

MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

EHU/UPV: 2015/2016 - 14 de Diciembre de 2015

SUPLANTACIONES DE
IDENTIDAD *ON LINE*.

¿UN LIMBO JURÍDICO?

ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA USURPACIÓN DE
ESTADO CIVIL (ART. 401 CP)

TRABAJO REALIZADO POR
IÑIGO GORDON BENITO

DIRIGIDO POR ENARA GARRO CARRERA

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea



**ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS
DEL SENORÍO DE VIZCAYA**

**BIZKAIA JAURERRIKO ABOKATUEN
BAZKUN OHORETSUA**

« (...) para Sherman McCoy la prensa era un enemigo que le acosaba desde afuera. Cada día temía los periódicos y los telediarios de la misma forma que alguien puede temer las armas de un enemigo impersonal e invisible, como se temen las bombas. (...) cuando le injuriaban, cuando se burlaban de él, cuando le tendían cebos y le hacían de todo menos pisotearle y escupirle, todavía fueron para él ese enemigo que está ahí afuera. Le había acorralado, dispuestos a matarle, le habían herido y humillado, pero no lograron alcanzar su yo inviolable, Sherman McCoy, que permaneció intacto en el crucero de su mente.

Luego estrecharon el cerco, dispuestos a matarle. Y luego le mataron ».

TOM WOLFE. *La Hoguera de las Vanidades*, 1987.

I. INTRODUCCIÓN.....1

II. ANTESALA DE ESTUDIO. NOCIONES PREVIAS DE
CONTEXTUALIZACIÓN

1. **Ámbito de Estudio: Delimitación Positiva y Negativa**

1.1 Ocultaciones o Suplantaciones de Identidad.....4
1.2 Delito de Uso Público de Nombre Supuesto (art. 322 CP/1973).....6
1.3 Conductas Delictivas Afines.....7

2. **Incidencia de la Reforma Penal (LO 1/2015)**

2.1 El Nuevo Art. 172 *ter* CP.....8
2.2 Problemas Asociados al Art. 172 *ter* CP.....9

III. ART. 401 CP: “*USURPACIÓN DEL ESTADO CIVIL DE OTRO*” Y
ENFOQUE JURISPRUDENCIAL

1. **Bien Jurídico Protegido**

1.1 Identificación y Alternativas

1.1.1 Cuestiones Generales.....11
1.1.2 Estado Civil Familiar.....13
1.1.3 Seguridad del Tráfico Jurídico o Fe Pública.....14
1.1.4 Postura Mixta.....15

1.2 Ubicación Sistemática y Naturaleza del Art. 401 CP.....16

2. **Conducta Típica Y Elementos Configuradores**

2.1 Acción de *Usurpar*.....17

| | | |
|------------------|---|-----------|
| 2.1.1 | Construcción Jurisprudencial Delimitadora de la Figura | |
| 2.1.1.1 | Uso Público de Derechos y Acciones del Usurpado..... | 19 |
| 2.1.1.2 | En Perjuicio de la Persona Usurpada..... | 19 |
| 2.1.1.3 | Permanencia de la Usurpación..... | 20 |
| 2.1.1.4 | Usurpación Total de la Identidad..... | 22 |
| 2.1.2 | Tentativa de Usurpación..... | 24 |
| 2.2 | Objeto de la Acción: <i>Estado Civil De Otro</i> | |
| 2.2.1 | Estado Civil..... | 26 |
| 2.2.1.1 | Elementos Integrantes del Concepto | |
| 2.2.1.1.1 | Prisma Civil..... | 27 |
| 2.2.1.1.2 | Prisma Penal..... | 31 |
| 2.2.1.2 | Elementos Configuradores de la Conducta en Particular..... | 35 |
| 2.2.2 | De “ <i>Otro</i> ” | |
| 2.2.2.1 | Persona Real..... | 36 |
| 2.2.2.2 | Persona Viva o Fallecida..... | 37 |
| 2.3 | Idoneidad, Dolo y Error..... | 39 |
| 3. | La Inhibidora Presencia del Anonimato en la Red..... | 41 |
| 4. | Reflexión Personal: Claves y Diagnóstico..... | 43 |
| IV. | CONCLUSIONES..... | 48 |
| V. | BIBLIOGRAFÍA..... | 53 |

ABREVIATURAS

| | |
|------------------|---|
| CP | Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal. |
| CP/1973 | Decreto 3096/1973, de 14 de Septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de Noviembre. |
| LO 1/2015 | Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal. |
| LRC | Ley de 8 de Junio de 1957, del Registro Civil. |
| RAE | Real Academia de la Lengua Española |

I. INTRODUCCIÓN

España es el país europeo con la mayor tasa de suplantación de identidad en los entornos digitales, cercana al 18 %¹. Este dato sin duda preocupante nos obliga a ser más proactivos que reactivos, lo que equivale a decir que cabe cuestionarse más pronto que tarde si la realidad legal de nuestro Ordenamiento Jurídico ofrece una respuesta apropiada al vertiginoso ritmo al que avanza un entorno virtual en constante evolución.

Las problemáticas que afloran son abundantes y variadas en el ámbito que nos ocupa, como bien refleja de antemano la dificultad innegable de que la legislación penal secunde el interés social tendente al proteccionismo en la red, ya que tanto la actividad productiva del legislador como el progreso tecnológico avanzan a velocidades irremediabilmente distintas e ilusoriamente paralelas. A la inquietante y continua sensación de desprotección debemos anudarle también la certeza de estar ante un medio universal como es Internet, lo que produce efectos multiplicadores de las consecuencias de cualesquiera ilícitos, con aprovechamiento -por si fuera poco- del anonimato que impera en el entorno virtual.

Entrando ya en materia, la *Suplantación de Identidad On Line* podría definirse como aquella situación en la que se accede a la cuenta o perfil de otra persona haciéndose pasar por el verdadero titular de la misma o, en otro orden de ideas, aquellos supuestos en los que se crea una cuenta con el nombre de otro, de forma que sea susceptible de generar error en terceros. En la actualidad, no existe marco común normativo de ámbito internacional o comunitario que siquiera aspire a armonizar la regulación en materia de suplantación de identidad digital², lo que a su vez se traduce en nuestro país en la

¹ Intervención radiofónica en “La Noche De La Cope” de Alejandro Touriño, Abogado y Director Jurídico del Área de Nuevas Tecnologías de Legálitas [Febrero 2015].

Enlace: http://www.ivoox.com/suplantacion-identidad-internet-audios-mp3_rf_4040569_1.html [Última revisión: 14 de Diciembre de 2015]

² Ahora bien, existe una importante alusión directa sobre la cuestión en el *Considerando 14* y el *art. 9.5* de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de Agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo.

Considerando 14 - “Otro elemento importante de un enfoque integrado contra la ciberdelincuencia es el establecimiento de medidas eficaces contra la usurpación de identidad y otras infracciones relacionadas con la identidad. Las necesidades inherentes a la actuación de la Unión relativa a este tipo de conducta

dudosa falta de tipificación como delito con presencia autónoma en el Código Penal. El término “*dudosa*” empleado viene referido en gran parte a su necesidad real, ya que a lo largo del presente estudio se elaborarán y presentarán alternativas cuya viabilidad interesa poner de manifiesto ante la inmodificada redacción o falta de novedad relevante alguna sobre la materia introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal, y ello a pesar de las expectativas e intereses generados a su alrededor³.

Ahora bien, ¿el desamparo jurídico es total? La respuesta es no, pero con matices. El único tipo penal vigente con capacidad de integrar la conducta descrita sería el art. 401 CP relativo a la *Usurpación del Estado Civil*, el cual establece lo siguiente: “*el que usurpare el estado civil de otro será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años*”. Como veremos, la subsunción es forzada, nada pacífica y dificultada además por requisitos jurisprudenciales superpuestos que, si ya en el ámbito convencional u *Off Line* resultan de difícil aplicación, en el entorno digital se agrava y se restringe alarmantemente tal posibilidad. La falta de flexibilidad de nuestro sistema jurídico para adaptarse a los nuevos fenómenos sociales queda aquí a examen.

En definitiva, los diferentes aspectos a cubrir planteados en la redacción de estas líneas tienen su razón de ser en una causa principal motivadora de la elaboración del trabajo: la inquietante cifra en progresión ascendente de *Autos de Sobreseimiento* o *Sentencias Absolutorias* que se dictan en la actualidad por los Tribunales respecto a la no adecuación e incardinación de la conducta en el tipo penal del art. 401 CP.

delictiva podrían también ser tomadas en consideración en el contexto de la evaluación de la necesidad de un instrumento horizontal global de la Unión”.

Art. 9.5 - “*Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que, cuando las infracciones a que se refieren los artículos 4 [Interferencia ilegal en los sistemas de información] y 5 [Interferencia ilegal en los datos] sean cometidas utilizando ilícitamente datos de carácter personal de otra persona con la finalidad de ganar la confianza de un tercero, causando así daños al propietario legítimo de la identidad, ello pueda ser considerado, de conformidad con el Derecho Nacional, como circunstancia agravante, a menos que tal circunstancia ya esté contemplada en otra infracción que sea sancionable con arreglo al Derecho Nacional*”.

³ La propia Fiscalía General del Estado propuso la tipificación del *Delito de Suplantación de Identidad en Medios Electrónicos* en la Memoria (págs. 742 – 749) presentada en Septiembre de 2014 por Don Eduardo Torres-Dulce Lifante al inicio del año judicial.

Enlace: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS14.pdf [Última revisión: 14 de Diciembre de 2015].

El presente estudio se subdivide así en cinco bloques perfectamente diferenciados, con una línea estructural tan lógica como consecuente con los objetivos fijados en su elaboración. Al margen de este acercamiento introductorio y de la relación bibliográfica final, los bloques centrales son los que acaparan la atención.

El bloque segundo facilita la comprensión del objeto de estudio, favoreciendo su identificación con una presentación de las modalidades de *Suplantaciones de Identidad On Line* existentes, con una breve alusión a una tipificación ya derogada pero de sorprendente actualidad y con la individualización de la conducta respecto de otros delitos que la suelen acompañar en la práctica. Por tanto, se efectúa una delimitación positiva y negativa de aquello que recibirá o no tratamiento a la postre. Asimismo, se valora la incidencia real de la LO 1/2015 en la materia.

El bloque tercero, en cambio, ofrece una amplia inmersión jurídica en la única suplantación de identidad con reflejo penal en nuestro Ordenamiento, la *Usurpación de Estado Civil* (art. 401 CP). Tanto es así que la inoperatividad práctica subsecuente del análisis realizado derivará en una problemática variada que se nutre de un desinterés legislativo incomprensible e inédito a día de hoy. Por ello, no faltarán propuestas y posicionamientos en debates jurídicos de interés sobre la materia.

En el cuarto y último bloque, bajo la rúbrica *Conclusiones*, se sintetizan las ideas clave y se realiza un recorrido de recapitulación que aspira a menguar en dificultad la sistemática empleada en la elaboración del estudio.

II. ANTESALA DE ESTUDIO. NOCIONES PREVIAS DE CONTEXTUALIZACIÓN

1. **Ámbito de Estudio: Delimitación Positiva y Negativa**

1.1 **Ocultaciones o Suplantaciones de Identidad**

Las «*Ocultaciones*» o «*Suplantaciones*» de *Identidad* en la Red pueden asumir numerosas apariencias, y es que el uso de una identidad digital distinta a la real puede deberse a que se cree una *Identidad Ficticia*, a que -simplemente- exista una *Falsificación en la Identidad* o a que acontezca una verdadera *Falsedad*⁴ o *Simulación de Identidad* con actuaciones de parte que lo evidencien. En cualquier caso, las anteriores conductas quedan comprendidas bajo un fenómeno general de enmascaramiento que encuentra, aunque no únicamente, un conveniente entorno de actuación y casuística en las Redes Sociales, de las que se hará continuo uso con el fin de facilitar al lector un seguimiento ejemplificativo del estudio.

Respecto a la *Identidad Ficticia* o, lo que es lo mismo, el uso de datos falsos para la apertura de un perfil, la conducta queda exenta de cualquier consecuencia jurídico penal, ya que lo único que se incumpliría, en su caso, serían los términos o normas del buen uso de la Red Social.

Precisamente debido a lo exiguo de sus efectos, el interés se centrará por completo en los restantes ocultamientos de identidad, los cuales también adolecen de un recorrido jurídico dispar. Tanto la *Falsificación en la Identidad* como la *Falsedad o Simulación de Identidad* son conceptos que quedan englobados por el genérico de *Suplantación de*

⁴ A modo de curiosidad, MUÑOZ CONDE diferencia entre «*Falsedad*» y «*Falsificación*»: “Las conductas de falsificación suponen una intervención *material* en el objeto que se altera, mientras que la falsedad constituye más bien una actitud intelectual, declarando lo falso en lugar de lo verdadero. Un ejemplo de falsificación material puede ser la alteración del contenido de un documento verdadero, mediante, por ejemplo, la modificación de una fecha. Un ejemplo de falsedad (...), la redacción de ese documento haciendo constar declaraciones distintas a las realmente hechas”. Como bien expone el autor más dilatadamente, «*Falsedad*» está orientada a las personas, mientras que «*Falsificación*» se refiere a las acciones; sin embargo, también reconoce que “tanto en el Código Penal como en el lenguaje común se utilizan indistintamente los términos (...)”.

En MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal Parte Especial*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 723 y 724.

*Identidad*⁵, pero las denominaciones antedichas se facilitan nuevamente al lector para favorecer su comprensión. De esta forma, distinguimos:

- *Falsificación en la Identidad o Suplantación de Identidad Stricto Sensu*. Dentro de la misma se diferencian modalidades:
 - Por un lado, los supuestos en los que única y exclusivamente se crea una cuenta con los datos de otro, de forma que sea susceptible de generar error en terceros⁶.
 - Por otro lado, aquellos supuestos en los que alguien se hace pasar por otro con esa cuenta, mediando acciones a tal fin, pero sin llegar a dar cumplimiento al extenso abanico de requisitos (temporales, modales, etc.) que desarrolla la Jurisprudencia para siquiera llegar a entrever la figura de la *Usurpación de Estado Civil*.

Con todo, ninguna de las modalidades comisivas antedichas encuentran reflejo punitivo en el marco jurídico actual⁷, pero es la segunda la que interesa para los fines del presente estudio, ya que es la más reflejada en la práctica diaria y la que se halla peligrosamente a medio camino con la que le sigue (la *Usurpación de Estado Civil*), lo que origina un interesante debate.

⁵ En “Las Reglas de Twitter”, la redacción que interesa es la siguiente:“(…) *El usuario no podrá suplantar la identidad de otros a través de los servicios de Twitter de manera que realmente confunda o engañe a otros, o intente hacerlo*”.

Enlace: <https://support.twitter.com/articles/72688> [Última revisión: 14 de Diciembre de 2015]

⁶ Existen precedentes de sanción de la Agencia de Protección de Datos (AEPD) por haberse realizado un tratamiento de datos personales sin consentimiento del afectado en suplantaciones de identidad *on line* (contraviniendo el art. 6 de la LO 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal).

⁷ Ahora bien, lo que no se encuentra en nuestro Derecho es repercusión penal, pero nada obsta a su consideración de ilícito civil. A este respecto, “si la conducta consiste en utilizar el nombre de otra persona u otros elementos que afecten a su personalidad, como una fotografía, (...) estaría vulnerando el derecho a la propia imagen reconocido en el art. 18 CE, por lo que puede acudir a los Juzgados del Orden Civil para obtener una reparación por el daño sufrido al amparo de la LO 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen”.

En RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a PILAR, “Suplantación Electrónica de Identidad. Posible Respuesta Jurídica Penal”, Diario La Ley, N^o 7906, Sección Tribuna, 20 de Julio de 2012, Año XXXIII, Ref. D- 288 [LA LEY 7719/2012].

- *Falsedad o Simulación de Identidad*, esto es, *Usurpación de Estado Civil*. Es la Suplantación de Identidad más grave de entre las existentes, y la única contemplada en el Código Penal (art. 401 CP). Es algo más que “hacerse pasar por un tercero”, es “convertirse en un tercero”. Este plus de gravedad se verifica en toda una serie de requisitos de construcción jurisprudencial consolidada que se tendrá oportunidad de analizar más adelante.

En definitiva, el estudio se centrará en la *Usurpación del Estado Civil*, en directa e inmediata relación con la segunda modalidad comisiva de entre las anunciadas con ocasión de la *Falsificación en la Identidad* o *Suplantación de Identidad Stricto Sensu*.

En cualquier caso, se procurará no descuidar y poner de manifiesto las carencias propias de la difícil delimitación entre ambas figuras y las disfuncionalidades que de ello se derivan en nuestra normativa penal, lo que abastece una ingente cantidad de resoluciones absolutorias que alimentan la preocupación. Lejos de ofrecer sólo una visión abstracta y teórica, se sugerirán también soluciones y se adoptarán tomas de postura acordes con una visión global personal elaborada al tiempo que el propio estudio.

1.2 Delito de Uso Público de Nombre Supuesto (art. 322 CP/1973)

Como se ha puesto de relieve con anterioridad, la Usurpación de Estado Civil no debe confundirse con la invención de una identidad *ad hoc*, fruto del libre desarrollo fantasioso de la mente humana; la conducta en cuestión es atípica en la actualidad, pero no es desconocida en el marco punitivo nacional, habiendo estado regulada por el art. 322 del CP de 1973⁸ (en lo que sigue, CP/1973). La presencia de este artículo en el estudio tiene sentido a efectos de realizar una configuración negativa de la *Usurpación de Estado Civil*, no obviando que ambas figuras fueron merecedoras de un titánico

⁸ Art. 322 CP/1973: “El que públicamente usare un nombre supuesto o se atribuyere títulos de nobleza que no le pertenecieren, incurrirá en las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 200.000 pesetas.

Cuando el uso de nombre o título supuesto tuviere por objeto ocultar algún delito, eludir una pena o causar algún perjuicio al Estado o a los particulares, se impondrán al culpable las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

No obstante lo dispuesto en este artículo, el uso de nombre supuesto podrá ser autorizado temporalmente por la autoridad superior administrativa mediante justa causa”.

esfuerzo de tratamiento interpretativo delimitador en una época pasada, el cual no se aspira a reflejar.

La diferencia más notable con la *Usurpación de Estado Civil* es que el “*nombre supuesto*” no tenía por qué ser real, lo que poco menos equivale a decir que tal expresión abarcaba también a quien usaba el nombre de una persona concreta no ficticia. Muestra de tal consideración es la pacífica asunción de una relación de consunción entre ambas figuras, siendo el actual art. 401 CP aquella suplantación que excedía en intensidad al Delito de Uso Público de Nombre Supuesto⁹.

Con todo, únicamente interesa dejar sentada la paradoja temporal que supone la más que posible adecuación e idoneidad de este precepto derogado por la redacción del Código Penal de 1995 con las conductas *on line* relativas a la *Falsificación en la Identidad* o *Suplantación de Identidad Stricto Sensu* que no alcanzaran a constituir una Usurpación de Estado Civil. Si bien es cierto que al art. 322 CP/1973 se le achacaba el contener un castigo absurdo (esto es, el castigo a las mentiras superfluas referidas a la invocación de una *Identidad Ficticia*), también tenía su cabal uso para con respecto a las conductas dirigidas a suplantar personas concretas existentes, lo que impediría al fin y al cabo que se produjeran impunidades en la mayor parte de supuestos que acontecen en Internet a día de hoy. Una explicación en profundidad sobre la mecánica de dichas absoluciones, lejos de ser sorteada, se reserva para más adelante.

1.3 Conductas Delictivas Afines

El estudio no se enfocará hacia las numerosas conductas que, tanto para acceder a la cuenta del suplantado como una vez suplantada la identidad, pudieran llegar a cometerse, constituyendo ilícitos penales estrechamente conectados pero autónomos respecto a la *Usurpación de Estado Civil*, que en todo caso suelen acompañarse a esta última en su castigo. El haz de posibilidades es variado, siendo los ejemplos más significativos:

- Delito de Descubrimiento y Revelación de Secretos o *Hacking* (art. 197 CP).
Es el acceso no autorizado a datos contenidos en un sistema informático.

⁹ En este sentido, DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO, *El Delito de Usurpación del Estado Civil*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 71.

- Delito de Daños a Sistemas Informáticos o *Cracking* (art. 264 CP). Es la inutilización del perfil o del sistema informático del suplantado.
- Delito de Estafa Informática o *Phising* (art. 248 CP). Cuando se hace uso de la suplantación de identidad a modo de engaño suficiente para inducir a error al estafado.
- Delito de Amenazas (arts. 169 a 171 CP), Calumnias (art. 205 a 207 CP) o Injurias (arts. 208 a 210 CP). Se pueden proferir por el suplantador bajo el disfraz de la identidad ajena.

2. Incidencia de la Reforma Penal (LO 1/2015)

2.1 El Nuevo Art. 172 *ter* CP

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal (en lo sucesivo, LO 1/2015), únicamente realiza un tímido acercamiento -casi imperceptible- al problema de la falta de tipificación del Delito de Suplantación de Identidad *On Line*, representado éste en un precepto de nuevo cuño: el **art. 172 *ter* CP**, ubicado en el Título VI («*Delitos Contra la Libertad*»), Capítulo III («*De las Coacciones*») del Libro II del Código Penal.

En rigor, la redacción con verdadero interés a la causa se contiene en el **Apartado Primero** del referido artículo: “*Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: (...)*”

3ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella. (...)”.

Por otro lado, la remisión al Preámbulo (XXIX) de la LO 1/2015 es obligatoria, posibilitando conocer el sentido mismo de tan reciente incorporación al Código Penal; así, se puede decir que el art. 172 *ter* nace para dar respuesta a conductas de indudable

gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas¹⁰. Lo que se traduce en el evidente carácter residual del nuevo precepto.

2.2 Problemas Asociados al Art. 172 *ter* CP

Sin la intención de entrar a valorar la necesidad real del precepto en abstracto, lo cierto es que el art. 172 *ter*.1.3^a CP contiene un abundante número de incógnitas en su redacción actual que hace un flaco favor a la efectividad de su aplicación.

El principal síntoma de incertidumbre deriva del posible solapamiento con ciertos atentados contra el patrimonio, siendo esta última categoría delictiva la más adecuada de cara a una correcta punición. Un claro ejemplo de conducta sería conseguir, mediante engaño o ardid, los datos necesarios de la tarjeta de crédito de su titular para hacer uso de los mismos (esto es, suplantar su identidad virtual) adquiriendo en Internet sistemáticamente productos o bienes de alta gama para sí o para un tercero. En este caso existirá alguna modalidad de Estafa del art. 248 CP, no resultando adecuado de acuerdo a la directriz del *ne bis in idem* copenar el ataque contra la libertad del perjudicado como delito diferenciado, ya que el tipo del Delito de Estafa ya lo acoge para sí.

No obstante lo cual, la dicción del precepto que nos ocupa establece la necesaria “*alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana*”, con la inexactitud, amplitud e indeterminación que dicha expresión conlleva. Ejemplos ilustrativos ofrece GONZÁLEZ CUSSAC que, siguiendo con el anterior, destaca un actuar “*dejándote sin efectivo con los consiguientes déficits económicos por la falta de liquidez*”, o la necesidad sobrevenida para el perjudicado de “*realizar actos correctores de subsanación —ir al banco, pago de recibos devueltos, hacer llamadas de anulación, gestiones con las aseguradoras para cubrir las pérdidas...—*”¹¹. Es en este supuesto -y sólo en este- cuando se consumaría el tipo penal descrito de Acoso Personal, lo que no

¹⁰ A mayor abundamiento, el Preámbulo (XXIX) de la LO 1/2015 continúa la argumentación aludiendo a que se trataría de proteger a “*(...) todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento*”.

¹¹ GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Edit. Tirant lo Blanch [2^a Edición], Valencia, 2015, pág. 559.

obstaría a que incomprensiblemente también se penara otros delitos en los que se acabe concretando tal actuación (art. 173 *ter.* 3 CP¹²).

Cuestiones menores también deben resaltarse, ya que en el punto tercero del apartado primero del art. 172 *ter* se hace alusión al “*uso indebido*” de datos personales, lo que es una redundancia evidente con respecto a “*no estar legítimamente autorizado*” que establece el mismo precepto. Asimismo, la referencia a “*mercancías*” también es evitable, puesto que queda englobada por la de “*productos*” inmediatamente anterior.

En lo que a la asunción de la ajena personalidad *on line* se refiere, no se puede sino recoger aquí la conclusión a la que llega la Fiscalía General del Estado sobre este particular: “(...) *lo que parece evidente es que quedan al margen de la aplicación del mismo [del art. 172 *ter.*1.3ª CP] los supuestos en los que lo que se pretende es lisa y llanamente hacerse pasar por otro en todas sus relaciones on-line, o dicho de otro modo, utilizar falsamente o usurpar la identidad real de otra persona, de tal modo que esa conducta sea susceptible de conducir a error sobre la verdadera identidad, cualquiera que sea la finalidad que con ello se pretenda*”¹³.

En definitiva, entiendo, el artículo introducido por la LO 1/2015 aborda de una manera muy restrictiva y cuestionable, entre otras, la arrogación de la identidad *on line* de un tercero, proyectando sobre una conducta de cierta gravedad (y cuya finalidad sea alguna de las predeterminadas en el propio precepto) una tipicidad autónoma que era perfectamente evitable, ya que el Ordenamiento ofrecía herramientas suficientes como para hacer frente a esos casos tan delimitados en la actual redacción. Sin embargo, siguen quedando al margen cualesquiera conductas de interacción o deshonrosos comentarios vertidos en el ámbito de una red social, que es la preocupación por excelencia de la comunidad digital. La novedad introducida es, por tanto, abiertamente insuficiente y de espuria aplicación práctica¹⁴.

¹² Art. 173 *ter.*3CP: “*Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso*”.

¹³ Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al Inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Don Eduardo Torres-Dulce Lifante, Madrid, 2014, pág. 745.

¹⁴ A pesar de lo que pudiera parecer *a priori*, es de justicia admitir que existen también autores que exaltan las bondades del art. 172 *ter* CP considerado en abstracto. En esta línea, “no (...) cabe duda que la inclusión del nuevo delito de acoso constituye un gran acierto su tipificación en el CP, esas conductas que se denunciaban y cuando no iban unidas a otras más concretas de amenazas, coacciones o que afectaban

III. ART. 401 CP: “USURPACIÓN DEL ESTADO CIVIL DE OTRO” Y ENFOQUE JURISPRUDENCIAL

El tenor literal del art. 401 CP es el que sigue: “*El que usurpare el estado civil de otro será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años*”.

Desde una óptica estructural de la norma jurídico penal, formalmente se presenta al lector la llamativa y *a priori* nada artificiosa redacción del mencionado artículo, ocultando sin embargo unas oscuras y vagas fronteras conceptuales en lo que a la terminología expresa de la conducta que subyace se refiere.

Siendo ello así, la elaboración del presente estudio encuentra su eje central en paliar los equívocos a los que sin duda inducen los términos empleados por el legislador para el delito en particular, teniendo la relevancia adicional de clarificar en todo momento la conducta delictual y motivar una reflexión final de cara a la averiguación de si la misma es extrapolable o no al medio virtual como entorno idóneo para la comisión de este tipo de delitos en la actualidad. Asimismo, la presente labor de salvar los contornos borrosos y de, en suma, proveer una observación semántica pormenorizada, devendrá en esencial de cara a analizar soluciones viables para dar respuesta a tan desacertado marco legal existente en la actualidad.

De igual manera, este apartado será enriquecido por pronunciamientos jurisprudenciales variados y de interés, destacando incasablemente el valor de los mismos en atención a la efectiva condena por el tipo penal que nos ocupa.

1. Bien Jurídico Protegido

1.1 Identificación y Alternativas

1.1.1 Cuestiones Generales

El encendido debate dialéctico que suscita hoy día la delimitación del bien jurídico protegido del Delito de *Usurpación de Estado Civil* no es baladí, ya que juega como

al patrimonio, quedaban en la mera manifestación del perjudicado ante las autoridades, sin respuesta penal, cuando en realidad había algo más importante que una actividad molesta para el que las sufría”.

En MUÑOZ CUESTA, JAVIER y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, EDUARDO, *Cuestiones Prácticas sobre la Reforma Penal de 2015*, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 131.

piedra angular para entender, de darse el caso, que la intromisión de la tutela penal en el entorno virtual (y en lo referente a la Suplantación de Identidad en particular) es legítima en el contexto del marco punitivo contemporáneo.

Es de conocimiento general que el Derecho Penal fundamenta su intervención en la protección de intereses mínimos, elementales e irrenunciables que garanticen la convivencia o coexistencia pacífica en comunidad¹⁵; ello debe ser así a fin de evitar una intromisión excesiva en la esfera de los particulares. De esta manera, la correcta identificación de los intereses sociales en cuestión, con las notas antedichas para su pertinencia, deviene en esencial de cara a una correcta comprensión de lo que habitualmente se califica como “*penalmente relevante*”.

Siguiendo esta línea de argumentación, GÓMEZ RIVERO acierta en afirmar primero que “*el bien jurídico protegido no existe (...) antes de que el legislador le otorgue protección, sino que es un concepto normativo, creado artificialmente a partir de un (...) acuerdo social*”, para seguido destacar que no obstante lo anterior, no es una decisión exclusiva del legislador, sino que “*también es un producto de la sociedad, que irá delimitando los bienes que considere que deben protegerse en cada momento*”¹⁶. Por ello, cabe deslindar la fuente creadora (esto es, la voluntad del legislador en un momento determinado) del correcto entendimiento de lo que el bien jurídico protegido razonablemente debe aspirar a comprender en la actualidad.

Sentada la base anterior, la tipología de bienes jurídicos que a nosotros interesa es la que diferencia entre aquellos que protegen los intereses que afectan a las personas individuales (Bienes Jurídicos Individuales; como sería el caso del *Estado Civil Familiar*) o aquellos otros que afectan más a la sociedad como tal (Bienes Jurídicos Supraindividuales o Colectivos; por ejemplo, la *Seguridad del Tráfico Jurídico* o la *Fe Pública*).

Pero es que incluso a pesar de la indubitada existencia de alguno de los bienes jurídicos referidos a modo de ejemplo (y relativos, como veremos, al artículo 401 CP), se hace necesaria la referencia a la ofensa del bien jurídico como nuevo requisito para la

¹⁵ Así, más ampliamente, MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General*, Edit. Reppertor, Barcelona, 2011, pág. 163.

¹⁶ GÓMEZ RIVERO, M^a DEL CARMEN (dir.), *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, Edit. Tecnos, Madrid, 2015, pág. 52.

intervención penal. Y es que, al margen del bien jurídico, deben existir conductas realmente dañinas para ese interés protegido por el mismo, para lo que sólo un ataque grave justificaría tal participación penal.

La íntegra aplicación al art. 401 CP de las generalidades expuestas se concreta en las siguientes conclusiones de relieve:

- Primero, ¿Cual es el interés protegido? El interés que merece protección es, aplicado al espacio virtual, la veracidad identitaria de cada uno de los miembros o usuarios que interactúan y que al relacionarse unos con otros ponen su confianza al servicio de unas expectativas de seriedad, autenticidad y certeza en la otra persona.
- Segundo, ¿Qué acción lesiva es susceptible de castigo? Que alguien no sea quien dice ser no puede considerarse justificación para la intervención penal, ya que muchas veces este acto no tendrá mayor incidencia ni trascendencia jurídica más allá del divertimento del sujeto. Ello es congruente, como se viene diciendo, con que las burdas mentiras haciendo uso de nombres imaginarios hayan sido destipificadas en nuestro Código Penal.

Una vez realizado este didáctico acercamiento en abstracto y en particular, se concretarán los bienes jurídicos protegidos del art. 401 CP que la doctrina, dividida, defiende, no estando exentos de críticas.

1.1.2 Estado Civil Familiar

Como tradicional objeto de tutela en la redacción del Código Penal de 1973, lo que la ubicación sistemática del por aquél entonces art. 470 CP/1973 se encargaba de confirmar¹⁷, el “*Estado Civil Familiar*” sigue constituyendo para muchos (entre otros, MUÑOZ CONDE) el bien jurídico protegido de la figura de la *Usurpación de Estado Civil*, que supondría así el amparo debido al hecho basado en la filiación y en la pertenencia (por filiación, adopción o matrimonio) de un sujeto a una familia.

¹⁷ El análisis en detalle de la ubicación del tipo penal y su repercusión se facilitará al lector en el epígrafe “1.2 Ubicación Sistemática y Naturaleza del Art. 401 CP”.

Sin embargo, el primer inconveniente que se percibe es que, en consonancia con el exhaustivo análisis de acotación conceptual realizado, “la faceta familiar constituye un aspecto fundamental del estado civil, pero no puede ser considerada como la única, aunque sí como la más particular”¹⁸. Por tanto, se restringe indebidamente el campo o conglomerado de *Estado Civiles* que más adelante se tendrá ocasión de analizar.

A mi juicio, esta proyección *ad intra* propone una protección penal que redundaría en la integridad del ser humano como individuo, lo que nos llevaría a un ideal cuyo coste no podríamos asumir por lo disparatado de su planteamiento; véase, sin mayor consideración ni incidencia, el caso de castigar a alguien por chatear en *Facebook* haciéndose pasar por su amigo que ha estado recientemente en su casa y que se ha dejado el perfil de la red social abierto. Este camino abriría la veda al castigo de cualesquiera comportamientos, y aunque la gravedad lesiva del bien fuere la que finalmente condicionara su castigo, resultaría de seguro complejo y discutido el baremo de punibilidad acordado, ya que por de pronto ni el concepto *Estado Civil* es pacífico en su significado.

1.1.3 Seguridad del Tráfico Jurídico o Fe Pública

Curiosamente, incluso con la redacción del CP/1973 ya existían pronunciamientos del Tribunal Supremo tan sugestivos como el de la Sentencia de 6 de Diciembre de 1985 [RJ 1985/5998], cuyo FJ Tercero comienza con la siguiente redacción: “*El delito de usurpación del estado civil tipificado en el artículo 470 del Código Penal propende a evitar que las relaciones jurídicas sean gravemente deterioradas ante las suplantaciones o subrogaciones subrepticias de la personalidad que pudieran llevarse a efecto, sembrando la inseguridad en el comercio jurídico y propiciándose la consumación de toda especie de fraudes (...)*”. A día de hoy, esta es la postura mayoritaria tanto para la Doctrina como para la Jurisprudencia.

En este caso, está claro que el envío de un *mail* desde una cuenta de correo ajena y autorizando una transacción bancaria atenta contra el tráfico jurídico y sus consecuencias alteran la normalidad y son nocivas para la seguridad jurídica. En cambio, debemos cuestionarnos si proferir insultos y vejaciones a través de sucesivos

¹⁸ En DE LA FUENTE HONRUBIA, FERNANDO, “La Usurpación de Estado Civil”, Actualidad Penal, Sección Doctrina, 2000, Ref. VII, págs. 145 y ss., Tomo 1, Editorial LA LEY [LA LEY 2797/2001].

mails en el tiempo atentarían contra la fe pública en la misma medida que transgreden el honor del sujeto perjudicado. En definitiva, esta argumentación personal lleva a entender este bien jurídico protegido como innegociable, pero no como el único, ya que no ataja todos los problemas.

1.1.4 Postura Mixta

No faltan voces jurisprudenciales de la máxima actualidad que propugnan una pluralidad de bienes jurídicos protegidos, por lo que por un lado se quebraría la relación entre seguridad jurídica y las relaciones sociales y por otro se atentaría contra los diversos elementos del *Estado Civil* de la persona usurpada; en definitiva, se hace saber que “(...) *el artículo 401 se encuentra ahora comprendido en el título correspondiente a las falsedades con el fin de resaltar su carácter de falsedad personal y que la fe o confianza pública también forma parte del bien jurídico protegido junto con el estado civil*” (SAP de Huesca 137/2012, de 7 de Septiembre [JUR 2012/318953], FJ Tercero).

Un paso más allá se sitúan otros autores (por ejemplo, DE LA FUENTE HONRUBIA), para los que, si bien es admisible que la *Usurpación de Estado Civil* sea un delito pluriofensivo, matizan que la ubicación del precepto en uno u otro grupo de delitos es una cuestión menor o una mera formalidad.

Esta postura mixta, aunque interesante, tampoco soluciona el problema, ya que al ser dos los bienes jurídicos protegidos (fe pública y estado civil personal) la ausencia de ataque a uno de ellos implicaría obligatoriamente la atipicidad de la conducta¹⁹. Sobra decir que muchas conductas llevadas a cabo *on line* no pretenden ni realizarían nunca

¹⁹ La «*Pluriofensividad*» (o afectación de más de un bien jurídico por un delito de naturaleza unitaria) puede entenderse de tres maneras, siendo sólo una la correcta:

- 1) ***Pluriofensividad Eventual***. Junto con el bien jurídico que aparece siempre como objeto de protección, pueden presentarse a veces lesiones o puestas en peligro de otros. ***Crítica***: Si sólo la afectación del primero es imprescindible, sólo aquél permitirá explicar la conducta típica.
- 2) ***Pluriofensividad Alternativa***. Nunca se verían afectados ambos bienes jurídicos pero sí siempre y necesariamente uno de ellos. ***Crítica***: No sería una pluriofensividad propiamente dicha, porque existen dos objetos de tutela alternativos y no cumulativos.
- 3) ***Pluriofensividad En Sentido Estricto***. Sólo es pluriofensiva la infracción que afecta necesaria, cumulativa y vinculadamente a más de un bien jurídico. Y sólo desde la afectación de varios bienes jurídicos puede entenderse y valorarse el delito pluriofensivo.

inferencia alguna en el campo del tráfico jurídico, por lo que la atipicidad no parece una solución generalizada aceptable.

En definitiva, vistas las tres alternativas existentes y la inadecuación completa o plena de ninguna de ellas, no es de extrañar pensar que “la conducta de suplantación de identidad en las redes sociales (...) no ataca ninguno de los bienes señalados pues no se pretende alterar el estado civil familiar ni afectar a la seguridad del tráfico jurídico, pues no tiene ninguna configuración mercantil o económica; más bien puede suponer una distorsión de las relaciones sociales del suplantado y generarle así perjuicio”²⁰.

1.2 Ubicación Sistemática y Naturaleza del Art. 401 CP

Bajo la alargada sombra del Título XVIII del Libro II del Código Penal («*De las Falsedades*»), encontramos el Capítulo IV («*De la Usurpación del Estado Civil*»), que consta de un único artículo, el 401.

Ahora bien, atendiendo a numerosas clasificaciones doctrinales, son el Capítulos IV y el Capítulo V («*De la Usurpación de Funciones Públicas y del Intrusismo*»: Arts. 402, 402 bis y 403 CP) del Título de referencia los que se han visto apodados con el genérico “*Falsedades Personales*”, que ha permitido marcar una seña de identidad respecto a aquellas otras falsedades que incidían o recaían en objetos puramente físicos (monedas, documentos, etc.). De este modo, QUINTERO OLIVARES afirma, como “*idea mínima*”, que respecto a las falsedades personales “la nota común es que el autor del hecho aparece ante los demás como quien no es o como lo que no es”²¹. Sin embargo, la marcada diferenciación reseñada no está exenta de críticas, para lo que un ejemplo dará buena muestra de ello: Imagínese la compra de cualquier objeto a través de Internet mediante el uso de una tarjeta de crédito sustraída a una persona de confianza cuyos datos personales no nos son desconocidos; en este caso, aun valiéndonos de un objeto material concreto (como es la tarjeta de crédito), la conducta es más próxima a una *Usurpación de Estado Civil*, o lo que es lo mismo, a una *Falsedad Personal*.

²⁰ En BUENO DE MATA, FEDERICO (Coord.), *FODERTICS 3.0. Estudios sobre Nuevas Tecnologías y Justicia*, Edit. Comares, Granada, 2015, pág. 212.

²¹ En QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Director), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Edit. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 2027.

De cualquier forma, parece existir suficiente consenso doctrinal que proclama la imposibilidad de aducirse diferentes bienes jurídicos afectados en función de la variedad falsaria, ya que “las falsedades, en sus distintas formas, se caracterizan más por la modalidad del ataque al bien jurídico, centrado en la manipulación o la simulación, que por las especiales connotaciones del interés jurídicamente protegido”²².

Otro aspecto que merece su lugar en el presente apartado es precisamente la observación de la reforma más significativa realizada sobre el art. 401 CP con respecto al art. 470 del CP/1973: la ubicación exacta del mismo en el Código; salvando este extremo, las redacciones de ambos artículos coinciden en su literalidad²³. Como bien se indica, en cuanto a la ubicación sistemática, el art. 470 CP/1973 se encontraba situado en el Título XI del Libro II del Código Penal, relativo a los «*Delitos Contra el Estado Civil de las Personas*», y más exactamente en su Capítulo Primero («*De la Usurpación de Parto y de la Usurpación del Estado Civil*»).

2. Conducta Típica y Elementos Configuradores

2.1 Acción de *Usurpar*

La conducta típica gravita alrededor del verbo “*Usurpar*”, el cual parece claro que “*equivale a atribuirse algo ajeno*” (FJ 2º, STS Nº 635/2009 de 15 Junio [RJ 2009/6642]). A riesgo de redundar sobre lo mismo, tanto Doctrina²⁴ como Jurisprudencia²⁵ encuentran un punto de convergencia al proveer definiciones alternativas como “*quitar a uno lo que es suyo*” o “*arrogarse algo de otro*”, en este caso, el *Estado Civil*.

²² En *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2016*, Edit. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, Ref.: 16245.

²³ Ahora bien, aunque el tenor literal era idéntico entre ambos artículos, la penalidad varía, ya que en el CP/1973 se castigaba la *Usurpación de Estado Civil* con prisión de 6 meses a 6 años y multa, y en la redacción actual se castiga con pena de 6 meses a 3 años de prisión.

²⁴ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal... Op. Cit.*, pág. 254.

²⁵ SAP de Pontevedra Nº 23/2015 de 5 de Mayo [JUR 2015/148781], en su FJ 3º.

A pesar de la aparente sencillez, BOIX REIG ya adelantaba en su momento que “el término usurpar en modo alguno es unívoco”²⁶, aludiendo seguidamente a la definición del mismo por el Diccionario de la Real Academia para sostener su postura.

Siguiendo tal afirmación y remitiéndonos a la RAE²⁷, ésta viene a recoger a día de hoy el término que nos ocupa bajo dos acepciones:

“1. Apoderarse de una propiedad o de un derecho que legítimamente pertenece a otro, por lo general con violencia.

2. Arrojarse la dignidad, empleo u oficio de otro, y usarlos como si fueran propios”.

Ni una ni otra parecen acordes con el uso y contexto del término usurpar que se extrae del art. 401 CP, si bien no es menos cierto que la segunda acepción es cercana a ese sentir, haciendo mención a la “*dignidad*” que, como tendremos ocasión de comprobar, queda abarcada de alguna manera por el concepto más amplio de *Estado Civil*²⁸, pero sin ser en sí misma delimitadora y excluyente del objeto sobre el que necesariamente deba recaer la conducta tipificada.

A modo de conclusión y de asentar bases, podríamos destacar aquella definición que se postula como la más antigua de todas, entendiendo que usurpar el estado civil de una persona es fingirse ella misma para usar de sus derechos, es suplantar su filiación, su paternidad, sus derechos conyugales, es la falsedad aplicada a la persona y con el ánimo de sustituirse por otra real y verdadera. Igualmente válida como definición es la asimilación con una ficción del agente de ser una persona distinta, con ánimo de usar de

²⁶ BOIX REIG, JAVIER, *El Delito de Usurpación de Estado Civil*, Colección de Estudios: Serie *Minor*, Valencia, 1980, pág. 33.

²⁷ 23ª Edición del Diccionario de la RAE.

²⁸ En esta línea, DÍAZ LÓPEZ estima que la primera acepción “se referiría más bien al delito de usurpación del art. 245 CP [usurpación de un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena]” y que respecto de la segunda, “es más cercana a la conducta propia de los delitos de usurpación de funciones públicas y de intrusismo de los artículos 402 CP y 403 CP”. En DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO, *El Delito de...* Op. Cit., pág. 164.

Como complementación idónea, GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, establece que “en el contexto del art. 401 CP [el término usurpar] es equivalente a usar como propios el nombre y la filiación de otra persona, ejerciendo como propios sus derechos y acciones”. En GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, *Comentarios al Código Penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 1529.

sus derechos; o con una efectiva sustitución de otro, asumiendo la personalidad de éste y ejercitando los derechos y acciones que le competen (FJ 1º, STS de 23 de Mayo de 1986 [RJ 1986/2873]).

2.1.1 Construcción Jurisprudencial Delimitadora de la Figura

2.1.1.1 Uso Público de Derechos y Acciones del Usurpado

Jurisprudencialmente se viene sosteniendo y reproduciendo, entre otras muchas, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo N° 4/2014 de 21 de Enero [ARP 2014/36], en su FJ 2º, que “*no es bastante para la existencia del delito, con arrogarse una personalidad ajena*”, siendo “*condición precisa que, la suplantación, se lleve a cabo para usar de los derechos y acciones de la persona sustituida*”.

La misma Sentencia tiene a bien remarcar líneas después que “*es indispensable la intención de usar de los derechos y acciones de la persona suplantada, lo que no exige el Código pero se desprende de la propia significación del vocablo*”, y que la asunción de personalidad ajena deberá ser “*con ejercicio de sus derechos y acciones dentro de su «status» familiar y social*”. Son precisiones que aclaran tanto el origen del requisito como el contexto para su ejercicio.

Por ello, cabe aquí apuntar ya que la acción de usurpar debe comportar no sólo el hecho de presentarse ante otras personas tras una personalidad detentada, sino también el de ejercer los derechos y acciones propios de ella como *conditio sine qua non* para castigar por este delito del art. 401 CP.

2.1.1.2 En Perjuicio de la Persona Usurpada

Este requisito comporta la breve toma en consideración de dos direcciones Jurisprudenciales opuestas. Por un lado, a modo de ejemplo, tenemos la STS N° 1045/2011 de 14 Octubre [RJ 2011/7488], que en su FJ 7º califica el delito de simple actividad, y matiza expresamente que “*un delito de simple actividad (...) no exige necesariamente un resultado dañoso*”. Ni el tipo penal ni la Jurisprudencia, en principio, parecen exigir que se ocasione un perjuicio, patrimonial o de otra índole, bastando por ello una mera verificación de implantación de personalidad para consumarse a estos efectos. De hecho, la Sentencia se reafirma advirtiendo que el delito

“se perfecciona con la realización de la actividad usurpadora y cesa cuando concluye la implantación”, por lo que sobreentendemos que no hay lugar a matizaciones.

Por otro lado, lo expuesto entra en liza con lo que se plantea en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla N° 336/2000 de 23 Mayo [ARP 2000/1861], en la que se obtiene la absolución porque “precisamente el supuesto usurpador actuaba con el conocimiento y consentimiento del supuesto usurpado y en su beneficio, lo que excluiría cualquier calificación conforme a este delito [referido al art. 401 CP]”. La disparidad con el pronunciamiento anterior es sin duda evidente, lo que no ayuda a perfilar mucho la figura en cuestión y nos obliga a una toma de posición subjetiva que potencia la inseguridad general.

2.1.1.3 Permanencia de la Usurpación

La existencia de posiciones dispares es relativa para este requisito, estando bastante superada la concepción de que una usurpación puntual o momentánea sea suficiente para que se condene por el delito del art. 401 CP. Las decisiones judiciales propugnan una nota distintiva clara de la figura de la *Usurpación de Estado Civil*, exigiéndose un requisito adicional de permanencia en el tiempo para la consumación del presente delito de mera actividad.

Con todo, tampoco faltan ejemplos, aunque ciertamente muy aislados y de dudosa relevancia, de supuestos en que una efímera usurpación haya dado lugar a una sentencia condenatoria²⁹, siendo no obstante la absolución por este extremo la tónica general y asentada sobre la materia³⁰.

El debate y la toma de postura definitiva por la Jurisprudencia se plasma bien, entre otras muchas, en la STS N° 669/2009 de 1 de Junio [RJ 2009/4203], en cuyo FJ 2° se

²⁹ A ello se refiere DÍAZ LÓPEZ, aportando seguidamente “el supuesto de hecho que dio origen a la STS N° 1441/1992, de 4 de Mayo”, en el que “un preso se aprovechó de una falta de diligencia policial para firmar la ficha correspondiente a otro recluso y obtener así la libertad, siendo condenado por la comisión de este delito cuando simplemente se arrogó la personalidad ajena mediante un acto puntual”. En DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO, *El Delito de...* Op. Cit., pág. 169.

³⁰ El mismo autor DÍAZ LÓPEZ ejemplifica la generalidad absolutoria mediante la STS N° 520/2007 de 14 de Junio [RJ 2007/3892], explicando que “en este caso, la sentencia recurrida en casación absolvía (...) a un inmigrante que, por no estar dado de alta en la Seguridad Social, había suplantado puntualmente la identidad de un residente legal para que le atendieran de forma gratuita tras sufrir un accidente laboral”. En DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO, *El Delito de...* Op. Cit., pág. 169.

establece primeramente que “*en lo que respecta a la consumación, (...) basta, para que se produzca, con la posesión momentánea del estado civil ajeno, o con el disfrute, aunque sea temporal y transitorio, por parte del delincuente, de los derechos correspondientes a la persona cuyo lugar, falsamente, ha logrado ocupar; insistiendo en que aquel que usurpa un solo derecho inherente al estado civil de una persona, aunque la usurpación fuere breve, comete el delito estudiado en grado de consumación*”.

Sin embargo, la misma Sentencia acaba con un pronunciamiento importante en la materia: “*En resumen, puede apreciarse que la doctrina científica se contradice a veces, no logrando un concepto unánime y sin fisuras, pero acudiendo a la concepción dominante y a lo declarado por la jurisprudencia, es claro que no basta una suplantación momentánea y parcial, sino que es preciso continuidad y persistencia*” (FJ 2º, STS N° 669/2009 de 1 de Junio [RJ 2009/4203]).

Así las cosas, debemos concluir que la Jurisprudencia y Doctrina mayoritaria han adoptado la idea de que la ficción con respecto al Estado Civil nuevo adquirido o, mejor dicho, usurpado, debe ser más o menos permanente en el tiempo, no siendo suficiente la usurpación esporádica o circunstancial³¹, lo que restringe aún más el campo de actuación del tipo penal analizado.

También se han ocupado de dejar constancia de que tanto la personalidad ajena como su usurpación (algo ínsito a la primera), son aspectos que tienen vocación de permanencia en el tiempo, siendo lo contrario calificable como una impune y puntual invocación del estado civil ajeno como propio. En este punto, la pregunta es obligada: ¿Cuál es el tiempo mínimo que marca la diferencia de cara a la delimitación de la línea divisoria entre una usurpación y una mera invocación de la identidad ajena? La respuesta, difícilmente aclaratoria, es que los Tribunales atenderán a la casuística concreta³².

³¹ Véase SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho Penal Parte Especial*, Edit. Dykinson, Madrid, 2004, pág. 766.

³² Un ejemplo de condena por *Usurpación de Estado Civil* del art. 401 CP lo refleja bien la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza N° 240/2006 de 27 de Abril [RJ 2007/43021], en la cual una señora prestó servicios de limpiadora como empleada en una empresa de limpiezas con documentación personal y permiso de residencia de otra, utilizando a todos los efectos laborales y derivados del régimen de seguridad social la identidad de la verdadera titular, durante un periodo que se prologó desde el día 3 de agosto de 2004 hasta finalizar el mes de Septiembre de ese mismo año.

A pesar de lo expuesto, “*semejante afirmación*” sobre la continuidad temporal, entiende MUÑOZ CONDE, debe ser matizada ya que de lo contrario haría que “*muchos de los planteamientos tradicionales quiebren*”; así, prosigue reseñando que “*la usurpación con efectos en el tráfico jurídico perfecciona el delito sin las anteriores exigencias de permanencia, que si se producen darán lugar a un delito continuado*”³³. Esta postura es interesante de cara al propósito final del presente estudio, ya que de alguna manera equivaldría o sería más cercana a una genuina “Suplantación de Identidad”, lo que primero, evitaría numerosas absoluciones fundadas en el presente requisito y, segundo, marcaría una punibilidad diferenciada en función de la mayor o menor permanencia en el tiempo usurpando identidad ajena³⁴.

2.1.1.4 Usurpación Total de la Identidad

Se trata de una exigencia constante en nuestra Jurisprudencia, requiriéndose sin titubeos que la usurpación venga referida a la práctica totalidad de la suplantación de los elementos que componen la identidad del otro. Ello explica que ante usos concretos y determinados y para finalidades también concretas, se tenga a bien absolver al acusado por este delito.

De este modo se puede observar fácilmente que, si bien la permanencia suponía un requisito adicional a la simple implantación de personalidad para que los Tribunales considerasen el tipo del art. 401 CP, ahora “*es necesario un plus añadido a la permanencia, consistente en que la usurpación alcance a la totalidad de las facetas que*

En cambio, un ejemplo de absolución lo representa el Auto Nº 46/2010 de la Audiencia Provincial de Segovia de 25 de Marzo [JUR 2010/175355], que en su FJ 4º *in fine* adopta la siguiente postura: “(...) *tampoco cabe atribuir una persistencia de dicha conducta pues como se aprecia de los mensajes subidos a la red, éstos se desarrollaron básicamente en el transcurso del mes de mayo*”.

³³ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal...* Op. Cit., pág. 254.

³⁴ Así, de comprobarse una eventual permanencia temporal de la *Usurpación de Estado Civil*, la pena correspondiente a imponer al usurpador será la de la infracción más grave en su mitad superior, pudiendo incluso llegarse a imponer la mitad inferior de la pena superior en grado, lo que equivale a tener a disposición del juzgador una horquilla más agravada para un supuesto que, por su continuidad, es merecedor de esa agravación.

Al proponer esta postura, entiendo, se hace en la certeza de que existe una pluralidad de acciones cometidas por el mismo sujeto activo que, no siendo preciso singularizarlas con total identificación, infringen el mismo precepto penal (art. 401 CP) mediante una homogeneidad del *modus operandi* o técnica comisiva; asimismo, estas acciones responden a una unidad de propósito con aprovechamiento de idéntica ocasión y con una conexión espacio-temporal acorde entre los diferentes actos.

integran la identidad humana, de modo que el suplantador se haga pasar por el suplantado a todos los efectos, como si de tal persona se tratara. En consecuencia, no se dará el delito de usurpación (ni ningún otro, al quedar despenalizado el uso de nombre ajeno) cuando una persona asume la identidad ajena solo para la realización de una serie de actos concretos y determinados” (Párrafo Séptimo del FJ 2º, Auto de la Audiencia Provincial de Toledo Nº 53/2009 de 26 Marzo [ARP 2009/628]).

Pues bien, sin necesidad de acudir a cualesquiera otros pronunciamientos similares y sin duda abundantes, este Auto ejemplifica bien la absolució n basada en esa falta de usurpación total de la identidad que venimos haciendo referencia; en el mismo se acaba fallando el sobreseimiento libre por no ser el hecho constitutivo del delito de usurpación del estado civil ajeno, y ello porque se entiende que “(...) *el recurrente imputado, colgó en internet y en la página web del Ayuntamiento un anuncio y opinión en nombre de la denunciante, y a eso se limita la usurpación, es decir, uno o dos actos de comunicación pública usando el nombre de aquélla sin permiso” (Párrafo Octavo del FJ 2º, Auto de la Audiencia Provincial de Toledo Núm. 53/2009 de 26 Marzo [ARP 2009/628]).*

En este punto del estudio, DÍAZ LÓPEZ³⁵ propone un debate interesante a la par que idóneo para los objetivos marcados a la hora de emprender la elaboración de estas líneas. El planteamiento radica en entender el requisito de la usurpación total como connatural y necesariamente derivado del exigido de permanencia en el tiempo; de esta forma y según este autor, toda usurpación, por el hecho de tener que prolongarse en el tiempo para su consideración como tal, implica que aqué l usurpador que originariamente sólo usurpaba de forma independiente y reiterada, por ejemplo, el nombre del usurpado, se vea obligado a usurpar los demás *Estados Civiles* del titular, arrojándose de este modo de todos los elementos configuradores de la personalidad ajena. Si la usurpación requiere prolongación en el tiempo, esa prolongación inevitablemente va a derivar en que resulte inviable para el sujeto activo mantenerse en ese delito permanente³⁶ usurpando el nombre como único estado civil de la otra persona.

³⁵ DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO, *El Delito de...* Op. Cit., pág. 170.

³⁶ El Delito de *Usurpación de Estado Civil* es un Delito Permanente, ya que a pesar de que la situación antijurídica persista en el tiempo como en el Delito de Estado, su cesación efectiva depende aquí de la voluntad del Usurpador manifestada en una conducta positiva u omisiva a tal fin. Existiría consumación, pero no terminación (ya que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica), mientras que en los Delitos de Estado la consumación cesaría tan pronto como apareciere la situación antijurídica, ya que el tipo penal describiría la producción del estado pero no su mantenimiento.

Sobre estos cimientos, el autor lo que verdaderamente se cuestiona es su implicación en las usurpaciones de estado civil *on line*, siendo, a mi parecer, un tema de enjundia y de reflexión, ya que en el ámbito virtual existe mayor posibilidad de que los actos ejercidos estén dando lugar únicamente a la arrogación del nombre por un periodo de tiempo más o menos dilatado y no de otros elementos del estado civil de la persona usurpada. En definitiva, podríamos entender Internet como un entorno más rígido y con menos necesidades de “total” usurpación para el mantenimiento de la ficción, lo que no llega a casar del todo bien precisamente con este requisito de arrogación completa en personalidad ajena.

2.1.2 Tentativa de Usurpación

Especialmente reveladora de la problemática existente es la opinión de MUÑOZ CONDE al respecto: “Cabe la tentativa, aunque no es fácil su concreción”³⁷. Sobre esta base lo que sí podríamos afirmar sin lugar a equivocarnos es que, hallándonos ante un delito de mera actividad como es el del art. 401 CP, en ningún caso existiría la posibilidad de que se contemplara una tentativa acabada, toda vez que en ésta el sujeto activo realiza todos los actos precisos para producir el resultado delictivo, lo que implicaría *per se* la implantación y, simultáneamente, la consumación efectiva desde ese mismo momento.

Desechada esta posibilidad, restaría valorar la eventual adecuación de la tentativa inacabada; pues bien, siendo tal la situación en la que el sujeto activo sólo realiza parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado típico, todo parece indicar su viabilidad al delito de *Usurpación de Estado Civil*. Sin embargo, resulta especialmente complicada la determinación de los actos suficientes e idóneos, tanto temporal como formalmente, para satisfacer las exigencias de la consumación, como hemos tenido ocasión de comprobar con la cadena de condicionantes jurisprudenciales que suponen los requisitos del delito en cuestión.

Ejemplo: La ofensa al bien jurídico protegido se mantiene en el tiempo hasta que el Usurpador sea descubierto o decida dejar de ser Juan Gabriel García, su vecino del 2º B ausente por estar de año sabático.

³⁷ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal... Op. Cit.*, pág. 257.

A este respecto, DE LA FUENTE HONRUBIA ofrece un ejemplo acorde con la nebulosa teórica en la que nos movemos. Es el que sigue: “Se produce un llamamiento a una herencia. Como herederos del causante aparecen los hijos que con él habían convivido y otro hijo que tuvo siendo joven y del que sólo se conoce el nombre y dirección. A tales efectos se le envía una carta rogándole se persone en la población del fallecimiento en un día determinado para formalizar la herencia ante el notario. El hijo realmente se encuentra fallecido y la carta la recoge y lee un amigo suyo, el cual, ante la posibilidad de obtener parte de la fortuna del causante, premedita un plan para hacerse pasar por su amigo ante el notario, para lo cual falsifica el DNI y confirma su asistencia. El día concertado se persona ante el notario, se identifica como el heredero, y en la escritura particional obtiene un haber de 10.000.000 de ptas. Se descubre su verdadera identidad tres meses más tarde.

En este caso la tentativa comienza con los actos inmediatamente ligados al primer acto típico (aún no con la falsificación del DNI, pero sí con la confirmación de asistencia que supone iniciar el uso de la personalidad ajena), pero hasta ese momento no se ha producido usurpación. La cuestión más relevante sería determinar si la presentación como tal ante el notario y los demás supone ya plena usurpación o, por el contrario, para que la usurpación se consume es necesario que la suplantación sea susceptible de producir efectos inmediatos sobre la esfera jurídica del usurpado (la plasmación de la identidad usurpada en la declaración de herederos y en el cuaderno particional)”³⁸.

Finalmente, DE LA FUENTE HONRUBIA se decanta por la segunda opción de entre las apuntadas. Sin embargo, y llegados a este punto del estudio, podríamos cuestionar seriamente que el proceder a un acto concreto en tiempo y circunstancias (la plasmación de la identidad usurpada en la declaración de herederos y en el cuaderno particional no deja de serlo), por muy relevante que éste sea, posibilite la consumación, conculcándose de esta manera el requisito de la “Usurpación Total de la Identidad” detalladamente expuesto³⁹. Pero es que además tener por válida esa consumación supondría de alguna

³⁸ En DE LA FUENTE HONRUBIA, FERNANDO, “La Usurpación de Estado...”, Op. Cit.

³⁹ A su favor hemos de mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos N° 202/2013 de 30 de Abril [JUR 2013/197954], que en su FJ 3º recoge un pronunciamiento constante en la Jurisprudencia según el cual se alude a que “*la [Sentencia] de 8 de Marzo de 1947, estimó que, comete usurpación, quien, sin necesidad de una suplantación total, ejerce los actos propios de otra persona con una cierta continuidad y trascendencia, sin que dichos actos le correspondan*”. Aun así, cabe preguntarnos si no

manera exigir un resultado concreto (que se produzcan efectos en la esfera jurídica del usurpado) para el delito, no bastando la mera actividad para su perfección, lo que sin duda es contradictorio con cuanto aquí se analiza.

En definitiva, cabe concluir que a pesar de las dificultades, el hecho de que en los requisitos expuestos existan imperfecciones o no realización en plenitud de alguno de ellos pero asimismo puesta en práctica de otro u otros, dará lugar a la consideración de tentativa inacabada, lo que quedará inevitablemente a decisión judicial y casuística.

2.2 Objeto de la Acción: *Estado Civil De Otro*

El objeto de la acción de usurpar lo constituye una confluencia de elementos: el *Estado Civil* y la *Pertenencia de ese Estado a Otra Persona*.

2.2.1 Estado Civil

El *Estado Civil* es una cualidad natural o adquirida por la persona humana que supone, por su estabilidad o permanencia, una manera de ser o estar en la comunidad, y que el Ordenamiento Jurídico toma en consideración para atribuirle efectos jurídicos⁴⁰.

Salvando este recurso basado en la remisión a un Diccionario Jurídico para la obtención de un primer acercamiento al significado, la realidad es que no existe definición legal alguna sobre el concepto *Estado Civil*, ni en el propio Código Civil, donde es citado de forma reiterada, ni en el Código Penal; ni tampoco en ley paralela alguna a estos cuerpos legales. Sin embargo, explica MUÑOZ CONDE, “la no definición legal no impide que de manera descriptiva nuestro derecho positivo, en el propio Código Civil y en la Ley del Registro Civil, enumere contenidos del estado civil (...), que no siempre en su caso han de coincidir con la proyección penal del término”⁴¹.

resulta la referencia a “*actos*” (plural) forzada para tener por abarcada en su seno la mera realización de un acto (singular) pero de innegable trascendencia, como es el que se desprende del ejemplo facilitado.

⁴⁰ En FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, JUAN MANUEL (Coord.), *Diccionario Jurídico*, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 312. Como bien se especifica: “*siguiendo en esencia la definición de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN*”.

⁴¹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal... Op. Cit.*, pág. 255.

A pesar de cuanto posiblemente separe al término entre los dos órdenes jurisdiccionales de referencia, lo que tendremos ocasión de comprobar en las líneas que siguen, existen también motivos de unión en su concepción más embrionaria.

En este sentido, cabe dejar constancia de que *"el estado civil presenta unas características esenciales que inciden en su tutela judicial, tanto civil como penal: su personalidad, toda persona tiene un estado civil como criterio diferenciador y cualificador de su propia personalidad; su intransferibilidad, está excluido del ámbito privado y no puede ser objeto de comercio; y su eficacia erga omnis"* (véase, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Nº 57/2014 de 7 Febrero [JUR 2014/56296], FJ 1º).

Es precisamente sobre esta premisa y su concreción sobre la que construiremos el presente epígrafe, advirtiendo de antemano del profundo debate doctrinal que viene suscitando, el cual excede con mucho la finalidad del trabajo.

2.2.1.1 Elementos Integrantes del Concepto

2.2.1.1.1 Prisma Civil

La primera advertencia a realizar quizás sea que habremos de referirnos a *Estados Civiles* (en plural), en vez de a *Estado Civil*, ya que pueden ser varios los que converjan en una misma persona y determinen a su vez la posición del sujeto ante el Derecho. A la vez, me resulta especialmente interesante rescatar aquí la visión de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ sobre la causa que nos ocupa, facilitándonos la idea inicial de que el *Estado Civil* "(...) está integrado por una serie de hechos, actos y relaciones (filiación, sexo, nombre, mayoría o minoría de edad, nacionalidad, relaciones familiares o matrimoniales), de tal manera importantes y trascendentes en la vida de las personas, que la ley toma en consideración para formar con ellos la historia jurídica de cada persona"⁴².

Como punto de partida, parte de la doctrina civilista acude al catálogo del art. 1 de la Ley de 8 de Junio de 1957, del Registro Civil (en lo sucesivo LRC), el cual lejos de solventar interrogantes, los crea. Su redacción es la que sigue: *"En el Registro Civil se*

⁴² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a PILAR, "Suplantación Electrónica de...", Op. Cit.

inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la Ley.

Constituyen, por tanto, su objeto:

1º El nacimiento

2º La filiación

3º El nombre y apellidos

4º La emancipación y habilitación de edad

5º Las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas o que éstas han sido declaradas en concurso, quiebra o suspensión de pagos

6º Las declaraciones de ausencia o fallecimiento

7º La nacionalidad y vecindad

8º La patria potestad, tutela y demás representaciones que señala la Ley

9º El matrimonio

10º La defunción”.

Tras una detenida lectura del precepto, la disyuntiva más importante que se plantea es determinar, de entre los hechos que son objeto del Registro Civil (catálogo), cuáles de ellos son precisamente los “*concernientes al estado civil de las personas*” y cuáles son “*aquellos otros que determina la Ley*” en los que, entiendo, el estado civil no está concernido. Así, el artículo primero de la LRC tiene la extraña virtud de efectuar un intento de acercamiento a los elementos integrantes del concepto de *Estado Civil*, pero a su vez se diluye en la nada por las incertidumbres de las que parte; por ejemplo, ¿tenemos la certeza de que el legislador ha construido el catálogo en referencia exclusiva a la alusión precedente referida a “*los hechos concernientes al estado civil de las personas*”? ¿O más bien ejemplifica categorías que serán objeto del Registro Civil pero sin que medie ánimo alguno por su parte de pretender aludir con ellas a una inequívoca lista de elementos configuradores de los distintos *Estados Civiles* existentes?

A este respecto, DÍAZ LÓPEZ entiende que “en esa lista estarían todos los estados civiles que son, pero no serían todos los que están”⁴³. A mi juicio, esa conclusión es fruto de una problemática nueva que se haya latente a la espera de una primera toma de

⁴³ DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO, *El Delito de...* Op. Cit., pág. 122.

posición en relación con lo planteado con anterioridad; estimo así que en opinión de este autor, a primera vista, existe la certeza previa de que el legislador ha construido el catálogo en referencia exclusiva a la alusión precedente referida a “*los hechos concernientes al estado civil de las personas*”, pero, ¿no está esa “certeza” fundamentada en algo que no se desprende con claridad de la literalidad de la Ley?.

A mayor abundamiento de la problemática, el anteriormente mencionado Diccionario Jurídico de referencia precisa que “ni siquiera todos los actos definidos en el artículo 1 de la vigente LRC, como concernientes al estado civil de las personas, lo son propiamente -el nacimiento, la defunción, la declaración de ausencia y fallecimiento, las inscripciones de nombre y apellidos, y las declaraciones de concurso, quiebra y suspensión de pagos-”⁴⁴.

No obstante la vacilación doctrinal reflejada, la mayoría de autores es proclive a vislumbrar un atisbo de seguridad jurídica consecuencia de un consenso alcanzado sobre los elementos integrantes del concepto *Estado Civil*, para lo cual nos serviremos de la siguiente clasificación:

- a) En atención a la *Edad*, se debe destacar el *Estado Civil de Mayor Edad* o el *Estado Civil de Minoridad*; a su vez, dentro de esta última categoría, el Estado Civil se bifurca en *Estado Civil de Menor Emancipado* y en *Estado Civil de Menor No Emancipado*.
- b) En cuanto al *Matrimonio*, es posible hablar *prima facie* de un *Estado Civil de Casado* y de un *Estado Civil de Divorciado*. Asimismo y en estrecha relación entre ellos tenemos el *Estado Civil de Soltería* y el *Estado Civil de Viudedad*⁴⁵, no pudiendo dejar de apuntar a este respecto el *Estado Civil de Separado*. Por otro lado, aclarar que las *Uniones de Hecho* o *Uniones No Matrimoniales* no constituyen Estado Civil, no alterándolo en ningún sentido.

⁴⁴ En FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, JUAN MANUEL (Coord.), *Diccionario...* Op. Cit., pág. 312.

⁴⁵ La Circular de 16 de Noviembre de 1984, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre Expedientes de Fe de Vida y Estado estipula que la “*consecuencia directa de la disolución del matrimonio por el divorcio (...) es la existencia del estado civil de divorciado, que no puede ser asimilado al de soltería y que, por el contrario, se asemeja al de viudez, por ser este estado civil igualmente un efecto de las otras causas de disolución del matrimonio, como son la muerte y la declaración de fallecimiento*”. En «BOE» Núm. 279, de 21 de Noviembre de 1984, pág. 33438 [Ref.: BOE-A-1984-25654].

- c) En lo que a *Filiación* se refiere, el ***Estado Civil de Condición de Hijo*** y el ***Estado Civil de Condición de Padre*** son las alternativas existentes.
- d) Según la independencia o dependencia de las personas a razón de eventuales deficiencias físicas o psíquicas persistentes, el ***Estado Civil de Capacitado*** y el ***Estado Civil de Incapitado*** constituyen nuevas variables. Este Estado Civil es consecuencia de una resolución judicial.
- e) Respecto a la *Nacionalidad*, distinguiremos a estos efectos entre ***Estado Civil de Condición de Español*** y ***Estado Civil de Condición de Extranjero***.
- f) Por último, sobre la *Vecindad Civil*⁴⁶, que según el art. 14.1 CC determina la sumisión al derecho común del Código Civil o a uno de los forales, debemos entender que existen el ***Estado Civil de Condición de Castellano***, el ***Estado Civil de Condición de Catalán***, el ***Estado Civil de Condición de Aragonés***, *Etc.*

Paradójicamente, en esta clasificación de *Estados Civiles* enumerados destacan especialmente las ausencias del *Sexo* y del *Nombre*. Respecto de este segundo, por su relevancia e incidencia, postergaremos su desarrollo al apartado que sigue.

En cuanto al *Sexo*, cabe destacar que la diferencia existente entre el masculino y el femenino no da finalmente lugar a que haya un ***Estado Civil de Hombre*** y un ***Estado Civil de Mujer***. A pesar de la presente afirmación, la defensa de su inclusión como estado civil es delicada y nada pacífica. Como bien refleja DÍAZ LÓPEZ, por una parte es indiscutible que “ser hombre o mujer forma parte de nuestra identidad, y en este sentido, dada la vinculación existente entre estado civil e identidad, podría afirmarse que pertenecer a uno u otro sexo conlleva tener estados civiles diferentes”. A renglón seguido, en cambio, se plantea la problemática de la consideración como tal: “El problema es que aceptar este extremo nos trasladaría a épocas sombrías, donde ser hombre o mujer confería un *status* (...) que determinaba su capacidad jurídica, extremo

⁴⁶ El Decreto 1836/1974, de 31 de Mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, determina en su Párrafo Trigésimo Noveno que “*la vecindad civil (...) forma parte del «status» de la persona, como la nacionalidad*”. En «BOE» Núm. 163, de 9 de Julio de 1974, págs. 14269 a 14275 [Ref.: BOE-A-1974-1083].

que repugna a nuestro ordenamiento en virtud de la prohibición de discriminación consagrada por el artículo 14 de nuestra Constitución”⁴⁷.

2.2.1.1.2 Prisma Penal

La doctrina jurídico-penal contraviene ligeramente la idea de la exclusión manifiesta que respalda la doctrina mayoritaria civil acerca del *Nombre* en su faceta de elemento integrante del Estado Civil de la persona.

Entrando en materia, la doctrina civilista sustenta su posición en base a lo que se denomina “*Estado Civil Absoluto*” y “*Estado Civil Relativo*”. Mientras que el primero es más resistente a las alteraciones, el segundo es más proclive a ser modificado por las decisiones que toma la persona misma que lo ostenta, siendo ello la razón de su exclusión. A pesar de ser un argumento de peso, la definición de estado civil penalmente relevante tiende a la amplitud de interpretación, incluyéndolo así como *Estado Civil*⁴⁸; en este sentido, la Jurisprudencia ha especulado en ocasiones y ha acabado alegando que “(...) *son muchas las formas en que un estado civil puede manifestarse, y nada impide contar entre ellas el nombre y los apellidos*” (FJ 3, SAP de Madrid 502/2014 de 2 de Abril [ARP 2014/642]).

Pues bien, llegados a este punto, el lector se verá forzado a avanzar en la construcción del concepto *Estado Civil* realizando una reflexión personal y la consecuente asunción de una de las alternativas de entre las que orbitan en el panorama jurídico-penal más académico. Dicho esto, y no siendo intención del que suscribe estas líneas dejar solo en tan ardua tarea al lector, se procurará adoptar una toma de postura acorde con el devenir del estudio, limitando sin embargo este subepígrafe a presentar las opciones existentes y sus inconvenientes. De este modo, se distingue:

- La ***Tesis Amplia*** postula como posibles elementos configuradores del *Estado Civil*, desde el prisma penal, tanto los contenidos extraídos de la clasificación aceptada por

⁴⁷ DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO, *El Delito de...* Op. Cit., págs. 124 y 125.

⁴⁸ En esta línea, véase el siguiente pronunciamiento: “Entre esos elementos [elementos necesarios para entender que lo que se está usurpando es el Estado Civil de otro] ocupa un lugar principal, incluso por encima de la filiación, el nombre (con sus apellidos), pues es éste el que concreta la posición de una persona en el seno de la familia y de la sociedad, esto es, su identidad, en el sentido que es aquí relevante”. En *Memento Práctico Francis Lefebvre...* Op. Cit., Ref.: 16314

la mayoría de la doctrina, como el *Nombre* de la persona (siendo así éste último la única aportación del prisma penal al concepto de *Estado Civil*). Y ciertamente, aunque en la configuración del concepto sobre el que recae la acción de usurpar deberemos entrar a valorar cuáles de esos elementos o unidad indisoluble de los mismos son de por sí idóneos o suficientes para satisfacer los intereses del tipo penal que analizamos, existe una robusta corriente que va más allá y apunta al concepto de “*Estado Civil Total*” o “*Estado Civil Global*”, el cual consistiría en la necesaria suma de todas las notas reseñadas.

Por ello, se nos presentan aquí dos vertientes de la *Tesis Amplia*, una según la cual es suficiente la mera asunción de cualquiera de los *Estados Civiles* que la doctrina civilista acepta, y otra según la cual es imprescindible la asunción de todos y cada uno de tales *Estados Civiles*, siendo la unidad indisoluble la que marca la posibilidad de actuar del Derecho Penal⁴⁹.

La principal objeción a la teoría de la totalidad radica en que precisamente alguno de sus componentes ya se encuentran regulados en otros pasajes del Código Penal, sirviendo de ejemplo los matrimonios ilegales (arts. 217 a 219 CP) o la suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor (arts. 220 a 222 CP). Así todo, entiendo también que se podría llegar a una aceptación consensuada de que lo dicho no es óbice para que el estado civil comprenda también esos elementos, lo que llevaría en todo caso a un Concurso de Leyes y al Criterio de la Especialidad (art. 8.1 CP), por el que el precepto especial se aplicará con preferencia al general (*lex specialis derogat lex generalis*); esta posibilidad conduciría irremediablemente a la misma conclusión: la innecesidad de que el estado civil, en su ámbito penal, abarque tales elementos ya expresamente contemplados en otros tipos penales. Si a este inconveniente le sumamos el *plus* de dificultad que existe en el medio virtual, en contraste con el convencional, para suplantarlo a todos y cada uno de los elementos antedichos, la postura más racional que se debe adoptar es el rechazo de esta línea interpretativa *sui generis*.

⁴⁹ A mi juicio, esta última afirmación congeniaría bien con el *Carácter Fragmentario* que se predica del Derecho Penal, realzando la idea de que pueden existir comportamientos lesivos a bienes jurídicos que deben quedar al margen del Derecho Penal porque no son lo suficientemente graves. El Derecho Penal sólo debe referirse a una parte o fragmento (el más importante) de todo el conjunto de acciones prohibidas.

Un exponente a destacar de esta corriente doctrinal que margina el enfoque penalista del *Estado Civil* sería BOIX REIG⁵⁰.

Por todo lo expuesto, estimo que, si bien se parte de la legislación civil para comprender su alcance, lo que es todo un acierto, la *Teoría Amplia* cae en lo absurdo, tanto si lo que se asume es un solo elemento de los integrantes del concepto en el prisma civil (imagínense que alguien suplanta únicamente el *Estado Civil de Incapacitado* de otro, siendo ello de por sí suficiente para entender satisfecho los designios del art. 401 CP), como si lo que se suplanta deben ser todos y cada uno de los elementos que la doctrina civilista consensuadamente ha calificado como integrantes del *Estado Civil* (¿Qué relevancia pueda tener que no se asuma para sí el *Estado Civil de aforado vizcaíno* y si todos los demás (nombre y apellidos, filiación, etc.)? Y, del mismo modo, ¿no es acaso disparatada la idea de tener que usurpar necesariamente el referido estado civil para que se consuma el delito del art. 401 CP?).

- La ***Tesis Restrictiva*** entiende que la noción *Estado Civil* se restringe en el orden jurisdiccional penal al *Nombre* (con apellidos) y a la *Filiación*. Según QUINTERO OLIVARES, principal valedor de esta tesis, los motivos de peso para tal consideración son:
 - Que, como hemos apuntado, ciertos *Estados Civiles* ya reciben atención directa por otros preceptos más específicos del Código Penal.
 - Que existen ciertos elementos del *Estado Civil* -véase la vecindad- que no son privativos de una persona determinada, sino complementarios de otros principales, a pesar de que con posterioridad estos elementos secundarios ayuden a precisar todas las circunstancias que convergen en una persona en particular.

⁵⁰ Según BOIX REIG, en el caso del Delito de Usurpación de Estado Civil “(...) no existe limitación alguna a la noción de estado civil. Es más, la propia conducta típica difícilmente podría entenderse si se pretendiera restringir de tal forma su objeto. (...) Y naturalmente, si no existe limitación del concepto en el ámbito jurídico-penal, habrá que estar a la noción iusprivatista del mismo”.

En BOIX REIG, JAVIER, *El Delito de Usurpación...* Op. Cit., págs. 26 y 27.

- Que de los elementos excluidos no se desprenden las notas de intangibilidad y permanencia necesarias para afianzar la seguridad que requiere una intervención penal. Se corresponde así con el “*Estado Civil Absoluto*”⁵¹.

Y en referencia expresa a la *Tesis Amplia* descrita con anterioridad, QUINTERO OLIVARES apunta que la extensión a la clasificación civilista de Estado Civil “hoy ya no es obligada, salvo que se estime que existe una sumisión absoluta respecto del derecho civil por imperativo de la presencia de un elemento normativo en el tipo. Cabe recordar que las relaciones con conceptos del derecho privado son abundantes en el Código Penal sin que por ello se cuestione la libertad del intérprete de la ley penal para acomodar sistemáticamente el grado de vinculación. Por ese motivo parece más correcta la tesis mayoritaria, que excluye del delito aquellos supuestos en los que sin alterar ni el nombre ni la filiación se usa o invoca una vecindad o nacionalidad que no se posee”⁵².

Otro aspecto a tener en cuenta según este autor es que los elementos del estado civil penalmente relevante efectivamente se reducen al nombre (con apellidos) y a la filiación en la medida que la categoría jurídica del mismo ha variado, habiendo abandonado su antigua condición de delito “contra el Estado Civil” y constituyendo ahora un acto falsario. De esta manera, y siendo contundente, QUINTERO OLIVARES concluye que “la polémica sobre la extensión o alcance del objeto de protección pierde sentido en la misma medida en que se altera la naturaleza del delito”.

A la presente *Tesis Restrictiva*, aunque más adecuada y cercana a la realidad y a la seguridad jurídica que la *Amplia*, se la podría llegar a acusar de simplista. Por ejemplo,

⁵¹ Se habrá tenido ocasión de comprobar aquí que, respecto al *Nombre*, lo que antes sirvió como principal argumento para su exclusión por la doctrina civilista de entre los elementos configuradores del *Estado Civil* (esto es, la calificación del Nombre como *Estado Civil* susceptible de variaciones), ahora sirve para su inclusión (esto es, su determinación como elemento configurador perteneciente al *Estado Civil Absoluto*).

Esto queda justificado si no se desconoce que “*las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores*” (art. 53.1 LRC). Y a diferencia de en otras legislaciones, en la nuestra los apellidos no cambian ni se pierden por el matrimonio, componiéndose así la identidad de una persona (art. 12 del Decreto de 14 de Noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil). Son normas de orden público y sin posibilidad de variación, siendo lo único que permite la Ley ciertas modificaciones de alteración del orden de los apellidos (art. 55 LRC). Incluso los extranjeros nacionalizados españoles deben registrarse con dos apellidos paterno y materno (Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 28 de Noviembre de 1993). Asimismo, si la filiación es desconocida, corresponde al encargado del Registro Civil imponer unos apellidos de uso corriente (art. 55.IV LRC).

⁵² En QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Director), *Comentarios al Nuevo...* Op. Cit., pág. 2030.

si nosotros nos hiciéramos pasar por un extranjero (*véase*, un inglés), arrogándonos tanto el nombre y apellido como la filiación del mismo, pero obviando el marcado acento hispano hablante que nos delata, ello significaría, primero, que no hemos asumido el Estado Civil de Extranjero (al menos no de la manera conveniente), y segundo que sería ilógico castigar *vía* art. 401 CP tan desacertada interpretación. Pues bien, la *Teoría Restrictiva* se mantendría intacta en el caso planteado contra todo pronóstico por la nota de *Idoneidad* que debe presidir todo acto de usurpación, para lo que remitimos al lector al apartado correspondiente a la misma.

2.2.1.2 Elementos Configuradores de la Conducta en Particular

Se plantea en este punto la necesidad dilucidar qué elementos de los que integran el concepto de *Estado Civil* penalmente relevante son en sí mismos suficientes para colmar el tipo penal del art. 401 CP. A este respecto, lo más prudente sería comenzar reduciendo el campo de posibilidades, lo que ya de por sí es señal de la complejidad del campo en el que nos movemos.

Siendo un tanto imprecisos y como aseveración vaga e insuficiente, se puede decir que ni es bastante suplantar de forma exclusiva determinados elementos integrantes del *Estado Civil* visto, ni tampoco entender todos los elementos integrantes como una amalgama indisoluble; hay cierta diferencia entre usurpar la totalidad de los elementos y la de usurpar la totalidad *necesaria* de elementos.

Inciendo sobre este extremo, y siguiendo la línea marcada por la *Tesis Restrictiva*, estimo que tanto el nombre y los apellidos como la filiación -ya que a través de ella se determinan los apellidos según el art. 109 CC- son los únicos dos elementos insalvables que deben ser objeto específico de usurpación; la falta de los mismos supondría la impunidad de la conducta usurpadora, al entenderlos como núcleo duro de lo más innato que toda identidad fingida debe ostentar.

Pero una cosa es que los elementos reseñados sean innegociables y otra que sean suficientes, para lo cual el sujeto ha de arrogarse necesariamente de algún otro elemento que individualice suficientemente al afectado en cuestión. Esto es, se precisa junto con el *Nombre, Apellidos y Filiación* un elemento agregado que se puede corresponder:

- Bien con cualquier otro elemento integrante del *Estado Civil* (tanto de la concepción penalista como de la civilista). Sirva de ejemplo la relación conyugal que mantenga el usurpado con otra persona.
- Bien con un dato de otro carácter. Por ejemplo, el *nickname* (apodo) empleado en el registro de una web y que es visible para la comunidad de usuarios.

En suma, cualquiera que sea ese elemento adicional requerido, debe tender a individualizar y concretar más allá de la línea de lo posible o esperado una asunción realista de la ajena identidad. Y todo ello sabedores de que el concreto contexto o situación particular en las relaciones sociales variadas e interconectadas hará acrecentar o minimizar la importancia de ciertos elementos o notas adicionales, resultando utópica una regla universal que plasmada en papel aporte luz a la controversia.

2.2.2 De “Otro”

En rigor, la referencia al “Otro” debe entenderse dirigida al titular del *Estado Civil* usurpado. Ahora bien, en este punto emergen una serie de cuestiones capitales que merecen atención.

2.2.2.1 Persona Real

Ese “Otro” debe ser una persona real, no existiendo discusión doctrinal ni jurisprudencial que cuestione lo contrario⁵³. La justificación, aunque variada, apunta como decimos en una sola dirección, con los argumentos de calado que siguen:

- El sujeto sobre el que recae la acción ha de ser una persona real, ya que sólo podría usurparse un *Estado Civil* existente; las personas ficticias o imaginarias no ostentan un *Estado Civil* susceptible de ser usurpado, principalmente porque siempre han carecido del mismo.
- Desde el momento en que el legislador de 1995 destipificó expresamente el Delito de Uso Público de Nombre Supuesto (antiguo art. 322 CP/1973) se debe inferir de su voluntad la negativa a preestablecer o mantener en otro artículo -

⁵³ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia N° 14/2012 de 28 de Marzo [ARP 2012/389] dispone en su FJ° 2 que “*es interesante también destacar que la opinión dominante sostiene que la persona sustituida ha de ser real y existente, nunca imaginaria*”.

como sería el caso del art. 401 CP- esta dimensión de ataque al *Estado Civil*. En contraste, parece lógico pensar que necesariamente debe ser utilizado el nombre cierto de otra persona.

- La necesaria usurpación del *Estado Civil* relativo a la Filiación tendría así también un correcto encaje y sentido, concretando -ahora bien- *vía* apellidos la existencia del sujeto en el seno familiar específico. De esta forma, la acción de usurpar incidiría sobre el nombre y apellidos que por filiación pertenecen *de facto* a otra persona.

2.2.2.2 Persona Viva o Fallecida

Tomando como punto de partida la necesaria existencia de una persona real y específica, mayores dificultades plantea la determinación de si la misma ha de estar viva o no en el momento de efectuarse la usurpación. Tanto una postura como la contraria se nutren de razonamientos lógicos -y convincentes- para su defensa, como se tendrá oportunidad de exponer a continuación.

- 1) **Postura Negativa** o **En Contra** de la Usurpación sobre las Personas Fallecidas (línea seguida, entre otros, por QUIRALT JIMENEZ, RODRÍGUEZ RAMOS o BOIX REIG).

El argumento base radica en entender que la persona que ha existido pero que ya no existe no ostenta *Estado Civil* alguno, lo que conlleva necesariamente la imposibilidad de su usurpación⁵⁴.

- 2) **Postura Positiva** o **A Favor** de la Usurpación tanto sobre las Personas Vivas como sobre las Personas Fallecidas (línea seguida, entre otros, por MUÑOZ CONDE, QUINTERO OLIVARES o DÍAZ LÓPEZ).

⁵⁴ Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid N° 161/1999 de 17 de Marzo [ARP 1999/2036], FJ 2: “(...) no concurre esa usurpación del estado civil de «otro» porque para el Tribunal Supremo (Sentencias 5-5-1887 y 23-5-1986 ya citadas), así como para la doctrina mayoritaria (Quintano Puig Peña, Bajo etc.) ese «otro» ha de ser una persona viva, pues la persona que ha fallecido carece de estado civil .

En el caso de autos y según el relato fáctico la persona cuya identidad fue utilizada por la acusada, falleció el 20 de julio de 1957 a los cuatro meses de edad, se trata por ello de una persona que carece de estado civil y por ello no pudo ser usurpada por M^a Carmen M. a quien en consecuencia procede absolver de dicho delito”.

Se entiende que el “*Otro*” viene referido a persona fallecida en igualdad de interpretación con respecto a persona viva, subsistiendo el *Estado Civil* tras la defunción de alguien como realidad potencialmente idónea para ser suplantada.

En opinión personal y que entiendo es la dominante en la actualidad, me inclino a pensar que la referencia del precepto penal al “*Otro*” viene referida de forma genérica a una persona viva, pero que no por ello se excluye la posibilidad de una *Usurpación de Estado Civil* a persona fallecida. Así, y por citar alguna, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid N° 502/2014 de 2 de Abril [ARP 2014/642] dispone en su FJ 3 que “(...) como la doctrina más caracterizada, (...) el delito se comete tanto si se sustituye a una persona viva, como muerta. (...) la persona sustituida ha de ser real, siendo indiferente que haya o no fallecido”.

Pero es que incluso parte de los defensores de la *Postura Negativa* admiten que, aunque ciertamente la acción de suplantar la personalidad del ya fallecido no contravenga el tipo legal (salvedad, por otro lado, que es la que justifica la inclusión de estos autores en esta corriente de pensamiento), desde el punto de vista político-criminal es conveniente el castigo de estos supuestos de fallecimiento, evitando así que el tráfico jurídico quede afectado por una inseguridad permanente ante suplantaciones de este tipo. Piénsese en el caso de que, como refleja la Sentencia del Tribunal Supremo N° 331/2012 de 4 de Mayo [RJ 2012/9840] en su FJ 12, “*el recurrente asumió una personalidad de un sujeto que existió, ejerciendo los derechos y deberes que le corresponderían como si estuviera vivo, ya que la falsedad o falacia, acreditaba su existencia, al ocultar su fallecimiento con la documentación utilizada. A su vez contrajo obligaciones y derechos como si el sustituido estuviera vivo, utilizando su nombre y su personalidad, prolongando ficticiamente la existencia del que había muerto, ocultándose y protegiéndose frente a terceros, particularmente, frente a la policía, en cuanto era objeto de requisitorias*”.

La impunidad usurpatoria de estos supuestos prototípicos dista mucho de lo que me parece razonable no castigar, por lo que me inclino por la *Postura Positiva* que habilita la *Usurpación de Estado Civil* de las personas fallecidas de antemano, lo que a su vez viene a posibilitar también su castigo.

En definitiva, la realidad es que el sector doctrinal y jurisprudencial que rechaza la *Usurpación del Estado Civil* de un fallecido no es consciente de que el *Estado Civil*

como tradicional y único objeto de tutela ha quebrado hoy día, siendo actualmente la *Fe Pública* o la *Seguridad del Tráfico Jurídico* la que también se ampara y protege vía art. 401 CP, la cual se vería afectada con independencia de que la persona esté viva o no.

El debate del bien jurídico protegido, visto con anterioridad en un apartado ciertamente más prolijo en detalles, adquiere aquí justificación de su inclusión en relación con la incidencia en una posible *Usurpación del Estado Civil* de persona fallecida; así, mención especial merece la ***Concepción Mixta del Bien Jurídico Afectado*** que defiende DE LA FUENTE HONRUBIA, para el cual “el mero hecho de considerar como uno de los bienes jurídicos protegidos a la fe pública no nos puede llevar a afirmar que cabe la usurpación del estado civil de una persona viva o no, es decir, que tiene o tuvo un estado civil concreto y determinado. Al ser dos los bienes jurídicos protegidos en este delito (fe pública y estado civil personal), la ausencia de ataque a uno de ellos (...) implica forzosamente la atipicidad de esa conducta”⁵⁵.

Esta nueva ***Postura Intermedia*** de autor es cuando menos respetable, pero aun así y según creo, mantiene enquistado el problema relativo a las impunidades que trascienden de las maquinaciones que acaban propagando la inseguridad en el tráfico jurídico, y todo ello por asumir la personalidad ajena de un fallecido y no de una persona viva, lo que parecería a todas luces reprochable a nuestro Ordenamiento si se faltara a su castigo.

2.3 Idoneidad, Dolo y Error

La consumación del delito del art. 401 CP requiere la denominada “*idoneidad*” de la conducta, la cual se desdobra en dos planos diferentes:

- ***Idoneidad Subjetiva.*** Necesariamente debe existir un mínimo grado de semejanza razonable, o de circunstancias o cualidades personales afines, entre el usurpador y la persona usurpada⁵⁶. Ejemplo: El hecho de querer usurpar la

⁵⁵ En DE LA FUENTE HONRUBIA, FERNANDO, “La Usurpación de Estado...”, Op. Cit.

⁵⁶ En el ámbito convencional u *off line*, la STS N° 669/2009 de 1 Junio [RJ 2009/4203] contiene un pronunciamiento importante en su FJ Segundo: “La doctrina científica, por unanimidad, sostiene que el sujeto activo, de esta infracción, lo puede ser cualquiera con tal de que sea imputable, aunque es preciso reconocer que, en muchos casos, será necesario que el agente posea cualidades y se halle en circunstancias personales propicias para poder suplantar la personalidad de otro; también se agrega que, sujeto pasivo lo puede ser cualquiera, incluso los menores e incapacitados, lo cual, en determinados

identidad en *Facebook* –mediante la creación de una nueva cuenta de usuario- de un varón moreno de ojos marrones de 30 años de edad y subir fotos personales donde lo que se aprecia es una joven rubia de ojos azules de 18 años de edad, representa un ejemplo extremo de la inidoneidad de la conducta.

- **Idoneidad Objetiva.** Junto con el nombre, apellidos y filiación, el sujeto usurpador debe arrogarse adicionalmente los elementos de identidad del usurpado que se reputen necesarios, en un determinado contexto, para que exista un error insalvable a terceros. Ejemplo: En el caso de usurpar a través de *Twitter* el Estado Civil de una celebridad fallecida, la conducta resultaría en principio inidónea, salvo en muy determinados contextos donde el subdesarrollo haya obstaculizado el acceso a la información necesaria.

De cualquier forma, está doctrinal y jurisprudencialmente⁵⁷ asumido que la *Usurpación de Estado Civil* será siempre punible a título de dolo; y yendo más allá, el dolo directo es la única alternativa viable por las exigencias de la conducta típica⁵⁸. Poniendo ello en relación con la *Idoneidad Objetiva*, sobra decir que la conducta de aquél que suplanta la personalidad de una celebridad fallecida por mera diversión no es inidónea, sino más bien atípica, ya que no concurre el dolo exigido.

supuestos es dificultoso, puesto que v. gr. difícilmente un adulto podría subrogarse en el «status» de un niño de pocos años”.

⁵⁷ Merece ser destacado, a modo de ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón N° 241/2009, de 5 de Mayo [JUR 2010/120243], que en su FJ Primero estima no concurrente el tipo penal de *Usurpación de Estado Civil* “(...) porque no existió el dolo o ánimo específico de la denunciante de usurpar dicho estado civil en atención a la relación de amistad anterior [relación de amistad que unía a denunciante y denunciada y que, según el Juez, habilitaba a la denunciada a realizar a la denunciante las operaciones que se le imputaban], concluyendo que en todo caso se usurpó su identidad no su estado civil”.

⁵⁸ Así lo entiende DÍAZ LÓPEZ, que no obstante plantea al lector y especula sobre un interesante caso típico de *Dolo Eventual* en el que un sujeto decide atribuirse una personalidad inventada por él, la cual podría coincidir con la de alguien ya existente, lo que no escapa a su conocimiento; acto seguido, el mismo autor descarta tal posibilidad especificando que el supuesto no encaja del todo bien con las exigencias de que el *Estado Civil* sea el *de otro*.

De este modo, “si exigiáramos que ese otro sea un sujeto identificable y no un ente etéreo de probable aunque no acreditada existencia, resulta evidente la necesidad de que en el autor concorra un dolo directo. El usurpador debe saber a ciencia cierta que ese estado civil pertenece a otro. De ahí que no baste con usurpar el nombre (...) sino que es preciso que usurpe igualmente algún elemento adicional (...), momento en el cual sabría sin ningún atisbo de duda quién es el suplantado, concurriendo a partir de entonces un dolo directo, y no eventual (...)”. En DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO, *El Delito de... Op. Cit.*, págs. 173 y 174.

En este orden de ideas, es preciso poner el acento en que si el usurpador utiliza un nombre que cree supuesto y en verdad pertenece a otra persona la conducta es atípica, no existiendo el único elemento subjetivo de la conducta que se reporta innegociable. Por tanto, el error hace desaparecer el delito mismo, puesto que el dolo requiere la conciencia de que el nombre, apellidos y filiación pertenezcan a otra persona.

3. La Inhibidora Presencia del Anonimato en la Red

A la vista de lo expuesto y sin ánimo de insistir en aspectos ya proyectados sobre líneas anteriores, es fácil concluir que la suplantación de identidad en las redes sociales no se ensambla con facilidad en el tipo previsto en el art. 401 CP, debido en gran parte a una restrictiva construcción jurisprudencial (en forma de rígidos requisitos superpuestos unos con otros) creada en paralelo al engorroso tenor literal que se desprende del art. 401 CP una vez analizados en profundidad sus propios términos.

Por si ello no fuera suficiente, todavía queda hablar de un último *hándicap*: la *Anonimización* o dificultosa imputabilidad de los actos delictivos cometidos a través de Internet. No obstante, para la correcta labor de comprensión se hará uso de la Sentencia del Tribunal Supremo Nº 987/2012, de 3 Diciembre [RJ 2013/943], dictada con motivo del Recurso de Casación Núm. 2429/2011 y que sería aplicable también al Delito de *Usurpación de Estado Civil On Line* de manera análoga.

Pues bien, de la Sentencia de referencia se extraen los siguientes hechos probados: El *Acusado* “A” se conectó a internet desde su domicilio, mediante una dirección de IP concreta y asignada por su operador ONO. Así, y teniendo en su poder las claves bancarias, obtenidas de forma fraudulenta, correspondientes a la Cuenta Nº 1 de Banesto, titularidad de “B”, ordenó -accediendo al sistema de banca electrónica- una transferencia a nombre del verdadero cliente y sin su consentimiento, a la Cuenta Nº 2, que fue rechazada por el sistema de seguridad del banco afectado. Un minuto después, y desde la misma dirección IP, ordenó una segunda transferencia a la Cuenta Nº 3, titularidad del *Acusado* “C”, la cual no fue interceptada por los referidos sistemas de seguridad y se consumó.

En este contexto, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa⁵⁹ condena al *Acusado* “A” por un Delito de Estafa Informática⁶⁰, amparándose en un informe policial que vinculaba la IP con la intromisión informática y con un concreto titular.

En el Recurso de Casación reseñado más arriba, en cambio, se alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, por razón de una actividad probatoria que se entiende insuficiente para acreditar que fue el *Acusado* “A” y no otro quien realizó efectivamente el ataque informático para la sustracción de las claves personales y el posterior acceso a los servidores de la entidad financiera. Asimismo, la defensa aporta un informe pericial sobre el que girará la controversia jurídica.

En específico, *“el informe pone de manifiesto que, al tiempo en que los hechos tuvieron lugar el entorno usado era Windows XP Professional edición 32 bits, con antivirus de licencia gratuita y con conexión a través de modem (no router). Ello implicaba una información a internet de los puertos que estaban disponibles en el PC, lo que es un factor de vulnerabilidad cognoscible por otros usuarios de la red. De éstos un atacante malicioso puede aprovechar aquella vulnerabilidad para utilizar el equipo ajeno quedando su uso registrado como si fuera el auténtico titular el que utiliza la IP en esa manipulación del equipo, sin más condición que la de que el equipo del titular verdadero se encuentre encendido. Y ello sin que este titular pueda ni siquiera percatarse de ese uso malicioso y ajeno de su equipo”*. También se advierte que *“ni siquiera tal posibilidad exige una muy cualificada formación en el invasor que incluso dispone de herramientas de ayuda en la misma red”*. Con todo, la defensa no da por verdaderos los hechos acaecidos, sino que alega *“dudas razonables”* sobre la veracidad de lo que en instancia se presupone sin mayor consideración.

Obviando aquí otros motivos e indicadores en la misma dirección, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo concluye con el siguiente pronunciamiento: *“(…) la imputación del hecho -autoría de la orden telemática al banco- aún cuando parta de premisas correctas y mantenga con ellas coherencia lógica, no puede objetivamente tenerse por*

⁵⁹ SAP de Guipúzcoa Nº 403/2011, de 28 de Octubre [JUR 2014/178434].

⁶⁰ En el supuesto hipotético de entender que existe también Delito de *Usurpación de Estado Civil* (lo que no es del todo cierto ya que, entre otras cosas, la conducta está restringida a un ocasional y circunstancial acceso a la banca electrónica del afectado), el mismo sería en todo caso medio necesario para la consumación del Delito de Estafa, existiendo una clara relación teleológica de medio-fin que fundamenta el *Concurso Ideal Impropio* o *Concurso Medial*.

veraz en la medida que es compatible con alternativas razonables, siendo la inferencia en exceso abierta y poco concluyente. Lo que hace que la imputación no resulte justificada y la decisión de condena vulnere la garantía constitucional de presunción de inocencia del recurrente”.

En conclusión, a los requisitos jurisprudenciales y a la terminología del art. 401 CP debemos sumarle la difícil atribución o imputación de la conducta lesiva *on line* a su verdadero autor, precisamente por el anonimato que impera en la red. En correlación lógica, la condena de cualquier conducta de suplantación de identidad *on line* por la vía del art. 401 CP parece más bien residual, en atención a la ingente cantidad de impedimentos que aparecen en el camino.

4. Reflexión Personal: Claves y Diagnóstico

A lo largo y ancho del estudio emergen debates interesantes y controversias jurídicas varias que sin duda ennoblecen la labor emprendida en su redacción. Sin embargo, y sin ánimo de desprestigiar aspectos puramente circunstanciales aunque vinculados y relacionados con la causa, es el momento de realizar un merecido ejercicio de abstracción que nos lleve a la raíz del problema mismo y a soluciones reales, prácticas y efectivas.

El punto de partida es la identificación realizada de una zona o ámbito penalmente virgen y a la espera de un inminente acceso legislativo que no acaba de llegar. Esta tierra de nadie se corresponde con la denominada *Falsificación en la Identidad o Suplantación de Identidad Stricto Sensu*, más exactamente con la submodalidad referente a una asunción de identidad ajena y realización de actos de acción o disposición en el concreto contexto de una Red Social (insultos, vejaciones, comentarios en el tablón, subida de fotos, envío de mensajes privados, etc.), la cual tras un minucioso examen global no alcanza a ser considerada como una *Usurpación de Estado Civil*, categoría ésta que si que está penalmente sancionada (art. 401 CP). El legislador, en un curioso⁶¹ caso de omisión productiva, ha mirado finalmente para otro lado y ha generado (o más bien, mantenido) un punto muerto irrazonable, que no obtiene la protección que merece en comparación con su repercusión.

⁶¹ Se califica de “curioso” por la sola razón de haberse perdido una inmejorable ocasión de cambiar esta dinámica con la reciente LO 1/2015.

El segundo problema, que trae causa del primero, es el forzado acomodo de la referida modalidad comisiva en el artículo 401 del CP. Muy a pesar de los cuantiosos intentos al respecto, la conclusión es que el art. 401 CP no puede asumir dicha labor, a riesgo de desnaturalizar toda una construcción jurisprudencial creada alrededor del mismo. La *Usurpación de Estado Civil* se restringe inequívocamente a aquellos casos extremos en los que se suplanta la identidad de otra persona a todos los efectos ampliamente tratados.

De ahí los habituales casos excluidos en los que una persona, no pretendiendo una sustitución completa, simplemente se quiere hacer pasar por otra (arrogándose, por ejemplo, el nombre, apellido y una fotografía de la usurpada como elemento identificador adicional) en una determinada plataforma *On Line* de interacción social (p.ej. la red social *Facebook*), en una única ocasión o durante un margen temporal muy acotado y para una finalidad también concreta (p.ej. menoscabar el honor, fama o consideración pública de la víctima). Tales supuestos quedarían extramuros de la aplicabilidad del art. 401 CP. Y ello a pesar de que las consecuencias de las conductas referidas sean de una trascendencia incuestionable, magnificadas a su vez por la descontrolada proyección que facilita Internet.

Y el último problema, a propósito de las referidas disfuncionalidades, es el referido a las más que habituales resoluciones absolutorias en estos casos. Y ello porque, incomprensiblemente, no existen ni mecanismos para una directa punición ni ingeniería legal suficiente para acoplar la ciberocupación anunciada a los límites del art. 401 CP.

En mi opinión, la clave a los tres problemas identificados radica en la inexistencia de un derecho -y correlativamente, una obligación- a la acreditación de la identidad *on line*, lo que justificaría asimismo un bien jurídico penal concreto: la *Identidad Virtual*.

La identidad virtual “es el ser o el pretender ser en la red” y su “dimensión (...) coincide en esencia con el autoestima o la consciencia que se tiene de ser uno mismo y distinto de los demás en comunidades virtuales o medios sociales on line”. Ahora bien, “(...) se configura a partir de los contenidos accesibles a través de medios electrónicos y, por tanto, empieza a crearse desde el primer rastro que se deja en Internet, que no tiene por

qué haber sido dejado por la propia persona”⁶². Sobre esta premisa aclaratoria, parece lógico pensar que los comentarios ofensivos en cualquier Red Social, accesibles cuando menos para la comunidad de usuarios de la misma, resultan en realidad un atentado no autorizado contra la reputación personal, menoscabando gravemente su consideración pública individual; una simple injerencia de tal índole merece a mi juicio reproche acorde y autónomo en el Código Penal, que baremará en todo caso su intervención en función de las características concretas del supuesto.

La propuesta de *lege ferenda*⁶³ que se extrae de estas líneas no es algo totalmente novedoso y/o innovador, bastando un breve acercamiento a la singularización realizada en otros países de nuestro entorno. Si bien con técnicas legislativas diferentes, Francia y Gran Bretaña son dos grandes exponentes.

En cuanto al Ordenamiento francés, mediante Ley⁶⁴ y bajo la rúbrica de “*Lucha Contra la Ciberdelincuencia*” se introdujo en 2011 un nuevo artículo 226-4-1 en el Código Penal⁶⁵.

⁶² En FERNÁNDEZ BURGUEÑO, PABLO, “Aspectos Jurídicos de la Identidad Digital y la Reputación On Line”, adComunica: Revista de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación, 2012, Nº3, ISSN 2174-0992.

⁶³ La propia *Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al Inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Don Eduardo Torres-Dulce Lifante* recoge una proposición de tipificación de la conducta, la cual se ubicaría en el Título XVIII dedicado a las Falsedades como capítulo independiente, que se encuadraría a su vez bajo la rúbrica “*De la Suplantación de Identidad On-Line*”. El texto del precepto podría articularse de la siguiente forma según la Memoria citada:

«El que, en perjuicio de otro, suplantare la identidad de una persona física realmente existente, utilizando sus datos identificativos a través de internet, medio electrónico o sistema informático en línea de tal modo que genere error sobre la intervención en esos medios de la persona suplantada, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión o multa de seis a veinticuatro meses.

A los efectos de este artículo se entenderá por datos identificativos tanto los correspondientes a la identidad personal oficial como cualesquiera otros que el afectado utilice habitualmente y por los que sea públicamente conocido».

En *Memoria Elevada al Gobierno...* Op. Cit., págs. 748 y 749.

⁶⁴ LOI N° 2011-267 du 14 Mars 2011 d'Orientation et de Programmation Pour la Performance de la Sécurité Intérieure (Art. 2).

Enlace:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023707312&categorieLien=id>
[Última revisión: 14 de Diciembre de 2015]

⁶⁵ Art. 226-4-1 Código Penal Francés (traducción propia): “*El hecho de usurpar la identidad de un tercero o utilizar una o varias de otra naturaleza para desestabilizar su tranquilidad, o destruir o atentar contra su honor o consideración, se castiga con un año de prisión y una multa de 15.000 €. (...)*”.

Un aspecto curioso merece ser aquí reflejado, ya que, a pesar de que con anterioridad a la Ley referida tanto el Ordenamiento francés como el español partieran de una misma laguna de punibilidad respecto a la *Suplantación de Identidad en Internet*, la realidad es que el primero achacaba la responsabilidad del problema al hecho de que en Francia no existiera un delito de usurpación de identidad genérico (que es precisamente el tipificado en el art. 401 CP) y que solamente se castigaran aquellas conductas en contextos muy determinados o exigiendo una intención igualmente específica; el Ordenamiento español, en cambio, parte de la existencia e inadecuación del delito genérico de *Usurpación de Estado Civil*. Sea como fuere, lo cierto es que Francia ha atajado de raíz el problema pensando en la criminalidad informática, mientras que el vetusto precepto español “general” sigue adoleciendo de su incapacidad para afrontar los desafíos informáticos de la más estricta actualidad.

El caso inglés es también interesante, al regular la materia en el marco de una Ley especial. Se trata de la *Malicious Communications Act* de 1988, Ley que desde su nacimiento tuvo el fin de ilegalizar que “*se envíen o entreguen cartas u otros artículos con el propósito de causar angustia o ansiedad*”. Ahora bien, aunque originariamente el objeto sobre el que recaía su ámbito de aplicación era claro (material impreso), la referida Ley ha sabido adaptarse a los nuevos tiempos⁶⁶, tanto que su alcance se ha visto ampliado para lograr cubrir las comunicaciones electrónicas, y en especial, lograr contrarrestar mensajes indecentes o groseramente ofensivos, amenazas o información que es falsa o se cree que pueda ser falsa en el entorno virtual.

A propósito del Derecho Comparado francés (en cuanto el aprovechamiento de un precepto “general” existente) y del inglés (actualizar una normal penal que se tiene por obsoleta), existe a mi juicio una segunda solución paralela a la de la incorporación de un artículo *ex novo*; ésta radica en adecuar la elaboración jurisprudencial del concepto *Estado Civil* en aras a que comprenda la personalidad digital como proyección especial -y no sujeta a requisitos inflexibles- en un entorno *on line* ya de por sí diferente al

Enlace:

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=34D6ECC2BD56A894EC765B3ECA76E06D.tpdila16v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070719&idArticle=LEGIARTI000023709201&dateTexte=20151011&categorieLien=id#LEGIARTI000023709201 [Última revisión: 14 de Diciembre de 2015]

⁶⁶ El siguiente enlace hace accesible al internauta la redacción originaria y la más reciente de la *Malicious Communications Act* de 1988: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/27/contents> [Última revisión: 14 de Diciembre de 2015]

convencional. Ello además es congruente con el art. 3 del Código Civil, según el cual “*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con (...) la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (...)*”.

Finalmente, al otro lado del Atlántico tampoco se cesa en el empeño de acomodar legislaciones, con mayor o menor éxito, pero con la persistencia propia de lo que apremia. Argentina de buena fe de ello, con un Proyecto de Ley [Nº de Exp.: 1312/12]⁶⁷ presentado el 15 de Mayo de 2012 incorporando un nuevo artículo al Código Penal por el cual se tipificaba el Delito de Suplantación de Identidad Digital. Sin embargo, el expediente caducó el 28 de Febrero de 2014. Pero es que al mismo le precedió otro dos años antes [Nº de Exp.: 4643-D-2010]⁶⁸, con similar suerte.

Otro ejemplo de máxima actualidad es el Proyecto del Nuevo Código Penal hondureño sobre el cual el Poder Legislativo de ese país se haya trabajando en estos momentos; el mismo incluye, como no podía ser de otra forma, una tipificación autónoma de la *Suplantación de Identidad Digital*⁶⁹.

Por tanto y a mi entender, una apuesta por la expresa regulación de la *Suplantación de Identidad en Internet* en nuestro Ordenamiento Jurídico, primero, hubiera entonado bien con una realidad jurídica que tiende a la internacionalización de su castigo, y segundo, hubiera dignificado más la reciente reforma penal. Y todo ello al margen de poner a disposición del Juez una alternativa de norma penal creada *ex profeso* para el castigo de una figura inexistente, lo que de seguro causará mayor seriedad e impacto a efectos de sensibilización ciudadana.

⁶⁷ Enlace al Proyecto, cuya motivación y fundamentación de la propuesta viene al hilo de las reivindicaciones del presente estudio.

<http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=1312/12> [Última revisión: 14 de Diciembre de 2015]

⁶⁸ Enlace: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4643-D-2010> [Última revisión: 14 de Diciembre de 2015]

⁶⁹ Como se informa y se adelanta por numerosos medios de comunicación (ya que la prensa ha tenido acceso al Proyecto), la literalidad del precepto será la que sigue: “*Quien con ánimo de defraudar suplante la identidad de una persona física o jurídica, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, incurrirá en una pena de prisión de cuatro a siete años*”.

V. CONCLUSIONES

Los objetivos marcados en la elaboración del presente estudio obligan ahora a una exposición clara, concisa y muy visual de las líneas maestras seguidas para su consecución, extrayendo del texto ideas cumbre y conjugando ello con la enfatización de interrogantes de los que traen su causa.

PRIMERA.- Bajo la genérica acepción *Suplantaciones de Identidad* en Internet se entremezclan diversas técnicas comisivas, de entre las que destacan dos; la primera queda recogida en el art. 401 CP (la *Usurpación de Estado Civil*), mientras que la segunda es una forma imperfecta de comisión de la anterior, en tanto la conducta delictiva no alcanza a satisfacer las exigencias jurisprudenciales que los Tribunales han ido construyendo durante años. El contrasentido radica en que la segunda modalidad comisiva, de largo la más habitual en la práctica, no encuentra reflejo punitivo penal, mientras que la segunda es tan forzada su aplicación al entorno digital que apenas actúa. La conclusión es la impunidad (resoluciones absolutorias y autos de sobreseimiento) para una práctica delictiva que en nada sorprende su alarmante cifra ascendente en nuestro país, dado el vacío legal existente.

SEGUNDA.- Curiosamente, el CP/1973 en su art. 322 reflejaba un tipo penal (*Delito de Uso Público de Nombre Supuesto*) que hoy día, de no estar derogado, serviría como instrumento eficaz para luchar contra la lacra del ciberdelito que nos ocupa. Su castigo, sin embargo, alcanzaba por aquél entonces dos vertientes: el uso de un nombre ficticio y el uso del nombre de una persona concreta no ficticia. Su destipificación trae buena -y sensata- causa respecto de la primera categoría, pero la segunda queda injustamente enterrada en el olvido por lo absurdo del castigo a la primera.

TERCERA.- La LO 1/2015 disponía de una ocasión inmejorable en tiempo y forma para depurar inseguridades e impunidades tipificando expresamente un delito de nueva planta que asumiera el papel principal que siempre debió tener en la era de las nuevas tecnologías y la comunicación.

Todo era favorable para que así hubiera sido, por un lado porque no es un castigo sin antecedentes en nuestro Código Penal (destaca el *Delito de Uso Público de Nombre Supuesto*), y segundo porque tanto los Ordenamientos Jurídicos de nuestro entorno (p. ej. Francia o Gran Bretaña) como los más alejados (p. ej. Argentina y Honduras) vienen actuando desde hace años en una única dirección: su tipificación a toda costa. Extraña asimismo que la desatención del legislador se extienda también a la propuesta de tipificación expresa del *Delito de Suplantación de Identidad en Medios Electrónicos* que reflejó la Fiscalía General del Estado en su Memoria presentada en Septiembre del 2014.

Con todo, la LO 1/2015 se queda sin actuar sobre la raíz del problema, arremetiendo indirecta y sin voluntad legislativa alguna sobre aspectos muy extremos y puramente residuales de la problemática a través del novísimo art. 172 *ter* CP. Notas como la «insistencia», «reiteración» y «alteración grave de la vida cotidiana» que recoge el citado artículo no hacen sino alejar más la solución real del problema.

CUARTA.- El art. 401 CP contempla no pocos equívocos conceptuales en su redacción (“*el que usurpare el estado civil de otro será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años*”). De hecho, algo tan elemental como el bien jurídico protegido se haya a la espera del suficiente consenso doctrinal y jurisprudencial, generando opiniones encontradas con razón del cambio de ubicación sistemática que ha sufrido el precepto. Así, el art. 470 CP/1973 se encontraba situado en el Título XI del Libro II del Código Penal, relativo a los «*Delitos Contra el Estado Civil de las Personas*», mientras que el actual art. 401 CP se sitúa en el Título XVIII del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica «*De las Falsedades*».

Consecuencia de ello se derivan tres posturas, a cada cual con mayores inconvenientes. La primera propugna como bien jurídico protegido el «*Estado Civil Familiar*», sin atender a gradación de ningún tipo de entre las conductas que se inmiscuyan en la esfera de la pertenencia de otro a una familia; de igual forma, se simplifica arbitraria e interesadamente el concepto *Estado Civil*. La segunda postura, en cambio, entiende que la «*Seguridad del Tráfico Jurídico o Fe Pública*» es el bien jurídico indiscutido, obviando en cambio que nunca podría ser el único, toda vez que los insultos y vejaciones en una Red Social difícilmente pueden ocasionar alteraciones en este campo.

La tercera postura en discordia es la «*Mixta*» que, sin embargo, pierde sentido de entender que el ataque a uno de los dos bienes jurídicos antedichos implicaría la atipicidad de la conducta, algo inasumible en el entorno digital, donde no es común la incidencia directa y automática en el tráfico jurídico.

En definitiva, si lo que debería protegerse son las relaciones sociales en el ámbito de Internet, este estudio propone la identificación de la *Identidad Virtual* como bien jurídico protegido, sobre el que giraría a su vez un artículo de nueva creación de castigo a las injerencias en el mismo. De esta forma se procuraría evitar, en analogía con el tratamiento dispensado para el entorno convencional, ataques a la personalidad o a la conciencia de uno mismo (en este caso, en la Red).

QUINTA.- Con el objetivo de evidenciar lo inconveniente de servirse del vetusto art. 401 CP para cubrir el vacío dejado por el *Delito de Uso Público de Nombre Supuesto*, se relacionan una serie de rígidos requisitos que ha ido edificando la Jurisprudencia para su aplicación y castigo: el «*Uso Público de Derechos y Acciones del Usurpado*», un actuar «*en Perjuicio de la Persona Usurpada*», la «*Permanencia de la Usurpación*» y la «*Usurpación Total de la Identidad*».

Por tanto, acciones delictivas sin sustitución plena en la identidad ajena, en un marco de actuación limitado a una red social, en una sola ocasión o en varias cercanas en el tiempo y con la finalidad última de violentar la estima personal de un tercero no recibirían respuesta jurídico-penal al quedar al margen de los límites fronterizos del art. 401 CP.

Como vemos, estos requisitos superpuestos y pensados originariamente para un ámbito *Off Line*, encuentran en el entorno digital un espacio de actuación más complejo de lo habitual. Pero es que además, y a pesar de que la relación innegociable de requisitos dificulte sobremanera que una conducta prototípica de *Suplantación de Identidad On Line* sea incardinable en el art. 401 CP, aun se puede referenciar un último obstáculo de naturaleza insalvable: la *Anonimización*, esto es, la difícil imputación certera de responsabilidad por actos delictivos cometidos a través de Internet.

SEXTA.- Nuevas incertidumbres plantea también el concepto «*Estado Civil*» extraído del tenor literal del art. 401 CP, primeramente por su falta de definición en el marco

jurídico nacional y segundo por la imprecisión de los elementos integrantes del mismo, cuestión esta última derivada del origen civilista del término y de su discrepante proyección penal. Por si ello no fuera suficiente, un nuevo interrogante se abre ya no respecto de los elementos integrantes, sino de los elementos configuradores de la conducta usurpatoria de entre aquellos.

En conclusión, el exhaustivo despliegue analítico del presente estudio ofrece como resultado que el *Nombre, Apellidos y Filiación* son elementos innegociables a la hora de usurpar la identidad ajena, pero no suficientes, requiriendo de forma equivalente un elemento agregado que determine por medio de la individualización la inequívoca asunción de la impropia personalidad. Tal elemento puede ser cualquiera, desde otro de entre los integrantes del *Estado Civil* (en su concepción civilista o penalista), hasta el *nickname* usado para el registro en una página web; en suma, cualquiera que aporte concreción en un determinado contexto.

SÉPTIMA.- Con motivo de lo expuesto, otro requisito con presencia autónoma de cara a la consumación del delito de *Usurpación de Estado Civil* adquiere aquí nombre propio, la *Idoneidad* de la conducta. Ya sea en el plano subjetivo (existencia de cierta semejanza física entre usurpador y usurpado) como en el objetivo (elemento adicional que debe apropiarse junto con el nombre, apellidos y filiación del usurpado), constituye sin duda un escalón más que superar hacia la perfección del comportamiento delictivo.

El castigo de una conducta inocua, en cuanto que no es susceptible de generar error en terceros sobre la exacta identidad de la persona actuante en la Red, contravendría el principio de intervención mínima del Derecho Penal, debiendo quedar fuera del campo de actuación del art. 401 CP.

OCTAVA.- Otro debate que trasciende en importancia con motivo de la literalidad del art. 401 CP (el Estado Civil «*de Otro*») es el que se plantea acerca de si la persona real cuya identidad se arroga puede estar fallecida o, por el contrario, debe estar viva. Las opiniones más autorizadas no adoptan una posición unívoca al respecto, pero en la redacción del estudio se ha optado por un amplio enfoque y una consecuente habilitación de tal posibilidad de usurpación de identidad ajena de persona fallecida. Entre las razones motivadoras de este posicionamiento se encuentra la imposibilidad de rehuir la idea de que el fingimiento materializado en la suplantación de la identidad de

un tercero fallecido, prolongando artificiosamente su vida, puede suponer injerencias en el bien jurídico de la *Fe Pública* o la *Seguridad del Tráfico Jurídico*. Y este bien jurídico, como se viene diciendo y al margen de sus inconvenientes, es innegociable. Por lo tanto, la evitación de impunidades palmarias e injustas vuelve a primera línea de defensa en este estudio.

NOVENA.- Se esboza finalmente, como solución principal al vacío legal existente en nuestro marco jurídico, una propuesta de *lege ferenda* que orbite alrededor de la *Identidad Virtual*, un bien jurídico innovador y creado *ex profeso* a la causa. Esta tipificación delictiva tiene sentido y fácil acomodo, no debiendo obviarse que existen precedentes importantes en el Código Penal (*Delito de Uso Público de Nombre Supuesto*; art. 322 CP/1973) y que legislaciones de numerosos Estados en la actualidad ya lo han incluido o tienden clamorosamente en favor de su inclusión.

DÉCIMA.- Subsidiariamente, se facilita otra propuesta de solución de *lege lata*, viable en sus términos y de ambiciosa practicidad dada la inobservable herencia dejada por la LO 1/2015 sobre este extremo. Esta alternativa propugna reorientar la labor jurisprudencial erigida sobre el art. 401 CP hacia el acogimiento de la personalidad digital como proyección especial del precepto en cuestión. Se califica de «*especial*» en el sentido de flexibilizar o dejar exenta a la conducta usurpatoria de identidad *On Line* de los requisitos jurisprudenciales clásicos asentados. La iniciativa queda pues a exclusiva voluntad judicial.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALAMILLO DOMINGO, IGNACIO, *Robo de Identidad y Protección de Datos*, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.
- ALBADALEJO, MANUEL, *Derecho Civil I: Introducción y Parte General*, Edit. Edisofer, Madrid, 2009.
- ALONSO GARCÍA, JAVIER, *Derecho Penal y Redes Sociales*, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.
- BOIX REIG, JAVIER, *El Delito de Usurpación de Estado Civil*, Colección de Estudios: Serie *Minor*, Valencia, 1980.
- DE LA FUENTE HONRUBIA, FERNANDO, “La Usurpación de Estado Civil”, *Actualidad Penal*, Sección Doctrina, 2000, Ref. VII, págs. 145 y ss., Tomo 1, Editorial LA LEY [LA LEY 2797/2001].
- DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO, *El Delito de Usurpación del Estado Civil*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- FARALDO CABANA, PATRICIA, “Suplantación de Identidad y Uso de Nombre Supuesto en el Comercio Tradicional y Electrónico”, UNED. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, Nº 3 (2010).
- FERNÁNDEZ BURGUEÑO, PABLO, “Aspectos Jurídicos de la Identidad Digital y la Reputación On Line”, *adComunica: Revista de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, 2012, Nº3, ISSN 2174-0992.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, JUAN MANUEL (Coord.), *Diccionario Jurídico*, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.
- GÓMEZ RIVERO, M^a DEL CARMEN (dir.), *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, Edit. Tecnos, Madrid, 2015.

- GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, *Comentarios al Código Penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.
- GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Edit. Tirant lo Blanch [2ª Edición], Valencia, 2015.
- GUARDIOLA GARCÍA, JAVIER, *La Realización Arbitraria del Propio Derecho*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2016*, Edit. Francis Lefebvre, Madrid, 2015.
- *Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al Inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Don Eduardo Torres-Dulce Lifante*, Madrid, 2014.
- MENDO ESTRELLA, ÁLVARO, “El Cibercrimen en las Redes Sociales. Especial Atención a la Suplantación de Identidad”, en BUENO DE LA MATA, FEDERICO (coord.), *FODERTICS 3.0. Estudios sobre Nuevas Tecnologías y Justicia*, Edit. Comares, Granada, 2015.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General*, Edit. Reppertor, Barcelona, 2011.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal Parte Especial*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CUESTA, JAVIER y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, EDUARDO, *Cuestiones Prácticas sobre la Reforma Penal de 2015*, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.

- OLLÉ SESÉ, MANUEL, “Reflexiones Sobre Ciberdelincuencia y Redes Sociales Digitales”, Revista de Estudios Jurídicos N° 13/2013 (Segunda Época). Universidad de Jaén, ISSN 1576-124X (impresa) o ISSN 2340-5066 (digital).
- ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS, *Problemas Procesales de la Ciberdelincuencia*, Edit. Colex, Madrid, 2013.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Director), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Edit. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Mª PILAR, “Suplantación Electrónica de Identidad. Posible Respuesta Jurídica Penal”, Diario La Ley, N° 7906, Sección Tribuna, 20 de Julio de 2012, Año XXXIII, Ref. D- 288 [LA LEY 7719/2012].
- RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS (dir.), *Código Penal Comentado y con Jurisprudencia*, Edit. La Ley, Madrid, 2009.
- SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho Penal Parte Especial*, Edit. Dykinson, Madrid, 2004.

Jurisprudencia Citada

1) Relación de Sentencias del Tribunal Supremo (TS)

- STS de 6 de Diciembre de 1985 [RJ 1985/5998]
- STS de 23 de Mayo de 1986 [RJ 1986/2873]
- STS N° 520/2007, de 14 de Junio [RJ 2007/3892]
- STS N° 669/2009, de 1 de Junio [RJ 2009/4203]
- STS N° 635/2009, de 15 de Junio [RJ 2009/6642]
- STS N° 1045/2011, de 14 de Octubre [RJ 2011/7488]
- STS N° 331/2012, de 4 de Mayo [RJ 2012/9840]
- STS N° 987/2012, de 3 de Diciembre [RJ 2013/943]

2) Audiencias Provinciales (AP)

2.1) Relación de *Sentencias* de Audiencias Provinciales

- SAP de Madrid N° 161/1999, de 17 de Marzo [ARP 1999/2036]
- SAP de Sevilla N° 336/2000, de 23 de Mayo [ARP 2000/1861]
- SAP de Zaragoza N° 240/2006, de 27 de Abril [RJ 2007/43021]
- SAP de Guipúzcoa N° 403/2011, de 28 de Octubre [JUR 2014/178434]
- SAP de Segovia N° 14/2012, de 28 de Marzo [ARP 2012/389]
- SAP de Huesca N° 137/2012, de 7 de Septiembre [JUR 2012/318953]
- SAP de Burgos N° 202/2013, de 30 de Abril [JUR 2013/197954]
- SAP de Toledo N° 4/2014, de 21 de Enero [ARP 2014/36]
- SAP de Madrid N° 57/2014, de 7 de Febrero [JUR 2014/56296]
- SAP de Madrid N° 502/2014, de 2 de Abril [ARP 2014/642]
- SAP de Pontevedra N° 23/2015, de 5 de Mayo [JUR 2015/148781]

2.2) Relación de *Autos* de Audiencias Provinciales

- Auto N° 53/2009 de la AP de Toledo, de 26 de Marzo [ARP 2009/628]
- Auto N° 241/2009 de la AP de Castellón, de 5 de Mayo [JUR 2010/120243]
- Auto N° 46/2010 de la AP de Segovia, de 25 de Marzo [JUR 2010/175355]