación se ve confirmada por el art. 3.1 del RDL 14/1999, que establece que “la firma electrónica avanzada, siempre que esté basada en un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales”.

Las funciones de un documento electrónico, consiguientemente son las mismas que las reconocidas hasta ahora en la doctrina y en la jurisprudencia. Tanto el art. 3.1 del RDL 14/99, como el nuevo párrafo 126 b) del Código Civil alemán, antes transcritos, parecen ser una confirmación irrefutable de esta afirmación.

La doctrina y la jurisprudencia españolas han reconocido, ya antes del art. 26 CP, que el documento tiene *tres funciones*: una *función de perpetuación*, referida al mantenimiento de la declaración de voluntad en un soporte capaz de fijarla en el tiempo y de hacerla cognoscible a otras personas distintas del emisor; una *función probatoria*, que permite demostrar procesalmente la existencia de la declaración de voluntad de su emisor y una *función de garan-*

tía, por la que se garantiza la imputación de lo declarado al autor de la declaración<sup>3</sup>.

La definición de documento introducida por el art. 26 CP de 1995, no ha sido totalmente acertada. En él se hace referencia a la eficacia probatoria del documento, pero también a “cualquier otro tipo de relevancia jurídica”. Esta amplitud del texto puede generar la idea errónea de que el art. 26 CP contiene la definición del objeto de la acción de los delitos de falsedad documental. Sin embargo, el art. 26 CP, debemos aclarar, no contiene únicamente una definición del objeto de la acción de los delitos de falsedad documental, sino una definición del documento en sentido más amplio, con la finalidad de que sea adecuada a cualquiera de los tipos penales que tienen alguna relación con documentos (p.ej. en el caso del art. 413 CP, infidelidad en la custodia de documentos, que no requiere que se trate de un objeto con los caracteres del documento objeto de la acción de los delitos de falsedad documental; piénsese en las llamadas *evidencias sensibles*: rastros de sangre o huellas digitales recogidas para una investigación policial). Si el art. 26 tuviera la función de definir exclusivamente el objeto de la acción de los delitos de falsedad documental, su posición sistemática sería evidentemente otra: estaría situado entre las disposiciones que estructuran esos tipos penales. Esta amplitud convierte al art. 26 CP en una disposición carente de verdadera utilidad dogmática, dado que el concepto de documento se debe precisar luego, en cada delito en particular, es decir, casi de la misma manera que si esta definición no existiera. Dicho con otras palabras: el concepto de documento sigue padeciendo en nuestro derecho penal el déficit de seguridad que ya había señalado *Binding*<sup>4</sup> cuando afirmaba que “todo respira una gran inseguridad”.

Aclarado lo anterior es posible formular ahora la hipótesis de trabajo de la presente investigación. Se trata de comprobar de qué manera inciden las formas de documentación electrónica en las diversas funciones jurídicas del documento protegidas por los delitos de falsedad documental<sup>5</sup>.

## II. Noción de documento y tecnología

La aparición de la firma electrónica en el tráfico jurídico representa una nueva etapa en la vida dogmática de los delitos de falsedad documental<sup>6</sup> Los avances

<sup>3</sup> Confr. *Bacigalupo*, loc. cit. nota 2, p. 12 y s.

<sup>4</sup> *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts*, t. 2-1, 2ª edición 1904, p. 178. Ver también *Arzt/Weber*, *Strafrecht*, BT, LH4, 1980, que vinculan la inseguridad del concepto de documento con el principio procesal de la libre convicción judicial.

<sup>5</sup> Confr. *Jakobs*, *Urkundenfälschung*, 2000, p. 17 y ss. Con una crítica de la dogmática mayoritaria en relación a la caracterización de las funciones del documento, especialmente en relación a la perpetuación.

<sup>6</sup> Sobre el origen de los tipos de falsedad documental ver: *Jakobs*, loc. cit. nota 5, p.1 y ss.

tecnológicos han ido generando diferentes problemas jurídicos en relación al concepto de documento y, por extensión al de firma. En primer lugar se planteó la cuestión de si era posible considerar documento los que realmente no constituyeran **escrituras**, como, por ejemplo la expresión de la palabra grabada. Más tarde se generaron dificultades con las **fotocopias** y finalmente con el **fax**. De alguna manera, los problemas de la influencia de la tecnología supera el ámbito de la estricta falsedad documental. Un ejemplo en este sentido surge de la equiparación de la falsificación de **tarjetas de crédito** con la **falsificación de moneda**, introducida en el Código de 1995 en el art. 387 CP. En la práctica se ha planteado recientemente la cuestión de si la falsificación de los datos contenidos en la banda magnética de una tarjeta de crédito debe ser considerada equivalente a la falsedad de moneda. No podemos ignorar que el problema proviene de la gravedad de la pena que tal equivalencia genera, pero no deja de ser significativo que para resolver la supuesta desproporción penal se haya pensado que la utilización fraudulenta de datos electrónicos en la banda magnética de una tarjeta de crédito no debería ser considerada como falsificación de la tarjeta. La tesis, pone de manifiesto la posible tendencia, sobre todo intuitiva, de negar *-a priori-* el carácter de documento a la utilización de datos electrónicos, es decir, una solución difícilmente sostenible.

Cada vez que la realidad social presenta a los juristas nuevas situaciones, la primera aproximación a la solución del problema suele ser llevada a cabo mediante un análisis de problemas análogos del pasado, que hoy pueden estar ya olvidados como tales. Un ejemplo que resulta instructivo es el del contagio del SIDA<sup>7</sup>. Cuando apareció esta nueva enfermedad, los juristas recordaron de inmediato que en las décadas de los 20 y los 30 el contagio venéreo de determinadas enfermedades había dado lugar a una serie de cuestiones que *mutatis mutandis*, fueron orientando las nuevas soluciones dogmáticas.

En el plazo aproximado de tres décadas en materia de documentos la dogmática de los delitos de falsedad documental se ha visto confrontada con diversas innovaciones tecnológicas que han obligado a reflexionar sobre la trascendencia que ellas podían tener en la aplicación de los delitos correspondientes a este ámbito. También la legislación ha experimentado transformaciones que provienen de la evolución de la tecnología en el tráfico jurídico. Lamentablemente, la reforma penal de 1995 no ha tenido en cuenta la evolución que en la materia se observa en el derecho europeo.

Si se comparan los tipos penales de la falsedad documental del Código vigente con los del Código penal alemán, se podrá percibir de inmediato que este último ha

<sup>7</sup> Ver: *Schünemann/Pfeiffer*, Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988.

introducido en el párrafo 268 un tipo específico para la *falsificación de los soportes documentales de comprobaciones y mediciones expedidas por medios técnicos* (technische Aufzeichnungen), en el que en el lugar de la declaración de voluntad o de pensamiento, característica del documento tradicional, entra el registro de datos, medidas, o valores aritméticos realizados por un aparato automático. Se trata de casos en los que se protege la confianza no en la emisión de una declaración documentada por una persona, sino en los datos automáticamente emitidos por una máquina o aparato especialmente programado para tales fines.

En el Código alemán se introdujo también el párrafo 269, referido a la *falsificación de datos relevantes desde el punto de vista probatorio*, cuya principal finalidad es la prevención de la criminalidad informática. Ambas disposiciones anticipan una serie de problemas que sin lugar a duda son de especial importancia en los documentos electrónicos.

Los antecedentes histórico-dogmáticos a los que cabe referirse ahora son los de las fotocopias y el telefax.

Las **fotocopias**, lo mismo que las copias, de documentos no se consideran tales en la doctrina y en alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>8</sup>, dado que no permiten conocer la identidad del emisor, un elemento esencial del documento, como hemos visto. Por el contrario, cuando la fotocopia (en su caso la copia) ha sido certificada o autenticada como copia fiel de un documento (por ejemplo mediante una intervención notarial), el conocimiento del emisor está asegurado y el carácter documental no ha generado problemas. El BGH (Tribunal Supremo Federal alemán) ha formulado esta tesis de manera precisa: “La fotocopia (...) únicamente reproduce (como imagen) una declaración corporizada en un escrito (...) [pero] no certifica su emisor. Por lo tanto, no es posible reconocerle [a la fotocopia], sin más, la función de garantía de la corrección del contenido, que básicamente es propia de todo documento”<sup>9</sup>.

Como es claro, ello no significa que la fotocopia de un documento, aunque no sea objeto de la acción idóneo de una falsedad documental, no sea un instrumento idóneo para engañar y, de esta manera, cometer un delito de estafa. No se debe olvidar que el delito de falsedad documental constituye, como tipo penal autónomo, un desprendimiento de la estafa<sup>10</sup>. Lo que aquí se quiere decir es, simplemente que alterar una fotocopia no es alterar un documento, aunque sea la creación de un medio para la comisión de una estafa<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Ver SSTS, de 25-9-1991 (Pte. Bacigalupo), 14-4-1992 (Pte. Díaz Palos) y 1-6-1992 (pte. Marín Pallín).

<sup>9</sup> BGHSt, 24, 140 y ste.

<sup>10</sup> Confr. Quintano Ripollés, El Delito de falsedad documental, 1952, p14 y ste; Jakobs loc. cit. nota 5, p. 2 y ste.

<sup>11</sup> En el mismo sentido: Schönke/Schröder/Cramer, StGB, 26. Ed., 2000, párrafo 267,42.

Desde el *punto de vista procesal*, de todos modos, la fotocopia de un documento constituye una prueba válida de la existencia del documento. Por lo tanto, la fotocopia de un documento falsificado hace prueba de la falsificación del mismo, es decir, de la existencia del documento falsificado.

También generó dudas, en su momento, el valor documental del **fax**. Los libros de hace veinte años todavía no trataban de los problemas que la transmisión de un documento por fax podía generar. La doctrina se ha planteado la cuestión llegando a una conclusión afirmativa. En este sentido se dice que “la diferencia respecto de la fotocopia consiste en lo siguiente: mientras la fotocopia sólo reproduce la imagen del documento y de la declaración en él contenida, en el caso del telefax se trata de la corporización de una declaración del emisor, remitida al destinatario con su voluntad, es decir como original, técnicamente confeccionado, destinado al receptor”<sup>12</sup>.

### III. La función de garantía en los documentos electrónicos

Como hemos señalado anteriormente, y como lo pone de manifiesto otros problemas generados por innovaciones técnicas, la función de garantía del documento tiene una importancia sustancial, pues los delitos de falsedad documental protegen la fe pública básicamente a través de la protección de la confianza del público en la autenticidad de la declaración documentada, es decir en la creencia justificada de que la declaración contenida en el documento pertenece al sujeto que aparece en él como su emisor<sup>13</sup>. Como lo dicen *Arzt/Weber*<sup>14</sup> “normalmente se protege la confianza en la atribución [de la declaración a un sujeto] y no la confianza en el contenido correcto [de lo declarado]”.

La *autenticidad de un documento* depende, por lo tanto, de la certeza de la imputación de la declaración en él contenida al sujeto que verdaderamente la realizó. La *veracidad de la declaración no afecta ni altera la autenticidad*, que se refiere a la relación entre el sujeto emisor y lo declarado; no se trata de la correspondencia de lo declarado con la verdad. Este último es un problema de engaño que se puede cometer con el documento, que, por eso mismo, está más allá de la consumación del delito de falsedad documental, probablemente, se podría decir, aunque con todas las cautelas, en la fase del agotamiento.

Por regla general, la firma del documento es un elemento decisivo para determinar la pertenencia de la declaración a su autor. Sin embargo, la firma no constituye un elemento esencial del documento. Pero, cabe afirmar, que es uno,

<sup>12</sup> Ibidem. Par. 267, 42 a.

<sup>13</sup> Ibidem. Ver también: *Arzt/Weber*, Strafrecht, BT, LH 4, 1980, p.129.

<sup>14</sup> Loc. cit. nota 4.

probablemente el más habitual, de los elementos que permite la imputación de la declaración contenida en documento a quien es su autor. Inclusive cuando la firma no ha sido puesta de puño y letra por el emisor de la declaración, la firma puede ser el elemento decisivo de la imputación y por lo tanto de la autenticidad del documento. Esta es la razón de ser de la frecuente afirmación jurisprudencial de que los delitos de falsedad documental no son delitos “de propia mano”, es decir, no se trata de delitos en los que el disvalor de la acción se deduzca de la realización corporal de la acción por parte del autor. Todo esto es válido también para los documentos electrónicos y por ello se han dictado las normas que actualmente regulan la firma electrónica en la UE.

Es obvio, que la firma electrónica no necesita ser puesta por el titular de ella. Puede hacerlo cualquier persona que conozca los datos de la misma. Los problemas que ésto puede generar existen también en relación a la firma manuscrita. En el caso en el que la firma haya sido puesta por otra persona la doctrina ha distinguido diversos casos en los que el reconocimiento de la declaración por el titular de la firma manuscrita no se altera y en los que, consecuentemente, no cabe apreciar una falsificación del documento. Básicamente se parte de que la *firma de propia mano* sólo es necesaria donde la ley la requiera, es decir, allí donde la ley excluya la posibilidad de representación en la firma, como actualmente ocurre en los testamentos ológrafos (art. 688 Cód. Civil).

Pero, en los demás casos una tercera persona puede ser autorizada para la reproducción de la firma por quien realiza verdaderamente la declaración documentada. En tales supuestos, cuando una persona ha firmado con el nombre o con los signos de otra, la autenticidad puede no verse afectada. Tal es el caso cuando una *persona imposibilitada de firmar* se vale de otra para hacerlo, así como cuando exista un poder jurídico otorgado a tales fines. En estos supuestos el documento será auténtico, pues lo decisivo no es la ejecución de propia mano de la firma, sino su “*autoría espiritual*”<sup>15</sup>.

Desde el punto de vista conceptual la firma electrónica no difiere de la noción genérica de firma. En general, la firma es el signo característico mediante el cual un sujeto expresa su reconocimiento de la declaración documentada. Por otra parte, el concepto *jurídico* de firma coincide, en lo sustancial, con el uso corriente de la palabra. El Diccionario de la Real Academia no es totalmente preciso cuando dice que firma “es el nombre y apellido, o título, de una persona, que ésta pone con rúbrica al pie de un documento escrito de propia mano o ajena, para darle autenticidad, para expresar que aprueba su contenido, o para obligarse a lo que en él se dice”. Por ello, la definición del diccionario requiere ser precisada,

<sup>15</sup> Schönke/Schröder/Cramer, StGB, 26. ed., 2001, par. 267, 55 y s.



pues, inclusive en el lenguaje ordinario, la firma no es la escritura del nombre y apellido o del título de una persona, sino un signo propio que permite su identificación, que jurídicamente puede ser realizada también por una persona autorizada por el titular para reproducirla en señal de reconocimiento del contenido de una declaración de algún modo documentada.

De esta manera se puede considerar demostrado que los datos electrónicos que permiten la identificación del que reconoce una declaración determinada y documentada, no se diferencian sustancialmente con la noción de firma del lenguaje ordinario. Tradicionalmente la firma ha sido ejecutada de propia mano y constituye un signo gráfico personal difícilmente repetible por otro, pero, como se ha visto, puede ser ejecutada por otra persona y puede ser igualmente irrepitible cuando es realizada mediante datos electrónicos que sólo están a disposición del interesado. Admitida la autoría espiritual de la firma y del documento, resulta claro que la introducción de la firma electrónica en el tráfico jurídico no requiere ninguna modificación conceptual en el marco de la autenticidad del documento: auténtico será el documento cuando el uso del conjunto de los datos informáticos que se utilizan como medio para identificar al autor de la declaración haya sido puesto por una persona autorizada y **no** provenga de un abuso del secreto de las claves que lo garantizan.

En este sentido adquiere especial significación el art. 278 CP, cuya posición sistemática entre los delitos relativos al mercado y a los consumidores es, cuanto menos dudosa. Este tipo penal pone bajo amenaza de pena el apoderamiento, por cualquier medio, de “datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo”, cuando tenga la finalidad de descubrir un secreto. Se trata, por ejemplo del caso de quien utiliza sin autorización los datos de la firma electrónica de una empresa con sede en España y trasmite, a una filial de Singapur, una orden de comunicarle hechos o directivas comerciales de la empresa, cuya divulgación determinará perjuicios en la competitividad de la empresa en el mercado. La cuestión de la posición sistemática del art. 278 CP podría ser, a nuestros fines, en principio, secundaria, si no tuviera un efecto claramente limitativo del ámbito de protección del tipo penal. Evidentemente los *datos de creación de firma*, que el RDL 14/1999 define como “datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas, que el signatario utiliza para crear la firma electrónica” (art. 2. D)), constituyen un “secreto de empresa” en el sentido del tipo penal del art. 278 CP. Es decir que éste presupone que los datos de creación de firma *pertenezcan a una empresa*; de lo contrario quedarán fuera del ámbito de protección de dicho artículo. Si bien es cierto que puede haber una empresa individual, es decir constituida por un único titular, no es menos cierto que un particular que opera jurídicamente en su propio nombre no siempre constituye una empresa.

Cuando se trate de los datos de creación de firma de un particular la protección se debe dispensar a través del art. 197.2 CP, que sanciona al que “sin estar autorizado se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero [debería decir *de otro*], datos reservados de carácter personal (...) que se hallen registrados en ficheros electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado”. La protección se extiende a los datos reservados de *personas jurídicas* por medio del art. 200 CP.

Las únicas diferencias, por lo tanto, entre el art. 197.2 y el 278 CP se refieren al bien jurídico protegido y a la pena, cuyo mínimo es superior en el caso de la protección de los secretos de empresa. Ninguna de estas diferencias tiene un fundamento evidente y el legislador ha omitido explicar qué razones determinaron su decisión, sobre todo, por qué razón el apoderamiento de los datos de una persona física que no opera como una empresa, puede ser *menos punible* que el que perjudique a una empresa.

#### **IV. Las cuestiones referentes a la certificación.**

De acuerdo con el art. 3.1 del RDL 14/1999, “la firma electrónica avanzada, siempre que esté basada en un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico de la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales. Se presumirá –continúa el artículo- que la firma electrónica reúne las condiciones necesarias para producir los efectos indicados en este apartado, cuando el certificado reconocido en que se basa haya sido expedido por un prestador de servicios de certificación acreditado y el dispositivo seguro de creación de firma con el que ésta se produzca se encuentre certificado, con arreglo al artículo 21”. Una disposición análoga se encuentra en el art. 6 de la ley italiana, cuyo apartado 3 establece que el documento informático hace plena prueba de “de la proveniencia de la declaración de quien la ha suscrito” hasta que se compruebe la falsedad mediante querrela criminal. Por el contrario la ley alemana no contiene ninguna norma referente a los efectos procesales de la firma o del documento electrónicos. Esta materia está regulada en la ley de adaptación de las normas sobre formalidades del derecho privado al moderno tráfico de negocios jurídicos de 18.7.2001, ya mencionada al principio.

Por lo tanto, la firma electrónica y el documento electrónico requieren siempre un certificado reconocido, es decir una certificación de la firma puesta en el documento por un prestador de servicios de certificación según las defini-

ciones que el RDL contiene en su art.2, i), j) y k). Se trata de una certificación que tiene lugar por medio de componentes técnicos que constituyen un determinado software o hardware. Es decir, que la certificación es una comprobación que se producirá por regla en forma totalmente automática y a través de un aparato técnico de creación humana que actúa por sí mismo. Si esto es así, estamos precisamente en el supuesto que ha dado lugar a la creación del párrafo 268 StGB alemán, que antes hemos citado. Como dice *Samson*<sup>16</sup> se trata de un tipo penal exteriormente análogo o paralelo al tipo del delito de falsedad documental, que, sin embargo, no protege documentos sino evidencias sensibles con efectos probatorios (Augenscheinsobjekte). En la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal Alemán de 1962 entre los ejemplos de comprobaciones y mediciones técnicas se incluían también las expedidas por “máquinas de elaboración de datos” y se señalaba que “los preceptos relativos a la protección de documentos no son idóneos” para la prevención y sanción de los abusos en esta materia<sup>17</sup>. La razón de la insuficiencia de los tipos de la falsedad documental para alcanzar estos fines radicaba, según los autores del Proyecto en que “tales comprobaciones y mediciones técnicas no contienen una declaración proveniente de una persona”<sup>18</sup>. Asimismo se hace referencia en la Exposición de Motivos al concepto amplio de documento con el que la jurisprudencia había cubierto la laguna que en estos casos se producía, subrayando lo dudoso de tal solución.<sup>19</sup>

La cuestión que presenta la certificación de firma electrónica, por lo tanto es clara: el concepto de documento requiere que éste tenga como contenido *esencial* una declaración de una *persona*. La comprobación de la corrección de una determinada firma electrónica no contiene –por regla– la declaración de una persona sobre la misma, sino el resultado de una operación puramente automática del programa informático correspondiente. Faltará, por lo tanto, la declaración de una persona, que aparecerá reemplazada por la comprobación automática de la corrección de la firma, y, consecuentemente, no se puede hablar de un documento en el sentido del objeto de la acción que protegen los delitos tradicionales de falsedad documental.

La cuestión tenía una larga historia y había sido motivo de preocupación mucho antes de que se pudiera imaginar la creación de documentos y firmas informáticas. Desde el Proyecto de 1925 se venía proponiendo en Alemania un tipo penal de *falsificación de medios de prueba* que completara los de falsedad documental tradicionales<sup>20</sup>. Se trata de una problemática que no puede ocultar un

<sup>16</sup> SK-StGB, (1987) párrafo 268, nº 1.

<sup>17</sup> Entwurf eines StGB (E1962), Drucksache IV/650, p. 481.

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> Confr. *Armin Kaufmann*, en ZStW, 71 (1959), p. 409 y ss. (418 y ss.).

cierto paralelismo con la cuestión del sujeto pasivo de la estafa, es decir, con la posibilidad de estafar a una máquina o a un aparato. Si la ley exige que el sujeto pasivo sea “otro”<sup>21</sup>, como en el caso del art. 248.1 CP, es evidente que no cabe pensar en una “estafa” cometida en perjuicio de una máquina. La obtención fraudulenta de prestaciones realizadas a través de una máquina, no será, por lo tanto, subsumible bajo el tipo penal de la estafa; necesitará un tipo penal especial como el del párrafo 265 a) del Código Penal alemán<sup>22</sup>, cuya materia no es alcanzada por nuestro art. 248.2 CP.

En la doctrina alemana se ha puesto de manifiesto que en el caso de estas comprobaciones y mediciones técnicas, entre las cuales debemos contar la certificación electrónica de firmas, pues el concepto alcanza inclusive a las obtenidas por computadoras, el *concepto de autenticidad* de los delitos de falsedad documental no es trasladable al nuevo tipo penal<sup>23</sup>. No se pone en duda que autenticidad y corrección de la comprobación son conceptos distintos. Lo decisivo, en un sentido positivo, es que la acción debe consistir en la producción de una comprobación que no sea producto automático del aparato<sup>24</sup>. Es decir: será inauténtica toda comprobación que no sea el producto automático de la comprobación programada.

Si estos conceptos se trasladan a la problemática de los documentos informáticos, parece claro que la producción de una certificación inauténtica de firma informática se dará cuando el autor logre (seguramente por medios electrónicos) operando directamente sobre los componentes técnicos del servicio de certificación o de alguna otra manera fraudulenta, una comprobación de la corrección de una firma, por lo general de otro, que no provenga del prestador de servicios de certificación que aparezca como responsable.

¿Son suficientes los tipos penales de la falsedad documental de los arts. 390 y stes. CP para alcanzar estas conductas?

El problema central que debemos resolver se refiere, por lo tanto, a la existencia de una certificación que no contiene una declaración de la persona que la realiza, como la requerida por los documentos previstos en los arts. 390 y stes. CP, sino una comprobación automática de un determinado sistema electrónico.

Una primera aproximación a una respuesta afirmativa se podría apoyar en el texto literalmente entendido del art. 26 CP. En este sentido se podría argumentar

<sup>21</sup> Confr. STS de 19-4-1991.

<sup>22</sup> La actual configuración del art. 248.2 CP es paradójica, pues, con notoria deficiencias técnicas, se refiere a las manipulaciones informáticas, pero no alcanza a otros casos tradicionalmente discutidos en el ámbito de la estafa, en los que el autor obtiene prestaciones por medios fraudulentos que no llegan a producir un error (es decir una falsa representación de la realidad) en el sujeto pasivo.

<sup>23</sup> Confr. *Sch/Schr/Cramer* loc. cit. nota 1, par. 268, n° 4; *Samson*, loc. cit. nota 9.

<sup>24</sup> Confr. *Samson*, loc.cit. nota 9, par. 268,n° 19; *Sch/ Schr/Cramer*, loc. cit. nota 1, par. 268, n° 38 y ss.

que dicha disposición no menciona la declaración de una persona como elemento del concepto de documento y que, consecuentemente, la ley misma excluiría la diferencia entre documentos en sentido estricto y las comprobaciones y mediciones técnicas perpetuadas en algún soporte visible. En la medida en la que el art. 26 hace referencia a “cualquier *soporte* que incorpore datos” no se debería excluir que una comprobación electrónica de la firma pueda constituir un documento y ser, por ello, un objeto posible de la acción de falsificar. Tal punto de vista, sin embargo, contradice claramente lo que viene sosteniendo la doctrina sobre el concepto de documento, cuando considera como requisito del documento que su contenido tenga “un autor conocido o cognoscible”<sup>25</sup> y cuando considera, además, que la caracterización del documento que surge de la letra del art. 26 es “tan laxa como inconveniente”<sup>26</sup>.

Pero, una tesis como ésta, que llevaría a eliminar en general la declaración de voluntad del concepto de documento, no resulta, a mi modo de ver, dogmáticamente convincente. En primer lugar porque no tiene en cuenta que *entre los errores técnicos de la definición del art. 26 CP, está la identificación del concepto de documento con el soporte de la declaración*. La ley sólo habla del soporte del documento y ello autoriza a suponer que el legislador parece haber pensado solamente en la *función de perpetuación* y, en ese sentido, ha ampliado el sustrato material en el que es posible perpetuar el contenido de los documentos. Brevemente: no sólo el dato fijado en el papel, sino en cualquier otro soporte, puede dar lugar a un documento. Por el contrario, no parece que el legislador haya querido fijar en forma taxativa los elementos conceptuales del documento. El art. 26 CP, en realidad, no hace sino recoger lo que ya había dicho la jurisprudencia<sup>27</sup> en relación con las formas posibles de perpetuación. Por lo tanto, el texto sólo afecta a las funciones de perpetuación y probatoria. Sobre la autenticidad, es decir sobre la función de garantía, el art. 26 CP no dice nada.

De todos modos, sin perjuicio de esto, lo cierto es que eliminada en forma general la declaración de voluntad, el concepto de documento adquiriría una extensión ilimitada, pues alcanzaría a las llamadas evidencias sensibles (huellas digitales, manchas de sangre, etc.), que también tienen eficacia probatoria y, por ello, relevancia jurídica. Esta es una razón más para insistir en lo ya dicho. El concepto de documento del art. 26 CP no define el objeto de la acción de los delitos de falsedad documental, sino que, de una manera amplia, se refiere a todos los tipos penales relacionados con la protección de algún aspecto de los documentos, que no en todos los tipos penales debe coincidir. Si se diera tal

<sup>25</sup> Quintero Olivares, Comentarios al Nuevo Código Penal, 1996, p. 295.

<sup>26</sup> Rodríguez Mourullo, Comentarios al Código Penal, 1997, p. 166.

<sup>27</sup> Confr. STS de 19-4-1991.

amplitud del concepto de documento, carecería de explicación que el título del Capítulo II del Título XVIII, bajo el que el legislador agrupó los tipos penales del art. 390 y stes. CP sólo se refiera a las falsedades *documentales*, pues un concepto tan amplio de documento determinaría que el objeto de la acción se convirtiera en cualquier medio de prueba perpetuado sobre un soporte material<sup>28</sup>.

En consecuencia, el Código Penal requiere ser completado por un tipo penal en el que la falsedad en la comprobación electrónica de la corrección de la firma, necesaria para la certificación, sea equiparada a la falsedad documental.

Esta equiparación, por otra parte, no debe ser referida sólo a los documentos, sino que debe ir más allá: la certificación electrónica debería tener la misma naturaleza documental, y, consiguientemente, la misma protección penal elevada que la certificación notarial de firma. Por lo tanto, debe ser considerada un *documento público*. La cuestión tiene especial relevancia, pues se debe tener en cuenta que con ello se hace referencia al deber de *garantizar la verdad* que incumbe al emisor de la certificación, es decir al titular del servicio de certificación. En el caso de las normales certificaciones de firma realizadas por un notario o por un funcionario, con competencia para ello, no se presenta el problema, dado que el documento es público porque su emisor es un oficial público.

Pero, en la medida en la que los prestadores de servicios de certificación no están sujetos ni siquiera a una autorización previa y realizan sus funciones en régimen de libre competencia, según lo determina el art. 4.1 del RDL 14/1999, el documento emitido por ellos no será un documento público y sólo en ciertos casos será un documento mercantil. Por tal razón es imprescindible establecer un deber de veracidad del prestador del servicio, cuya infracción sea penalmente equivalente a la del funcionario público en los documentos públicos. El art. 390 CP, en suma, no debería limitarse a la autoridad o funcionario público, sino alcanzar también a los titulares y responsables de un servicio de certificación de firma electrónica.

## V. La protección de datos relevantes desde el punto de vista probatorio

En el derecho europeo el derecho alemán ha introducido en su código penal dos tipos penales referentes a la criminalidad de computación que se refieren a la utilización de la computación en el tráfico jurídico. En primer lugar se ha incluido en el parágrafo 263 a) la llamada *estafa de computación*, que sanciona con la misma pena de la estafa a los que dañan el patrimonio de otro “influyendo sobre los resultados de un proceso de elaboración de datos mediante la configuración incorrecta del progr a-

<sup>28</sup> Sobre esta problemática ver: *Jakobs* loc. cit. nota 5, p. 20 y ste.

ma, la utilización de datos incorrectos o incompletos, la utilización de datos sin autorización o de cualquier otra manera”. Aunque presenta algunas diferencias, sobre todo desde la perspectiva de la exigencia de *lex certa* derivada del principio de legalidad (art. 25. 1 CE), el art. 248.2 CP tiene una significación análoga.

El legislador alemán, a diferencia del español, ha creído necesario, además, completar la protección frente a la criminalidad de computación también en el ámbito de las falsedades documentales, lo que, en verdad, no sería sino una consecuencia de la conexión histórica entre la estafa y las falsedades documentales. Con esta finalidad ha introducido en 1986 un nuevo tipo penal en el párrafo 269 sobre la falsificación de datos relevantes desde el punto de vista probatorio. Esta disposición tiene el siguiente texto:

*“El que con el propósito de engañar en el tráfico jurídico almacena o altera datos, de tal manera que si fueran percibidos darían lugar a un documento inauténtico o falsificado, o el que utilice datos de esta especie de datos almacenados o alterados”.*

En la doctrina alemana<sup>29</sup> existe coincidencia que este tipo penal tiene la función de cubrir lagunas de punibilidad que los tipos tradicionales no estarían en condiciones de lograr. La nueva disposición se explica por el hecho de que los datos almacenados no son *visualmente perceptibles* como lo son los documentos en el sentido tradicional. Ciertamente la versión impresa de un documento electrónico es sensorialmente perceptible, y en tal sentido no ofrece ninguna dificultad, en la medida en la que lo declarado en ellos sea atribuible como tal a una persona. Sin embargo, se duda si los datos almacenados, sin más, pueden cumplir una función probatoria; los tribunales alemanes de lo civil, han considerado, por lo general, que los datos almacenados no pueden satisfacer la función probatoria de un documento. El problema práctico es fácil de entender<sup>30</sup>: se trata de casos en los que las declaraciones de los clientes de una empresa (por ejemplo: una aseguradora) han sido introducidos en un ordenador, destruyendo luego los originales firmados por el declarante. En tales casos, los tribunales han negado el carácter de documento, oponible por la empresa a su cliente, a los que constituyen la simple versión impresa de los datos almacenados y no firmados por el último. Dicho con otras palabras: Si los datos no pueden ser atribuidos a otra persona mediante una certificación válida, u otra forma de reconocimiento, no existe documento, es decir, el texto perpetuado carecerá tanto de su función probatoria como de su función de garantía.

<sup>29</sup> Confr. *Sch/Schr/Cramer*, loc. cit. nota 1, par. 269; *Samson*, loc. cit. nota 9.

<sup>30</sup> *Sch/Schr/Cramer*, loc. cit. nota 1, par. 269.1

La estructura del tipo –como también lo señala *Cramer*<sup>31</sup>– ha sido muy discutida, sobre todo porque era necesario **no alcanzar** los casos de simples “**mentiras escritas**”, ya excluidas en general del ámbito de la tipicidad de los delitos de falsedad documental. Para ello se estableció que los datos almacenados o alterados, en el caso de ser transformados en un documento visible, deberían producir como *resultado un documento inauténtico*. Se trata de una *subsunción hipotética*<sup>32</sup> de los datos almacenados de manera invisible, para el caso de ser puestos de manifiesto (como prueba) en un instrumento visible. *Samson*<sup>33</sup> explica las razones técnicas de este tipo con las siguientes palabras: “Los datos son almacenados en un ordenador electrónico en la forma de potencial electromagnético, pero de un modo ópticamente no perceptible directamente. Dado que estos datos son elaborados en otras instalaciones electrónicas o reelaborados dentro de la misma, es característico de la elaboración electrónica de datos que los que han sido introducidos por una persona produzcan decisiones con valor de negocio jurídico ( rechtsgeschäftliche Entscheidungen) en otros ordenadores (anderer Stellen), sin ser óptimamente percibidos”.

Como se ve se trata de un adelanto de la consumación de la producción de un documento electrónico, que tiene una notoria analogía con el art. 400 CP, que se refiere, cierto es que de una manera técnicamente poco precisa, a la fabricación o tenencia de “programas de ordenador o aparatos específicamente destinados a la comisión de delitos descritos en los capítulos anteriores”. Nuestro art. 400 CP, sin embargo, no tiene el grado de taxatividad necesario para alcanzar conductas como las de almacenamiento o alteración de datos almacenados, dado que sólo se refiere a la tenencia de “programas de ordenador”<sup>34</sup> y no a los datos que el programa ordena.

## VI. ¿Necesidad de una reforma del Código penal en esta materia?

La comparación de los tipos penales del derecho vigente con los del derecho alemán, que pueden ser considerados como los más desarrollados desde el punto de vista legislativo y político criminal, demuestra que el Código penal de 1995 ha introducido varias disposiciones que hacen referencia al impacto de la electrónica en la vida jurídica. No obstante, sería necesaria una revisión tendente a ordenar conceptualmente esta materia, dado que la regulación actual, que no

<sup>31</sup> Loc. cit. nota 1, par. 269,2.

<sup>32</sup> Ibidem. Similar: *Samson*, loc. cit. nota 9, par. 269, 5; *Lackner*, StGB, 19 ed. 1991, pág. 269,2; *Tröndle*, StGB und Nebengesetze, 48 ed. 1997, par. 269, 1.

<sup>33</sup> Loc. cit. nota 9, par. 269, 2.

<sup>34</sup> La cuestión es problemática en el derecho alemán; ver *Samson*, loc. cit. nota 9, par. 269, 12, 13 y 14.



parece haber estado precedida de una discusión suficiente, no responde a conceptos claros ni a una visión sistemática de los problemas. La introducción de normas que regulan la firma electrónica y, por lo tanto, la creación de documentos electrónicos, pone de relieve que se trata de una tarea que puede ser considerada urgente.

## **RESUMEN**

## **PALABRAS CLAVES**

Documento electrónico, falsedad documental.

Fecha de publicación en RECPC: 21 de julio de 2002