



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Rojas Aguirre, Luis Emilio
Historia dogmática de la falsedad documental
Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXIX, diciembre, 2012, pp. 545-583
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173625403020>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](http://www.redalyc.org)

[redalyc.org](http://www.redalyc.org)

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

HISTORIA DOGMÁTICA DE LA FALSEDAD DOCUMENTAL*

["Dogmatic History of Document Falsification"]

LUIS EMILIO ROJAS AGUIRRE**
Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile

RESUMEN

La doctrina penal considera que la regulación penal de la falsedad documental, heredera de la tradición jurídica francesa-española, tiene su fundamento en la protección de la "autenticidad", porque no existe un derecho "general" a la verdad. En esto se diferenciaría de la regulación penal de la falsedad documental en Alemania, en cuya tradición jurídica precisamente se planteó la existencia de tal derecho y su negación. Sin embargo, ambas tradiciones tienen un origen común,

ABSTRACT

The criminal doctrine ascertains that the regulation of criminal law regarding document falsification, heir to the French-Spanish legal tradition, is based on the "authenticity" protection, because there is no "general" right to truth. This makes it different to the criminal regulation of document falsification in Germany, legal tradition of which precisely raised the question of whether such right existed and its denial. Nonetheless, both traditions have a common origin,

RECIBIDO el 25 de octubre y ACEPTADO el 14 de diciembre de 2012.

* El presente trabajo ha sido escrito en el marco del proyecto FONDECYT N° 1110512: "Falsedades documentales: entre autenticidad y verdad. Hacia una revisión del sistema de delitos de los artículos 193 a 198 del Código penal", en el cual el autor participa como investigador responsable; el cual expresa sus agradecimientos a la ayudante de investigación Manuela Royo.

** Profesor de Derecho penal de la Universidad Alberto Hurtado. Dirección postal: Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Almirante Barroso 10, Santiago, Chile. Correo electrónico: lurojas@uahurtado.cl

que hunde sus raíces en el castigo del *crimen falsi* en el Derecho romano. A partir de la indagación en estas raíces, la siguiente revisión histórico-dogmática pretende mostrar que la falsedad documental se desglosa del “crimen de falsedad” y que su injusto no puede ser esclarecido sin recurrir al derecho a la verdad.

PALABRAS CLAVE

Crimen de falsedad – Injusto del delito de falsedad documental – Derecho a la verdad.

grounded in the *crimen falsi* punishment in the Roman Law. Based on the research of these grounds, this historical-dogmatic review is intended to show that document falsification can be broken down into “breach of truth” and that this crime cannot be fully resolved without resorting to the right to truth.

KEYWORDS

Breach of truth – Crime of document falsification – Right to truth.

I. INTRODUCCIÓN¹

En una monografía sobre falsedad documental del año 1952, el destacado jurista español Antonio Quintano Ripollés verificaba que en la aclaración del término “falsedad” aún queda mucho por hacer y se lamenta de una terminología jurídica “plagada de imprecisiones y ambigüedades, que hacen, a la vez, la fortuna de los prácticos y la desesperación de los científicos”². Al desarrollar el concepto de falsedad, Quintano Ripollés sostiene que en una sistemática basada en el concepto “positivo de genuinidad”, a diferencia de un sistema basado en el “relativo de veracidad”, un “falso no mendaz” o “falso veraz” es perfectamente concebible³. Piensa que la sistemática española y la francesa tiende más bien a garantizar los valores de “genuinidad formal”, mientras que la germánica, “preocupada por lo final y el resultado” (“zur Täuschungim

¹ El contenido de este trabajo también se puede resumir con recurso a estas palabras de FARINACIUS, Prosperus, *Variarum quæstionum*, quaest. CL, párr. I, en *Operum Criminalium* (1618), V, tít. XVI, pars V: *De falsitate & simulatione*, 1618: “*Quid fit falsum. Qua in re aliquid dixerut, simpliciter, falsitate esse veritatis mutationem [...]. Aliqui autem dixerunt falsitatem esse mutationem veritatis dolose seu scienter factam [...]. Alii dixerunt, & melius, falsitatem esse veritatis mutationem & in alterius praeiudicium factam [...]. Et aliqui demum dixerunt falsitatem esse imitatione veritatis*” (“¿Qué sea una falsedad? Sobre este asunto varios han dicho simplemente que la falsedad es una mutación de la verdad [...]. Otros también han dicho que la falsedad es una mutación de la verdad dolosa hecho a sabiendas [...]. Otros dijeron, y mejor, que la falsedad es una mutación de la verdad hecha con perjuicio a un tercero [...]; y otros sólo dijeron que la falsedad es la imitación de la verdad”).

² QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *La falsedad documental* (Madrid, Reus, 1952), p. 14.

³ *Ibid.*, p. 107.

Rechtsverkehr”), es más susceptible de tener en cuenta los valores ideales de veracidad y mendacidad”⁴. Frente a una hipótesis de “falso no mendaz”, esto es, de un documento falsificado con contenido “intrínsecamente” verdadero y no obstante reconocer lo paradójico de la expresión misma, prefiere la “solución actual de tipificación de la falsedad como alteración de la genuinidad”, porque una sistemática basada en la “prevalencia absoluta de la verdad real” dejaría en desamparo “valores de genuinidad apriorística”, sin perjuicio de considerar a posteriori la ausencia de antijuridicidad subjetiva u objetiva al comprobarse verdadero o inocuo lo “no genuino” previamente calificado como “falso”⁵.

Este pasaje de la notable e influyente obra de Quintano Ripollés deja en evidencia la necesidad de reflexionar en torno al concepto de falsedad. La sola expresión “falso veraz” resulta no sólo paradójica, sino además conceptualmente incómoda. ¿Puede existir un atributo que al mismo tiempo sea falso y verdadero? Quintano sostiene que esto es posible en un sistema basado en el “concepto positivo de genuinidad”, como sería el francés-español, no así en el germánico basado en el “concepto relativo de verdad”. De este modo, Quintano contrapone la sistemática francesa-española a la alemana de regulación penal de la falsedad documental. La investigación siguiente se dirige a mostrar que esta contraposición de sistemas es equivocada. Se trata a continuación de un estudio histórico-dogmático, esto es, que indaga en las raíces del concepto del delito de falsedad documental. Al mismo tiempo, intenta una reflexión sobre el concepto de falsedad en la convicción de que no es viable pretender esclarecer el injusto propio del delito de falsedad documental sin previamente reflexionar sobre el concepto de verdad.

II. ORIGEN HISTÓRICO DEL CONCEPTO DE FALSEDAD DOCUMENTAL

1. Origen de la falsedad documental en el Derecho romano.

La historia comienza en la República romana tardía, época en que el testamento escrito cumplía un papel fundamental en la vida social y jurídica, pues el pretor reconocía la posesión de buena fe sobre los bienes del causante (*bonorum possessio secundum tabulas*) a quien presentaba las tablas testamentarias (*tabulae testamenti*)⁶. Sin embargo, el testamento escrito no siempre tuvo esa relevancia. Antes de esa época, la sucesión era “ab intestato” o, de

⁴ Ibíd., p. 108.

⁵ Ibíd., p. 108 s.

⁶ D'ORS, Álvaro, *Contribuciones a la historia del 'crimen falsi'*, en *Studi in onore di Edoardo Volterra* (Milano, Giuffrè, 1969), II, p. 545; ALEJANDRE, Juan Antonio, *Estudio histórico del delito de falsedad documental*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 42 (1972), p. 128.

otorgarse un testamento, éste era extendido oral y públicamente en la ceremonia de la *mancipatio*. Estas formas de sucesión comienzan a remplazarse por nuevas formas testamentarias hasta llegar a otorgarse en privado, en secreto y por escrito, en un *testamentum per scripturam*⁷. Aparentemente, la falsedad testamentaria llegó a ser una conducta que alcanzó cierta frecuencia en el contexto de decadencia de las reglas sociales de la aristocracia romana, frente al cual Lucio Cornelio Sila se vio en la necesidad de reforzar el sistema de justicia criminal mediante el establecimiento de *quaestiones perpetuae*, esto es, especialización permanente de jurados para conocer determinadas clases de crímenes, que daban lugar a persecución penal pública⁸. Una de ellas fue la *quaestio de falsis*, establecida por Sila en el año 81 a.C. mediante un plebiscito que fue conocido como *lex Cornelia de falsis*⁹.

La *quaestio de falsis* abarcaba originalmente falsedades testamentarias y de monedas, de ahí que fuera conocida también como *lex testamentaria nummaria*¹⁰. En relación a los testamentos, se castigaba la creación de un testamento falso mediante actos consistentes en la imitación de caligrafía (*scribere*), colocación de sellos aparentando autenticidad (*signare*), uso de testamento falso en juicio (*recitare*), y respecto de testamentos auténticos, alteración de su escritura (*interlinere*), sustitución (*subicere*), apertura indebida (*resignare*), destrucción (*delere*), sustracción (*amovere*) u ocultación (*celare*) del mismo¹¹. Según d'Ors, la asociación en una misma ley de la falsificación

⁷ ALEJANDRE, J. A., cit. (n. 6), p. 128: las *tabulae testamenti* eran originalmente un documento privado, aunque dotado con autoridad de ley.

⁸ GREEN, Stuart, *Deceit and the Classification of Crimes: Federal Rule of Evidence 609 (A) (2) and the Origins of "crimen falsi"*, en *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 90 (2000) 4, p. 1.096; también: ALEJANDRE, J. A., cit. (n. 7), p. 129: "[...] no es de extrañar que la ola de alteraciones y violencias que caracterizó la época de Sila alcanzara también al testamento —y mucho más fácilmente a la moneda— [...]". Sobre la formación histórica de la *quaestio, accusatio* o *iudicium publicum* en la República romana: MAIER, Julio, *Derecho procesal penal* (2^a edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002), I, pp. 284 ss. Sila organizó siete tribunales de jurados presididos por un pretor, para los siguientes delitos: *de repetundis*, sacrilegio y peculado, homicidio, *ambitus*, crímenes de lesa majestad, *falsum* e injurias graves.

⁹ Cfr. GREEN, S., cit. (n. 8), p. 1.096; ALEJANDRE, J. A., cit. (n. 6), p. 129; MALINVERNI, Alessandro, *Teoria del falso documentale* (Milano, Giuffrè, 1958), pp. 162 s. y nota 35, discute el carácter puramente procesal de esta *lex*.

¹⁰ MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht* (Leipzig, Duncker & Humblot, 1899), pp. 669 s.; D'ORS, A., cit. (n. 6), p. 544; GREEN, S., cit. (n. 8), p. 1.096.

¹¹ D'ORS, A., cit. (n. 6), p. 545; ALEJANDRE, J. A., cit. (n. 6), p. 130. El alcance original de la *lex Cornelia de falsis*, según d'Ors, se encuentra referido en el Dig., 48,10, 2, de Paulo: "El que quitase el testamento, lo ocultase, lo hurtase, lo robase, lo interlinease, lo supusiese, o lo volviese a signar, o el que escribiese testamento falso, lo signase,

de testamentos, de sellos y de monedas, se explica por un elemento común que radicaría en el abuso del *signum*¹².

Posteriormente, mediante el senadoconsulto Liboniano del año 16 d.C., se extendió la *quaestio de falsis* a otros documentos no testamentarios, pero sólo en relación a documentos cerrados (*cum consignatione*) y restringida a los tres actos originalmente penados de *scribere*, *signare* y *recitare*¹³. Tales documentos no testamentarios eran, por ejemplo, las *testaciones*, esto es, documentos escriturados de testimonios, por lo que el senadoconsulto Liboniano extendió el castigo de la *lex Cornelia* a *falsas testationes facere* y a la presentación en juicio de unos *falsa testimonia*, pero en ambos casos se trataba sólo de testificaciones documentadas –no aún de falso testimonio oral¹⁴–. La extensión de la pena de la *lex Cornelia de falsis* a falsedades cometidas en documentos no signados (*sine consignatione*) y quirografarios, como por ejemplo la documentación de carácter administrativo y burocrático (*album praepositum*), documentos legales (*rescripta*) y *epistulae*, se produce recién a mediados del siglo III por vía de interpretación jurisprudencial¹⁵. Los factores de dicha extensión fueron probablemente, por una parte, la generalización del uso del pergamino y del cuero, en lugar de las tablas, y, por otra, la difusión del quirógrafo como forma de escritura no provista de sellos, por lo que requería al igual que éstos también de protección¹⁶. Esta ampliación por vía jurisprudencial de la *lex Cornelia de falsis* a cualquier clase de documentos, implicó también la extensión de todos los actos penados, antes restringidos a los testamentos, ahora realizados en cualquier clase de documento¹⁷. De esta manera, se llega a castigar tanto la creación de documentos falsos como la falsificación de documentos auténticos, con lo cual la falsedad testamentaria deja de ser una figura autónoma y se diluye bajo el régimen general de la falsedad documental¹⁸. En consecuencia, a partir de este momento, esto es, recién desde mediados del siglo III, puede hablarse con propiedad de falsedad documental¹⁹.

lo leyese con dolo malo, o hiciese alguna otra cosa semejante, es condenado a la pena de la ley Cornelia”.

¹² D’ORS, A., cit. (n. 6), p. 546.

¹³ Ibid., p. 546 s.; ALEJANDRE, J. A., cit. (n. 6), pp. 131 s.

¹⁴ D’ORS, A., cit. (n. 6), p. 553 s.

¹⁵ Ibid., p. 548 s.; ALEJANDRE, J. A., cit. (n. 6), pp. 133 s.

¹⁶ ALEJANDRE, Juan Antonio, cit. (n. 6), p. 134 s.

¹⁷ D’ORS, A., cit. (n. 6), p. 548 s.

¹⁸ ALEJANDRE, J. A., cit. (n. 6), p. 135.

¹⁹ Ibid., p. 135.

2. Creación del concepto de “*falsum*” por obra de la doctrina medieval italiana.

Sin embargo, la asignación de un nombre no implicó aún la acuñación de un concepto. Las sucesivas extensiones en la aplicación de la *lex Cornelia de falsis* mediante senadoconsultos o por vía jurisprudencial, a cualquier clase de falsedad documental y a otras hipótesis fácticas incluidas bajo el nombre del *falsum*, habían respondido a criterios prácticos de necesidad de persecución penal y castigo²⁰. Esta expansión, que alcanza su punto culmine en el siglo III, llega al extremo de abarcar delitos de engaño sin conexión con los supuestos originarios de la *lex Cornelia de falsis*, como ocurre con el *stellionatus*²¹. En esta época, aún no se había elaborado un concepto de *falsum* que identificara elementos comunes a las diversas hipótesis fácticas castigadas por esta *lex*. Incluso la repuesta atribuida a Paulo a la pregunta “qué sea una falsedad” responde: “y se considera que la hay cuando alguno imitara una escritura ajena o un libelo, o mutilara o rehiciera un escrito o unas cuentas, pero no si de otro modo mintiera en una computación o cuenta” (Dig. 48,10,23)²², no pretendía acuñar un concepto²³. El concepto de *crimen falsi* y la identificación de los elementos que debían concurrir en cualquiera de las diversas hipótesis fácticas incluidas bajo dicho rótulo surgió posteriormente²⁴, por obra de la doctrina italiana medieval tardía al glosar y comentar el *Corpus iuris civilis* entre los siglos XIII y XVI²⁵.

El primer elemento del concepto de *falsum* es la “*mutatio veritatis*”, atribuido a Azo († aprox. 1230): “*falsum est immutatio veritatis*”²⁶. Esta definición de falsedad como mutación de la verdad se aparta ligeramente del texto glosado por Azo que alude a la “*imitatio veri*”. Se trata de la Novela 73 de

²⁰ MOMMSEN, Th., *Römisches Strafrecht*, cit. (n. 10), p. 670; el Senadoconsulto Mesaliano, de 20 d.C., extendió la pena del *falsum* a distintas hipótesis de venalidad, como cobrar, pactar o asociarse para aportar abogados o testigos, o asociarse para complicar en acusaciones a personas inocentes (D’ORS, A., cit. (n. 6), p. 555), mientras que el Senadoconsulto Geminiano, de 29 d.C., penaba el acto de cobrar por llamar o renunciar a llamar a un testigo para dar testimonio.

²¹ D’ORS, A., cit. (n. 6), p. 558.

²² Dig. 48,10,23 (Paul., *l. sing. de poenis paganorum*): “*Quid sit falsum, quaeritur; et videtur id esse, si quis alienum chirographum imitetur aut libellum vel rationes interdicat vel describat, non qui alias in computatione vel in ratione mentitur*”.

²³ HEINEMANN, Franz, *Das Crimen Falsi in der altitalienischen Doktrin* (Berlin, Decker, 1904), p. 6 nota 24; además, D’ORS, A., cit. (n. 6), p. 549 nota 77 y p. 552 nota 88, pone incluso en duda que dicha respuesta corresponda a Paulo.

²⁴ HEINEMANN, F., cit. (n. 23), pp. 8 ss.

²⁵ *Ibid.*, p. 5 s.: “los creadores de todo el Derecho penal moderno”.

²⁶ *Ibid.*, p. 8 ss.

Justiniano (prefacio)²⁷. Esta disparidad entre texto citado y glosa puede hacer dudar en torno a concebir el primer elemento del *falsum* como mutación de la verdad (“*immutatio veritatis*”) o como imitación de la verdad (“*imitatio veri*”). Sin embargo, la diferencia de palabras probablemente se deba a una cita poco cuidadosa, no infrecuente en juristas que obraban aún bajo el influjo de la prohibición de comentarios impuesta por Justiniano (Cod. 1,17,12)²⁸ y que, en consecuencia, estaban obligados a ajustar sus comentarios, aunque fuera de modo un tanto forzado, a una cita²⁹. No obstante, para la pretensión de una historia dogmática es más importante indagar en el concepto elaborado por la doctrina que verificar la correspondencia entre texto y glosa. En este sentido, es particularmente indicativo verificar la forma en que las *Siete Partidas* castigan este delito, pues este código recibe de plano la regulación de la falsedad documental tal como aparecía establecida en las fuentes justinianeas³⁰ y, además, por la significativa influencia que tuvo en el proceso de codificación europeo posterior³¹. El concepto de falsedad se recoge del siguiente modo en Part. VII, título 7º, ley 1ª: “*Que es falsedad, e que maneras son della. Falsedad es mudamiento de la verdad*” (“*Falsitas est*

²⁷ Nov. 73: “*Novimus nos trasleges quae volunt ex collatione litterarum fidem dari documentis, et quia quidam imperatorum, super existente iam malitia eorum qui adulterant documenta, haec talia prohibuerunt illud studium falsatoribus esse credentes, ut ad imitationem litterarum semetipsos maxime exercerent, eo quod nihil aliud est falsitas nisi imitatio veritatis*”.

²⁸ ¡Cuya infracción se castigaba con la pena del *crimen falsi*! Cod. 1,17,12: “*Terminada la obra con el divino auxilio, se le llamará Digesto o Pandectas; no será lícito a ningún jurisconsulto comentarlo, pues destruyen el laconismo de la ley con su locuacidad y también para evitar el antiguo inconveniente de que la diversidad de opiniones de los intérpretes lleve la confusión, bastando se hagan índices y divisiones de títulos que en griego se llaman paratitlas, y no admitiendo la interpretación de ninguna clase*”; más adelante: 2.- § 19: “[...] *Por lo tanto, adorad y observad estas leyes, olvidad las antiguas, y no las compareis con las otras, ni busqueis sus diferencias, porque solo las actuales son las que deben cumplirse. Nadie lea, ni cite en juicio ni en controversia alguna mas leyes que las de las Instituciones, Digesto y Constituciones compuestas y publicadas por nos, de lo contrario se le considerará reo de falsedad y lo mismo el juez que las escuche, quedando sujeto a graves penas.* § 21: *Desde el momento en que resolvimos emprender esta obra, creimos conveniente disponer que ningún jurisconsulto hiciera comentarios a estas leyes, excepto la traducción al griego, siguiendo el mismo orden con que están escritas en latín e igual división por títulos para que la multiplicidad de comentarios no engendren confusión, según aconteció con el Edicto perpétuo, acerca del cual fueron infinitas las opiniones de los autores. Y si así no lo hiciéramos ¿cómo se entenderían en lo sucesivo? El contraventor será considerado reo de falsedad y su obra será destruida*”.

²⁹ HEINEMANN, F., cit. (n. 23), pp. 9 ss.

³⁰ ALEJANDRE, J. A., cit. (n. 6), pp. 125 s.

³¹ GREEN, S., cit. (n. 8), p. 1100.

mutatio veritatis, quae fit modis hic expressis. Hoc dicit)³². También es sugerente constatar que en la primera glosa de esta partida se cita precisamente a Azo³³. Esto permite reafirmar el concepto del primer elemento del *crimen*

³² LÓPEZ, Gregorio, *Las Siete Partidas del sabio Rey don Alonso el IX* (Madrid, Consejo Real de Indias de S. M., 1830), III, p. 406 s.: “Falsedad es mudamiento de la verdad (1). E puedese fazer la falsedad en muchas maneras; assi como si algún Escriuano del Rey, o otro que fuesse Notario publico de algun Concejo, fiziesse priuilegio, o carta falsa a sabiendas; o rayesse, o cancellasse, o mudasse alguna escritura verdadera, o pleyto, o otras palauras que eran puestas en ella, cambiandolas falsamente. Otrosi dezimos que falsedad faria el que tuuiese carta, o otra escritura de testamento, que alguno auia fecho, si la negasse diziendo que la non tenia o si la furtasse a otro que la tuuiese en guarda, e la escondiese, o la rompiesse o tolliesse los sellos della, o la dañasse en otra manera qualquier. Esso mesmo seria, quando alguno, a quien fuesse dada carta de testamento en guarda a tal pleyto que la non leyesse, nin demostrasse a ninguno, en vida de aquel que gelo encomendo; si despues el otro la abriesse e la leyesse a alguno sin mandamiento del que gela diera en encomienda. Otrosi dezimos, que el Judgador, o el Escriuano del Rey, o del Concejo, que tuuiese alguna escritura de pesquisa, o de otro pleito qualquier, que gela mandasse tener en guarda, o abrir en poridad: si la leyesse, o apercibiesse alguna de las partes de lo que era escrito en ella, que faria falsedad. Esso mesmo dezimos, que faria el Abogado, que apercibiesse a la otra parte, contra quien razonaua, a daño de la suya, mostrándole las cartas, o las poridades de los pleitos que el razonaua, o amparaua; e a tal Abogado dizen en latin Praeuaricator, que quiere tanto dezir en romance, como ome que trae falsamente al que deue ayudar. Otrosi faria falsedad, si alegasse a sabiendas leyes falsas en los pleytos que tauiesse. Otrosi faria falsedad, el que tuuiesse en guarda de algun Concejo, o de algún ome, preuilegios, o cartas, que le mandassen guardar, o tener en poridad, si las leyesse, o demostrasse maliciosamente, a los que fuesen contrarios de aquel gelas dio en condesijo. Otrosi dezimos, que todo Judgador que da juyzio a sabiendas contra derecho, faze falsedad. E avn la faze el que es llamado por testigo en algun pleito, si dixere falso testimonio, o negare la verdad, sabiendola. Esso mismo faze el que da precio a otro, por que non diga su testimonio en algún pleyto, de que lo sabe. Otrosi lo faze, el que lo recibe e non quiere dezir su testimonio porende; ca tambien el que lo da, como el que lo recibe, ambos fazen falsedad. Otrosi dezimos, que qualquier ome, que muestra maliciosamente a los testigos en que mauera digan el testimonio, con intencion de los corromper, porque encubran la verdad, o que la nieguen, que faze falsedad. E aun dezimos, que falsedad faze todo ome que se trabaja de corromper el Juez dandole o prometiendole algo, porque de juyzio tortizeramente. Otrosi dezimos, que qualquier que diesse ayuda, o consejo, por do fuesse fecha falsedad en alguna destas maneras sobredichas, o en otras semejantes dellas, que fazen falsedad, e merece pena de falso. E de la pena que deuen auer porende, fablamos assaz cumplidamente en la tercera Partida deste libro, en las leyes que fablan en esta razón”.

³³ LÓPEZ, Gregorio, cit. (n. 32), p. 406: “Mudamiento de la verdad (1) Concordat cum authent. de instrumcaut. et fide, in princ. col. 6. et dicitur immutatio secundum Azon C. eod. in summa, eod quod falsatores student mutare, quae vera sunt, ut falsa videantur verisimilia: adde 1. quid sit falsum, D. eod, unde non videtur falsum, quod primordio veritatis adjuvatur, I. cum filius, §. hoeres, D. de legat 2. Vide Gloss. in 1. I. D. de conduct sine causa”.

falsi como mutación de la verdad³⁴. Sin embargo, resta aún por precisar qué se entiende por *verdad*. Frente a la pregunta: “*veritas quid est?*”, la doctrina responde: “*ipse Deus*”³⁵. En cambio, la verdad humana se define como “*notitia certae rei*”³⁶. Estas repuestas parecen explicar el descrédito en que cayó posteriormente el concepto de verdad, tildado en la literatura moderna sobre falsedad documental con mucha frecuencia, pero también equívocamente, de “metafísico”.

Para evitar las tribulaciones que provoca este concepto, Heinemann propuso en 1904 una lectura moderna del mismo, que a renglón seguido se transcribe y traduce por su claridad: “El hombre requiere poder extraer del mundo exterior que observa conclusiones que orienten su actividad. Estas conclusiones las obtiene mediante la aplicación de reglas de observación que ha adquirido por experiencia y que le permiten captar las relaciones de los objetos percibidos. Presupuesto para sacar conclusiones correctas es que el mundo exterior se presente a su observación de tal manera que las representaciones provocadas por medio de éste se correspondan efectivamente con las relaciones. Este atributo de aquello a observar (“des Wahrzunehmenden”) es lo que aquí se llama *veritas*. Una *mutatio veritatis* es entonces una acción mediante la cual en el marco de los objetos percibidos, sea por medio de alteración u ocultación o mediante creación nueva se realizan modificaciones aptas para provocar representaciones que no se corresponden con las relaciones efectivas”³⁷.

El segundo elemento del concepto de *falsum* es el dolo (*dolus*). Respecto de la exigencia de dolo para el castigo a título de *crimen falsi*, no existe discusión³⁸. Tiene apoyo, por ejemplo, en una respuesta de Ulpiano que leemos en Dig. 48,10,9,3: “Se impone la pena de la ley Cornelia al que, sabiendo que era falso, signase con dolo malo otra cosa que lo que se comprendía en el testamento, o procurase que se signase, o se juntasen con dolo malo a declarar mutuamente lo que era falso”³⁹. Sin embargo, sobre el concepto de dolo es más difícil sostener un alcance determinado. En principio, dolo

³⁴ GREEN, S., cit. (n. 8), p. 1102, destaca precisamente el comentario que aquí incluye el Código de las Partidas: “*Here, for the first time are a definition of deceit (“the alteration of the truth”) and a statement of moral values that apparently link these various offenses*”; MALINVERNI, A., cit. (n. 9), pp. 191 s., discute que este elemento se haya comprendido primordialmente en esta acepción.

³⁵ En referencia a la Biblia, Evangelio según Juan, 14,6: “*Jesús le dijo: yo soy el camino, la verdad y la vida*”.

³⁶ HEINEMANN, F., cit. (n. 23), p. 11 s.

³⁷ *Ibid.*, p. 12.

³⁸ *Ibid.*, p. 13; ALEJANDRE, J. A., cit. (n. 6), p. 139; sí se discute sobre el castigo de culpa como “quasi-falsum”.

³⁹ Dig. 48,10,9,3 (Ulp., 9 de off. proc.): “*Poenā legis Corneliae irrogatur ei, qui quid*

significa tanto como realizar la acción con conciencia de delinquir⁴⁰. Lo que resulta dudoso en la doctrina medieval italiana es si el dolo abarca lo que modernamente se designa como consciencia de la antijuridicidad, esto es, en esa época, consciencia de la lesión al Derecho. Lo más probable es que ésta no se haya exigido para la afirmación del dolo, siendo suficiente la consciencia del carácter anti-ético de la acción⁴¹.

El tercer elemento del *crimen falsi* es el perjuicio a otro (“*praeiudicium alterius*”). Sin embargo, este elemento, a diferencia de los anteriores, tiene un carácter más bien procesal. En los casos de duda sobre la autoría del falso, debe acreditarse una causa motivadora de la falsedad que vincule al inculpado con el falso. La prueba de la causa se facilita, en estos casos, con una serie de presunciones a partir de las consecuencias del hecho. Si ha provocado daño al propio inculpado, entonces no hay motivo para presumir su autoría. En cambio, si el hecho ha generado lucro, éste es un indicio que permite presumir la autoría del falso. Sin embargo, no se exige que el inculpado efectivamente hubiese obtenido lucro, sino que basta la provocación de daño a otros para la presunción de autoría⁴². Este significado más bien procesal del elemento consistente en un “*praeiudicium alterius*” se explica en una ciencia que aún no distingue tajantemente entre Derecho penal material y formal.

De ahí también que dicho elemento no se comprendiera como “perjuicio patrimonial” en el sentido moderno de la expresión. En primer lugar, cuando la doctrina medieval discute sobre el alcance de esta exigencia, lo hace en relación, no al *crimen falsi* como tal, sino a casos de falso testimonio y de manipulaciones en escritos, de los cuales no se derivan generalmente daños a un particular⁴³. Por otra parte, precisamente en esos casos tampoco se exige que efectivamente haya ocurrido un daño, sino que basta que la acción haya tenido la aptitud de provocarlo (“*apta erat nocere*”)⁴⁴. Esta aptitud para el daño se cuestiona especialmente en el caso de un documento nulo por defectos notorios, por ejemplo, en un documento notarial que debe revestir ciertas solemnidades. Aun cuando la falsedad sea muy refinada, nadie puede creer en un documento manifestamente nulo y, por tanto, éste tampoco puede crear representaciones falsas en otro⁴⁵. Este caso del documento nulo por defectos notorios muestra que la discusión sobre la aptitud para provocar

aliud quam in testamento sciens dolo malo falsum signaverit signarive curaverit, item qui falsas testationes faciendas testimoniave falsa invicem dicenda dolo malo coierint”.

⁴⁰ HEINEMANN, F., cit. (n. 23), p. 13 s.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 15.

⁴² *Ibíd.*, p. 20.

⁴³ *Ibíd.*, p. 22.

⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 22 ss.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 24

daño se torna en la verificación de la aptitud del falso para provocar error en otro, tiende a coincidir con ésta. La discusión respecto de este caso permite esclarecer la relación del elemento de la “*mutatio veritatis*” con el “perjuicio a otro”. Hay mudamiento de la verdad siempre que mediante ella nace la posibilidad de que otro resulte engañado. La ampliación del concepto a la aptitud de provocar daño responde a la premisa de que allí donde existe posibilidad de engaño también concurre posibilidad de daño. Con la exigencia de que la falsedad sea apta para dañar a otro no se pretende entonces crear un elemento independiente, sino sólo destacar un carácter que ya está contenido en la “*mutatio veritatis*”⁴⁶. En consecuencia, si la “*mutatio veritatis*” es el elemento constituyente y esencial del *crimen falsi*, entonces el delito está perfecto ya cuando se realiza la acción u omisión apta para el engaño y, en esa medida, apta también para provocar un daño, sin que se exija que una persona efectivamente incurra en un error⁴⁷.

El concepto de falsedad (*falsum*) elaborado por la doctrina medieval italiana puede sintetizarse como mutación de la verdad realizada con dolo. La verdad se concibe en un sentido subjetivo, esto es, se trata de un atributo del observador de las relaciones entre los objetos percibidos, no de una propiedad de los objetos mismos. Por lo tanto, mutación de la verdad implica provocar en el observador, mediante alteración u ocultación o por medio de creación nueva, que su representación no se corresponda con las relaciones entre los objetos percibidos, esto es, un error. Sin embargo, para estar en presencia del crimen de falsedad, no es requisito que el observador efectivamente incurra en un error como consecuencia de la realización dolosa de la acción u omisión, basta que ésta tenga la aptitud para provocar en el otro una representación falsa⁴⁸. El perjuicio a otro (“*praeiudicium alterius*”) no es, entonces, un elemento independiente del concepto de falsedad, sino que sirve para destacar la aptitud de la mutación de la verdad para provocar un error en otro en los casos en que aquélla resulta dudosa.

⁴⁶ Ibid., p. 25.

⁴⁷ Ibid., p. 26.

⁴⁸ Ibid., p. 26, sostiene que mediante la creación de este delito se buscaba lo que podría denominarse protección de la integridad de la capacidad observadora del otro, relevante, no obstante, no sólo para el individuo, sino para el conjunto de la sociedad: “la vida social, en la cual uno depende del otro, sólo puede desarrollarse normalmente cuando existe una relación de confianza entre los individuos que prohíbe a cada uno llevar material falso al ámbito de desenvolvimiento del otro, que pueda posiblemente ser usado por éste para su propia actividad”.

III. RECEPCIÓN DEL CONCEPTO DE “CRIMEN FALSI” EN LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL DEL SIGLO XIX

1. *El Code Pénal de 1810 y la doctrina francesa.*

El *Code Pénal* de 1810 inserta el delito de falsedad (“faux”) en la sección 1^a del capítulo 3° sobre los crímenes y delitos contra la paz pública. Esta sección se divide en cinco acápite, el primero sobre moneda falsa (artículos 132-138), el segundo sobre falsificación de sellos del Estado, billetes de banco, efectos públicos y timbres (artículos 139-144), el tercero sobre falsedad en escrituras públicas y auténticas, de comercio y de bancos (artículos 145-149)⁴⁹, el cuarto sobre falsedad en escritura privada (artículos 150-152)⁵⁰, y el quinto sobre falsedades cometidas en pasaportes, hojas de ruta y certificados (artículos 153-162). Respecto de las disposiciones relativas al delito de falsedad documental (artículos 145 ss. CP), la doctrina francesa advierte que éstas sólo describen modalidades de comisión, pero que no precisan los elementos esenciales del crimen⁵¹. De ahí que la doctrina y la Corte francesa de Casación recurran al concepto de *crimen falsi* acuñado por los antiguos

⁴⁹ § III: *Des faux en écritures publiques ou authentiques, et de commerce ou de banque.* Article 145: “*Tout fonctionnaire ou officier public qui, dans l'exercice de ses fonctions, aura commis un faux, soit par fausses signatures, soit par altération des actes, écritures ou signatures, soit par supposition de personnes, soit par des écritures faites ou intercalées sur des registres ou d'autres actes publics, depuis leur confection ou clôture, sera puni des travaux forcés à perpétuité*”. Article 146: “*Sera aussi puni des travaux forcés à perpétuité, tout fonctionnaire ou officier public qui, en rédigeant des actes de son ministère, en aura frauduleusement dénaturé la substance ou les circonstances, soit en écrivant des conventions autres que celles qui auraient été tracées ou dictées par les parties, soit en constatant comme vrais des faits faux, ou comme avoués des faits qui ne l'étaient pas*”. Article 147: “*Seront punies des travaux forcés à temps, toutes autres personnes qui auront commis un faux en écriture authentique et publique, ou en écriture de commerce ou de banque, soit par contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures, soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges, ou par leur insertion après coup dans ces actes, soit par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes avaient pour objet de recevoir et de constater*”. Article 148: “*Dans tous les cas exprimés au présent paragraphe, celui qui aura fait usage des actes faux sera puni des travaux forcés à temps*”. Article 149: “*Sont exceptés des dispositions ci-dessus, les faux commis dans les passe-ports et feuilles de route, sur les quels il sera particulièrement statué ci-après*”.

⁵⁰ § IV: *Du faux en écriture privée.* Article 150: “*Tout individu qui aura, de l'une des manières exprimées en l'article 147, commis un faux en écriture privée, sera puni de la réclusion*”. Article 151: “*Sera puni de la même peine celui qui aura fait usage de la pièce fausse*”. Article 152: “*Sont exceptés des dispositions ci-dessus, les faux certificats de l'espèce dont il sera ci-après parlé*”.

⁵¹ GARRAUD, René, *Droit Pénal Français* (2^a. edición, Paris, Larose, 1899), III, p. 523.

criminalistas: “alteración de la verdad con la intención criminal que ha provocado o ha podido provocar un perjuicio a terceros”⁵². Citando a la Corte de Casación, Garraud precisa que la alteración de la verdad recae en un escrito: alteración con respecto a hechos que ese escrito tenía la aptitud de probar⁵³. La falsedad, al igual que cualquier delito, se compone de un elemento material y de un elemento intencional. La alteración de la verdad en un escrito constituye el elemento material, el cuerpo del delito⁵⁴. Para que la falsedad sea punible, debe tratarse de un escrito destinado a servir de título para la adquisición, transmisión, constatación de un derecho, un estado, una calidad. No obstante, lo que la ley protege no es la escritura, “signo sin valor por sí mismo”, tampoco la forma del acto, sino la fe otorgada a la escritura y al acto. Existe en toda legislación penal no mera afinidad, sino una “correlación necesaria entre el sistema de pruebas y el sistema de la falsedad”⁵⁵. La falsedad supone la alteración o la falsificación de un escrito que puede hacer nacer una creencia contraria a la verdad en las personas a las que será presentado, esto es, que puede servir de prueba. Pero no toda mentira en escrito constituye falsedad. Lo que configura este delito es el atentado a la fe pública, a esta confianza necesaria depositada en la prueba escrita, “el alma de toda transacción social”, contiene una violación a la fe pública y a esta fuerza probatoria que la ley asigna al testimonio escrito⁵⁶. De ahí que sea relevante diferenciar los actos de los simples escritos. Los primeros están destinados a servir de prueba, sea ante una autoridad judicial u otra, sea por determinación de las mismas partes. Los simples escritos, en cambio, pueden ser invocados ocasionalmente como prueba, como principio de prueba por escrito o presunción. Por lo tanto, en los casos en que la ley ordena la realización de un acto, la falsedad de un simple escrito no es por sí misma punible⁵⁷.

La falsedad documental, esto es, la alteración de la verdad en un escrito debe encuadrarse en alguna de las modalidades de comisión descritas en los artículos 145, 146 y 147 del *Code Pénal*, para ser punible por alguna de las penas allí contempladas. Estas disposiciones describen procedimientos de alteración de la verdad, que sirven a la falsedad. Se distinguen dos tipos de procedimientos: la falsedad material (“faux matériel”) y la falsedad inte-

⁵² CHAUVÉAU, Adolphe - HÉLIE, Faustin, *Théorie du Code Pénal* (6ª edición, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, 1887), II, núm. 641, p. 342, con cita de Farinacius.

⁵³ *Ibid.*, núm. 1011, p. 497, nota 7.

⁵⁴ *Ibid.*, núm. 1012, p. 498 y núm. 1016, p. 503.

⁵⁵ *Ibid.*, núm. 1021, p. 512 (destacado original).

⁵⁶ *Ibid.*, núm. 1021, p. 513.

⁵⁷ *Ibid.*, núm. 1023, pp. 518 s.

lectual (“faux intellectuel”)⁵⁸. Chauveau y Hélie sostienen que esta distinción entre falsedad material y falsedad intelectual se encuentra implícita en las disposiciones antes citadas del *Code Pénal*⁵⁹, por lo tanto, este *Código* no la formula explícitamente. La falsedad material consiste en la fabricación o alteración total o parcial de la pieza invocada, susceptible de ser reconocida, constatada o demostrada físicamente⁶⁰. Esta modalidad se realiza contrahaciendo un título existente o mediante la creación de uno nuevo. Consiste básicamente en la alteración material del cuerpo de la escritura, sea por la vía de una adición, modificación o supresión, por ejemplo, un deudor que tiene un recibo donde consta que ha pagado 1.000 francos a su acreedor, adiciona un 2 o modifica por 2.000 francos, comete una falsedad material “que el ojo podrá percibir, porque la falsificación dejará, sobre la pieza falsa, un rastro que caerá bajo los sentidos”⁶¹.

La falsedad intelectual consiste en la alteración, no de la escritura del acto, sino de su substancia, no de su forma material, sino de las cláusulas que debe contener, por ejemplo, el oficial que escribe convenciones distintas que las dictadas por las partes o el individuo que hace firmar a una parte un acto de venta cuando ésta cree firmar un mandato⁶². En este procedimiento de alteración de la verdad, “la falsedad no es sensible al ojo, pues la escritura, en el instante mismo en que interviene, desnaturaliza fraudulentamente el pensamiento que ella estaba destinada a expresar”⁶³. La falsedad intelectual puede ser cometida tanto por funcionario como por un particular. Frente al argumento que sostiene que la falsedad intelectual cometida por un particular, por ejemplo, la declaración falsa sobre la filiación para un acta de nacimiento, no es punible por tratarse de una enunciación mentirosa, que antes era punible por ser considerada junto al falso testimonio y a la calumnia una especie de la falsedad, pero que ahora bajo la vigencia del *Code Pénal* ya no lo es salvo disposición contraria como la contemplada respecto de los funcionarios públicos (artículo 146), Garraud sostiene que este argumento descansa en un equívoco. Porque aún el funcionario público que emite oralmente una declaración mentirosa, ésta tampoco es punible por sí misma, sino que es la declaración falsa “pasada por escrito” lo punible. Es la creación o la desnaturalización, por medio de esa declaración falsa, de un escrito destinado a servir de prueba lo punible⁶⁴.

⁵⁸ *Ibíd.*, núm. 1027, p. 525.

⁵⁹ CHAUVEAU, A. - HÉLIE, F., cit. (n. 52), núm. 651, p. 354.

⁶⁰ *Ibíd.*, núm. 640, p. 341.

⁶¹ GARRAUD, René, cit. (n. 51), núm. 1027, p. 525.

⁶² CHAUVEAU, A. - HÉLIE, F., cit. (n. 52), pp. 341 s.

⁶³ GARRAUD, René, cit. (n. 51), p. 525.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 527 nota 37.

Respecto de las falsedades cometidas por particulares, se plantea la pregunta por la punibilidad de la simulación a este título, por ejemplo, las partes de un contrato de compraventa acuerdan aparentar una donación. Según Chauveau y Hélie, en el caso de la simulación hay una evidente alteración de la verdad, que contiene enunciaciones mentirosas, pero ésta no constituye falsedad, ni material ni intelectual. No encuadra en la modalidad de falsedad material, porque las escrituras y las firmas emanan verdaderamente de las partes contratantes. No se configura falsedad intelectual, porque las convenciones simuladas corresponden a las indicadas o dictadas por las partes⁶⁵. La constatación anterior, es sin perjuicio de las sanciones civiles que aquejan a la simulación y de la eventual configuración del delito de estafa (“escroquerie”).

Para estar en presencia del crimen de falsedad, como en cualquier delito, debe concurrir un elemento moral. La alteración de la verdad, para que constituya dicho crimen, debe realizarse con una intención fraudulenta. Por lo tanto, no es suficiente que se haga consciente y voluntariamente, sino que además debe realizarse con un fin determinado, que le imprime carácter criminal a la falsedad. Este fin consiste en la intención de perjudicar a un tercero⁶⁶. Sin embargo, el falsario no se coloca en la perspectiva de la persona a la que puede perjudicar, no se preocupa de ello, se coloca más bien en su punto de vista personal y subjetivo. A veces comete falsedad sin querer perjudicar a nadie. Su fin es únicamente obtener o procurar a otro una ventaja ilícita. La intención específica, inculpada por la ley en la falsedad documental, consiste simplemente en la voluntad de hacer valer como prueba, contra Derecho, un documento que se sabe mentiroso⁶⁷. No es necesario, entonces, que la alteración de la verdad que constituye el crimen de falsedad se encuentre destinada a obtener un beneficio pecuniario, basta que tenga como fin alcanzar un objetivo ilícito o ilegítimo. En otros términos, el perjuicio, real o posible, que sigue a la falsedad puede ser de dos clases, pecuniario o moral⁶⁸. Tampoco es necesario que el falsario obre con la intención de procurarse a sí mismo un beneficio ilegítimo, basta que tenga la intención de procurarlo a otros e incluso a la colectividad, sin provecho y sin interés personal. Por último, la moralidad del delito no depende del resultado eventual de la false-

⁶⁵ CHAUXEAU, A. - HÉLIE, F., cit. (n. 52), núm. 651, p. 354; GARRAUD, R., cit. (n. 51), p. 536 nota 45, comparte la opinión de Chauveau y Hélie, en el sentido de que la simulación no constituye falsedad, pero no porque no se encuadre en los tipos de los artículos 145 a 147, sino porque la ley civil asigna otra sanción, de nulidad o de inoponibilidad, según el caso.

⁶⁶ CHAUXEAU, A. - HÉLIE, F., cit. (n. 52), p. 364.

⁶⁷ GARRAUD, R., cit. (n. 51), núm. 1047, p. 574 s.

⁶⁸ *Ibid.*, núm. 1048, p. 575.

dad, debe ser juzgada según la intención de quien la comete en el momento en que altera la verdad⁶⁹.

En la medida en que concurren el elemento material y el elemento moral, el delito se encuentra completo. La reunión de ambos elementos, como en cualquier delito, es sin duda necesaria, pero también suficiente. Sin embargo, la alteración de la verdad, que constituye el elemento material del delito, adquiere este carácter solamente en la medida en que ha sido o ha podido ser perjudicial para otro. Esto es lo que se quiere expresar cuando se distingue, para efectos del análisis, la alteración de la verdad del perjuicio del cual aquélla es la causa. No se trata de una característica especial de la falsedad en escritura, sino que, al contrario, de una condición general y común a la mayoría de las infracciones. El individuo que altera la verdad de un escrito con intención criminal de un modo tal que no puede perjudicar a nadie, se encuentra en la misma situación de aquél que trata de envenenar a otro administrando una sustancia inofensiva en el momento en que éste ya se encuentra muerto, ni siquiera hay tentativa⁷⁰. El perjuicio presupone la lesión del derecho de un tercero, por lo tanto, si la falsificación tiene por objeto crear la prueba de una situación jurídicamente existente, por ejemplo, el deudor que ha pagado su deuda, pero ha olvidado solicitar el recibo y crea uno falso, no concurre este elemento⁷¹. El tercero perjudicado puede ser un individuo o la colectividad misma, por ejemplo, la falsedad que tiene por objeto eximir al falsario de una carga pública⁷². Generalmente, se trata de un perjuicio de carácter pecuniario, pero la ley protege a la personalidad humana en el círculo de su actividad contra todo atentado ilícito, por ejemplo, en el delito contra el honor. Por eso el perjuicio puede tener también un carácter puramente moral⁷³.

Por último, para que concorra este elemento de la falsedad basta que exista la posibilidad o eventualidad de un perjuicio⁷⁴. Esto queda demostrado, porque la ley no subordina el castigo de la falsedad al uso. La posibilidad de perjuicio resulta suficientemente de la posibilidad de un uso perjudicial. Esto porque la falsedad es un acto preparatorio del uso⁷⁵, como tal amerita castigo sólo en la medida en que posibilita un uso perjudicial a terceros. Es suficiente con que el uso, a su vez, sea eventualmente perjudicial, puesto que

⁶⁹ *Ibid.*, núm. 1048, p. 576.

⁷⁰ *Ibid.*, núm. 1012, p. 498; en igual sentido, CHAUCHEAU, A. - HÉLIE, F., cit. (n. 52), núm. 672, p. 382.

⁷¹ GARRAUD, R., cit. (n. 51), núm. 1053, p. 582 s.

⁷² *Ibid.*, núm. 1054, p. 584.

⁷³ *Ibid.*, núm. 1055, p. 589.

⁷⁴ CHAUCHEAU, A. - HÉLIE, F., cit. (n. 52), núm. 673, p. 383.

⁷⁵ En contra, CHAUCHEAU, A. - HÉLIE, F., cit. (n. 52), núm. 640, pp. 340 s., 364 nota 2.

presupone, para su realización, circunstancias independientes de la voluntad del falsario⁷⁶. La posibilidad de perjuicio se discute en los casos de actos nulos. Se distingue entre actos aquejados de nulidad de origen y sustancial, que no producen perjuicio, de aquellos afectados posteriormente de nulidad meramente formal, que pueden resultar perjudicial según su uso⁷⁷. Sin embargo, aún en los casos de nulidad sustancial, por ejemplo, por incompetencia o incapacidad del funcionario que extiende la escritura, ésta provoca igualmente la apariencia de un acto válido frente a quienes se le presenta, es difícil que éstos puedan percatarse del vicio de nulidad⁷⁸. En el caso de las escrituras privadas, éstas basan su fuerza probatoria en la firma del emisor, por lo que la posibilidad de perjuicio puede discutirse, por ejemplo, en el caso de incapacidad. En tanto el acto es anulable solamente por este vicio, concurren los elementos del crimen de falsedad, al existir la eventualidad cierta del perjuicio, pues el falsario puede hacer un uso perjudicial del título que ha creado, si la persona respecto de la cual ha imitado o contrahecho la firma, no invoca su incapacidad⁷⁹.

En conclusión, la doctrina francesa del siglo XIX recogió el concepto del crimen de falsedad elaborado por la doctrina medieval italiana, para definir los elementos constitutivos del delito de falsedad documental. El *Code Pénal* se limitó a castigar al funcionario u oficial público que comete falsedad (“faux”) en una escritura pública o auténtica y luego describe diversas modalidades de comisión de dicha conducta (artículo 145 CP.). Igual técnica legislativa sigue el artículo 147 que castiga a cualquiera otra persona que comete falsedad (“faux”) en escritura pública o auténtica, al cual se remite a su vez el art. 150 que castiga al individuo que comete falsedad (“faux”) en escritura privada. Dado que el texto del *Code Pénal* señala escuetamente que la conducta prohibida radica en “cometer falsedad”, la doctrina francesa recurre al concepto de *crimen falsi* para dotar de contenido a este delito. Se trata simplemente de una especie del crimen de falsedad, esto es, de la mutación de la verdad realizada con dolo. El concepto de este crimen se descompone en dos elementos, uno material y otro moral. Al obrar de esta manera, la doctrina francesa precisa y concreta el injusto propio de este delito de falsedad documental. Porque no se trata meramente de la falsedad como mutación de la verdad, sino que de la falsedad cometida en una escritura pública o privada. Por lo tanto, la definición del elemento material resulta de la aplicación de la mutación de la verdad a un escrito, consiste en la alteración de la verdad que recae en

⁷⁶ GARRAUD, René, cit. (n. 51), núm. 1056, p. 592.

⁷⁷ CHAUVEAU, A. - HÉLIE, F., cit. (n. 52), núm. 678, p. 391 s.

⁷⁸ GARRAUD, R., cit. (n. 51), núm. 1057, p. 594.

⁷⁹ *Ibid.*, núm. 1057, p. 596.

una escritura, esto es, con respecto a hechos que ese escrito tiene la aptitud de probar. Pero estos hechos no son cualesquiera del mundo exterior, sino sólo aquellos cuya existencia se prueba mediante una escritura. Se trata de un derecho o de un estado, cuya existencia se prueba mediante un escrito. El elemento material del delito de falsedad documental radica, entonces, en la alteración o falsificación de un escrito que sirve de prueba de la existencia de un derecho o estado. Sin embargo, lo protegido no es meramente la escritura misma ni la forma del acto, sino que la fe otorgada a la escritura y al acto de prueba. El injusto del delito radica en el atentado a la fe pública en el sentido de la confianza depositada en la prueba escrita, consiste en una violación a la fe pública y a la fuerza probatoria que la ley asigna al testimonio escrito. No obstante, este injusto de la falsedad es punible solamente cuando se realiza mediante alguna de las modalidades de comisión descritas por el *Code Pénal* en los artículos 145 a 147, respecto de escrituras públicas, o en el artículo 150, relativo a escrituras privadas. Dicho de otro modo, la mutación de la verdad que recae en una escritura pública o privada sólo es punible cuando se realiza mediante alguno de los procedimientos allí descritos, que la doctrina francesa clasifica en dos clases: de falsedad material y de falsedad intelectual.

Al concretar el elemento material del delito de falsedad documental, la doctrina francesa logra también precisar el elemento moral del mismo. Este elemento se define a partir de la exigencia de dolo propia del crimen de falsedad como intención de perjudicar a un tercero. Sin embargo, dado que el elemento material no consiste meramente en la mutación de la verdad, sino que en la alteración de la verdad en un escrito, entonces la intención también debe referirse a esta última. Mediante la falsedad cometida en la escritura el autor, antes que perjudicar a otro, busca obtener una ventaja ilícita. De ahí que la intención específica propia de la falsedad documental radique simplemente en la voluntad de hacer valer antijurídicamente como prueba un documento que se sabe falso. Por lo tanto, la ventaja ilegítima buscada no necesariamente ha de consistir en un beneficio pecuniario, también puede tratarse de uno moral. Tampoco es preciso que se obre buscando un beneficio propio, también puede tratarse de una ventaja para otra persona, y ésta, a su vez, puede ser individual o colectiva.

Por último, respecto del elemento “perjuicio a otro”, el texto del *Code Pénal* no lo exige ni en la falsedad en escritura pública ni en aquella cometida en escritura privada. No obstante, se trata de una exigencia para la configuración del elemento material del delito de falsedad documental. Como tal implica que la alteración de la verdad constituye el elemento material solamente en la medida en que es apta para perjudicar a otro. Sin embargo, se trata de un requisito común y general para que una infracción constituya delito. Esta exigencia radica en un perjuicio en el sentido de la lesión del

derecho de un tercero. De ahí que si el escrito falso tiene por objeto probar una situación jurídicamente existente, por ejemplo, la extinción de una deuda, no hay perjuicio y, por tanto, no se completa el elemento material del delito. Dado que el tercero tiene tanto derechos patrimoniales como otros derechos que son expresión de la personalidad, el perjuicio puede tener tanto un carácter pecuniario como moral. No obstante, el *Códe Pénal* no subordina el castigo de la falsedad al uso, sino que incrimina a este último de modo separado en el artículo 148, respecto del documento público falso, y en el artículo 151, respecto de la escritura privada falsa. Por lo tanto, para el castigo de la falsedad documental basta la posibilidad de un uso perjudicial del documento falso.

2. La codificación penal española y los comentarios del siglo XIX.

En el proceso de codificación penal en la España del siglo XIX, pueden distinguirse tres hitos fundamentales: el *Código Penal* de 1822, el *Código Penal* de 1848/1850⁸⁰ y la reforma de 1870. El *Código Penal* español de 1822 tuvo una efímera vigencia, pero su sistemática perduró en los procesos legislativos que dieron lugar al *Código* de 1848/1850 y a su versión reformada de 1870⁸¹. Se elaboró aún bajo el influjo de las *Siete Partidas* y del *Fuero Juzgo*, pero también recibió la influencia del *Code Pénal* de 1810⁸². En materia del delito de falsedad documental, el *Código* de 1822 siguió la sistemática del *Code Pénal*, esto es, al principio se contemplan los tipos relativos a falsedades cometidas en documentos públicos (artículos 398-407)⁸³, luego aquellos que

⁸⁰ Se indican usualmente ambos años, porque este *Código* se alcanzó a promulgar en marzo de 1848, pero ese mismo año el derrocamiento de la monarquía en Francia y la proclamación de una República, provocó convulsión en España que fue enfrentada por el virtual dictador Narváez precisamente con la entrada en vigencia del *Código*, el cual fue reformado en 1850 acentuando la severidad para enfrentar la delincuencia política; véase ANTÓN ONECA, José, *El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 18 (1965), p. 488.

⁸¹ ALEJANDRE, J. A., cit. (n. 6), p. 126.

⁸² ANTÓN ONECA, J., cit. (n. 80), p. 270.

⁸³ Artículo 398: “Cualquiera funcionario público, civil, eclesiástico o militar que ejerciendo sus funciones cometa alguna de las falsedades siguientes: 1ª. Extender o autorizar a sabiendas escritura pública y auténtica que sea falsa, o testimonio, acta judicial, partida de casamiento, muerte, nacimiento o bautismo, o acuerdo de autoridad pública de la misma clase; 2ª. Alterar algún documento verdadero de los que quedan expresados, arrancando, borrando o variando lo que en él estaba escrito, o intercalando lo que no lo estaba; 3ª. Intercalar en los libros, protocolos o procesos, después de estar cerrados, alguno de los documentos sobredichos, aunque no sea falso; 4ª. Extender o autorizar fraudulentamente testimonio o certificación de alguno de los expresados documentos falsos o alterados, o ilegalmente intercalados, como queda dicho, sabiendo la falsedad, alteración o intercalación ilegítima. 5ª. Fingir letra, firma, rúbrica, signo o sello en alguno de los documentos sobredichos. 6ª.

conciernen a los documentos privados (artículos 408-411)⁸⁴ y, por último, a otros certificados (artículos 412 ss.). La doctrina española del siglo XIX se desarrolla fundamentalmente mediante comentarios al *Código Penal*, el primero de los cuales corresponde a Florencio García Goyena, quien, sin embargo, escribió en una época en que el *Código Penal* de 1822 ya no se encontraba vigente. Luego de mencionar la sistemática del *Code Pénal* de 1848, del *Código* de 1822 y de las *Siete Partidas*, opta por esta última, por ser más conforme a la razón y cita: “Falsedad es cambio o alteración de la verdad; l. 1^o, tit. 7^o, P. 7”⁸⁵. Posteriormente, Joaquín Francisco Pacheco se refiere al *Código* de 1822 en las concordancias del *Código Penal* de 1848/1850. Este último sigue también la sistemática del *Code Pénal*, incluyendo en su capítulo 4^o sobre “falsificación de documentos” una sección primera relativa a la “falsificación de documentos públicos u oficiales y de comercio” (artículos 226-227)⁸⁶, una

Faltar fraudulentamente a la verdad en la extensión de alguno de los documentos mencionados, suponiendo personas, desfigurando los hechos, suprimiendo lo que ha pasado, añadiendo lo que no ha habido, o alterando las fechas verdaderas; sufrirá la pena de infamia con [...]”. Artículo 399: “Cualquiera otra persona que soborne con dones o promesas para alguna de las falsedades expresadas en el precedente artículo, o que cometa por sí alguna de ellas, será también infame por el mismo hecho y sufrirá la pena de [...]”. Artículo 400: “Cualquier funcionario público que ejerciendo sus funciones cometa alguna de las falsedades designadas por el artículo 398 en libros o asientos de oficina o establecimiento público, en títulos, certificaciones, cartas de pago, o cualquiera otro documento oficial, fuera de los expresados en el mismo artículo, será igualmente infame, y sufrirá la pena de [...]”.

⁸⁴ Artículo 408: “Cualquiera que en perjuicio de otro cometiere falsedad en algún escrito o documento privado, ya mudándose el nombre o apellido, ya fingiendo letra, rúbrica o sello, ya forjando un escrito falso, ya alterando alguno verdadero, borrando, arrancando o variando lo que en él estaba escrito, o añadiendo lo que no lo estaba, será infame y sufrirá la pena [...]”. Artículo 410: “También se impondrán las propias penas a los que sobornen con dones o promesas para alguna de estas falsedades, o con igual perjuicio de tercero usen de alguno de los documentos o efectos así falsificados, sabiendo que lo son, y habiendo tenido parte en la falsedad, o alguna inteligencia previa con los falsificadores para la ejecución del delito. Los que sin esta inteligencia, y sin haber tenido parte en la falsedad, usen de alguno de estos documentos o efectos falsificados, sabiendo que lo son y en perjuicio de tercero, serán castigados como auxiliares y fautores del delito principal”.

⁸⁵ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Código criminal español según las leyes y práctica vigentes, comentado y concordado con el penal de 1822, el francés y el inglés* (Madrid, Librería de los Señores Viuda de Calleja e hijos, 1843), II, núm. 1030, p. 7.

⁸⁶ Artículo 226: “Será castigado con las penas [...], el eclesiástico o empleado público que, abusando de su oficio, cometiere falsedad: 1^o. Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica. 2^o. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido. 3^o. Atribuyendo a los que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho. 4^o. Faltando a la verdad en la narración de los hechos. 5^o. Alterando las fechas verdaderas. 6^o. Haciendo en documento verdadero cualquier alteración o intercalación que varíe su sentido. 7^o. Dando copia en forma febaciente de un documento

segunda sobre “*falsificación de documentos privados*” (artículo 228)⁸⁷, y una tercera sobre “*falsificación de pasaportes y certificados*” (artículo 229). Antes de comentar los tipos penales en particular, Pacheco ensaya un concepto de documento: “*es todo lo que da o justifica un derecho, todo lo que asegura una acción, todo lo que prueba aquello en que tiene interés una persona*”⁸⁸.

Respecto del artículo 226, que castiga al empleado público por cometer falsedad mediante diversas modalidades de comisión que describe, Pacheco observa que “*son tan generales que no encontramos en nuestra imaginación ningún verdadero caso de falsedad moral que no esté comprendido en ellas*”⁸⁹. En cuanto al artículo 227 sobre falsedad cometida por un particular en documento público, compara su gravedad con la de aquella cometida por funcionario público, señalando que “*el mal material causado por la falsificación podrá ser igualmente grave*”, pero la alarma, el delito completo es mayor, porque en esta última hay “*un abuso de la fe pública, que merece una pena más grave*”⁹⁰. Por último, respecto del artículo 228 sobre falsedad en documentos privados, Pacheco destaca la diferencia existente con la falsificación de documentos públicos. En esta última, no hay que considerar si ha habido o no ha habido perjuicio de tercero, la ley prescinde de ello, en cambio, en la falsificación de documentos privados, la ley exige perjuicio, o por lo menos la intención de causarlo: “*verdad es que difícilmente se hará una falsificación, que no tenga por motivo semejante propósito*”⁹¹.

El Código Penal reformado de 1870 mantiene la misma sistemática del de 1822, esto es, una sección 1ª sobre “*falsificación de documentos públicos, oficiales y de comercio y de despachos telegráficos*” (artículos 314-317)⁹², una

supuesto, o manifestando en ella cosa contraria o diferente de lo que contenga el verdadero original. 8º. Ocultando en perjuicio del Estado o de un particular cualquier documento oficial”. Artículo 227: “El particular que cometiere en documento público u oficial o en letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles, alguna de las falsedades designadas en el artículo anterior, será castigado [...]”.

⁸⁷ Artículo 228: “*El que con perjuicio de tercero, o con ánimo de causárselo, cometiere en documento privado alguna de las falsedades designadas en el art. 220, será castigado [...]”.*

⁸⁸ PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado* (reimpresión Madrid, Edisofer, 2000), p. 760.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 766.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 768.

⁹¹ *Ibid.*, p. 770.

⁹² Artículo 314: “*Será castigado con las penas [...] el funcionario público que abusando de su oficio cometiere falsedad: 1º. Contrabaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica. 2º. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido. 3º. Atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho. 4º. Faltando a la verdad en la narración de los hechos. 5º. Alterando las fechas verdaderas. 6º. Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación*

2^a sobre “*falsificación de documentos privados*” (artículos 318-319)⁹³ y una sección 3^a sobre “*falsificación de cédulas de vecindad y certificados*” (artículos 320-325). El principal comentarista de este código es Alejandro Groizard y Gómez de la Serna, quien caracteriza en general este delito señalando que no se trata de “*la falsedad real ni la falsedad verbal*”, sino de “*la falta de verdad en la narración escrita de las cosas*”⁹⁴. Se precisa el concepto de documento como “*la escritura, instrumento o acta con que se prueba, acredita o hace constar alguna cosa: acta, documentum*”⁹⁵. El diferente tratamiento punitivo de la falsedad en documento público y en documento privado se justifica porque en la primera no se ven lastimados sólo los derechos particulares, sino que se ve afectada la fe pública⁹⁶. “*Sola la alteración fraudulenta de la verdad en esta clase de escritos puede dar lugar al delito de falsedad de documento público*”⁹⁷.

Respecto del artículo 314, que castiga al funcionario público por cometer falsedad mediante alguna de las modalidades de comisión que describe, Groizard se pregunta: “*¿Habrá algún hecho que reúna en sí los elementos característicos del delito de falsedad y que no esté comprendido en ninguno de los ocho números que el artículo abraza?*”⁹⁸. La alteración de la verdad puede realizarse de un modo material o no material. Si bien el Código ha dado mayor importancia a la primera clase de hechos, definiendo con claridad sus caracteres, no ha cerrado los ojos ante la segunda. No sólo castiga las mutaciones y alteraciones que la verdad sufra por crear materialmente en todo o en

que varíe su sentido. 7°. Dando copia en forma febaciente de un documento supuesto, o manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero original. 8°. Intercalando cualquiera escritura en un protocolo, registro o libro oficial [...]”. Artículo 315: “*El particular que cometiere en documento público u oficial o en letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles alguna de las falsedades designadas en el artículo anterior, será castigado con las penas [...]*”. Artículo 316: “*El que a sabiendas presentare en juicio o usare, con intención de lucro, un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes, será castigado con la pena inferior en dos grados a la señalada a los falsificadores*”.

⁹³ Artículo 318: “*El que con perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo cometiere en documento privado alguna de las falsedades designadas en el art. 314, será castigado con las penas [...]*”. Artículo 319: “*El que sin haber tomado parte en la falsificación presentare en juicio o hiciere uso, con intención de lucro o con perjuicio de tercero y a sabiendas, de un documento falso de los comprendidos en el artículo anterior, incurrirá en la pena inferior en un grado a la señalada a los falsificadores*”.

⁹⁴ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado* (Salamanca, Imprenta de D. Timoteo Arnaiz, 1899), III, p. 607.

⁹⁵ VIADA Y VILLASECA, Salvador, *Código penal reformado de 1870* (4^a edición, Madrid, Librería de Fernando Fe, 1890), II, p. 386.

⁹⁶ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., cit. (n. 94), p. 607.

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 609.

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 620.

parte documentos falsos, sino también por hacer constar, a sabiendas, como verdadero en ellos, hechos falsos, o como falsos, actos cuya verdad y certidumbre son conocidas: “*Lo que casuísticamente ha establecido algún Código extranjero, el nuestro lo ha logrado con una fórmula genérica*”⁹⁹. Respecto del artículo 316, que castiga al que presenta en juicio o usa, con intención de lucro, un documento público falso, Groizard critica la formulación del *Código*, proponiendo que se exija en su lugar la intención de engañar o de causar un daño o perjuicio a otro¹⁰⁰.

En cuanto al artículo 318, sobre falsedad en documento privado, advierte una cardinal diferencia con la falsedad en documento público, porque en esta última “*la mutación y la alteración de la verdad lleva en sí un ataque a la fe pública*”, de ahí que se castigue con independencia de las consecuencias que produce. En cambio, en la falsedad de documento privado hay “una agresión a los derechos de los particulares, que son los que directamente resultan perjudicados con la falsificación, por eso, el perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo es un elemento especial característico de estos delitos”¹⁰¹. La mera falsificación de un documento privado no constituye delito, pues con ella no se ataca ningún interés público ni particular. Para que surja el delito se requiere, además de la falsedad, el que con ella se haya causado perjuicio a tercero o al menos que haya sido cometida con ánimo de causárselo¹⁰². Hay perjuicio no sólo cuando se irroga a la fortuna de un tercero, sino también cuando se afecta el honor y la fama¹⁰³.

En conclusión, la técnica legislativa tanto del *Código Penal* de 1822 como de aquel de 1848/1850 es la misma que la del *Code Pénal* en orden a describir la conducta prohibida a partir del verbo “cometer falsedad”. Desde la lacónica definición de García Goyena basada en las *Partidas*, ésta también se entiende en el sentido de “cambio o alteración de la verdad”. Sólo que esta mutación de la verdad recae en un documento, entendido en el sentido amplio de todo aquello que prueba un derecho o asegura una acción. Por lo tanto, no se trata de la “falsedad real” ni meramente de la “falsedad verbal”, sino que de la falta de verdad en la narración escrita de las cosas. Ésta sólo es punible en la medida en que se encuadre en alguna de las modalidades de comisión descritas en el *Código* respecto de la falsedad en documento público (artículo 398 CP. 1822; artículo 226 CP. 1848/50; y artículo 314 CP. 1870). Estas modalidades de comisión de la alteración de la verdad pueden ser tanto de falsedad material como no material. Respecto de la falsedad en documento

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 621.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 630.

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 633.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 636.

¹⁰³ VIADA Y VILLASECA, S., cit. (n. 95), p. 426.

privado, la codificación penal española (artículo 408 CP. 1822; artículo 228 CP. 1848/1850; y artículo 318 CP. 1870), a diferencia del *Code Pénal*, menciona expresamente el requisito del perjuicio a otro. Es esta exigencia la que lleva a diferenciar la falsedad en documento público como atentado a la fe pública de la falsedad en documento privado como agresión a los derechos de los particulares.

IV. LA CIENCIA ALEMANA DEL DERECHO PENAL Y EL “REICHSSTRAFGESETZBUCH” DE 1871

1. *La discusión sobre el fundamento del castigo del crimen de falsedad.*

En los albores de la ciencia alemana del Derecho penal, se discutía sobre la aún poco clara relación entre el *crimen falsi* y el delito de *stellionatus*. La discusión sobre esta materia se desata en un contexto legislativo caracterizado por la ausencia de un código nacional y por la existencia de distintas legislaciones particulares en cada estado (v. gr.: en Prusia, el *Allgemeines Landrecht* de 1794, en Baviera el *Código Penal* de 1813). De ahí que la doctrina busque elaborar un Derecho común basado en el Derecho romano y, en esa medida, los autores discuten en permanente referencia a sus fuentes. Esto a pesar de que la *Constitutio Criminalis Carolina* (“die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V”) de 1532 se había apartado de las fuentes del Derecho romano y había castigado por separado distintas figuras del delito de falsedad (artículo 112 CCC.)¹⁰⁴, siguiendo una técnica de legislación que se anticipaba a la codificación penal del siglo XIX¹⁰⁵. Precisamente, esta técnica legislativa más diferenciada dejaba vacíos de punibilidad que fueron prontamente cubiertos, interpretando las disposiciones de la *Carolina* bajo el amplio concepto de *falsum* acuñado por la doctrina medieval italiana¹⁰⁶. Este contexto explica que la discusión de la ciencia alemana del Derecho

¹⁰⁴ *Const. Crim. Carolina*, artículo 112: “Item welche falsch siegel, brieff, instrument, vrbar, renth oder zinsbücher, oder register machen, die sollen an leib oder leben, nach dem die felsehung vil oder wenig bößhaftig vnd schedlich geschicht, nach radt der rechtuerstendigen, oder sunst als zu ende diser ordnung vermeldet, peinlich gestrafft werden”.

¹⁰⁵ KIENAPFEL, Diethelm, *Urkunden im Strafrecht* (Frankfurt a. M., Klostermann, 1967), p. 23, llama a esta técnica “principio de los delitos especiales autónomos”, según la cual se anteponen los portadores de garantía y luego se les concede protección particular. Véase BROCKHAUS, Matthias, *Die Urkundenfälschung und die Strafflosigkeit der „schriftlichen Lüge“*. Ein Erklärungsversuch aus historischer Sicht bis zum Reichsstrafgesetzbuch von 1871, en *Zeitschrift für die Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11 (2008), p. 559.

¹⁰⁶ Cfr. HÄLSCHNER, Hugo, *System des preußischen Strafrechts* (Bonn, Adolph Marcus, 1868), 2ª parte, p. 343; KIENAPFEL, D., cit. (n. 105), pp. 34 s.; el concepto de “*falsum*” responde al “principio del concepto agrupador antepuesto”, es decir, se ante-

penal, al menos durante la primera mitad del siglo XIX, gire en torno a la pregunta por el fundamento del castigo del delito de falsedad y su relación con la estafa.

En este sentido, Kleinschrod parte de la premisa que el Estado sólo puede castigar acciones dañosas, en la medida en que éstas provoquen una inseguridad general de los derechos de los miembros del Estado. La sola circunstancia que se provoque daño a una persona privada no es razón suficiente para el castigo, para eso basta la reparación del daño¹⁰⁷. La falsificación daña no solamente a la propiedad, sino que también puede ser perjudicial para otros derechos, por ejemplo, el falso testimonio puede poner en peligro la vida y el vino falsificado afectar la salud. Como sin embargo la falsificación generalmente daña a la propiedad y luego puede convertirse en un delito contra otros derechos, se cuenta entre los crímenes de lesión a la propiedad. Kleinschrod sostiene entonces que el delito de falsificación consiste en una ocultación o modificación de la verdad en perjuicio de la propiedad de un tercero, que provoca un peligro de inseguridad a la propiedad de todos. Este delito radica en la ocultación o modificación de la verdad, pero no de la verdad en sí, objetivamente considerada, pues ésta permanece inalterable. Sin embargo, visto subjetivamente, es posible que alguien conduzca a otro a pensar que algo es verdadero o correcto, cuando no lo es¹⁰⁸.

En esta categoría delictiva, se incluye la falsificación de documentos públicos, pero también de documentos privados, por la fuerza probatoria que tienen en el comercio y los negocios, y aun cuando el documento falsificado tenga efectos entre las partes, se ve afectada la inlesionabilidad del documento como tal y, con ella, se provoca inseguridad general. También se incluyen en esta categoría la modificación falsa del estado personal en perjuicio de otro, falsificaciones en el ámbito de la justicia, de pesos y medidas¹⁰⁹. Para estar en presencia de este crimen, se exige dolo, ocultación o modificación de la verdad y daño realizado. El dolo consiste en obrar en conocimiento de la verdad y en la decisión de dañar a otro mediante la ocultación o modificación de la verdad, no es necesario que se actúe con ánimo de ganancia¹¹⁰. El segundo elemento consiste en la ocultación o modificación de la verdad, donde resulta discutible si ésta también puede realizarse mediante el silen-

pone el concepto de *falsum* como mutación de la verdad y luego se describen diferentes figuras que ejemplifican esta idea común.

¹⁰⁷ KLEINSCHROD, Gallus, *Über den Begriff und die Erfordernisse des Verbrechens der Verfälschung*, en *Archiv des Criminalrechts*, 2 (Halle 1799) 1, p. 140.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 141.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 142.

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 147.

cio¹¹¹. Respecto del elemento del daño, también reina discusión, pero si la falsificación es un crimen contra la propiedad de los hombres, entonces no puede existir completamente si no cuando se ha agredido efectivamente la propiedad. Por lo tanto, sólo hay tentativa cuando se falsifica un documento, pero aún no se hace uso de él, o cuando se falsifican mercaderías, pero éstas aún no se venden¹¹².

En la misma dirección, Feuerbach concibe el delito de estafa como falsedad en sentido amplio y lo define a partir de la intención antijurídica de engañar a otro mediante comunicación de hechos falsos u ocultación de hechos verdaderos¹¹³. Distingue dos clases de este delito, la falsedad en sentido estricto, entendida como engaño mediante modificación de una cosa en perjuicio de los bienes de otro, a la cual pertenece, entre otras, la “falsificación de documentos válidos”. Y la estafa en sentido estricto, cuando el engaño se realiza de un modo distinto a la falsificación de una cosa¹¹⁴. Los elementos de este delito son, en primer lugar, una acción dirigida al engaño de otros, sea ésta negativa mediante ocultación de hechos verdaderos (“*oppressio veritatis*”), o positiva mediante comunicación activa de hechos falsos (“*immutatio veritatis*”)¹¹⁵. En segundo término, es preciso que la acción engañosa se realice en perjuicio de los derechos de otro, sea mediante una lesión de objetos jurídicos (bienes) reales o al menos contraviniendo el derecho de otro a la omisión de la acción engañosa¹¹⁶. En tercer lugar, se requiere dolo, en el sentido de que la acción antijurídicamente engañosa debió haberse cometida en la conciencia de tal carácter engañoso¹¹⁷. La estafa se consume cuando la acción antijurídica realizada con intención de engaño se encuentra acabada, por ejemplo, en la estafa de contratos con la perfección del contrato, en la falsedad documental con la modificación o elaboración engañosa¹¹⁸.

En contraste con las teorías que definen el crimen de falsedad a partir de la modificación de la verdad, Klien sostiene que debe existir un objeto

¹¹¹ Ibid., p. 148

¹¹² Ibid., p. 152.

¹¹³ FEUERBACH, P. J. A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (edición de Mittermaier, 2ª impresión de la 14ª edición, Giessen, 1847, reimpresión Aalen, Scientia, 1986), p. 647; en nota I, el editor aclara que, para una correcta comprensión de este delito, es decisiva la evolución del Derecho romano, en el cual la expresión *falsum* también se comprendía en un sentido amplio, no estrictamente jurídico, y abarcaba los casos de estafa.

¹¹⁴ FEUERBACH, P.J.A., cit. (n. 113), p. 670.

¹¹⁵ Ibid., p. 661.

¹¹⁶ Ibid., p. 665.

¹¹⁷ Ibid., p. 668.

¹¹⁸ Ibid., p. 669.

que sea falsificado¹¹⁹. Sin embargo, este objeto no puede ser simplemente la verdad, pues ésta permanece siempre tal como era. No puede ser objeto de modificación o falsificación, sólo de supresión u ocultación. Falsedad y falsificación en sentido estricto se distinguen de la estafa, pues no pertenece a aquéllas que un tercero efectivamente sea engañado mediante el producto falso¹²⁰. Klien niega entonces que el fundamento del castigo de la falsedad radique en un supuesto derecho a la verdad. Nadie discute que el hombre tiene un derecho a la personalidad, y con él, a la vida, la salud y la libertad, tampoco que tiene derecho a su propiedad. “Pero un derecho a la veracidad, esto es, un derecho a exigir de otro que en el habla y la acción declare la verdad y evite el engaño, ¿no existe!”¹²¹. La sola mentira puede constituir una inmoralidad o un atentado a la ética. Para que sea antijurídica, debe observarse el principio del Derecho natural según el cual sólo se prohíbe la perturbación de los derechos de otro, no se ordena asumir prestaciones positivas para el bien de otro¹²². El que, sin embargo, se sirve del lenguaje u otras acciones mediante los cuales provoca falsas representaciones en un ser dotado de derechos y mediante este engaño perjudica sus derechos, actúa tan antijurídicamente como aquél que ejerce violencia. La aplicación del Derecho penal natural presupone que mediante el engaño se afecte la vida, libertad o salud, también los derechos de propiedad¹²³.

Una formulación consistente del crimen de falsedad como lesión del derecho a la verdad es desarrollada en 1829 por Cucumus. El punto de partida es la diferenciación del momento de consumación respecto de la estafa. Pues, el *crimen falsi* está consumado también cuando el fin buscado, de daño a otros o de obtención de ganancia, aún no se alcanza. Basta haberse cometido una lesión del derecho a la verdad¹²⁴. En cambio, para la consumación del *stellionatus* no basta la mentira o fingimiento, sino que es preciso que alguien resulte engañado y que la estafa en perjuicio de otro efectivamente haya resultado¹²⁵. Sin embargo, que baste una acción contraria a la verdad no implica que con la mera realización de la acción de falsedad esté consumado el crimen. Pues, el derecho del otro a la verdad no se ve lesionado ya con la

¹¹⁹ KLIEN, Carl, *Beiträge zur richtigen Bestimmung und naturgemäßen Entwicklung der Theorie über das Verbrechen des Betrugs und der Fälschung in seinen verschiedenen Arten*, en *Neues Archiv des Criminalrechts*, 1 (Halle 1816) 1ª Parte, pp. 130 ss.

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 133.

¹²¹ *Ibid.*, pp. 138 s.

¹²² *Ibid.*, pp. 139 s.

¹²³ *Ibid.*, pp. 140 s.

¹²⁴ CUCUMUS, Conrad, *Von dem Unterschiede zwischen Fälschung und Betrug*, en *Neues Archiv des Criminalrechts*, 10 (Halle 1829), p. 516.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 517.

producción y mera posesión del falso, sino recién con el empleo del mismo¹²⁶. El *crimen falsi* exige para su consumación sólo el uso del falso, no es preciso un engaño efectivamente realizado¹²⁷. No obstante, existe un derecho a la verdad sólo en tanto es presupuesto de la integridad de los derechos a la vida, al honor, la libertad, al estado personal, respecto de cosas. Por lo tanto, la lesión del derecho a la verdad constituye crimen sólo cuando el uso del falso ha alcanzado un punto y desarrollado un producto que incide en el fin del actuante, lo cual sólo ocurre cuando en relación a derechos se ha creado positiva o negativamente una razón de conocimiento (“Erkenntnisgrund”) falsa que permanece objetivamente¹²⁸. En esa medida, la voluntad individual se ha exteriorizado en un hecho, que por sí mismo es eficaz o puede serlo, incompatible con el derecho del otro a la verdad¹²⁹.

Sin embargo, es Anton Bauer quien aclara definitivamente el alcance del derecho a la verdad como fundamento del castigo de la falsedad y, con ello, logra diferenciarlo del fundamento de punibilidad de la estafa. Se trata de un derecho negativo, esto es, que tiene todo hombre en tanto puede justificadamente exigir la omisión de aquellas mutaciones de la verdad mediante las cuales sus derechos pueden verse en peligro o lesionados. Por lo tanto, no es un derecho autónomo a la verdad, sino que solamente una derivación del derecho general a exigir la omisión de acciones jurídicamente lesivas, referida a la mutación de la verdad como forma de la lesión jurídica¹³⁰. Un derecho positivo a exigir la verdad deriva solamente de ciertas relaciones jurídicas que obligan a la veracidad. Éstas pueden ser de dos clases: relaciones de Derecho público, así en la relación del Estado respecto de sus funcionarios o de sus ciudadanos, o relaciones jurídico-privadas especiales, así en la relación recíproca entre contratantes, en la medida en que las leyes asignen consecuencias jurídicas a la lesión de la verdad¹³¹. Estos derechos negativos y positivos se resumen en una expresión general que se llama derecho a la verdad, o mejor, derechos en relación a la verdad¹³². Según Bauer, ya en el Derecho romano se distingue entre el *crimen falsi* como lesión dolosa del derecho a la verdad y el *stellionatus* que abarca en general, como crimen

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 521 s.

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 522 s.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 685.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 686.

¹³⁰ BAUER, Anton, *Lehrbuch des Strafrechtes* (Göttingen, Vandenhoeck, 1833), p. 385, con nota b), donde cita a Klien reconociendo con éste que no se trata de un derecho autónomo a la verdad.

¹³¹ *Ibid.*, p. 386.

¹³² *Ibid.*, p. 386 nota d).

extraordinario, todo perjuicio causado mediante engaño¹³³. En efecto, falsedad y estafa son delitos de distinta naturaleza. Mientras la falsedad lesiona al derecho a la verdad como objeto próximo y pone en peligro o lesiona otros derechos como objeto mediató, la estafa contiene una lesión inmediata de los derechos patrimoniales de otro. El fundamento del castigo es diferente, en la falsedad radica en el peligro de un engaño perjudicial derivado de la lesión al derecho a la verdad que se busca evitar con la amenaza de pena. En cambio, el merecimiento penal de la estafa proviene del daño causado mediante engaño realizado¹³⁴. Desde el punto de vista de la persona afectada, en la falsedad se lesiona a aquel que tiene el derecho a la verdad, pero éste no siempre es el mismo cuyo perjuicio se busca, por ejemplo, en un falso testimonio ante el Tribunal. En la estafa, es siempre perjudicado el engañado¹³⁵. En cuanto a la consumación, ésta se alcanza en la falsedad cuando se lesiona el derecho a la verdad y mediatamente se provoca un peligro para otros objetos, no se exige que el engaño efectivamente se realice¹³⁶. En cuanto a los requisitos de la falsedad, se exige que la acción conlleve una lesión al derecho a la verdad, sea en una modalidad de comisión negativa mediante ocultación o positiva con la apariencia de un hecho. Además, la acción debe ser antijurídica, esto es, contener una “lesión de los derechos en miras de la verdad” y realizada con dolo antijurídico, de engañar a otro¹³⁷.

Frente a las tesis del derecho a la verdad, Roßhirt desarrolla por primera vez en Alemania una teoría de la fe pública para la explicación del fundamento del castigo de la falsedad. En toda vida en sociedad debe existir un sentimiento común (“gemeines Gefühl”), que puede denominarse confianza pública, según el cual cada uno sabe que si dicha confianza se vulnera, no se rompe meramente un contrato o su palabra, sino que se cuestiona la buena fe (“die gute Glauben”) que vincula una persona con otra en la medida en que al menos cierta credibilidad debe presuponerse. La falsedad en general es un atentado a la fe pública. En cambio, la estafa se caracteriza por el daño provocado mediante engaño, aun cuando no se lesione la fe pública¹³⁸. Tiene la misma posición que tenía en el Derecho romano el *stellionatus* en relación al *crimen falsi*, vale decir, cumple un rol subsidiario. La mutación de la verdad no es característica del *stellionatus*, éste es más amplio, pues abarca también

¹³³ *Ibíd.*, p. 388.

¹³⁴ *Ibíd.*, p. 391.

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 392.

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 393.

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 397.

¹³⁸ ROSSHIRT, Conrad, *Geschichte und System des deutschen Strafrechts*, 3ª parte, 2ª sección (Stuttgart, Schweizerbart, 1839), pp. 13 s.

el abuso de mala fe de un poder o de un derecho en perjuicio de otro¹³⁹. Respecto del momento de consumación del delito de falsedad, discrepa de la posición de Kleinschrod, que exige la realización del daño y observa que el punto no puede decidirse en general, sino que depende de la individualidad del caso de falsedad. Sin embargo, en la falsedad se ven involucrados intereses públicos, por lo que la consumación no puede depender de consecuencias jurídico-privadas¹⁴⁰. En cambio, la consumación del *stellionatus*, presupone la provocación de daño a otro¹⁴¹. En la falsedad documental, se trata de la falsedad en general con motivo de la extensión de un documento. Sin embargo, la inserción de una circunstancia fáctica falsa en un escrito, mediante la cual se provoca un engaño, no pertenece a la falsedad documental, sino que se trata por regla general de *stellionatus*. En cuanto a la falsedad en documentos privados, Roßhirt advierte que una carta, una nota, sólo puede ser objeto de este delito cuando el documento falsificado sirve de base para derechos. Respecto de los documentos públicos, distingue la falsedad realizada por un funcionario público, que siempre es punible, de aquella cometida por un particular, la cual exige una modificación del documento que haga sospechar de una sustracción o de corrupción, que consista en cambiar su contenido mediante correcciones o raspamiento o cuando un documento aún imperfecto es completado mediante, por ejemplo, la firma de otro¹⁴².

Una formulación distinta se basa en el concepto de seguridad del tráfico, planteada en una de sus primeras versiones por Zirkler. A propósito de la respuesta atribuida a Paulo en Dig. 48,10,23, que alude a la falsedad como imitación o enmienda de escritura, constata que un escrito sin valor documental, por ejemplo, una cuenta falsa enviada por un comerciante sobre mercaderías entregadas, cuya verificación es asunto del que la recibe, no constituye falsedad. Distinto el caso en que se imita la letra manuscrita para extender un documento de extinción de una deuda, pues en este caso hay un ataque al derecho a la seguridad que mediatamente pone en peligro el patrimonio¹⁴³. Respecto del concepto de *falsum* entendido como modificación u ocultación de la verdad, “como si existiera un derecho original a la verdad, lo cual ciertamente pertenece a sueños filosóficos”, Zirkler advierte que la verdad, como aquello que permanece, no puede ser modificada. “Un derecho abstracto a la verdad es tan impensable como su correlato un dere-

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 21.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 23.

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 24.

¹⁴² *Ibíd.*, p. 39 s.

¹⁴³ ZIRKLER, *Beiträge zur Lehre von der Fälschung nach dem neuen Württembergischen Strafgesetzbuch*, en *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge (Halle 1840), p. 44.

cho coercitivo a la creencia de otros a la verdad dicha por uno”¹⁴⁴. Luego de mencionar un ejemplo de falsificación de mercancías, señala que la seguridad y fluidez del tráfico valoran estas señales positivas, cuyo abuso constituye un ataque al derecho a esa seguridad¹⁴⁵. Este delito se consume con el uso en tanto ejercicio de un derecho coercitivo en relación a la creencia de otro constitutivo del ataque al derecho frente al afectado¹⁴⁶.

En similar dirección, Ortloff subraya el carácter subjetivo del “amor a la verdad y de la veracidad”, la que en principio no puede ser objeto de coerción jurídica y, por lo tanto, pertenece sólo al ámbito de la moral¹⁴⁷. No obstante, debe existir un límite externo y éste sólo puede fijarlo el Derecho. En este sentido, el Estado puede exigir el cumplimiento de un deber de veracidad por parte de sus subordinados o de los ciudadanos, en la medida en que sea necesario para realizar intereses públicos, en especial, la justicia, por ejemplo, a un testigo o a un contribuyente en su declaración¹⁴⁸. En cambio, en el tráfico jurídico-privado no existe un derecho coercitivo a la verdad. No se desconoce que el cumplimiento de la verdad es base de la confianza en el tráfico privado, pero la protección directa de la verdad no es realizable ni tampoco necesaria¹⁴⁹. Es tan generalizada la experiencia de que la confianza irrestricta en la veracidad del otro provoca engaños y perjuicios, que es dable exigir a cada uno aplicar cierta precaución. Este cuidado no puede exigirse por igual a todos los hombres, sino que debe considerarse su profesión, formación y experiencia¹⁵⁰. “La representación de la verdad en el tráfico privado no puede ser colocada directamente bajo protección estatal por la naturaleza subjetiva de la veracidad [...] la lesión de la verdad resta en el tráfico privado sin consecuencia directa, porque la verdad misma no puede ser objeto de un derecho”¹⁵¹. La protección estatal se extiende sólo a la lesión de derechos existentes y, por lo tanto, el Estado puede intervenir frente a lesiones a la verdad sólo en la medida en que éstos pueden verse afectados, lo cual procede allí donde la protección privada no es suficiente, por ejemplo, en aquellas relaciones subjetivas en las que no puede exigirse aplicar precaución (menores de edad, dementes) o en los casos en que el engaño es de tal entidad extraordinaria que dicha precaución resulta impotente¹⁵². Pero aún

¹⁴⁴ Ibid., p. 55.

¹⁴⁵ Ibid., p. 58 s.

¹⁴⁶ Ibid., p. 60.

¹⁴⁷ ORTLOFF, Hermann, *Lüge, Fälschung, Betrug* (Jena, Frommann, 1862), p. 37.

¹⁴⁸ Ibid., p. 38.

¹⁴⁹ Ibid., p. 38.

¹⁵⁰ Ibid., p. 39.

¹⁵¹ Ibid., p. 40.

¹⁵² Ibid., p. 40.

en estos casos excepcionales, el Estado interviene para proteger derechos efectivos y sólo indirectamente frente a la lesión a la verdad, en la medida en que mediante ésta aquéllos puedan verse afectados¹⁵³. Presupuesto de la coexistencia humana es la confianza recíproca. Ortloff distingue la *mentira* como mutación de la verdad en el lenguaje, de la falsedad como imitación, modificación o supresión de formas específicas de cosas y relaciones, cuya autenticidad goza de confianza¹⁵⁴. Se trata de una confianza general basada en la ley o en el sentido jurídico general de que gozan formas auténticas específicas de cosas y relaciones, cuyo fin es evidenciar autoridad y procedencia, legitimidad y exclusividad, y que facilitan el tráfico. Es un derecho a la fe pública, que exige respeto por estas formas de autenticidad, su negación perturba el tráfico¹⁵⁵. “La lesión consciente y querida de este derecho general a la fe pública mediante mutación o supresión de estas formas específicas de autenticidad constituye el crimen de falsedad”¹⁵⁶.

En síntesis, ya en el umbral del siglo XIX la Ciencia alemana del Derecho penal busca esclarecer el fundamento propio del castigo de la falsedad. Este fundamento no puede agotarse simplemente en lo injusto de la conducta de falsedad como alteración de la verdad, sino que es preciso identificar correlativamente un derecho o bien de otro que amerite ser protegido penalmente frente a dicha conducta. Una primera respuesta a esta pregunta la proporciona Kleinschrod, en el sentido de que lo afectado con la falsificación es la propiedad. Pero ésta no se comprende en su significado moderno, sino que más bien en el sentido de un presupuesto para el ejercicio de otros derechos, que se ve afectado ya con la realización de la falsedad¹⁵⁷. Este delito consiste, en palabras de Kleinschrod en la ocultación o modificación de la verdad entendida en sentido subjetivo y, por ende, la propiedad de otro se ve afectada cuando, como consecuencia de la conducta de falsedad, éste puede pensar que algo es verdadero o correcto, cuando no lo es, es decir, cuando puede incurrir en un error y, mediatamente, verse afectados otros derechos. En sentido similar, Feuerbach recurre al concepto del *crimen falsi* para la explicación conjunta del injusto de la falsedad y de la estafa, de tal modo que ambos delitos revisten los elementos de la alteración de la verdad mediante ocultación o mutación, del perjuicio a los derechos de otro y del dolo. El perjuicio puede configurarse ya cuando la acción dirigida al engaño contraviene el derecho de otro a la omisión de la acción engañosa.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 41.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 238.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 240.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 241.

¹⁵⁷ Cfr. valoración crítica de PAWLIK, Michael, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug* (Köln, Heymanns, 1999), pp. 118 s.

Estos planteamientos que sólo sugieren la existencia de un derecho a la verdad motivan la categórica negación de Klien, en el sentido de que no existe un derecho a exigir de otro que en el habla y la acción declare la verdad y evite el engaño. La sola contravención de la verdad es relevante en el ámbito de la moral y la ética, sin embargo, para que una conducta sea antijurídica debe conllevar perturbación a los derechos de otro. Esta perturbación concurre en el caso del que se sirve del lenguaje u otras acciones provocando una representación falsa en un ser dotado de derechos de igual manera del que ejerce violencia, pero es dudosa en la mera realización de la falsedad. De esta manera, Klien pone en cuestión la existencia misma de un objeto en el delito de falsedad. Objeto del delito no puede ser la verdad misma, pues ésta permanece siempre inalterada, no puede ser objeto de modificación o falsificación, sino sólo de supresión u ocultación. Por lo tanto, correlativamente no puede existir un derecho a la conservación inalterada de la verdad.

Sin embargo, ya Kleinschrod había reconocido que la verdad que se ve alterada con la falsificación no es la verdad en sí, objetivamente considerada, sino que la verdad vista subjetivamente. Y es esta verdad en sentido subjetivo la que puede verse afectada mediante la conducta de falsedad como mutación de la verdad, en la medida en que el otro puede creer que algo es verdadero o correcto, cuando no lo es. No obstante, Cucumus aclara que para la consumación del crimen de falsedad no es requisito que alguien efectivamente resulte engañado. El engaño efectivamente realizado es requisito del *stellionatus*, del delito de estafa, para cuya consumación, por ende, no basta la mentira o fingimiento. Para que el crimen de falsedad se consume, es requisito una lesión al derecho a la verdad. Pero, el derecho a la verdad no se ve lesionado ya con la mera acción de falsedad, con la producción y mera posesión del falso, sino que recién con el uso del mismo. Sólo en ese momento, en el cual se crea un motivo o razón falsa de conocimiento, que es o puede ser eficaz, dicho derecho se ve lesionado. Su protección se justifica sólo en la medida en que es presupuesto para la integridad de otros derechos, ejemplo, a la vida, la salud, a la propiedad, al estado personal. Como aclara posteriormente Anton Bauer, se trata de un derecho negativo que tiene todo hombre en tanto puede exigir la omisión de alteraciones de la verdad mediante las cuales sus derechos pueden verse en peligro o lesionados. En este punto, Bauer concede a Klien que efectivamente no se trata de un derecho autónomo a la verdad, cuya protección se justifica por sí misma. El derecho a la verdad que tiene todo hombre es solamente una derivación del derecho general a exigir la omisión de acciones jurídicamente lesivas, en este caso en la forma de lesión jurídica que conlleva la mutación de la verdad. En otras palabras, se trata de una manifestación del *neminem laedere*¹⁵⁸. Un derecho

¹⁵⁸ KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten* (reimpresión Frankfurt, Suhrkamp,

positivo a la verdad, en el sentido de exigir del otro la prestación positiva de decir la verdad, existe sólo excepcionalmente, en relaciones de Derecho público en que el Estado se encuentra legitimado para imponer este deber a sus subordinados o sus ciudadanos, o en ciertas relaciones de Derecho privado. De esta manera, Bauer esclarece la diferencia entre el fundamento del castigo de la falsedad y de la estafa. El fundamento del castigo de la falsedad radica en el peligro de un engaño perjudicial derivado de la lesión al derecho a la verdad. En cambio, en la estafa el fundamento del castigo deriva del daño causado mediante el engaño realizado. En consecuencia, el momento de consumación es distinto en uno y otro delito. En la falsedad, el delito se consume cuando se ve lesionado el derecho a la verdad y mediatamente se provoca un peligro para otros objetos. En cambio, el delito de estafa se consume cuando el engaño efectivamente se realiza.

La teoría de la fe pública se formula como una alternativa al derecho a la verdad para la explicación del fundamento del castigo de la falsedad. El objeto protegido es, según esta teoría, la fe pública entendida en el sentido de confianza pública. No obstante, ésta se concibe en la propuesta original de Roßhirt como un vínculo de buena fe que une a una persona con otra, cuya vulneración, sin embargo, trasciende el ámbito meramente interpersonal e involucra intereses públicos. De ahí que la consumación del delito de falsedad no pueda depender de consecuencias jurídico-privadas, de la constatación de daño a otro, como en la estafa. Así comprendida la fe pública en su dimensión interpersonal, no se distancia mayormente de la tesis del derecho a la verdad. Aquello que esta teoría formula en términos de un derecho, es reformulado por la tesis de la fe pública en clave de una expectativa cognitiva respecto del comportamiento del otro. Es recién con la tesis de Ortloff de la fe pública entendida como confianza general depositada en ciertas formas auténticas de relaciones y cosas que se introduce una distancia conceptual tendencialmente creciente con la tesis del derecho a la verdad.

2. Inflexión histórica con el Código penal prusiano de 1851.

Durante la primera mitad del siglo XIX, la discusión de la Ciencia alemana del Derecho penal se concentra en esclarecer el fundamento del castigo de la falsedad y su diferenciación de la estafa. En esa época y hasta el *Reichsstrafgesetzbuch* de 1871, Alemania no tenía un código nacional equivalente al *Code Pénal*, de modo que los puntos de referencia de la doctrina son hasta ese año las legislaciones particulares. Debido a esta concentración en

1968) p. 344: clasificación general de los deberes jurídicos del hombre, en interpretación de Ulpiano: 2° “Tue niemanden Unrecht” [“no realicéis injusto a otro”, traducido usualmente como “no dañes a otro”].

la discusión sobre el fundamento de punibilidad de la falsedad, durante esa época la doctrina no elabora aún un concepto de documento¹⁵⁹. Un punto de inflexión histórica marca en este sentido el *Código Penal* (“StGB”) prusiano del 14 de abril de 1851, cuyo § 247 inciso segundo contiene una definición de documento del siguiente tenor¹⁶⁰: “Se entiende por documento todo escrito de relevancia para la prueba de contratos, disposiciones, obligaciones, liberaciones o en general de derechos o relaciones jurídicas”.

El precepto tiene su origen en la preocupación del legislador prusiano frente a la amplitud que podía alcanzar el castigo de la falsedad en cualquier escrito. Desde comienzos del siglo XVIII se asiste a un proceso de expansión y masificación de la escritura, desapareciendo la necesidad de recurrir a un escribiente, normalmente un funcionario público, para generar o modificar un documento. Pero al mismo tiempo este proceso de expansión conlleva el origen de las exigencias de contenido, esto es, de restricción a escritos con eficacia jurídica. Antes de dicha expansión, esta clase de exigencias no tenía mayor sentido, pues, en la medida en que se solicitaba la intervención de un escribiente, se presuponía la relevancia jurídica de un documento emitido por un funcionario normalmente público¹⁶¹. Pues bien, el legislador prusiano frente a la amplitud que podía alcanzar el castigo de la falsedad cometida en cualquier documento, buscaba con la definición legal del mismo evitar dicha amplitud y restringir el ámbito de aplicación de la pena a la falsedad cometida solamente en documentos con relevancia jurídica¹⁶². Para estar en presencia de un documento, debía tratarse de un escrito mediante el cual se probara un hecho en alguna medida relevante. Su falsificación debía ser realmente apta para provocar un perjuicio determinado, el derecho de un tercero debía poder verse afectado mediante la modificación del documento. Se trata, entonces, de un concepto orientado teleológicamente, que evoca la técnica legislativa del *Code pénal*¹⁶³. Detrás de la fórmula casuística de la “relevancia probatoria”, “cuya proveniencia francesa es sutilmente disimulada por el estilo legislativo alemán”, se esconde el elemento central del concepto romano-francés de falsedad, esto es, la posibilidad de daño, el “*apta nocere*”

¹⁵⁹ MERKEL, Paul, *Die Urkunden im deutschen Strafrecht. Eine historische und kritisch-dogmatische Untersuchung* (München, Beck, 1902), pp. 87 ss., 91.

¹⁶⁰ Preuss. StGB, § 247: “*Wer in der Absicht, sich oder Anderen Gewinn zu verschaffen oder Anderen Schaden zuzufügen, eine Urkunde verfälscht oder fälschlich anfertigt und von derselben zum Zwecke der Täuschung Gebrauch macht, begeht eine Urkundenfälschung* (1). *Unter Urkunde ist jede Schrift zu verstehen, welche zum Beweise von Verträgen, Verfügungen, Verpflichtungen, Befreiungen oder überhaupt von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist* (2)”.

¹⁶¹ MERKEL, P., cit. (n. 159), pp. 33, 81 ss.

¹⁶² *Ibid.*, p. 46.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 47.

medieval en su versión francesa¹⁶⁴. La definición legal de documento en el inciso 2° del § 247 Preuss. StGB. no es entonces una creación nueva, “sino solamente un reflejo del concepto francés de falsedad”¹⁶⁵. Esta técnica legislativa es criticada por Paul Merkelen los siguientes términos: “El Derecho penal alemán partía de los documentos, el francés de la falsedad; el legislador de Prusia mezcló ambos principios y arribó así a una definición de documento dependiente de la acción de falsedad: de todos los escritos se consideraban documentos solamente aquellos mediante cuya falsedad podía provocarse daño a los derechos de otro”¹⁶⁶.

Mediante este “compromiso de dos sistemas incompatibles” se cargaba al mismo tiempo la definición de documento con las dudas que se planteaban en la doctrina común y francesa sobre la posibilidad de daño como relevancia probatoria¹⁶⁷. Esta cláusula de relevancia se mantuvo en el *Reichsstrafgesetzbuch* de 1871, aunque como requisito sólo de la falsedad en documento privado¹⁶⁸. El legislador de este primer código nacional, en virtud de una serie de consideraciones en torno a la dificultad de una definición legal y a la consecuente restricción en los objetos de la falsedad, optó por eliminar la definición y mantener la exigencia de “relevancia probatoria” sólo en relación a los documentos privados¹⁶⁹. Este elemento típico de la “relevancia probatoria” va a concentrar la atención de la doctrina¹⁷⁰ y de la jurisprudencia del Reichsgericht¹⁷¹ durante décadas. Era la hora de nacimiento de la fértil y extremadamente diferenciada dogmática alemana del documento.

¹⁶⁴ KIENAPFEL, D., cit. (n. 105), pp. 26 s., 275 s.; PRECHTEL, Dietmar, *Urkunden-delikte (§§ 267 ff. StGB). Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870* (Berlin, Berliner Wissenschaft, 2005), p. 36.

¹⁶⁵ KIENAPFEL, D., cit. (n. 105), p. 27 (destacado en el original), habla de una implantación (“Verpflanzung”) de la posibilidad de daño proveniente del concepto de falsedad en la definición de documento.

¹⁶⁶ MERKEL, P., cit. (n. 159), p. 47.

¹⁶⁷ KIENAPFEL, D., cit. (n. 105), p. 27.

¹⁶⁸ RStGB., § 267: “*Wer in rechtswidriger Absicht eine inländische oder ausländische öffentliche Urkunde oder solche Privaturkunde, welche zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist, verfälscht oder fälschlich anfertigt und von derselben zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht, wird wegen Urkundenfälschung mit Gefängnis bestraft*”.

¹⁶⁹ PRECHTEL, D., cit. (n. 164), p. 49 s.

¹⁷⁰ MERKEL, P., cit. (n. 159), pp. 285 ss., menciona seis teorías distintas sólo sobre el alcance de este elemento hacia fines del siglo XIX.

¹⁷¹ Así por ejemplo, en un fallo del Reichsgericht del año 1888 (RGSt. 17, 103, p. 105 s.), se define documento de la siguiente manera: “todo documento como tal es un producto de la actividad humana consciente que está determinado a expresar pensamientos en o sobre un objeto, de tal modo que el objeto permita reconocer la existencia y el contenido de esos pensamientos o que sea apto para su prueba”.

V. CONCLUSIONES

1. La expresión “falsedad documental” tiene su origen en el Derecho penal romano, más precisamente en la época en que se extiende el castigo originalmente contemplado por la *lex Cornelia de falsis* (81 a.C.) sólo para la falsedad monetaria y testamentaria a la falsedad cometida en cualquier documento, público o privado. Esta extensión se produjo por vía jurisprudencial a mediados del siglo III.

2. Un concepto del *crimen falsi* fue elaborado recién desde el siglo XIII por obra de los juristas italianos. El elemento básico del concepto es definido por Azo en una glosa al *Corpus iuris civilis* como “mutación de la verdad” (“*mutatio veritatis*”). Este concepto del crimen de falsedad como mutación de la verdad abarca las distintas hipótesis castigadas en el Derecho romano con la pena del *crimen falsi*, incluye, por ejemplo, la falsedad testamentaria, documental, el falso testimonio, ciertas hipótesis de venalidad. El delito de falsedad documental es entonces una especie del *crimen falsi*, por ende, radica en la alteración de la verdad que recae sobre un documento, realizada con dolo.

3. La verdad se entiende en un sentido subjetivo, no objetual. Es decir, no consiste en un atributo de los objetos mismos, sino que del observador en el sentido de correspondencia entre su representación y las relaciones entre los objetos percibidos. Por lo tanto, falsedad es una conducta que provoca una discrepancia entre la representación del sujeto y las relaciones entre los objetos percibidos, vale decir, un error.

4. El elemento del “perjuicio a otro” (“*praeiudicium alterius*”) no es un requisito adicional ni constitutivo del crimen de falsedad. Se trata de un elemento que cumple una función negativa, esto es, sirve para excluir del ámbito de punibilidad a título del crimen falsi las alteraciones de la verdad que no son aptas para provocar daño a otro, esto es, una representación falsa en otro. Dicho en términos positivos y modernos, se trata de una cláusula de relevancia de la mutación de la verdad, vale decir, ésta constituye el crimen de falsedad sólo cuando es apta para provocar un error en otro.

5. El concepto de *crimen falsi* en el sentido antes reseñado, esto es, como mutación de la verdad realizada con dolo en perjuicio de otro, subyace tanto a las disposiciones del *Code Pénal* de 1810 en materia de falsedad documental como a la codificación penal española del siglo XIX (1822/1848-50/1870) en la misma materia. No obstante, es posible identificar al menos dos elementos comunes a ambas regulaciones legales. Primero, una sistemática construida sobre la base del delito de falsedad en documento público, seguida de un tipo penal residual de falsedad en documento privado. Segundo, una técnica legislativa de descripción de distintas modalidades de comisión de la falsedad y,

respecto de los documentos privados, la preocupación doctrinaria o exigencia legal expresa del perjuicio a otro como elemento del delito.

6. El concepto de *falsum* en el sentido antes reseñado también subyace, *Código Penal* prusiano de 1851 mediante, a la regulación de la falsedad documental en el *Reichsstrafgesetzbuch* de 1871, sólo que su sistemática está construida al revés sobre un tipo base de falsedad en cualquier documento, seguido de disposiciones penales relativas a la falsedad en documento público. La técnica legislativa también describe modalidades de comisión de la falsedad, aunque con menor grado de detalle. Respecto de la falsedad en documento privado, se inserta una cláusula de relevancia probatoria del documento, que cumple la misma función de la exigencia de perjuicio a otro en la sistemática francesa-española, sólo que formulada legalmente como un atributo del documento y no de la conducta de falsedad como en esta última.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEJANDRE, Juan Antonio, *Estudio histórico del delito de falsedad documental*, en *Anuario de historia del derecho español*, N° 42, 1972.
- BAUER, Anton, *Lehrbuch des Strafrechtes*, Vandenhoeck, Göttingen 1833.
- BROCKHAUS, Matthias, *Die Urkundenfälschung und die Strafflosigkeit der schriftlichen Lüge. Ein Erklärungsversuch aus historischer Sicht bis zum Reichsstrafgesetzbuch von 1871*, en: *Zeitschrift für die Internationale Strafrechtsdogmatik*, núm. 11, 2008.
- CHAUVEAU, Adolphe, et HÉLIE, Faustin, *Théorie du Code Pénal*, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, t. II 6^a. ed., Paris 1887.
- CUCUMUS, Conrad, *Von dem Unterschiede zwischen Fälschung und Betrug*, en: *Neues Archiv des Criminalrechts*, t. X, Halle 1829.
- D'ORS, Alvaro, *Contribuciones a la historia del 'crimen falsi'*, en: *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Giuffrè ed., vol. II, 1969.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Mittermaier (editor), 2^a impresión de la 14^a edición, Giessen 1847, Aalen, 1986.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Código criminal español según las leyes y práctica vigentes, comentado y concordado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, Librería de los Señores Viuda de Calleja é hijos, t. II, Madrid 1843.
- GARRAUD, René, *Droit Pénal Français*, Larose, t. III, 2^a. ed., Paris 1899.
- GREEN, Stuart, *Deceit and the classification of crimes: Federal rule of evidence 609 (A) (2) and the origins of crimen falsi*, en: *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 90, N° 4, 2000.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870*, concordado y comentado, Imprenta de D. Timoteo Arnaiz, t. III, Salamanca, 1899.
- HÄLSCHNER, Hugo, *System des preußischen Strafrechts*, 2. Parte, Adolph Marcus, Bonn, 1868.

- HEINEMANN, Franz, *Das Crimen Falsi in der altitalienischen Doktrin*, R.v. Decker, Berlin, 1904.
- KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1968.
- KIENAPFEL, Diethelm, *Urkunden im Strafrecht*, Klostermann, Frankfurt a.M., Frankfurt 1967.
- KLEINSCHROD, Gallus, *Über den Begriff und die Erfordernisse des Verbrechen der Verfälschung*, en: *Archiv des Criminalrechts*, t. II, 1. Parte, Halle 1799.
- KLIEN, Carl, *Beiträge zur richtigen Bestimmung und naturgemäßen Entwicklung der Theorie über das Verbrechen des Betrugs und der Fälschung in seinen verschiedenen Arten*, en *Neues Archiv des Criminalrechts*, t. I, 1. Parte, Halle 1816.
- LÓPEZ, Gregorio (glosador) *Las Siete Partidas del sabio Rey don Alonso el IX*, Edición Consejo Real de Indias de S.M., t. III, Madrid 1830.
- MAIER, Julio *Derecho procesal penal*, t. I, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002.
- MALINVERNI, Alessandro, *Teoria del falso documentale*, Giuffrè, Milano 1958.
- MERKEL, Paul, *Die Urkunden im deutschen Strafrecht. Eine historische und kritisch-dogmatische Untersuchung*, München, Beck 1902.
- MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht*, Duncker & Humblot, Leipzig 1899.
- ORTLOFF, Hermann *Lüge, Fälschung, Betrug*, Frommann, Jena 1862.
- PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal Concordado y comentado*, Edisofer, Madrid 2000.
- PAWLIK, Michael, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Heymanns, Köln 1999.
- PRECHTEL, Dietmar, *Urkundendelikte (§§ 267 ff. StGB). Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870*, Berliner Wissenschaft, Berlin 2005.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *La falsedad documental*, Editorial Reus, Madrid 1952.
- ROSSHIRT, Conrad, *Geschichte und System des deutschen Strafrechts*, 3ª parte, 2ª sección, Schweizerbart, Stuttgart 1839.
- VIADA Y VILLASECA, Salvador, *Código penal reformado de 1870*, Librería de Fernando Fe, 4ª ed., t. II, Madrid, 1890.
- ZIRKLER, *Beiträge zur Lehre von der Fälschung nach dem neuen Württembergischen Strafgesetzbuch*, en *Archiv des Criminalrechts*, 1ª parte, Halle 1840.