

JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA ·

La Falsedad Documental



Edición Agosto del 2001

- © COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN, DISEÑO DE CARÁTULA.
MIRTHA RÍOS DE ARRASCUE / VÍCTOR ARRASCUE C.
- © DERECHOS DE AUTOR RESERVADOS CONFORME A LEY

JURISTA EDITORES E.I.R.L.
Jr. Miguel Aljovín N° 201 Lima - Perú
Teléfono 427-6688

DEDICATORIA

A mis hermanos Cristian y Kenny :

*Por todos estos años de fraternal convivencia,
escasa discrepancia y común afecto a nuestra madre.*

*A mi otro hermano,
Percy Eduardo:*

*Por entregarme el mayor de sus afectos
y el mejor de los ejemplos: que el talento sin
disciplina no es más que una soberbia ignorancia.*

INTRODUCCIÓN

1.- La elaboración de la obra que el lector tiene en sus manos—digno es señalarlo— responde a una exigencia académica y personal en la que el autor se halló inmerso en los primeros meses del presente año. Una de ellas reside en las prolongadas charlas y conversaciones sostenidas con magistrados, jueces y fiscales, sobre diversos temas de la parte especial del Derecho penal, y entre los que se nos solicitó — para emplear un eufemismo — un trabajo dogmático que, yendo más allá de lo superficial y descriptivo, abordase el estudio del delito de *falsedad documental material*, máxime si ella representa una de las infracciones, que junto a algunas figuras de los delitos contra el patrimonio, gozan de mayor predicamento y frecuencia en su análisis por los tribunales de justicia de nuestra patria. El pedido insistente, que iba de la persuasión más noble hasta el reclamo más airoso, encontraba su justificación bien en la escasa o casi nula preocupación que había mostrado nuestra doctrina penal a lo largo de la vigencia del Código penal actual y derogado en este grupo tan importante de delitos, o bien que cuando se opinaba, escribía o se dictaba sentencia sobre este punto, existía la más absoluta falta de criterios uniformes que en casi todos los casos se tenía como denominador común el pasar por alto la peculiar redacción típica de nuestra legislación, cuyo texto se terminaba por violentar, poniendo en franco entredicho las garantías derivadas del respeto al principio de legalidad. A ello se agrega la necesidad de cumplir con la entrega de unos materiales de trabajo sobre la falsedad material que había anunciado y ofrecido exponer y discutir con nuestros alumnos del Taller de Dogmática Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos a quienes tanto me debo. La otra razón

que nos llevó a trazar la elaboración de nuestro trabajo – y excúsenos el lector de filtrar aquí un afecto familiar – es la decisión de nuestro querido hermano Percy Eduardo de realizar su tesis para optar el título de abogado eligiendo el tema de las *Falsedades Documentales*, situación que me obligaba no sólo a buscar la información en libros y revistas más importantes – y que aquí se da mediana cuenta – sino a preparar y allanar el camino que recorrerá, tocando algunos de los temas.

2.- El libro aborda – vamos a llamarlo así – la parte general de lo que se ha denominado el Derecho penal del documento como son las cuestiones que se vinculan al bien jurídico, al concepto penal de documento, y la necesaria distinción entre documento público y documento privado, y que ejerce decisiva trascendencia a la hora de fijar la penalidad del delito. En el plano de la parte especial, y que tanto interesa a los prácticos del Derecho penal, se ha realizado un estudio que puede sugerir alguna atención del delito de falsedad documental material [art. 427 primer párrafo] y de la falsedad de uso [art. 427 segundo párrafo], tratando de resolver algunos de los problemas más intrincados y que mayores dudas jurisprudenciales y dogmáticas suscita. Para ello se ha utilizado la más importante y relevante literatura penal iberoamericana, especialmente en el rubro de monografías, que desarrolla de modo profundo y vasto el tema de las falsedades documentales y cuyos trabajos, está demás decirlo, nos han sido de inestimable valor y de gran ayuda en la interpretación de nuestra ley. Sin embargo, hemos creído necesario imponer al trabajo – como ya ha sucedido en algunas publicaciones nuestras – una diligencia y cuidado adicional a la hora de adaptar y acoger las construcciones dogmáticas válidas que comentan otras legislaciones pero que resultan incompatibles cuando se pretende desarrollar el sentido objetivo de nuestro derecho positivo.

3.- Debo agradecer a la editorial “*El jurista*”, en la persona de su Director de publicaciones, Edgar Jara el apoyar y confiar en nuestro empeño académico. Al Dr. José Urquizo Olaechea por escuchar y debatir algunas inquietudes que la complejidad del tema suscita; a mi

amigo Dr. Fidel Rojas Vargas por correr con la idea y-el influjo psíquico de la publicación; y a mis discípulos Dr. Percy Revilla Llaza, Dr. Alberto Rodríguez Urbina y Néelson Salazar Sánchez a quienes tanto debo por compartir con la misma dedicación, entusiasmo y fe el interés por el Derecho penal, haciendo de las horas de investigación un tiempo de silencio y de la amistad un remanso de paz y lealtad.

San Isidro, en Julio del 2001

José Luis Castillo Alva

ÍNDICE

Dedicatoria	5
Introducción	7

Capítulo I BIEN JURÍDICO

I.- Generalidades	15
II.- La fe pública	18
a) La concepción estatalista de la fe pública	19
b) La fe pública como valor social	23
III.- La Seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico	32
IV.- La funcionalidad del documento.	44
a) La función de perpetuación del documento	46
b) La función de garantía del documento	48
c) La función de garantía del documento	50

Capítulo II EL CONCEPTO PENAL DE DOCUMENTO

I.- Función de perpetuación	55
1) El soporte del documento	55
2) La declaración de un pensamiento	59
II.- La Función de garantía. El autor	70
1) Generalidades	70
2) La determinación del autor del documento	73

3)	Documento en sentido amplio y en sentido estricto ...	77
	Excuso: La Firma. Definición. Importancia y problemática.	79
4)	El documento innominado y el anónimo	89
5)	El problema de las copias y fotocopias	92
III.-	La función probatoria del documento.	96
1)	La prueba del documento. Noción.	96
2)	Declaración de voluntad [negocio jurídico] y aptitud probatoria	99
3)	Declaraciones de conocimientos y declaraciones de voluntad	102
4)	La aptitud probatoria y la relevancia jurídica	103
5)	La aptitud probatoria y la determinación probatoria ...	106
6)	Las declaraciones de voluntad [documentos] afectadas de nulidad o anulabilidad	110
7)	La falsedad de un documento falso	113

Capítulo III

DOCUMENTOS PÚBLICOS Y DOCUMENTOS PRIVADOS

I.-	Documento público y documento privado	119
-----	---	-----

Capítulo IV

LA FALSEDAD MATERIAL TIPO DEL INJUSTO

I.-	Tipo Objetivo	141
a)	La Acción típica: El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero	141
1)	El que hace en todo o en parte	142
2)	El adulterar un documento verdadero	153
b)	La posibilidad que de su uso pueda causar perjuicio ...	174
II.-	Tipo Subjetivo	201
III.-	Falsedad de uso	215
	Bibliografía	241



CAPÍTULO I
BIEN JURÍDICO

BIEN JURÍDICO

I.- GENERALIDADES.-

El legislador peruano al encabezar el Título XIX del Código penal lo hace con la denominación de “*Delitos contra la Fe Pública*”. Dicha rotulación abarca también a los delitos de falsedad documental. La membresía del Título en mención si bien no puede discutirse desde un plano de *lege lata*, puede merecer precisiones y aclaraciones desde una perspectiva dogmática que pretenda armonizar las disposiciones y el encabezamiento del Título XIX con las nuevas tendencias de lo que se ha denominado el Derecho penal del documento.

No se puede aceptar *ad literam* y sin discusión alguna a la fe pública como el bien jurídico protegido, por más que el legislador penal haya encabezado la sección con dicho nombre, pues un título o una denominación sintética no condiciona ni obliga a tomar por ciertas e indiscutibles las premisas de las que la ley parte. Hace falta aquí el análisis minucioso, la interpretación y la discusión racional de tales premisas, como vías para llegar al consenso. La tarea dogmática si bien se desarrolla y extiende a partir de los contenidos fijos o abiertos señalados por la ley no puede tomar como único punto de referencia a sus títulos y rotulaciones, más aún cuando muchas veces lo único que se busca con ellos ya sea por razones de tradición o de una técnica legislativa, es que de la manera más amplia posible logren recoger el sentido de la sección o del grupo de delitos a los que se refiere.

La tarea de encontrar y delimitar el bien jurídico depende, más allá de la voluntad o intención del legislador, de la formulación típica de las disposiciones penales y de su respectivo sentido teleológico¹ como de las valoraciones sociales y jurídicas a las que responde. La precisión del bien jurídico y del ámbito de protección de la norma no es una tarea que sea competencia del legislador, sino de la dogmática y de la correcta interpretación de los tipos o figuras delictivas; en todo caso, el legislador brindará el marco o una pauta que la hermenéutica deberá seguir, pero nunca puede verse a los encabezamientos legislativos como una camisa de fuerza en la determinación del bien jurídico. Un pensamiento en contrario no sólo volvería completamente obsoleta e injustificada la dogmática penal y la dogmática jurídica en general, puesto que limitaría seguir la labor del legislador sin preguntar ni ir más allá, renunciando a cualquier indagación racional y a una mínima, como necesaria, base epistemológica en el quehacer jurídico, sino que además condenaría a todos a aceptar irremediablemente los errores y vacíos en los que el legislador, como ser humano imperfecto, puede incurrir y que la ciencia jurídica si bien no puede solucionar del todo – para ello se requeriría un proceso de reforma legislativa – está en una situación idónea de brindar respuestas que los hagan tolerables o que atenúen sus efectos perjudiciales.

En los delitos de falsedad documental y, en general, en el Derecho penal no se protege ningún bien jurídico de índole moral o ética, a manera de un deber o derecho a la verdad², sino que en vez de ello se impondría

¹ Cfr. Bacigalupo, Enrique; El delito de Falsedad Documental [Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”]; Madrid; Dykinson; 1999; p. 7.

² Cfr. Silva Sánchez, Jesús María; Simulación y Deberes de veracidad. Derecho Civil y Derecho Penal: dos estudios de dogmática jurídica; Madrid; Civitas; 1999; p. 77, quien señala “En Derecho penal rige, en principio, el criterio de impunidad de la mentira. En consecuencia, debe subrayarse la *inexistencia de un deber general de veracidad de los particulares*, cuya infracción dé lugar a apreciar la concurrencia de un hecho punible; expresado de otro modo, *tampoco aquí cabe hablar de un derecho a la veracidad de las manifestaciones de otros particulares*”.

más bien la prohibición de no crear documentos falsos, de no adulterar documentos verdaderos y de no insertar declaraciones falsas, ya que sobre un documento existe la confianza de autenticidad y fiabilidad tanto interpersonal [por parte de los involucrados en la relación jurídica] como de la sociedad en su conjunto. El reconocimiento de un derecho a la verdad rebasa las posibilidades del legislador y excede las metas jurídicas, haciendo imposible la convivencia³. El ser humano no tiene derecho absoluto a obtener la verdad como tampoco tiene la obligación de decirla en todo caso⁴. La mentira aun cuando se encuentre asentada en un documento no es todavía punible, como no toda alteración escrita de la verdad constituye delito de falsedad documental. Para que ello suceda se necesita que el escrito cumpla con los requisitos de un documento⁵.

Luego señala “ El ámbito de los deberes de veracidad relevantes para el Derecho penal queda, en cambio delimitado en los siguientes términos. Por un lado, los funcionarios que tengan asignada la dación de la fe pública si están sometidos a un deber de veracidad. Ahora bien, tampoco se trata aquí de un deber general; por el contrario se halla vinculado al cumplimiento de concretas funciones de dación de fe pública fundamental que éstos tengan [p. 79]..... Por contra, las mendacidades de los particulares, aunque se expresen por escrito, no son punibles en sí mismas como delitos de falsedades documentales, porque los documentos en los que las mismas pueden plasmarse no prueban la conformidad con la realidad del contenido de las manifestaciones: *no hay aquí una posición institucional equivalente al del fedatario público* [p. 80]”. También Bacigalupo, Enrique; El delito de Falsedad Documental; p. 4. Sin embargo, el último planteamiento debe matizarse en nuestra legislación, pues en el art. 428 del C.P., disposición referida a la falsedad ideológica, se establece un castigo a: “El que inserta o *hace insertar*, en instrumento público, declaraciones falsas concernientes a hechos que deben probarse con el documento.....”. Con todo, debe remarcar que la aplicación de la sanción penal se encuentra condicionada a la constatación que el autor tenga el fin de emplear dicha declaración como si fuera conforme a la verdad.

³ Así Rodríguez Devesa, José; Derecho Penal Español; Madrid; Dykinson; 1994; 17 ed.; p. 945.

⁴ Véase Conde – Pumpido Ferreiro, Cándido; Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia; Madrid; Trivium; 1997; T III; p. 3661 quien añade que “Dicha concepción se opondría, además, a la consideración del bien jurídico en las falsedades como un interés de carácter colectivo, que es común a toda la doctrina”.

⁵ Cfr. Romero Soto, Luis; La Falsedad Documental; Bogotá; Temis; 4 ed.; 1993; p. 53.

Como se ha destacado, el problema de la falta de verdad en el documento no es lo que interesa, ya que lo único que pretende proteger el Derecho penal es lo funcional del documento, su capacidad de rendimiento para las relaciones sociales⁶. Jurídicamente no existe un derecho a la verdad⁷, salvo en las posiciones institucionales de los funcionarios públicos, por lo que constituye un grueso error construir los delitos de falsificación de documentos como un atentado contra la verdad. Olvidar ello sería identificar las nociones morales con los criterios jurídicos que hace tiempo ya han quedado delimitados, renunciando a una de las principales consecuencias del principio de fragmentariedad – derivado del principio de intervención mínima – por el cual, el Derecho penal no debe proteger las meras inmoralidades o las simples contravenciones éticas, sino las perturbaciones sociales más graves que atacan de manera intolerable las bases para el correcto desarrollo de la personalidad o el soporte del sistema social.

II.- LA FE PÚBLICA.-

Para algunos autores el bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental es la **fe pública**, que no sería sino la transformación o el correlato jurídico del llamado deber a la verdad que se consideraba protegido antiguamente en esta clase de infracciones⁸. La fe significa confianza, la creencia fundada en las seguridades o la consideración que algo o alguien inspira⁹. Sin embargo, la noción de fe pública dista de ser

⁶ Bustos Ramírez, Juan; Manual de Derecho Penal [P.E.]; Barcelona; Ariel; 2 ed.; 1991; p. 337.

⁷ Cfr. Muñoz Conde, Francisco; Derecho Penal [P.E.]; Valencia; Tirant lo Blach; 12 ed.; 1999; p. 669.

⁸ Recuérdese, como hace ver, Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: Análisis Jurídico – penal; Barcelona; Cedecs; 1999; p. 40 que “Los orígenes del concepto de fe pública, que ha sido según los autores clásicos italianos el bien jurídico protegido por la falsedad documental, hay que buscarlo en la protección a la verdad, como concepto opuesto a la falsedad”.

⁹ Véase Fontán Balestra, Carlos; Derecho Penal [P.E.]; Buenos Aires; Abeledo – Perrot; 15 ed.; 1998; p. 946; él mismo; Tratado de Derecho Penal; Buenos Aires; Abeledo – Perrot; 1969; T VII; p. 433.

pacífica y concordante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia penal advirtiéndose dos posibles nociones: la concepción de la fe pública entendida como imposición del Estado, llamada también noción estatista de la fe pública; y la fe pública como derivación de la confianza general sobre objetos, formas y signos¹⁰. Veamos:

a) *La concepción estatista de la fe pública.*

La fe pública se reflejaría, según una conocida opinión patrocinada por Carrara en el siglo XIX, en el respeto a las formas y objetos que representan el poder estatal, lo cual constituye uno de los principios básicos que fundamentan el orden y el desarrollo de la sociedad. La falsedad de ciertos signos y formas aparece como un ataque directo al ejercicio de la soberanía estatal¹¹. La fe pública más que la confianza o la percepción de seguridad que logren los ciudadanos en sus relaciones interpersonales y sociales se vería determinada por la participación e intervención del Estado en la configuración y promoción de dicha confianza¹². No es que la sociedad y los individuos que la componen no

¹⁰ Cfr. Creus, Carlos; Derecho Penal [P.E.]; Buenos Aires; Astrea; 3 ed.; 1990; T II; p. 373.

¹¹ Carrara, Francesco; Programa de Derecho Criminal; Bogotá; Temis; T VII; N° 3355 señalaba que "El concepto de la fe pública, originado por la sociedad civil y que sirve como objeto en la presente clase de delitos, no es, por tanto, una abstracción sutil, pues expresa la realidad positiva, proveniente de un acto de autoridad superior, y se manifiesta en una serie de hechos universales y constantes".

¹² Carrara, Francesco; Programa de Derecho Criminal; N° 3358 "Así nace de los coasociados una fe que no deriva de los sentidos, ni del juicio, ni de las meras atestaciones de un particular, sino de una disposición de la autoridad que la impone. Yo creo que este pedazo de metal tiene valor de diez porque he visto los caracteres materiales impuestos por la autoridad como afirmación constante que vale diez Yo creo que ese hecho o convención ha ocurrido, porque leo su atestación en una hoja que presenta los sellos y la firma de un oficial público al cual la ley ha facultado para atribuirle presunción de verdad a todo lo que atestigüe. He aquí como en todos esos casos mi fe no es ya una fe privada, sino fe pública. Y es tal subjetivamente, porque de aquellas condiciones no nace la creencia de un solo particular, sino la creencia pública, la creencia de todos los ciudadanos. Y es tal objetivamente, porque no hago fe en quien presenta la moneda o el contrato [y puedo tener motivos para desconfiar de él] sino que hago fe en la autoridad pública, en su signo, en su emblema, en su mandatario".

puedan generar estabilidad, fidelidad o confianza entre sí – hecho que por último fácticamente puede constatarse sin mayor inconveniente – sino que dicha fe sólo es relevante para el ordenamiento jurídico cuando es respaldada por un acto, signo, objeto o documento emanado de la autoridad pública. La confianza de los ciudadanos sería un presupuesto de la fe pública, pero su requisito esencial derivaría de la participación del funcionario o la autoridad pública. La fe pública sería sinónimo de fe estatal.

El interés del Estado y la intervención de sus autoridades marcarían la línea divisoria entre fe pública y fe privada. La *fe pública* no derivaría de la confianza general o del respeto por parte de los ciudadanos a ciertas formas o signos, sino que estaría supeditada a los objetivos, intereses e intervenciones estatales en todo aquello que conforme la fe y la creencia social de los ciudadanos. El nacimiento de esta posición coincide y se nutre de la irrupción del estado burgués y del positivismo legalista de la época, que contemplan a la fe pública como una de las tantas funciones que se le asignan a la organización estatal y que ésta debe otorgar para la plena seguridad y confianza de la sociedad.

El Estado a través de sus órganos determina y señala qué actos pueden poseer relevancia y valor jurídico. Ello se logra en algunos casos mediante la intervención de un Funcionario Público, que por su sola investidura concede la autenticidad o el valor a un documento, objeto o signo, o la mayoría de veces por la participación de algunos funcionarios especiales, los cuales ejerciendo y desarrollando atribuciones concretas se encargan de manera específica de establecer la fe y la confianza públicas en ciertos objetos o documentos que llegan a sus manos. Uno de estos funcionarios especiales en los que el Estado deposita el cuidado y protección de la fe pública es el notario público.

Una de las características más importantes de esta tesis es la identificación de la fe pública con una cualidad especial que fluye del ejercicio de una potestad otorgada por la ley a ciertos funcionarios y que hace del documento público un instrumento privilegiado en la prueba de

los hechos que declara¹³; cualidad que además se vincula en mayor medida al ejercicio de la función notarial y a su necesidad de protección por el Derecho penal, al servir para otorgar fe pública y veracidad a ciertos actos y documentos.

De aceptarse en la actualidad esta postura se podrían plantear dos graves objeciones.

En primer lugar, sólo se castigarían de manera exclusiva los casos en los que se altera o falsifica un documento público en cuya elaboración o confección ha intervenido un funcionario estatal o sólo se puniría la falsedad ideológica. Los documentos privados en los que no exista intervención en ningún sentido de la autoridad estatal no encontrarían reconocimiento legal alguno, de tal manera que por más grave que sea el perjuicio que pueda causarse a los particulares o al mismo Estado por la falsificación de un documento privado, y a pesar de ya encontrarse éste en el tráfico jurídico, no podría lograrse proyectar sanción alguna, toda vez que no se trata de la clase de documentos o instrumentos en los que haya participado alguna autoridad o funcionario estatal. Si el objeto de protección jurídico – penal es la fe pública no se comprende cómo el Derecho penal termina protegiendo las escrituras o los contratos privados o toda clase de documentos en los que no participa una autoridad estatal. Se llegaría además a plantear un grave contrasentido, pues si la fe es la confianza o la creencia libre y espontánea no se entiende cómo el Estado mediante su fuerza coactiva puede imponerla¹⁴. Constituye un contrasentido hablar de una fe que el Estado impone¹⁵.

¹³ Para una exposición in extenso, García Cantizano, María del Carmen; *Falsedades Documentales*; Valencia; Tirant lo Blanch; 1994; p. 74 y 80 quien asigna un apartado especial a la “fe pública como contenido de la función notarial”.

¹⁴ Cfr. Cuello Calón, Eugenio; *Derecho Penal [P.E.]*; Barcelona; Bosch; 14 ed.; 181; T II; p. 255 quien señalaba que “Algunos autores consideran como fe pública solamente la impuesta por la ley, pero tal opinión no es aceptable pues la fe pública no es una imposición autoritaria sino la fe que el público reconoce a determinados documentos destinados a probar hechos originarios de consecuencias jurídicas”.

¹⁵ Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: Análisis Jurídico – penal*; p. 48.

El bien jurídico y el ámbito de protección de la norma estarían excesivamente sometidos a la presión de un elemento que no posee mayor virtualidad jurídica que no sea el de servir a la graduación de la pena: la calidad de documento público. Se dejarían de lado criterios materiales de mayor importancia como la posibilidad de que el documento perturbe el tráfico jurídico o pueda causar un grave perjuicio, ya sea porque sirve para probar un hecho o porque genera un derecho o una obligación. Se partiría del falso y errático principio que sólo los documentos públicos o en los que participa una autoridad o funcionario estatal están en condiciones de lesionar el tráfico jurídico.

En segundo lugar, y desde el plano político criminal, se llegaría a imponer una grave intolerancia que marcaría el nacimiento de un renovado *autoritarismo estatal*, puesto que sólo se otorgaría tutela jurídica a los documentos públicos o a aquellos que sin poseer dicha condición involucran la participación de una autoridad o funcionario estatal. El tráfico jurídico, el correcto flujo de bienes y servicios, las relaciones jurídico – económicas se verían profundamente limitados y restringidos por la exigencia que el Estado deba intervenir imprimiendo a los documentos o signos cierta autorización o autenticidad, hecho que supone un directo socavamiento a las bases de la Economía social de mercado como modelo propuesto por nuestra Constitución.

Por otro lado, se corre el riesgo – inaceptable desde cualquier punto de vista – de entender un bien jurídico en base a la intervención o no del Estado en las funciones que desempeña de modo independiente todo documento, como son las funciones de garantía, autenticidad o perpetuación, dejándose de lado el dato elemental de que dichas atribuciones asignadas al documento no se encuentran condicionadas de manera alguna a la organización estatal. Es evidente que una tesis como la planteada es incompatible con los principios de intervención mínima y de fragmentariedad¹⁶, en la medida que no es necesario exigir que el

¹⁶ Cfr. García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 85.

Estado únicamente tutele aquellos documentos en los que han participado la autoridad estatal. Incluso, además de no ser necesario, en ocasiones dicho grado de intervención estatal puede originar una grave disfuncionalidad en el tráfico jurídico – económico.

b) *La fe pública como valor social.*

La fe pública, además de ser entendida como un bien jurídico asociado a la actividad estatal y, en particular, a la de ciertos órganos, también puede concebirse como un valor social en el sentido de confianza o creencia de apariencia de realidad o verdad que despiertan ciertas formas, objetos, trajes, insignias, etc., a los cuales se les ha asociado un significado que bulle en la conciencia colectiva y que genera un sentimiento de fiabilidad y credibilidad¹⁷. Podría ser definida también como un hecho psíquico de carácter cognoscitivo – afectivo de extensión supraindividual que recae sobre la integridad, genuinidad y veracidad de los documentos¹⁸.

La fe pública como valor social se basa en la creencia social, la cual exige a ciertas formas o documentos determinados rasgos de autenticidad y veracidad respecto a su existencia y contenido. Ella sería ante todo un *estado de confianza objetiva* que trasluce la confianza general que

¹⁷ Así Maggiore, Giuseppe; Derecho Penal (Trad. de Ortega Torres); Bogotá; 2 ed.; 1985; T III; p. 506 para quien en la Fe Pública “ya no es el particular el que cree en otro particular, sino que es toda la sociedad la que cree en algunos actos externos, signos o formas, a los que el Estado les atribuye valor jurídico”; Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; Buenos Aires; Tea; 1978; 3 ed. y 8 reimp.; T V; p. 282 para quien en los delitos de falsedad documental se protege “la *fe pública sancionada*, es decir, las cosas, documentos y signos a los cuales el Estado vincula la idea de autenticidad y veracidad, y por otra parte, de tomar en cuenta la alteración de la verdad en la medida que aparece como medio para causar ulteriores lesiones, induciendo a alguien a error acerca de un hecho en el cual se fundará su juicio”; Fabbrini Mirabete, Julio; Manual de Direito Penal; Sao Paulo; 7 ed.; 1994; p. 224.

¹⁸ Así Romero Soto, Luis; La Falsedad Documental; p. 43.

despiertan las instituciones creadas por el Estado¹⁹. El delito de falsedad documental se levantaría en torno a un objeto al que la comunidad social concede un especial crédito²⁰. La sociedad tiene el interés jurídico de que sus miembros y asociados no sean engañados en cuanto a la integridad, permanencia e identidad de ciertas formas externas o signos de autenticación o de procedencia por la sociedad misma²¹. La necesidad de protección de la fe pública no deriva sólo de las exigencias individuales o de un conjunto de personas que se involucran directamente en el tráfico jurídico en el que participan diversos signos, formas o documentos, sino que es un interés de todas las personas que forman el colectivo social y que de un modo u otro pueden verse perjudicadas por la alteración de los ritos o procedimientos que con el transcurso del tiempo y con los condicionamientos históricos se han establecido para una mayor seguridad y confianza²².

La comunidad exige en ciertos objetos o documentos el cumplimiento de algunos requisitos elementales sin los cuales las relaciones sociales y jurídicas serían impracticables o se generaría la más absoluta

¹⁹ Así Baigún, David – Tozzini, Carlos; *La Falsedad Documental en la jurisprudencia*; Buenos Aires; Depalma; 2 ed.; 1992; p. 12 y 13. Dichos autores parten de relacionar la fe pública con dos funciones estatales: 1° La autorregulación de la conducta estatal en las que regula organismos, instituye funcionarios, crea la moneda, establece requisitos para su validez, lo mismo cuando estructura el ordenamiento civil y comercial 2° La creación de regulaciones para actos y convenciones de particulares. También Creus, Carlos; *Derecho Penal [P.E.]*; T II; p. 373.

²⁰ Así, en la doctrina española, Conde – Pumpido Ferreiro, Cándido; *Código Pena. Doctrina y Jurisprudencia*; T III; p. 3624 quien añade que “por defraudar ese crédito se está dañando la confianza que la colectividad pone en que esa clase de objetos se acomodan en su contenido a la verdad o realidad, con lo que quiebra todo el sistema de fiducia pública en que se basan las relaciones jurídico sociales”.

²¹ Romero Soto, Luis; *La Falsedad Documental*; p. 24 quien señala. “De este modo se crea un sentimiento de confianza, que es doble: en primer lugar, en cuando sólo determinados hechos que corresponden a otras tantas necesidades de la sociedad pueden expresarse en las formas establecidas por esta. Y, en segundo término, para que siempre que se presenten esas formas, se pueda creer confiadamente que existen esos hechos”.

²² Cfr. Fontán Balestra, Carlos; *Derecho Penal [P.E.]*; p. 948.

desconfianza²³. Una de estas condiciones – que puede formularse de manera negativa, en cuanto deber de no hacer, y que da lugar a una norma prohibitiva – es que ciertos documentos no deben ser falsos o adulterados porque quebrarían la confianza y la buena fe de los participantes en el tráfico jurídico, causando una profunda alarma social.

La fe pública no es el conjunto de la fe o la confianza de las personas o de un grupo concreto de personas, sino que constituye un valor social objetivo, cuyo interés particular se relaciona con las bases mismas del sistema social y de la estructura tanto jurídica como económica. Ella no puede verse sólo como el agregado o el resultado de la sumatoria de los individuos o las personas que tienen interés en la preservación de la confianza social sino como un interés y valor social, independiente de los coeficientes psíquicos particulares e individuales. La fe pública aún estaría vigente cuando un grupo de personas o intereses sociales anárquicos buscaran su destrucción o alteración por considerar que obstaculiza el cambio social o contribuye a mantener relaciones sociales injustas.

La fe pública no sería una noción formal o ambigua, sino que tendría una importante base material que puede ser comprobada a través de las exigencias sociales que reclaman protección a ciertos objetos, actos o signos. No es que ella busque la inmovilidad social o la conservación de prácticas vetustas y antiguas que no tienen en la actualidad, o con el paso del tiempo, mayor trascendencia social, sino que su objetivo es proteger la autenticidad o el valor que la comunidad deposita en documentos, signos u objetos como garantía de valor,

²³ Para Baigún, David – Tozzini, Carlos; *La Falsedad Documental en la jurisprudencia*; p. 16 la fe pública, en su acepción dogmática, es definida como “... Esa confianza general que emana de los signos e instrumentos convencionales impuestos por el Estado con carácter obligatorio [primera función] y de los actos jurídicos que respetan ciertas formas materiales, destinadas a los objetivos legalmente previstos [segunda función], consagrados en ambos casos a relacionarse jurídicamente con terceros indeterminados, los que, de este modo, se desinteresan de la relación original entre partes, para fincar su confianza en la forma y destinos de los signos e instrumentos”.

objetividad o incluso de verdad de ciertos hechos o actos jurídicos a los que sirven de prueba o como señal de su existencia.

La fe pública no sólo pretende proteger a los ciudadanos que pueden sufrir un daño por la alteración, completa o absoluta, de los signos distintivos de un objeto o por la modificación mendaz de una declaración negocial²⁴. Ella también busca proteger a los funcionarios públicos, instituciones, personas jurídicas o, en general, a la sociedad que pueden verse afectados por las acciones de falsificación o adulteración de documentos realizadas por uno de sus miembros.

A diferencia de la posición anterior, la fe pública no sería lo opuesto o contrario a la fe privada, sino a la fe individual²⁵, pues aquí no se trata de enfrentar las esferas pública y privada de las relaciones jurídicas. Lo relevante es señalar la dicotomía entre lo social o colectivo y lo individual o personal. Ya no sería la función oficial o estatal la que imprime al documento o a los objetos la fe pública, sino que ésta reside en la misma sociedad y en la colectividad de personas que pretenden asegurar las relaciones jurídicas existentes. La fe pública es una estimación social o colectiva y no una estimación estatal, tan amplia como arbitraria.

Se puntualiza que el bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental no sería de modo genérico la fe pública, la cual puede ser vulnerada en virtud al empleo de diversos medios y procedimientos, sino sólo una de sus expresiones que es la fe **pública documental**. De esta manera se logra cumplir con uno de los principios elementales del Derecho penal contemporáneo como es el principio de intervención mínima, que contiene al principio de fragmentariedad. Por este principio ya no se protegería de modo abstracto, genérico e innominado a la fe pública, sino sólo una de sus modalidades, la que

²⁴ Así Creus, Carlos; Derecho Penal [P.E.]; T II; p. 374 quien anota que «para que el ataque se produzca contra la fe pública, no bastará ni la mera objetividad deformante, ni la mera confianza infundada en la autenticidad del objeto; ambas deben estar presentes: la una como el origen de la otra».

²⁵ Cfr. Romero Soto, Luis; La Falsedad Documental; p. 25.

encierra un mayor disvalor social y jurídico como es la fe pública que se fija en los documentos, ya sean públicos o privados.

Algún sector de la doctrina viene distinguiendo, de la mano de una visión estatalista y de la consideración de la fe pública como valor social, entre la fe pública en sentido estricto y la fe pública en sentido amplio. En sentido estricto, la fe pública se entiende como la validez jurídica oficialmente garantizada de ciertos signos u objetos; y en una noción amplia es la confianza de las gentes respecto a ciertos objetos o actos cuya autenticidad y veracidad son necesarias preservar para la función social que desempeñan²⁶. También se alude al doble carácter *social – legal* de la fe pública, hecho que la convierte en un bien jurídico especial²⁷.

La doctrina contemporánea más destacada viene distinguiendo una concepción *publicístico – normativa* de la fe pública, entre la que cabe separar la tesis publicístico – normativa objetiva y la tesis subjetiva; y la concepción *psicológico – naturalista*²⁸. La primera estaría conformada por la certeza que provee el ordenamiento jurídico a determinados objetos o signos que poseen la garantía de veracidad y genuinidad, que éstos desarrollan en las relaciones públicas y privadas. La segunda se caracteriza por la confianza psíquica de la sociedad y de los individuos que la componen en la autenticidad e integridad de ciertos objetos, instrumentos o signos.

Las críticas que se dirigen contra el bien jurídico fe pública son diversas. Se destaca, por ejemplo, su falta de especificidad y concreción práctica²⁹, que lo convierte en un interés social u objeto de protección

²⁶ Cfr. Laje Anaya, Justo; Comentarios al Código Penal; Buenos Aires; Depalma; 1982; T IV; p. 229; Creus, Carlos; Derecho Penal [P.E.]; T II; p. 373; Fontán Balestra, Carlos; Derecho Penal [P.E.]; p. 948.

²⁷ Cfr. Romero Soto, Luis; La Falsedad Documental; p. 42.

²⁸ Véase, ampliamente Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: Análisis Jurídico – penal; p. 43 y ss.

²⁹ Cfr. Echano Basaldua, Juan; en Compendio de Derecho penal (P.E.) (Director: Miguel Bajo Fernández); Madrid; Ceura; 1998; p. 749; García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 94; Bramont Arias, Luis – García Cantizano, María; Manual de Derecho penal (P.E.); Lima; 3 ed.; 1997; p. 622 nota 583.

demasiado vago e impreciso³⁰, muy amplio y que excede sobremanera el marco de tutela de las descripciones típicas en el C.P.³¹. La fe pública bien puede ser una frase metafórica de gran nitidez y claridad, pero adolece de la necesaria precisión técnica que debe tener todo bien jurídico tutelado por el Derecho penal. Dicha vaguedad en la precisión del bien jurídico protegido trae consigo una difícil delimitación de las fronteras del injusto típico, ya que no se sabe a ciencia cierta lo que abarca o lo que se encuentra dentro de la llamada fe pública, pudiéndose proteger los más diversos y variados contenidos; situación que atenta contra la seguridad jurídica y no es compatible con la función de auxilio o ayuda en la interpretación del tipo penal que debe cumplir el bien jurídico.

Le fe pública, junto a la vaguedad e indeterminación, tiene una amplitud y extensión desmesuradas, dado que los ciudadanos o la sociedad en su conjunto pueden depositar su confianza o su fe en diversos medios, instrumentos o signos entre los que se cuentan los sellos y timbres, las monedas, marcas y contraseñas oficiales o documentos³², etc. Sin embargo, los objetos o medios en los que recae la acción delictiva del delito en estudio o los valores que de una manera u otra se encuentran protegidos en los delitos de falsedad o falsificación no son los únicos elementos que integran la noción de fe pública. Ella no se reduce y limita de manera exclusiva al ámbito de los delitos de falsifica-

³⁰ Cfr. Bacigalupo, Enrique; *El Delito de Falsedad Documental*; p. 6; Morillas Cueva, Lorenzo; en *Curso de Derecho penal español* (Director: Manuel Cobo del Rosal); Madrid; Marcial Pons; 1997; T II; p. 210 quien rechaza la consideración de la Fe Pública como bien jurídico protegido debido a "su enorme abstracción y generalidad". También así Casas Barquero, Enrique; *El delito de falsedad documental en documento privado*; Barcelona; Bosch; 1984; p. 90. Se muestra crítico en la doctrina nacional Chocano Rodríguez, Reiner; *Análisis dogmático de la falsedad documental del artículo 427 del C.P. peruano*; en *Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal*; Lima; Grijley / Instituto Peruano de Ciencias Penales; N° 1; 2000; p. 492.

³¹ Así Bustos Ramírez, Juan; *Manual de Derecho Penal [P.E.]*; p. 337.

³² Cfr. Echano Basaldua, Juan; en *Compendio de Derecho penal (P.E.)* (Director: Miguel Bajo Fernández); p. 750.

ción – aunque históricamente así se los haya entendido sin que se realizara una valoración adecuada de las figuras que comprendía – toda vez que la fe pública posee una mayor cobertura respecto a la que la doctrina tradicional le había conferido. Hay fe pública no sólo en la conservación de ciertas formas o signos sociales, sino también en lo que atañe al desenvolvimiento de la actuación de todo funcionario público subordinado a la Administración en cualquiera de sus áreas. Asimismo, estamos ante la fe pública, en el sentido de confianza de la población, en cada proceder del magistrado para que no retarde ni deniegue la obligación de decidir el derecho o de ejercitar la jurisdicción. En realidad, la fe pública si se la entiende en su real dimensión de valor social, podría comprender sin ninguna dificultad a gran parte de los delitos contra la función jurisdiccional u otras figuras que de cualquier modo se caracterizan por el incorrecto ejercicio de la funciones estatales. Por ello, y en virtud a su amplitud que desborda cualquier previsión, la fe pública no parece ni la mejor opción ni el planteamiento correcto en la determinación del bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental.

De estimarse como bien jurídico protegido a la fe pública no se lograría armonizar y concordar el objeto de protección del delito de falsedad documental con las exigencias que se derivan del principio de intervención mínima, el cual reclama sancionar sólo las perturbaciones sociales más graves, pues se recogería también en este delito la tutela del deber de decir la verdad, ya que la verdad es un elemento esencial en el mantenimiento de la fe pública. Sin verdad no puede haber fe pública, siendo un contrasentido pretender tutelar la fe pública sin buscar la protección inmediata y lógica de la verdad. Esta situación llevaría a castigar toda mentira que posea relevancia social y pública, o que de cualquier modo comprometa la conservación de dicha fe; hecho que no sólo supondría denunciar la limitación e imperfección existentes en los tipos penales de la mayoría de legislaciones de nuestra órbita cultural, sino que como reflejo obligado debería proponerse – contra cualquier planteamiento actual con un mínimo asiento dogmático – la modificación de las disposiciones que protejan de manera fragmentaria y parcial la llamada fe pública.

El edificar y el partir de un bien jurídico tan amplio y vaporoso como la fe pública, tanto en sus variantes público – normativas como psicológico – empíricas, supone confundir de manera alarmante y más que llamativa las convicciones sociales o el respaldo social con el que debe contar todo objeto que busca ser protegido por el ordenamiento jurídico y, en particular, el Derecho penal, con la noción e idea rectora del bien jurídico. Se identifica en un error superlativo el respaldo social o estatal que todo interés protegido por el Derecho debe poseer, con un genuino concepto jurídico. Nadie puede poner en tela de juicio que un bien jurídico protegido para encontrar y justificar su legitimidad político – criminal debe albergar un mínimo respaldo social, pero ello no nos puede conducir a pensar que ambos elementos son lo mismo.

La llamada fe pública de la manera cómo se podría encontrar recogida en nuestra regulación de la falsedad documental, en especial en su tipo básico [art. 427 primer párrafo], es incompatible con sus propias exigencias. Ello surge de la calidad de delito de peligro de la falsedad documental, por la cual no se requiere la existencia de un perjuicio real o efectivo, tal como luego tendremos la oportunidad de analizar³³. La fe pública difícilmente se vería vulnerada e infringida por hechos como los abarcados por el primer párrafo del art. 427, en los que sólo se pune la simple hechura de un documento falso o la alteración de uno verdadero, sin exigir que el documento siquiera ingrese al tráfico jurídico. Un delito de peligro como el descrito difícilmente puede comprometer la esencia de la fe pública, ya que la intervención jurídico penal es anterior o se da anticipadamente a la lesión del mismo, tal como lo prueba el hecho que se pueda castigar la sola confección de un documento falso, v. gr. un cheque o título profesional falso que se tiene colgado en la pared de la casa, pero del que el autor nunca ha efectuado un uso real o efectivo.

³³ Sin embargo, no puede exagerarse el valor de esta crítica y censura contra la postura que asume como bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental a la fe pública, puesto que si se sigue su lógica toda conducta de peligro abstracto nunca podría lesionar de manera efectiva, por su propia estructura y naturaleza, un bien jurídico. Ella sólo tiene un valor enunciativo.

Asimismo, aparece como una crítica grave contra la construcción del bien jurídico fe pública el hecho que su aparición se debió sólo a la necesidad de diferenciar el bien jurídico de la estafa y de la falsedad documental, concediéndole a este último una suerte de autonomía respecto al primero. Por ello, se sostiene que en los delitos en estudio no se protegería ningún interés social específico o digno de tutela penal³⁴.

Por otro lado, se apunta que la concepción de la fe pública como bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental supone la consideración estática de la sociedad, en la medida que ello implicaría resignarse a utilizar siempre las mismas formalidades y objetos en el tráfico jurídico³⁵ sin posibilitar o permitir un mayor dinamismo, intercambio y fluidez en las diversas relaciones sociales y jurídicas que se desarrollan dentro de la sociedad. Asimismo, supone la asunción de una concepción del delito puramente formal, de escaso provecho en la determinación de los límites del tipo penal³⁶.

La fe pública obliga a que una comunidad se limite a emplear siempre determinados formalismos y procedimientos, obstruyendo de esta manera el cambio y la transformación social como la implementación de otros mecanismos materiales tal vez más eficaces y rápidos, pero que no guardan vinculación con las formas tradicionales. Los costos desde el punto de vista social, económico y político que se tendrían que pagar por seguir manteniendo el bien jurídico fe pública serían muy elevados y sus consecuencias poco útiles si lo que se quiere es el progreso de la sociedad y la viabilidad del tráfico jurídico.

Se enfatiza, además, que la consideración de la *fe pública* como el bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental constituye un acercamiento del objeto de tutela a los delitos contra la Administración Pública estatal, que si bien podría explicar la falsificación de documentos

³⁴ García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 95.

³⁵ García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 95.

³⁶ Casas Barquero, Enrique; El Delito de falsedad documental en documento privado; p. 92.

públicos, fracasa completamente cuando pretende explicar la falsificación de documentos privados³⁷. Una postura de esta índole llegaría al extremo de sostener que frente a un mismo desvalor de la acción [falsedad] que recae en un mismo objeto material, según este difiera sólo en cuanto a su clasificación [ya sea que se trate de un documento público o de un documento privado], ha de levantarse un distinto bien jurídico. Cabe recordar que los delitos de falsedad documental no tienen ninguna relación con los delitos contra el Estado, dado que no ponen en peligro, ni siquiera mediatamente, a éste³⁸.

III.- LA SEGURIDAD Y FIABILIDAD DEL TRÁFICO JURÍDICO.-

Para otro sector de la doctrina penal, que hasta donde alcanzamos a ver es mayoritario en la ciencia penal contemporánea, el bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental es la seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico^{39,40}. Dicho bien jurídico es definido como el conjunto de condiciones que facilitan la comunicación entre los individuos y sus

³⁷ Cfr. Casas Barquero, Enrique; El delito de falsedad documental en documento privado; p. 91. Sin embargo, Bacigalupo, Enrique; El Delito de Falsedad Documental; p. 4 recuerda que: "El doble significado social y jurídico de la veracidad de la declaración documental es lo que permitió a la dogmática moderna distinguir una *doble dimensión en la protección jurídica de los documentos*, según sean públicos o privados. En los primeros se protege la fe del público en las constataciones documentadas por el oficial público; en lo segundos se protege la fe del público en la atribución de una declaración a una determinada persona".

³⁸ Cfr. Bacigalupo, Enrique; Delitos de Falsedad documental; en Estudios sobre la parte especial del Derecho penal; p. 417.

³⁹ Así Queralt Jiménez, Joan; El concepto penal de documento; en Revista Peruana de Ciencias Penales; Lima; N° 7/8; p. 889: "Los delitos de falsedad documental quieren proteger la confianza social de ciertas relaciones, es decir, asegurar la correspondencia entre la realidad y los símbolos que la representan a fin de permitir la fluidez en el tráfico jurídico..."; él mismo; Derecho penal español; Barcelona; Bosch; 1996; 3 ed.; p. 500; Orts Berenguer, Enrique; Comentarios al Código Penal de 1995; Valencia; Tirant lo Blach; 1996; T II; p. 1738 al aludir "a la aptitud con la que debe contar el documento para ingresar al tráfico jurídico"; Bacigalupo, Enrique; Delitos de Falsedad documental; en Estudios sobre la parte especial del Derecho penal; p. 417 quien alude

relaciones de derecho⁴¹ o como la certeza, firmeza o consistencia, en que se desenvuelve el conjunto de las relaciones jurídicas como consecuencia

como bien jurídico protegido en estos delitos a la *seguridad y veracidad en el tráfico jurídico*; Rodríguez Devesa, José; Derecho Penal Español; p. 977.

⁴⁰ De modo más específico suele aludirse también como bien jurídico protegido a la *seguridad del tráfico jurídico de los documentos*. De esta manera Chocano Rodríguez, Reiner; Análisis dogmático de la falsedad documental del artículo 427 del C.P. peruano; en Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal; p. 494 quien acota que en “las falsedades documentales no se afecta la funcionalidad del tráfico jurídico, pues tal funcionalidad se mantiene incólume y operativa. Esto quiere decir que la falsedad no afecta propiamente la funcionalidad del tráfico documentario sino la *seguridad* que tiene el ciudadano en el *tráfico jurídico documentario*”. En principio, no se llega a entender cómo se puede lograr la seguridad en el tráfico documentario sin aludir a la idea de la funcionalidad del documento. En realidad, la aludida seguridad en el tráfico depende de la funcionalidad del documento, puesto que sería completamente inimaginable – y a la vez constituiría un absurdo – el plantear que todavía se conserva la seguridad (en el tráfico documentario) si se pervierte la función del documento. No se puede sostener la seguridad en el tráfico con una afuncionalidad (falsedad) del documento, pues ambas nociones no son compatibles.

Por otro lado, cabe advertir en el planteamiento de Reiner Chocano un grave error metodológico cuando considera “a la seguridad jurídica que tiene el ciudadano en el tráfico documentario” (las negritas son nuestras) como bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental, sugiriendo con ello una concepción individual y no colectiva del bien jurídico en esta clase de delitos. Pero como ha demostrado la doctrina más autorizada: “El bien jurídico en la falsedad documental conlleva dentro de las exigencias que impone el desarrollo social, un contenido que excede de la simple necesidad individual; obliga a tener como punto de referencia no el interés particular que el ciudadano pueda tener en relación con el documento, sino que se atiende al servicio que éste presta respecto al desenvolvimiento social, por lo que la titularidad del bien jurídico es exclusivamente colectiva” (las negritas son nuestras). Ampliamente García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 130. Sin embargo, autores como Bacigalupo, Enrique; Delitos de Falsedad documental; en Estudios sobre la parte especial del Derecho penal; p. 417 que consideran que: “Los delitos de falsedad documental encontrarían su mejor asiento dentro de los delitos contra las personas y no como delito contra la sociedad y el Estado”. Su parecer no deja de ser contradictorio si, como se sabe, este autor asume como bien jurídico tutelado en estos delitos a la *seguridad y a la veracidad en el tráfico*, que posee una naturaleza colectiva y no individual.

⁴¹ Cfr. Romero Soto, Luis; La Falsedad Documental; p. 31. También Morillas Cueva, Lorenzo; en Curso de Derecho penal español (Director: Manuel Cobo del Rosal); Madrid; Marcial Pons; 1997; T II; p. 210.

de la corrección y de la autenticidad de los actos que las crean, modifican o extinguen⁴². En este sentido, la seguridad en el tráfico no sólo comprende a los documentos como medios de prueba, sino que también garantiza, por ejemplo, la veracidad de las declaraciones como en el caso de la llamada falsedad ideológica.

La seguridad en el tráfico sería un estadio y etapa superior en cuanto al desarrollo y a la depuración de la noción de la fe pública, apareciendo ésta como su escalón inferior. La fe pública, en todo caso, lo único que podría buscar es facilitar y tornar más viable el tráfico jurídico⁴³. La seguridad en el tráfico no alude tanto a una visión estatal de la falsedad documental ni se vincula a un criterio sociológico en el sentido de valor social, sino que se emparenta con criterios jurídicos más rigurosos y precisos, planteando un elemento finalista: la introducción del documento en el tráfico⁴⁴. Uno de dichos criterios jurídicos – y tal vez es el más importante – es la relación, lógicamente evidente pero no destacada a veces con el énfasis del caso, de la seguridad y la fiabilidad del tráfico jurídico con la *seguridad jurídica*, que constituye un valor y concepto rector de todo el Derecho y por la que se busca – en palabras de Henkel – una *certeza ordenadora*, bien sea como conocimiento de una situación jurídica presente, bien sea como una expectativa fundamentada por la calculabilidad de un acto jurídico futuro⁴⁵. La sanción a través de una pena de la falsedad documental busca eliminar la incertidumbre y el desamparo que se causan por la adulteración de una declaración contenida en un documento o de los signos de autenticidad que éste representa o por la

⁴² Así Conde – Pumpido Ferreiro, Cándido; Código Pena. Doctrina y Jurisprudencia; T III; p. 3662.

⁴³ De modo claro Muñoz Conde, Francisco; Derecho Penal [P.E.]; p. 669 al señalar que “..... La fe pública que se protege por el Estado es aquella que es necesaria para el tráfico jurídico y puede servir como medio de prueba o autenticación”. Luego señala: “Sin fe pública no podría desarrollarse tráfico jurídico” [p. 670].

⁴⁴ Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: Análisis Jurídico – penal; p. 61.

⁴⁵ Ampliamente, sobre la seguridad jurídica Henkel, Heinrich; Introducción a la Filosofía del Derecho [Trad. de Gimbernat Ordeig]; Madrid; Taurus; 1968; p. 545.

creación de un documento que refleja una declaración absolutamente inexistente; hechos estos contrarios a la seguridad y a la certeza jurídica. Cabe recordar que sin seguridad jurídica no se podría llegar incluso a imaginar una sociedad justa o una convivencia pacífica y estable cargada de confianza recíproca.

Sin embargo, la seguridad jurídica que se alienta no es abstracta, genérica e innominada, sino que se refiere directamente a la que compete resguardar y proteger en el tráfico jurídico, el intercambio de bienes y servicios, la conservación de las declaraciones negociales y el valor probatorio de los documentos. No se trata de una seguridad jurídica amplia y de contenido indeterminado, sino de una certeza que tiene un ámbito y un contexto de aplicación concreto como es el tráfico jurídico.

Con la utilización y referencia al tráfico jurídico se pretende dar una cobertura lo suficientemente razonable a la multitud de materias que pueden resultar dañadas por una acción de falsificación, las cuales pueden proyectarse por las más diversas zonas de la vida civil de los ciudadanos. La falsificación puede trascender y afectar tanto el aspecto comercial, económico, privado o el ejercicio de los derechos personalísimos más importantes de los seres humanos sin distinción alguna, o incluso puede llegar a poner en grave riesgo las bases de la existencia de la sociedad o del Estado mismo. De allí que sea arbitrario e incorrecto reducir la aplicación de los delitos de falsedad documental a los casos en los que se afecta el patrimonio o los intereses individuales. Esto no quiere decir que dichos supuestos no sean abarcados por el delito en estudio, sino que únicamente son algunos de los casos protegidos por el bien jurídico seguridad en el tráfico jurídico de la falsedad documental. Con todo, cabe señalar que nuestro legislador en la formulación típica del delito de falsedad documental condiciona o supedita — de allí que su referencia sea indispensable — a que la alteración de un documento verdadero o la hechura de uno falso pueda dar origen a un derecho o a una obligación o que sirva a una actividad probatoria. La posibilidad de lesión o afectación a los intereses individuales y sociales ha de pasar por estos dos filtros.

La seguridad en el tráfico jurídico tendría una doble expresión.

Por un lado, la seguridad en el tráfico es relevante en un *círculo privado* de comunicación que nace a partir de las relaciones entre particulares, independientemente de la naturaleza o características de dicha relación. El documento serviría como el soporte jurídico más importante para regular y conservar las diversas clases de relaciones jurídicas, económicas y sociales, operando como un instrumento de garantía y de prueba de las declaraciones de voluntad, no sólo frente a los tribunales de justicia sino también entre los mismos particulares. El documento serviría para reconocer la voluntad de las personas, imprimiendo la necesaria confianza, inherente a su formalidad y a su rol de perpetuación de la declaración, con el objeto de certificar la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, de derechos u obligaciones.

Por otro lado, y ya de manera independiente a la declaración de las partes, el documento puede *ingresar al tráfico jurídico* extendiendo sus efectos más allá del ámbito de quienes lo crearon. En el ámbito del tráfico jurídico el documento cumpliría dos particulares misiones como son: 1º Constituir el instrumento más adecuado para materializar y preservar la declaración; 2º Garantizar el contenido de dicha declaración ante terceros que confían en la apariencia de realidad respecto al contenido del documento. No sólo los particulares y los ciudadanos en sus relaciones y convenciones interpersonales encontrarían protección en virtud a la tutela del documento, sino que es posible constatar en este un efecto y consecuencia externa: el servir para alentar y generar confianza y estabilidad en el tráfico jurídico, ya sea en la vertiente económica o de flujo de bienes o en el desarrollo de las relaciones de cualquier índole en donde el documento pueda intervenir y cumplir alguna de sus funciones.

El Derecho penal tendría interés en castigar el delito de falsedad documental en sus diversas clases, en la medida que busca proteger la principal expresión de las relaciones jurídicas y económicas de la sociedad que se patentizan en la seguridad del tráfico, cuya forma más común y frecuente es la seguridad del tráfico de documentos. De no

tutelarse la confianza social que se deposita en estos instrumentos jurídicos, el comercio de bienes y servicios, las relaciones jurídicas entre los particulares o entre éstos y el Estado, y en fin el tráfico jurídico en general, se verían profundamente interrumpidos, creándose una gran inestabilidad y zozobra en la sociedad, puesto que no se encontraría un mecanismo jurídico idóneo para proteger y garantizar los derechos y obligaciones que nacen, se modifican o extinguen, dadas las dificultades probatorias de las declaraciones puramente orales.

Los beneficios que trae el documento en el tráfico jurídico son diversos, entre los que se cuentan: a) Constituye el medio tradicional y más importante en el que se depositan las declaraciones negociales y de voluntad de todos los que participan o intervienen de cualquier modo en las relaciones sociales y económicas; b) Las personas asignan al documento mayor formalidad y trascendencia que la sola manifestación oral de la voluntad, pues permite precisar los contenidos y alcances de ésta, siendo la forma más acabada de cómo se finiquitan los actos jurídicos y se crean, modifican o extinguen derechos u obligaciones. Sin la existencia de documentos existiría una completa incertidumbre en un mundo global donde las palabras por sí solas no bastan para asegurar la convivencia pacífica y el correcto flujo de las relaciones jurídicas; c) El documento sirve, además, y he aquí su función más destacada, como *medio de prueba* y de acreditación de las diversas relaciones que se constituyen, alentando la confianza entre las partes o los que intervienen en el tráfico de que cualquier disputa, desacuerdo o situación incierta se resolverá a través de una remisión al contenido del documento, ya que él hace suponer la veracidad de la declaración. Sin perjuicio de los demás medios de prueba y sin que se pretenda restarles importancia, la función probatoria del documento ofrece mayores ventajas, pues permite mayor fijeza, fidelidad y perpetuación a las declaraciones o a los hechos que se producen⁴⁶. Dicha función de prueba del documento no se relaciona necesariamente con la existencia presente o futura de un proceso judicial

⁴⁶ Cfr. Bustos Ramírez, Juan; Manual de Derecho Penal [P.E.]; p. 337.

— entendiéndose la función probatoria del documento como prueba judicial — sino con la posibilidad de verificación o de contrastación de una afirmación o de un dicho con la realidad, que el documento en la generalidad de ocasiones suele reflejar. La fuerza probatoria del documento se entiende aquí en un sentido amplio y no restringido, pues esto último supondría aceptar sólo los medios de prueba admisibles en un proceso como son los documentos públicos⁴⁷. El documento al representar una declaración de voluntad o cualquier otra realidad, sería el medio más conducente, útil y oportuno para acreditar y probar dicha situación o hecho, eliminando cualquier duda o incertidumbre que se teja alrededor.

Las ventajas del bien jurídico seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico sobre la fe pública encontrarían su fundamento en el carácter menos abstracto y más específico del primero⁴⁸. El Derecho penal no puede dejar de brindar protección a la seguridad del tráfico jurídico — económico si es que no quiere que la vida social se detenga o exista un menoscabo en cuanto al respeto de las formalidades que tanta importancia tienen en el ámbito jurídico y cuyas expresiones más claras vienen a darse a través del documento. El bien jurídico constituiría la superación dialéctica, producto de la depuración y progreso de los contenidos propuestos por la dogmática penal en el delito de falsedad documental respecto a la noción de *fe pública*, lográndose de esta manera una mayor precisión y especificidad. Vendría a tomar de la noción de fe pública sus aspectos más importantes como es el valor social de la confianza que despiertan ciertas formas o signos en la sociedad, enlazando y añadiendo otros elementos, como su relación directa con la seguridad jurídica y con la estabilidad — derivadas de la función de perpetuación del documento — de las diversas relaciones jurídicas, económicas y sociales, que harían más rápidas, confiables y seguras las convenciones o actos que se plasman en el documento.

⁴⁷ Cfr. Muñoz Conde, Francisco; Derecho Penal [P.E.]; p. 670.

⁴⁸ Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: Análisis Jurídico — penal; p. 61; García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 101.

Otra de las ventajas y beneficios que podría surgir de la consideración del bien jurídico como confianza o fiabilidad en el tráfico sería el poder aplicar criterios teleológicos en la interpretación de los diversos tipos penales y, en concreto, en la falsedad documental, evitándose consecuencias formalistas y sanciones a conductas que carecen del merecimiento y necesidad de pena. Así, por ejemplo, se descartaría de plano la posibilidad de catalogar como delito la falsificación que carezca de aptitud para afectar dicha seguridad o la que no está dirigida a ingresar al tráfico⁴⁹ por obedecer, por ejemplo a fines lúdicos⁵⁰ o de coleccionistas⁵¹; de tal modo que si el autor de la falsificación no la ha realizado con la intención de afectar el tráfico y es un tercero el que — sin conocimiento de aquél — la utiliza, dicho tercero puede cometer el delito de falsedad documental por el uso que realice en el tráfico⁵² [art. 428 párrafo segundo].

La seguridad del tráfico puede ser entendido bien como un *medio* probatorio, bien como un *procedimiento* probatorio o bien como la *autenticidad* de la declaración documental⁵³. En el primer sentido se plantea que el documento contribuye a la seguridad en el tráfico cuando aparece como un medio de prueba, el cual actúa de manera independiente a la persona que lo ha emitido. El documento aparece así como un instrumento que permite probar una determinada relación jurídica o un hecho con relevancia para el ordenamiento jurídico. En el segundo sentido, el documento interesa como un vehículo con el que se obtiene la prueba. No sería ésta la única forma como se lograría tutelar un sistema probatorio, pero sin duda sería la vía más segura para afianzar los

⁴⁹ De esta manera Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: Análisis Jurídico — penal; p. 68; Queralt Jiménez, Joan; Derecho Penal Español; p. 500.

⁵⁰ Cfr. Conde — Pumpido Ferreiro, Cándido; Código Pena. Doctrina y Jurisprudencia; T III; p. 3625.

⁵¹ Cfr. Muñoz Conde, Francisco; Derecho Penal [P.E.]; p. 671.

⁵² Cfr. Orts Berenguer, Enrique; Comentarios al Código Penal de 1995; T II; p. 1739.

⁵³ Véase ampliamente García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 102.

procedimientos probatorios dentro del ordenamiento jurídico. Por último, la seguridad en el tráfico puede verse reflejada también en la tutela de la autenticidad de las declaraciones documentales. Según esto, las relaciones sociales y jurídicas exigen que determinadas declaraciones fijadas en un documento sean posibles de atribuir a determinadas personas, quienes a su vez han de asumir las consecuencias de las mismas y presentarse como responsables de lo que declaran. Sólo un documento auténtico está en condiciones de dar validez jurídica a su contenido.

La doctrina penal viene distinguiendo, en líneas generales, dos grandes períodos que marcan la evolución y desarrollo de la noción de la seguridad en el tráfico jurídico⁵⁴. En un primer momento se consideró a la seguridad en el tráfico como un bien jurídico, sin ulteriores especificaciones y detalles, llegándose a una elaboración demasiado abierta y genérica del objeto de protección. Luego, y tras las críticas recibidas, se inicia una segunda etapa marcada por el intento de concretar y llenar el contenido del bien jurídico. Como partidario de la primera concepción se cita a Frank, quien señalaba que el bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental era la seguridad en el tráfico jurídico, procesal o extraprocesal, lo cual suponía la fe pública como condición para un ordenado tráfico jurídico. Luego la doctrina alemana, por impulso de Mezger, Blei y Welzel, precisó que más allá del tráfico jurídico general lo que se pretende proteger en el delito de falsedad documental es sólo un sector de dicho tráfico como es el *tráfico probatorio*⁵⁵, sin que ello haya sido obstáculo para que parte de la ciencia penal tedesca [Otto, Wessels, Bockelmann] considere que la referencia al tráfico probatorio sigue siendo excesiva, debiéndose sólo proteger a un concreto medio de prueba como es el documento.

⁵⁴ In extenso Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: Análisis Jurídico – penal*; p. 60 y ss.

⁵⁵ Cfr. Mezger, Edmund; *Derecho Penal* [Trad. de Conrado Finzi de la 4 ed. alemana]; Buenos Aires; Bibliográfica Omeba; 1959; p. 300 para quien “El bien jurídico protegido en los propios delitos documentales es la *seguridad* y la corrección del *tráfico jurídico* y, muy especialmente, de la prueba.....”.

Las críticas que se dirigen contra el bien jurídico seguridad y fiabilidad en el tráfico son diversas⁵⁶. Entre ellas destacan su indeterminación y vaguedad, tal vez menores pero a la postre semejantes a la idea de la fe pública⁵⁷. En efecto, no se logra un notorio avance ni se gana una claridad exhaustiva si se llega a afirmar que el objeto de tutela en los delitos contra la falsedad documental es la seguridad en el tráfico, puesto que no se precisan los elementos o las características que debe tener dicha seguridad. Asimismo, no se especifica si la seguridad en el tráfico es un concepto normativo o un concepto puramente empírico – psicológico, que depende del entendimiento o de la sensación de seguridad que la colectividad posea o de la gravedad social que el hecho revista; situación que puede conducir a la calificación y castigo excepcional como delitos de falsedad documental. Incluso, a pesar que se considere de modo más claro y preciso como bien jurídico a la seguridad en el tráfico probatorio, tal como lo hace la doctrina alemana más destacada y parte de la española, no podría explicarse, al menos de manera satisfactoria, el porqué se dispensa un tratamiento más privilegiado a uno de los posibles medios de prueba [el documento] y no se mantiene el mismo mecanismo protector y tutelar con los otros procedimientos o medios probatorios, y sobre los que también recae una acción de falsedad. En todo caso, si dichas falsedades también se consideran delitos, tal como sucede en el caso del delito de falsa declaración de testigo o perito [art. 409], no se entiende el porqué la existencia y conservación de un tratamiento legal y de una sistemática legislativa tan dispar, en vez de reunir tales delitos en un solo encabezamiento legal⁵⁸.

Tal como señalamos en nuestra crítica a la formulación de la fe pública, que puede ser trasladada a la seguridad y fiabilidad en el tráfico como bien jurídico, no se debe confundir el presupuesto o las condicio-

⁵⁶ De manera sintética véase las críticas expuestas en Bramont Arias, Luis – García Cantizano, María; Manual de Derecho penal (P.E.); p. 623 nota 585.

⁵⁷ Véase Echano Basaldua, Juan; en Compendio de Derecho penal (P.E.) (Director: Miguel Bajo Fernández); p. 749.

⁵⁸ Así Rodríguez Devesa, José; Derecho Penal Español; p. 945.

nes sociales previas que dan legitimidad al objeto de tutela con la definición o la idea central del bien jurídico que es su consecuencia y algo muy distinto a aquello. La seguridad en el tráfico bien podría ser un hecho social que puede verificarse y comprobarse muy al margen de si se ha cometido un delito; y peor aún, la evolución social ha demostrado que dicha seguridad no se encuentra comprometida esencialmente a pesar de la falsificación de documentos, y muy por el contrario sigue manteniéndose.

La seguridad en el tráfico no sería sino muestra de una versión moderna de la fe pública⁵⁹, entendida ante todo como valor social o como confianza en el correcto desenvolvimiento del tráfico comercial y jurídico en general; de allí que su valor y utilidad para la determinación del bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental sea reducido y limitado. Ella no podría explicar la punición, por ejemplo, del *falso verax* o el caso en el que un acreedor a fin de justificar el derecho sobre un tercero quien le tiene una deuda, se decide a confeccionar un documento falso, al no poder probarlo. Nadie podría dudar que pese a la existencia de la obligación se ha cometido un delito de falsedad documental, pero tampoco se podría cuestionar el hecho que la seguridad en el tráfico no se ha visto mayormente alterada, pues la deuda poseía una existencia jurídica.

A ello debe agregarse que la mayoría de bienes jurídicos supraindividuales, e incluso los bienes jurídicos personales como el patrimonio o yendo más allá, los delitos socio – económicos, podrían ser reconducidos sin mayor inconveniente a la protección de la seguridad en el tráfico⁶⁰. Para ello bastaría matizar o complementar dicho criterio con otros puntos de vista vinculados a la especificidad de cada uno de los grupos de los delitos que pueden vulnerar la confianza en las relaciones jurídicas que se establecen. No se encuentra un motivo o justificación suficiente

⁵⁹ Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: Análisis Jurídico – penal*; p. 65.

⁶⁰ Cfr. Muñoz Conde, Francisco; *Derecho Penal [P.E.]*; p. 669.

para que la seguridad en el tráfico sólo se vea afectada por los delitos de falsedad documental o sus figuras afines, toda vez que ella también queda comprometida cuando el autor de cualquier modo vuelve funcional o distorsiona y altera el tráfico jurídico – económico de los bienes y servicios o de las declaraciones de las personas, ya sea a través de un engaño o la respectiva inducción a error, o por las vulneraciones a las relaciones jurídico – civiles de entregar, devolver o hacer un uso determinado o incluso por las sustracciones o apoderamientos ilegítimos. Resulta así incompresible la exclusión de las estafas, las apropiaciones ilícitas u otra clase de delitos patrimoniales que de manera más grave e intolerante que la propia falsedad documental terminan atentado contra la seguridad en el tráfico jurídico, o de otra clase de delitos que intrínsecamente consisten también en la realización de un conducta de falsificación, tal como sucede con los delitos y atentados contra el Estado civil, que en nuestro Derecho positivo se recogen en el rubro de los Delitos contra la familia.

Por la vaguedad y amplitud en la formulación del bien jurídico *seguridad en el tráfico* resulta muy difícil establecer cuándo se ha vulnerado o no el bien jurídico. Los documentos tendrían que jerarquizarse según su importancia o trascendencia para el tráfico, con la observación que mientras menos relevante sea un documento las posibilidades de afectar la seguridad en el tráfico disminuyen ostensiblemente. Por el contrario, a mayor importancia del documento para el tráfico mercantil – o jurídico en general – se incrementan las posibilidades de afectar la tantas veces aludida seguridad en el tráfico. Con todo, la importancia del documento no puede constituir un criterio exclusivo en la delimitación del bien jurídico porque se ha de valorar otros puntos de vista como la gravedad o no de la falsedad y su aptitud para causar un perjuicio a un tercero.

El bien jurídico seguridad en el tráfico se aleja, incorrectamente, de la necesidad que el bien jurídico sirva de criterio de interpretación a los tipos legales por su excesiva imprecisión. Asimismo, no se corresponde con la reconstrucción o reelaboración del bien jurídico que debe efectuarse a partir de la redacción de los tipos penales que componen el

capítulo de falsificación de documentos. Por un lado resulta muy amplio y por el otro peca por defecto. Es muy amplio porque en muchos delitos de falsedad documental más que proteger la seguridad en el tráfico sólo se tutela un interés social y jurídico más específico y concreto como la autenticidad del documento del artículo 427 del C.P., el cual constituye un claro ejemplo de delito de peligro, y no de resultado lesivo. Por su parte, es muy limitado porque no abarca otros intereses que van más allá de la seguridad en el tráfico, como sucede en el caso del art. 429 del C.P., delito en el que se vulnera los deberes de insertar declaraciones en documentos públicos o privados, los cuales a duras penas se vinculan con el tantas veces aludido bien jurídico.

IV.- LAS FUNCIONALIDAD DEL DOCUMENTO.-

Un sector destacado de la doctrina penal alemana y española actual sostiene que el bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental no es la fe pública, ni la seguridad y confianza en el tráfico, sino el propio documento y algunas propiedades que son inherentes a él. Este nuevo planteamiento se denomina *teoría funcional*⁶¹ u *objetiva* del Derecho penal del documento, y se caracteriza por contemplar al documento desde un punto institucional⁶² como un instrumento necesario e imprescindible para la consolidación y fluidez del tráfico jurídico y económico de la sociedad actual⁶³. Este planteamiento si bien, y que duda cabe, posee una mayor especificidad y concreción que los puntos de vista anterior-

⁶¹ Desde esta perspectiva ya Bustos Ramírez, Juan; Manual de Derecho Penal [P.E.]; p. 337.

⁶² Así, García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 118.

⁶³ Por todos, Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: Análisis Jurídico – penal; p. 28 y ss.; García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 118 y 134 quien considera que el bien jurídico (documento) de las falsedades documentales cumple tres funciones como: a) medio de prueba; b) garantía de la declaración; y c) perpetuidad de la declaración”. En el mismo sentido Bramont Arias, Luis – García Cantizano, María; Manual de Derecho penal (P.E.); p. 624. Siguiendo a García Cantizano: Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal (P.E.); Valencia; Tirant lo blach; 12 ed.; 1999; p. 689 y ss; Echano Basaldua, Juan; en

mente estudiados, de allí que tenga un mejor reconocimiento doctrinal, puede verse complementado en los casos que deje alguna duda con la idea de la seguridad en el tráfico jurídico⁶⁴. Ambos no son criterios opuestos o incompatibles entre sí, sino aspectos que pueden servir para una mejor interpretación de los diversos tipos penales y para lograr fines político – criminales más acordes en un Estado social y democrático de Derecho.

Dicha postura parte en la construcción del bien jurídico del mismo objeto material de los delitos de falsedad documental como es el documento, renunciando a cualquier otro criterio que tome distancia de él y lo haga residir en la fe pública que patentiza o en la seguridad del tráfico que facilita. Se renuncia a tomar como eje central o punto de referencia más importante a criterios *externos* o que vayan más allá de las características del documento como, por ejemplo, la idea de fe pública, de seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico, o cualquier otro criterio similar. Se abandonan también las tesis que desde un punto de vista histórico vieron al delito de falsedad documental como una reminiscencia de la protección al deber de la verdad. En su lugar se repara en cuáles son y que sentido tienen los caracteres más importantes del documento. La base y materia prima desde la que se edifica y elabora la noción de bien jurídico es el mismo objeto de la acción y el rol y función que desempeña en el plano jurídico y social. De este modo se logran vincular dos ideas que desde el punto de vista práctico se encuentran indisolublemente unidas, pero que por una desatención a lo largo de la elaboración teórica se han visto separadas. Partiendo de la idea del documento y de las funciones que éste cumple en la sociedad, se logra delimitar el bien

Compendio de Derecho penal (P.E.) (Director: Miguel Bajo Fernández); p. 769 quien define al bien jurídico en las falsedades documentales como “el valor instrumental o funcional que a causa de sus peculiares funciones en cuanto medios de prueba tienen los documentos para el ordenado desarrollo del tráfico jurídico en las condiciones de fluidez que requiere la vida social”.

⁶⁴ Véase Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: Análisis Jurídico – penal; p. 95.

jurídico de manera más específica y concreta, liberándolo de cualquier atisbo de abstracción y vaguedad a las que nos tenían acostumbrados las tesis tradicionales.

No se debe considerar que el punto de vista glosado confunde el bien jurídico [funciones] con el objeto de la acción [documento], pues dicha diferencia se sigue conservando y manteniendo en todo instante. Lo que sucede aquí no es una identificación de ambos conceptos en virtud a que no se postula que el bien jurídico protegido sea el documento. El planteamiento descrito sólo busca enfatizar como bien jurídico protegido a las funciones o roles que cumple el documento dentro de las relaciones jurídicas y sociales. Más que detenerse en el sustrato material que constituye el objeto de acción, el análisis dogmático enfatiza en la funcionalidad o la operatividad jurídica del documento; cuestiones que son completamente distintas. Una cosa no implica necesariamente a la otra. Ello lo prueba el hecho que no hay delito cuando la acción recae en el documento pero no afecta ninguna de sus funciones, las cuales se mantienen intactas. Con ello, se pretende señalar que sólo existe delito no cuando se actúa sobre el documento, sino cuando se atenta contra una de sus funciones, ya sea de garantía, de perpetuidad y de prueba.

a) *La función de perpetuación del documento .-*

Esta posición es sustentada en Alemania por Schilling y Samsom. Consiste en fijar sobre un soporte determinado la declaración del pensamiento, que por lo general implicará el reconocimiento de determinados hechos dentro de una determinada relación jurídica⁶⁵. Esta característica permite diferenciar al documento de cualquier evidencia sensible en la que no se encuentra fijada una declaración.

La función de perpetuación se apoya en la mayor persistencia, duración y estabilidad que tiene el documento para fijar una declaración de voluntad respecto a otros medios o instrumentos. El documento

⁶⁵ Cfr. Bacigalupo, Enrique; El delito de Falsedad Documental; p. 12.

posee una indudable ventaja y superioridad sobre las declaraciones orales, que no gozan de la posibilidad de encontrarse fijadas en un soporte material. La perpetuidad del documento permite que este instrumento tenga una preeminencia y un valor especial dentro de los medios de prueba. Gracias a la función de perpetuidad y fijeza del documento, y si se la enlaza con su condición de medio probatorio del documento, la prueba se puede llegar repetir cuantas veces sea necesario dentro o fuera del proceso, porque acredita plenamente la existencia – en el sentido de modificación, nacimiento o extinción – de una relación jurídica. Dicha función legitimaría, obrando como una explicación suficiente, el por qué el documento recibe protección jurídico penal al prestar un valioso servicio en el tráfico jurídico. El Derecho penal sólo podría intervenir cuando se pretenda menoscabar dicha función, vinculada también al mérito probatorio del documento. La confianza del documento en el tráfico jurídico sólo sería una consecuencia y derivación de la función de perpetuidad y garantía de las declaraciones fijadas en él⁶⁶.

Según Samson, la función de perpetuación estaría compuesta de dos elementos. Por un lado, el aspecto tradicional, que consiste en la permanencia o fijeza en el tiempo de la declaración y que es captado en un sentido físico o de inalterabilidad natural. Por otro lado, se propone la *estabilidad de la clave* o la permanencia en el tiempo del significado de los signos. Este último elemento depende de lo extenso que sea el círculo de personas en el que dicha clave se utilice⁶⁷.

No es correcto entender a la función de perpetuación como si se refiriera únicamente a los documentos escritos, que son los ejemplos más claros de los documentos que cumplen con esta función. También se encuentran recogidos aquí otra clase de documentos, pues la fijeza o

⁶⁶ Cfr. Casas Barquero, Enrique; El delito de falsedad documental en documento privado; p. 103. También García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 126.

⁶⁷ Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: Análisis Jurídico – penal; p. 31.

perpetuidad no son patrimonio exclusivo de los documentos escritos como es el caso de los vídeos o los diskets.

Samson distingue además entre un documento dispositivo y un documento testimonial, según se trate del contenido de la declaración. El primero de ellos consiste en la constitución o modificación de las relaciones jurídicas, adquiriendo una especial importancia en el tráfico jurídico-económico ya que permite el rápido y necesario flujo de bienes; mientras que el segundo se caracteriza por informar simplemente sobre lo acontecido en hechos de relevancia jurídica, generando en el destinatario la confianza en el contenido de la declaración, ya que podrá disfrutar de una prueba segura en el futuro⁶⁸.

b) *La función de garantía del documento.*-

La función de garantía, sustentada por Puppe en Alemania, se basa en que el documento permite plasmar o materializar una declaración de voluntad que puede ser atribuida a una persona determinada, la cual asume las consecuencias o implicancias de la misma. Se conecta así al documento con la idea de medio o instrumento cuya esencia es servir de soporte a las manifestaciones de voluntad de los sujetos de derecho. "La voluntad del declarante, en cuanto sujeto de derecho, manifestada a través de la acción de declarar, y perpetuada, a su vez, en el documento, constituye la función de garantía que éste desarrolla y el objeto protegido por la falsedad documental"⁶⁹. El engaño característico en toda falsedad documental recaería sobre el autor del documento, asignándole efectos no queridos o relacionados con una declaración que no es la suya⁷⁰.

El documento no garantiza que una declaración sea fiel a la verdad, ni una correspondencia entre la declaración y los hechos que se describen, de allí que en el delito de falsedad documental no se pueda castigar

⁶⁸ García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 121.

⁶⁹ García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 123.

⁷⁰ Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: Análisis Jurídico – penal; p. 35.

la infracción a un derecho a la verdad o simplemente las declaraciones falsas, a manera de mentiras o engaños, sino la autenticidad de la declaración en el sentido que ésta se corresponda con la persona del presunto declarante. Lo único que interesa en la función de garantía del documento es la posibilidad de atribuir o imputar la declaración a un autor determinado o a quien se supone figura en el documento⁷¹. Al existir una vinculación entre el autor y la declaración fijada en el documento se afirma que “el sentido probatorio del documento se basa en la demostración de una relación jurídica entre la declaración documental y la persona que aparece en el documento como declarante”⁷². Lo que se prohibiría castigando la falsedad documental sería las *declaraciones aparentes*.

El documento garantizaría las manifestaciones de voluntad de un determinado sujeto de derecho [autenticidad]. Sin embargo, para que ello suceda se debe primero precisar a la persona del declarante, es decir, al sujeto de derecho cuya voluntad se patentiza en el documento. Es necesario advertir que detrás de todo documento hay una declaración de voluntad como también detrás de ésta hay un sujeto que la formula. La declaración vale en el tráfico jurídico justamente por la voluntad del declarante, de tal manera que se supone que el declarante ha de responder por esa declaración⁷³. En este sentido, la falsedad documental es un engaño sobre el autor por medio del contenido de la declaración⁷⁴. El delito de falsedad se reduciría a ser una infracción contra la autenticidad del documento, en el sentido de una manifestación hecha por una persona determinada.

⁷¹ Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: Análisis Jurídico – penal; p. 35.

⁷² García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 121.

⁷³ Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: Análisis Jurídico – penal; p. 36.

⁷⁴ García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 124.

c) *La función probatoria del documento.-*

El punto de partida de esta posición es el tomar al documento como un *medio de prueba*⁷⁵, pero siendo su alcance mucho más amplio que el de su sola utilización en un proceso judicial o administrativo para extenderse a la acreditación de las relaciones jurídicas y las declaraciones de voluntad producidas entre particulares y entre éstos y el Estado. Ha de indicarse que el documento no prueba en principio la veracidad de su contenido, salvo los casos señalados expresamente en la ley. Una declaración no se convierte en veraz por encontrarse documentada. Como se señala: “La documentación fija la declaración, pero no convierte a las mentiras en verdades. El documento sólo prueba que la declaración se ha hecho⁷⁶”.

El documento prestaría un gran e imprescindible servicio a la sociedad en la medida que permitiría reflejar manifestaciones de voluntad que modifican relaciones jurídicas o crean o extinguen derechos y obligaciones. Avanzando mucho más, se afirma incluso que el documento como soporte material o físico no es relevante para el Derecho penal sino en cuanto se repara en las funciones que presta, las cuales pueden restringirse a la función de *garantía* y a la función de *perpetuidad* pero que se sintetizan de manera enjundiosa en la función probatoria

El documento aparece como un medio de prueba de las declaraciones humanas que pueden revestir las formas de voluntad y de conocimiento. Lo que interesa aquí no tanto es la utilización del documento dentro o fuera de un proceso judicial, civil, penal administrativo o de cualquier otra índole, sino su vocación para comprobar una declaración o una serie de hechos que han sucedido en la realidad. El documento

⁷⁵ En sentido similar Quintero Olivares, Gonzalo; en Comentarios a la parte especial del Derecho penal; Pamplona; Aranzadi; 1996; p. 1086 para quien de la falsedad documental se deduce como una “infracción que ataca a la capacidad probatoria, para el proceso o las relaciones jurídicas entre personas o entre éstas y la sociedad y el Estado”.

⁷⁶ Así Bacigalupo, Enrique; El delito de Falsedad Documental; p. 12.

entendido como prueba no sólo se dirige a demostrar una declaración atribuible a una persona, sino que a ello se agrega la finalidad de acreditar que la mencionada declaración posee un determinado contenido⁷⁷.

⁷⁷ Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: Análisis Jurídico – penal; p. 166.

CAPITULO II

EL CONCEPTO PENAL DE DOCUMENTO

EL CONCEPTO PENAL DE DOCUMENTO

El documento, tal como lo entiende la mejor doctrina actualmente, puede ser definido como *la materialización o corporización de una declaración de conocimiento o de voluntad que permite el reconocimiento de su autor y que a la vez tiene aptitud para la prueba de una relación jurídica o de un hecho relevante para el ordenamiento jurídico.*

I.- FUNCIÓN DE PERPETUACIÓN

1) El soporte del documento.-

La función de perpetuación se refleja claramente en las palabras de Mezger: "El documento no es una palabra pronunciada fugazmente, sino corporalmente firme"¹. Si bien la idea de documento se encuentra estrechamente vinculada a la necesidad que exista un soporte material que incorpore una declaración de voluntad, hecho o narración, resulta completamente indiferente la clase o el tipo de materia de la que está construido o sobre la que se levanta dicho soporte material². Basta que cumpla con el requisito de posibilitar una cierta duración y continuidad en el tiempo y en el espacio de la declaración depositada en él para que el Derecho penal puede brindarle protección. Por ello, quedan descartadas de la noción de documento las declaraciones fijadas en la arena o

¹ Mezger, Edmund; Derecho Penal [P.E.] [Trad. de Conrado Finzi]; Buenos Aires; 1958; p. 303.

² Véase García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; Valencia; Tirant lo Blanch; 1994; p. 172.

en la nieve³, o las ramas o piedras dispuestas en cierto orden. La perdurabilidad de la declaración que contiene el documento no ha de entenderse como indestructibilidad o como garantía que el documento sea eterno y dure para siempre⁴. La base material de la que debe gozar todo documento sólo requiere que se trate de un *soporte idóneo* que asegure la duración de la declaración.

No creemos necesario exigir que el soporte material consista en una cosa o bien mueble o que pueda movilizarse⁵; de tal manera que sea capaz de presentarse o conducirse al proceso o a la presencia del juez⁶. Ello reduciría los alcances de las formas documentales que la doctrina comparada ha elaborado y que paulatinamente se han impuesto en la jurisprudencia de los diversos países, y confundiría un problema físico u operativo con una cuestión jurídica⁷. También pueden considerarse como documento las declaraciones que constan en las paredes, muros o bienes inmuebles o, en general, en toda cosa que carece de movilidad. Lo único necesario es que el soporte material donde descansa la

³ Cfr. Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal (P.E.); Valencia; Tirant lo Blach; 12 ed.; 1999; p. 690; Bacigalupo, Enrique; El Delito de la falsedad documental; Madrid; Dykinson; 1999; p. 12.

⁴ Cfr. Mezger, Edmund; Derecho Penal [P.E.] [Trad. de Conrado Finzi]; p. 304 quien añade que “la forma de materialización es indiferente. No es necesario, sobre todo, que la sustancia de la base tenga una forma determinada; sólo basta que no sea tan inconsistente como para que le falte firmeza.....”.

⁵ En contra, exigiendo que se trate de un bien o una cosa mueble Baigún, David – Tozzini, Carlos; La Falsedad Documental en la jurisprudencia; Buenos Aires; Depalma; 2 ed.; 1992; p. 44 y 68; Maggiore, Giuseppe; Derecho Penal [Trad. José Ortega Torres]; Bogotá; Temis; Reimp. 2 ed.; 1985; T III; p. 545 quien exige que el documento [escritura] “debe fijarse sobre una cosa móvil, transportable y transmisible no sobre cosas inmóviles.....”. También Cuello Calón, Eugenio; Derecho Penal [P.E.]; Barcelona; Bosch; 14 ed.; 1981; T II Vol I; p. 258.

⁶ Sin embargo, así Quintero Olivares, Gonzalo; en Comentarios al nuevo Código Penal; Pamplona; Aranzadi; 1996; p. 295 cuando, refiriéndose al documento señala, que “Ha de poder ser *transportable* y presentable en un proceso”.

⁷ Cfr. Romero Soto, Luis; La falsedad documental; Bogotá; Temis; 4 ed.; 1993; p. 59; Casas Barquero, Enrique; El delito de falsedad en documento privado; Barcelona; Bosch; 1984; p. 249.

declaración se encuentre en condiciones de dotar de cierta permanencia y perdurabilidad a la manifestación de voluntad⁸. La introducción del documento en el tráfico jurídico no debe entenderse en sentido puramente físico, sino también en un sentido espiritual.

El documento, y específicamente la declaración que contiene, debe ser comprensible por la generalidad de personas o por un grupo de individuos pertenecientes⁹, por ejemplo, a una especialidad que domina una peculiar forma de comunicación o que practica un idioma extranjero o lenguaje antiguo. No es un requisito el hecho que la manifestación, de voluntad o de conocimiento, sea realizada en el idioma oficial del país donde se emite o que pueda ser captada directamente por el juez o el Tribunal¹⁰. Basta que ello se pueda producir con la ayuda de peritos o de personas que entiendan el idioma o los signos expresados en el documento. Sin embargo, si el documento se encuentra reflejado en una escritura, código o lenguaje que sólo los interesados entienden o que se ha establecido por el convenio de los mismos no se puede hablar de documento, ya que nunca se llegaría a un acuerdo, toda vez que la otra parte podría impugnarlo en cualquier momento¹¹. Cabe resaltar que no deja de ser documento una declaración de voluntad extendida en una lengua muerta poco conocida, ya que el problema del idioma no determina ni forma parte de la esencia del documento¹². Asimismo, un

⁸ Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal*; Barcelona; Cedecs; 1999; p. 116; García Cantizano, María del Carmen; *Falsedades Documentales*; p. 176.

⁹ Cfr. Quintero Olivares, Gonzalo; en *Comentarios al nuevo Código Penal*; p. 295.

¹⁰ Cfr. Queralt Jiménez, Joan; *Derecho Penal Español*; Barcelona; Bosch; 3 ed.; 1996; p. 503.

¹¹ Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal*; p. 117.

¹² De este modo Muñoz Conde, Francisco; *Derecho penal (P.E.)*; p. 692 quien apunta que “es indiferente la forma en la que se expresen o incorporen los datos, bien por grabación directa de la voz, bien a mano o a máquina, en signos usuales o en clave, ideografía, etc. También es irrelevante el idioma, incluso una lengua muerta o los signos telegáficos pueden ser materializaciones escritas de un pensamiento”.

documento extranjero no deja de poseer relevancia penal¹³. Tampoco es necesario que el documento se encuentre fijado en palabras. También puede gozar de relevancia penal una manifestación de voluntad expresada mediante signos, símbolos o abreviaturas¹⁴ siempre que acredite un hecho o genere una relación jurídica. Un escrito en clave, o encriptado, también puede ser considerado como documento en la medida que pueda ser descifrado, a pesar que no signifique nada para quien no posee la clave o no se busque intencionalmente hacer ingresar al tráfico jurídico¹⁵. Basta que cumpla con el requisito de ser una declaración del pensamiento fijada en un soporte material.

La comprensión o entendimiento de la declaración contenida en el documento no requiere de manera necesaria y exclusiva de una apreciación *óptico – visual*, en virtud que ello supondría limitar la calidad de documento a los escritos fijados en papel o cualquier otro medio material, dejándose fuera a otros objetos cuyo contenido y significado no precisamente son captados por los órganos visuales, sino por la simple audición como es el caso de las cintas magnetofónicas o todas las grabaciones de audio. De aceptarse este planteamiento se excluiría, por ejemplo, el lenguaje braille o la escritura particular a la que apelan las personas ciegas que no requieren de la apreciación *óptico – visual*, sino del tacto, vulnerándose el principio constitucional de tratamiento igual ante la ley al tomar partido por una tesis tan estrecha como limitada en sus fines político – criminales. La única exigencia que debe plantearse en estos casos es la representación de la declaración de alguna forma apreciable y comprensible capaz de producir efectos en el tráfico jurídico¹⁶.

¹³ Cfr. Orts Berenguer, Enrique; Comentarios al Código penal de 1995; Valencia; Tirant lo Blach; 1996; T II; p. 1744.

¹⁴ Así Mezger, Edmund; Derecho Penal [P.E.] [Trad. de Conrado Finzi]; p. 301.

¹⁵ Cfr. Laje Anaya, Justo; Comentarios al Código Penal; Buenos Aires; Depalma; 1982; T IV; p. 232. En contra Queralt Jiménez, Joan; Derecho Penal Español; p. 507.

¹⁶ Así García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 178.

2) La Declaración de un pensamiento.-

Para la existencia del documento se requiere una declaración humana ininteligible, objetiva o perceptible por los sentidos, y que pueda crear o modificar una relación jurídica o sirva para probar un hecho, y que se exprese a través de palabras o signos comprensibles por terceros. La declaración puede ser expresa o concluyente¹⁷.

Una de las características esenciales del documento es el requerir la existencia de una declaración del pensamiento, en el sentido de reflejar una idea que es exteriorizada por el sujeto, la cual se convierte en comunicación que es aprehensible o puede ser captada por sus semejantes o por el cuerpo social. No hay documento sin una declaración o manifestación externa o sin que se revele como una voluntad o intención que se objetiva¹⁸. Un simple pensamiento, una idea o una intención no declarada por más intensos que sean o por mayor relevancia jurídica que puedan revestir, no constituye todavía una declaración y, por tanto, no puede integrar la noción de documento. Asimismo, si el pensamiento comienza a exteriorizarse o se manifiesta completamente, pero todavía no ha encontrado soporte material idóneo, tampoco se habrá cumplido con los requisitos exigidos por la tipicidad de la falsedad documental. El delito en mención no ataca directamente a la manifestación externa del pensamiento que se comunica sino al objeto material en donde éste reposa. Por ello, dicha declaración del pensamiento es un presupuesto lógico y jurídico de la falsedad documental¹⁹. Sin embargo, la destrucción del soporte material trae consigo también la desaparición del documento²⁰. De ahí que se defina usualmente al documento como la declaración

¹⁷ Así Mezger, Edmund; Derecho Penal [P.E.] [Trad. de Conrado Finzi]; p. 301.

¹⁸ Cfr. Mezger, Edmund; Derecho Penal [P.E.] [Trad. de Conrado Finzi]; p. 301.

¹⁹ En sentido similar Queralt Jiménez, Joan; Derecho Penal Español; p. 504 quien sostiene que "En realidad, lo que sucede es que *manejamos dos facetas del concepto de documento*. Por un lado, en ocasiones, nos referimos, al soporte en sí, pues ello puede tener relevancia; y por otro, a la declaración de conocimiento y voluntad que incorpora, en el bien entendido que ambos deben ir siempre juntos, si bien con diverso protagonismo".

²⁰ Cfr. García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 172.

de pensamiento fijada en un soporte material que posee relevancia jurídica.

La doctrina prefiere la denominación de manifestación del pensamiento en vez de la declaración de la voluntad²¹, en la medida que esta última es una formulación del Derecho Civil que posee un contenido determinado y que se dirige a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, y no abarca ni comprende a las declaraciones de conocimiento²².

La calidad de documento no depende que el sujeto que declara en un soporte material sea una persona en pleno goce de su capacidad de ejercicio²³ o que sea imputable penalmente o que se encuentre en pleno uso de sus facultades²⁴. También los ebrios, los dementes o las personas discapacitadas pueden documentar. Sin embargo, debe exigirse un mínimo de conciencia en la ejecución de la declaración documental. Una cuestión distinta es la validez jurídica en la órbita civil de dichas declaraciones. Como luego se verá, el Derecho penal parte de un concepto de documento distinto al del Derecho Civil, como lo demuestra el hecho que pueda haber delito de falsedad si la acción del autor recae en un documento nulo o anulable [ut infra].

La declaración documental no puede ser casual, fortuita o producto del azar, sino que el sujeto debe tener la conciencia e intención de expresar su declaración en un soporte material perdurable, perteneciendo a su decisión tanto la elección de la forma como el contenido de la

²¹ En contra, Bacigalupo, Enrique; Delitos de Falsedad documental; en Estudios sobre la parte especial del Derecho penal; p. 419; aunque posteriormente en su contribución al Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia; T I; p. 908 vuelve a definir al documento como "*la corporización de una declaración del pensamiento de una persona*".

²² Véase Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 118 y ss.

²³ En contra, Maggiore, Giuseppe; Derecho Penal [Trad. José Ortega Torres]; T III; p. 546.

²⁴ Cfr. En sentido similar Queralt Jiménez, Joan; Derecho Penal Español; p. 506.

declaración²⁵. Este hecho debe diferenciarse de la intención de hacer ingresar el documento en el tráfico jurídico. El requisito para que exista un documento es que haya conciencia de la declaración en un soporte material y no que se persiga introducir la manifestación documental en el tráfico jurídico. El que una máquina videgrabadora capte por pura casualidad un suceso con relevancia jurídica no convierte dicho vídeo en un documento, en la medida que no hay una declaración del pensamiento finalmente orientada sobre un soporte material. En estos casos será necesario que en las grabaciones magnetofónicas o cintas la persona deba saber que está siendo grabada, aun cuando desconozca o ignore los fines probatorios en los que se empleará. La declaración del pensamiento en un soporte material debe entenderse como un requisito – si se habla de documento – para entrar al tráfico probatorio, pero no se puede partir de la simple consideración que sólo basta la aptitud probatoria de un objeto físico para encontrarnos ante un documento²⁶. Los simples registros de hechos producidos por una máquina que no reflejan una declaración de pensamiento sobre su soporte material no constituyen documentos²⁷. Esto puede pasar, por ejemplo, con un sismógrafo, fotografías, básculas, alcoholímetros, un tacógrafo o las máquinas que controlan la salida o entrada de los trabajadores²⁸. Su exclusión no sólo viene exigida por la noción de documento de la que se parte, sino por criterios inspirados en el principio de intervención mínima y en el principio de proporcionalidad. El hecho que se haya ampliado el concepto de documento comprendiendo no sólo a los documentos escritos, sino a todo soporte material que permita una declaración de pensamiento permanente, no supone que se hayan mudado sus elemen-

²⁵ Cfr. García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 150.

²⁶ Ampliamente Queralt Jiménez, Joan; Derecho Penal Español; Barcelona; p. 503 quien señala que lo “*decisivo es que un hombre haya querido plasmar tales, datos, hechos o narraciones*” o que el documento debe tener “*procedencia humana*”.

²⁷ Así Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 133.

²⁸ Véase Romero Soto, Luis; La falsedad documental; p. 59; García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 149.

tos estructurales como son la autenticidad, el contenido y la relevancia jurídica²⁹.

La ausencia de una declaración de pensamiento, de voluntad o de conocimiento, permite excluir de la calidad de documento a los simples símbolos que no expresan nada, las *evidencias sensibles o los simples objetos de reconocimiento visual*³⁰ que no contienen ninguna declaración y que, por tanto, no pueden constituir un documento; como las manchas de sangre, las pisadas, las ramas de un árbol o las mismas huellas dactilares consideradas aisladamente³¹.

También quedan excluidos de la calidad de documento, por faltar una manifestación externa u objetiva del pensamiento, los llamados *documentos en blanco, los formularios para ser llenados, las tarjetas de visita y los proyectos de documentos*. Respecto a los «documentos en blanco», no cabe duda que una simple firma, un signo u otro dato de identificación si no se encuentran vinculados a una declaración o contenido de voluntad o conocimiento, excluyen toda posibilidad de valorar la presencia de un documento. Sin embargo, por ejemplo, cuando un papel o documento en blanco es llenado por un tercero que coloca una declaración que no es imputable o no pertenece al autor de la firma, habrá delito de falsedad documental, habiéndose vulnerado la función de garantía del documen-

²⁹ Cfr. Echano Basaldua, Juan; en Compendio de Derecho penal (P.E.) (Director: Miguel Bajo Fernández); Madrid; Ceura; 1998; Vol. II; p. 774.

³⁰ Cfr. Mezger, Edmund; Derecho Penal [P.E.] [Trad. de Conrado Finzi]; p. 303.

³¹ Bacigalupo, Enrique; Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia; T I; p. 909; García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 149 y 150 nota 36. También Soler, Sebastian; Derecho Penal Argentino; T V; p. 322 quien plantea la diferencia entre signo, símbolo y palabra y su relevancia en el documento; sosteniendo que si bien en un documento puede haber signos de autenticidad, éste no puede estar formado completamente por signos, pues lo esencial en él es la existencia de un *tenor*, el cual debe ser comprendido por el procedimiento de la lectura. Si se asume, como aquí también se hace, que es indispensable la existencia de un tenor o contenido en el documento, no puede reputarse como tal, entonces, la firma de hojas en blanco o de escritos que sólo prueban la existencia de una persona.

to. El simple hecho de comenzar a llenar el documento con una declaración falsa no constituye delito consumado de falsedad documental, pero puede estimarse una tentativa.

Los formularios en blanco antes de ser llenados tampoco pueden ser considerados como documentos, ya que no reflejan ni contienen una declaración; tal como sucede con los formularios que se utilizan para la declaración de los impuestos o para realizar un trámite burocrático ante la Administración pública o ante las entidades privadas.

Un mayor problema surge en los casos de los proyectos de documentos en donde se discute si cabe o no la calificación por el delito de falsedad documental. Para resolver la cuestión no creemos que deba tomarse como punto de partida el hecho de si el autor tenía o no voluntad de declarar, o si con la sola declaración podían surgir inmediatas consecuencias jurídicas, ni que se deba partir de la premisa que en el proyecto de documento se tiene o no la intención de declarar. De aceptarse ello una minuta que está por elevarse a escritura pública nunca podría ser objeto del delito de falsificación de documentos, y se terminaría por excluir de la calidad de documentos a los llamados documentos ocasionales. Creemos que más allá de los alcances civiles o jurídicos, o en general extrapenales, que puedan desprenderse de los proyectos de documentos, y visto cada caso, debemos detenernos simplemente en exigir que la declaración se encuentre acabada o concluida y que se encuentre en condiciones de ingresar al tráfico jurídico, aun cuando por sí sola no surta un efecto – civil, comercial etc. – o por sí sola no baste para vincular al autor de la misma³².

³² Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal*; p. 127 quien considera que en los proyectos de documento “Falta la fijación de una declaración, dado que la misma no se ha perfeccionado al no haber acontecido su emisión o expedición. El autor no se ha desprendido de ella; es más, se trata de una declaración no acabada, por la cuestión puede resolverse partiendo de parámetros objetivos”.

La doctrina alemana y española actual viene planteando el problema de si – además, de los documentos escritos y las cintas magnetofónicas, audiovisuales, diskets,³³ etcétera – pueden también considerarse como documentos los números de motor, chasis o placa de matrícula de los automóviles. Se trata, en suma, de resolver si los denominados *signos probatorios*³⁴ pueden estimarse comprendidos dentro de la noción de documento o, por el contrario, se han de excluir de la misma. La respuesta que se emita debe tener a la vista la situación concreta y las particularidades que revista. No obstante, respecto a la relevancia jurídica de las matrículas de los automóviles que permiten acreditar quién es el propietario del bien y que corporizan la declaración de una autoridad que se halla adherida y que permite circular, y si se parte de un concepto teleológico - funcional de documento, creemos que no existe una objeción seria para comprender a esta clase de objetos dentro de los alcances del documento penalmente protegido³⁵.

³³ Aceptan la calidad de documento más allá de los escritos Bacigalupo, Enrique; El Delito del falsedad documental; p. 11; Lascarain Sánchez, Juan Antonio; Comentarios al Código Penal; Madrid; Trivium; 1997; p. 165; Echano Basaldua, Juan; en Compendio de Derecho penal (P.E.) (Director: Miguel Bajo Fernández); p. 771; Orts Berenguer, Enrique; Comentarios al Código penal de 1995; T I; p. 277; Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal (P.E.); p. 690; Quintero Olivares, Gonzalo; en Comentarios al nuevo Código Penal; p. 294; Queralt Jiménez, Joan; Derecho Penal Español; Barcelona; p. 503.

³⁴ Según Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico - penal; p. 128 por signos probatorios, llamados también signos de prueba, deben entenderse “ los signos firmemente unidos a un objeto que son aptos y están determinados para comunicar sobre su existencia una declaración de pensamiento del autor y para producir la prueba de determinadas relaciones jurídicas, ello aún cuando lo hagan con ayuda de otros medios de prueba o con auxilio de mecanismos interpretativos, siempre que cumplan todas y cada una de las funciones del documento”.

³⁵ Cfr. Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal (P.E.); p. 691; Orts Berenguer, Enrique; Comentarios al Código penal de 1995; T I; p. 278; Queralt Jiménez, Joan; Derecho Penal Español; Barcelona; p. 506 quien considera a la alteración de las placas de matrícula como parte integrante de un documento complejo, considerando a “la matrícula como un elemento [dato] que reproduce el número que consta en el fichero de la Dirección General del Tráfico, *falsificar la matrícula es falsificar una parte del documento funcionalmente considerado*”.

Ni las señas ni contraseñas son documentos, siendo las diferencia entre ambas que las primeras no representan un pensamiento del autor, v. gr. un hueco en la pared y en las segundas existe por lo general una intención de probar algo³⁶.

La doctrina de los diversos países del sistema romano – germánico viene distinguiendo un concepto amplio y un concepto restringido de documento³⁷. El primero es propio de la doctrina y jurisprudencia alemanas según él se considera como documento tanto la escritura que posee un soporte material como el documento que no posee los caracteres de la escritura³⁸. El segundo es propio de los países latinos como Italia, Francia y Latinoamérica, en los que la noción de documento se ha asimilado básicamente al documento escrito³⁹. En la actualidad dicha diferencia y distanciamiento han disminuido.

Tradicionalmente la ciencia y jurisprudencia penal histórica entendía por documento la materialización de una voluntad a través de un escrito. Su sentido y aplicación se restringía a lo que podía constar en un papel o ser fijado mediante la escritura⁴⁰. Sin embargo, la complejidad de

³⁶ Así Romero Soto, Luis; *La falsedad documental*; p. 57.

³⁷ Véase Quintano Ripollés, Antonio; *Compendio de Derecho Penal*; p. 111.

³⁸ Por todos, Mezger, Edmund; *Derecho Penal [P.E.]* [Trad. de Conrado Finzi]; p. 301.

³⁹ Ampliamente Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal*; p. 103.

⁴⁰ Véase a título de ejemplo las definiciones de documento efectuadas por la doctrina hasta tiempo reciente, Así, por ejemplo, en el derecho argentino Creus, Carlos; *Falsificación de documentos en general*; Buenos Aires; Astrea; 2 ed.; 1993; p. 12; Fontán Balestra, Carlos; *Tratado de Derecho Penal*; Buenos Aires; Abeledo – Perrot; 1970; T VII; p. 484 señala que “desde el punto de vista penal el documento debe cumplir con las características de ser: una escritura; su contenido debe producir efectos jurídicos, de modo que de su falsificación pueda resultar perjuicio; autor determinado”; Soler, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*; T V; p. 322 define al documento como “La atestación escrita en palabras mediante las cuales un sujeto expresa un contenido dotado de significación jurídica”; Laje Anaya, Justo; *Comentarios al Código Penal*; Buenos Aires; T IV; p. 231; Romero Soto, Luis; *La falsedad documental*; p. 65 quien alude a una noción de documento en sentido estricto. En el mismo sentido Córdoba Roda, Juan; *Comentarios al Código Penal*;

las relaciones sociales, la intensificación del tráfico jurídico – mercantil, la irrupción de nuevas tecnologías de la mano de los más diversos avances científicos han hecho que el concepto de documento, en un inicio circunscrito a lo fijado en un papel, o en general a un documento escrito, quede completamente obsoleto y desfasado, y que sea necesario ampliar sus fronteras y contenidos, al menos si es que quiere servir idóneamente a las relaciones jurídico - económicas. La evolución del concepto de documento es una prueba irrefutable de cómo la transformación de la sociedad y los avances científicos exigen una redefinición de los conceptos jurídicos⁴¹. Representa también una muestra de las interpretaciones progresivas y actuales que han efectuado los tribunales de justicia sobre una noción asaz importante para el mantenimiento y conservación de la seguridad jurídica en las relaciones humanas y sociales. A ello también ha contribuido de una manera decisiva el desarrollo del llamado Derecho penal del documento que, respecto a los alcances del bien jurídico, ha planteado una triple función que desempeñaría este instrumento en la vida social: **la función de garantía, la función de perpetuación y la función probatoria**; funciones que no sólo son cumplida por la escritura.

Tal como viene sosteniéndose en la actualidad en el derecho comparado la noción de documento va más allá de lo fijado en un escrito o en un papel, debiéndose incorporar otras nuevas modalidades como

Barcelona; Ariel; 1978; T III; p. 776 y 782 con amplia fundamentación para el caso de la legislación española anterior; Rodríguez Devesa, José María; Derecho Penal Español; p. 975: "Podemos definir al documento como escrito en el que se da cuerpo a un contenido de pensamiento destinado a entrar al tráfico jurídico"; Cuello Calón, Eugenio; Derecho Penal [P.E.]; T II Vol. I; p. 256.

⁴¹ Ello hace que el concepto de documento se encuentre en constante modificación, adaptándose a los cambios que se suscitan en la sociedad, en el tráfico mercantil y en el mismo desarrollo tecnológico. De allí que se hable comúnmente que el documento es una clase de término *poroso*, en la medida que se halla abierto a las contingencias del futuro y al cambio social. Al respecto García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 192; Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal (P.E.); p. 691.

los documentos en soportes informáticos [diskets, discos duros, etc.⁴²], las grabaciones de video o cine, las cintas magnetofónicas, las fotografías y otros adelantos técnicos que tienen en común el poder materializar o fijar una determinada declaración de voluntad o de conocimiento proveniente de un sujeto de derecho⁴³. Si la noción de documento ha experimentado una necesaria ampliación es lógico que el ámbito de aplicación de las falsedades documentales se extienda y no se reduzca más a los documentos escritos. Por tanto, puede plantearse sin ninguna clase de inconveniente la posibilidad de contemplar falsedad documental en caso se cree o altere una cinta magnetofónica, un video, una fotografía o cualquier instrumento que sirva para acreditar un hecho. Ello prueba cómo la evolución tanto social y jurídica del objeto de la acción [documento] incide directamente sobre la aplicación de la falsedad documental, que ha extendido notablemente su radio de cobertura a otros objetos diferentes a los que contienen escritura. Ésta es sólo una de las tantas formas y medios respecto a la variedad de símbolos y signos a los que puede apelar una persona para expresar y declarar su voluntad⁴⁴.

También sigue conservando la posibilidad de ser valorada como un eventual documento la declaración de voluntad o de conocimiento que se fija en una madera, en un trozo de tela o incluso en una pared⁴⁵. Si lo esencial son las funciones que presta el documento al tráfico jurídico, en especial su función probatoria, no puede limitarse a las declaraciones

⁴² No es requisito para ser considerado como documento el hecho que la información del diskett o del disco duro se encuentre impresa, pues de aceptarse este planteamiento no existiría alguna diferencia con la tesis tradicional o estricta del documento que estima como tal sólo a los documentos escritos. Véase Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal (P.E.); p. 690.

⁴³ In extenso Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico - penal; 99; García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 191 y ss. Sintetizando la evolución doctrinal española Echano Basaldua, Juan; en Compendio de Derecho penal (P.E.) (Director: Miguel Bajo Fernández); p. 770; Morillas Cueva, Lorenzo; en Curso de Derecho penal español (Director: Manuel Cobo del Rosal); p. 227.

⁴⁴ Cfr. García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 181.

⁴⁵ Cfr. Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal (P.E.); p. 690.

asentadas en un papel, sino que debe recoger a todo soporte material que se encuentre en condiciones de abarcar una manifestación de voluntad⁴⁶. En esta línea de progreso puede citarse al Código Procesal Civil patrio, el cual en su artículo 233 considera como documento “*a todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho*”.

No obstante, pese a la utilidad que pueda prestar dicha disposición a la jurisprudencia penal peruana se echa de menos una definición de documento propia o autónoma del Código penal, tal como por ejemplo se ha incorporado en el C.P. español de 1995, el cual en su artículo 26 define al documento como: “*Todo soporte material que exprese e incorpore datos, hechos, narraciones con eficacia probatoria o cualquier tipo de relevancia jurídica*”.

No es que el concepto legal de documento recogido en el Código Procesal Civil no tenga alguna utilidad o repercusión en el Derecho penal, o que suponga una idea absolutamente distinta, sino que las nociones de documento provenientes de sede procesal [civil o penal], si se las compara con los intereses de nuestra disciplina, cumplen a veces funciones diferentes que no pueden homologarse con facilidad⁴⁷. Una demostración de ello es que el concepto de documento desde el punto de vista del Derecho procesal sólo tiene importancia cuando el documento puede ser utilizado como prueba dentro de un proceso ya iniciado y cuya finalidad, como todo medio probatorio, es la de acreditar hechos expuestos, producir certeza en el juez respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones [art. 188 del C.P.P.]. Dicha situación contrasta notablemente con la noción más amplia de documento que se maneja en Derecho penal que no sólo se reduce a la función probatoria – tal como sucede en el Derecho procesal – sino que cumple con un rol de garantía y de perpetuación de

⁴⁶ Cfr. Quintero Olivares, Gonzalo; Comentarios al nuevo Código Penal español; Pamplona; Aranzadi; 1996; p. 294.

⁴⁷ Ampliamente García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 142 y ss.

la declaración, exista o no un proceso abierto o sea o no probable que se instaure uno en el futuro⁴⁸.

Pretender equiparar de manera indiscriminada el sentido que cumple el documento en Derecho penal con el rol que desempeña en el Derecho procesal supone olvidar de manera supina no sólo las distintas finalidades de uno y otro sector del ordenamiento jurídico, sino que implica desconocer que el documento puede ser utilizado, y de hecho lo es, como garantía de relaciones jurídicas extra – procesales, las cuales nunca [tal vez] terminen en un litigio. Asimismo implica sostener, al menos tácitamente, que sólo las falsedades en juicio pueden generar el delito de falsedad documental, cuando se sabe que no todo lo que es un documento en el Derecho procesal lo es en sede penal. Ambas nociones tienen puntos de contacto, pero conservan también su independencia⁴⁹. A ello también debe añadirse la necesidad de partir en la delimitación de un documento de la misma construcción de los tipos penales, del bien jurídico protegido y de la urgencia de valorar los principios rectores del Derecho penal, como el principio de intervención mínima, de proporcionalidad, o las mismas necesidades preventivas; cuestiones estas, que se desvinculan y alejan de manera clamorosa del concepto procesal de documento.

La dogmática penal peruana y nuestra jurisprudencia deben renunciar a seguir trabajando con un concepto histórico, y hoy ya superado, de documento, que se basa en el documento escrito; en su lugar, deben asumir un punto de vista funcional que posibilite la contemplación del documento como el soporte o el instrumento material en el que se fija una declaración de voluntad o de conocimiento, la cual genera la

⁴⁸ Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal*; p. 167 cuando afirma: “El aspecto probatorio del documento que interesa para fijar el objeto material del delito no será pues tanto la fuerza probatoria que el mismo tenga dentro de un contexto jurisdiccional cuanto en un ámbito extraprocesal, en el tráfico jurídico general”.

⁴⁹ Cfr. Quintero Olivares, Gonzalo; *Comentarios al nuevo Código Penal español*; p. 295.

acreditación de una relación o un hecho jurídico atribuible a un autor determinado.

II.- FUNCIÓN DE GARANTÍA: EL AUTOR

1) Generalidades.-

La autenticidad del documento se refiere al reconocimiento o identificación del autor de la declaración asentada en el soporte material [documento]. Ella opera como la verdadera causa de incriminación y la *ratio legis* en la configuración del delito de falsedad documental. Toda alteración de un documento verdadero o la hechura de un documento falso sería siempre un quebrantamiento de la función de autenticidad del documento⁵⁰. La fundamentación en la que reposa este requisito es la de permitir la correcta atribución de consecuencias y responsabilidades al autor de la declaración⁵¹, sirviendo como un elemento idóneo de prueba en la acreditación de la misma. Asimismo, cumple un importante papel desde el momento que permite excluir de la calidad de documento todas aquellas inscripciones, datos o hechos que no tengan procedencia humana a pesar de encontrarse fijadas en un soporte material⁵².

La determinación de la autoría y de la autenticidad del documento facilita conocer e individualizar a quien ha realizado la manifestación de la voluntad o de conocimiento como también permite que le sean imputadas las responsabilidades – a modo de derechos u obligaciones – que se fijan en el soporte material; de tal manera que la falsedad documental significará una seria e irreparable vulneración a la función de autenticidad, toda vez que en ese delito se termina atribuyendo una declaración de pensamiento que no se ha realizado, o que habiéndola formulado, el tenor y contenido no se corresponden con la que inicial-

⁵⁰ Véase García Cantizano, María del Carmen; *Falsedades Documentales*; p. 194.

⁵¹ Así Bacigalupo, Enrique; *El Delito de falsedad documental*; p. 22 quien señala que “La autenticidad no depende de si lo expresado es verdad o no; lo que se protege es la confianza en la imputación de la declaración, no la confianza del contenido”.

⁵² Cfr. Queralt Jiménez, Joan; *Derecho Penal Español*; Barcelona; p. 503.

mente se había insertado en el soporte material. No es que en el delito de falsedad documental se proteja de manera absoluta e indiscriminada las declaraciones de pensamiento que realice el sujeto – tal propósito está lejos del Derecho penal, además de implicar un desbordamiento del principio de intervención mínima – sino que la tutela se condiciona a que tengan un soporte material y que cumplan con todos los requisitos del documento. Una declaración de pensamiento, por más exteriorizada que se encuentre, si no se halla corporizada en un documento carece de relevancia penal, al menos está fuera de los alcances del tipo básico del delito de falsedad documental: la llamada falsedad documental material.

Para su validez jurídica y eficacia probatoria el documento no sólo debe contener una manifestación del pensamiento. A ello debe agregarse, además, la imputación de la manifestación a una determinada persona, natural o jurídica, o a un grupo de sujetos. Sin embargo, no basta el atribuir la declaración al autor, sino que es necesario también el imputarle la autoría espiritual o jurídica del documento. Ambas hipótesis suelen coincidir en la mayoría de casos, sobre todo cuando el autor de la declaración redacta el propio documento; pese a ello, una persona puede ser autor de la declaración, pero no siempre será autor material del documento, v. gr. si alguien redacta el documento a pedido de quien declara. La realidad ofrece una gama de casos en los que no siempre el autor de la declaración es el autor del documento. Existe falsificación de documentos cuando se fija en el soporte material a un aparente autor material de la declaración que no ha participado ni ha intervenido en una declaración⁵³.

Si el documento es una obra humana, en la medida que refleja y representa una voluntad, es necesario que se reconozca y determine al autor del documento. Con razón se afirma que la declaración del pensamiento en un soporte material sólo es un requisito del documento. Falta agregar a ello la necesidad de identificar al autor de dicha manifestación. No hay un documento sin un autor reconocido o reconocible. No

⁵³ Cfr. Mezger, Edmund; Derecho Penal [P.E.] [Trad. de Conrado Finzi]; p. 302.

toda declaración escrita termina siendo un documento, como lo demuestra el que se prive de dicha categoría al volante distribuido por la calle o al anuncio en el periódico que no registra al autor del mismo⁵⁴. El soporte material que contiene una declaración, por más clara que sea o por mayor relevancia e importancia jurídica y probatoria que tenga sin un autor conocido o reconocible, no es un documento. Por tanto, no se encuentra en condiciones y en aptitud de ser tomado como un documento, ni de surtir efectos jurídicos a pesar que haya ingresado al tráfico económico o posea la expectativa de modificar o crear una relación jurídica determinada. De allí que junto a la declaración de pensamiento fijada en un soporte material que cumple una función probatoria debe existir y ser identificado necesariamente el autor del documento. Sin autor no hay documento⁵⁵.

Como ha destacado hasta la saciedad la ciencia penal contemporánea, la autenticidad no debe entenderse como si se protegiera la veracidad de las declaraciones o un supuesto derecho o deber de la verdad. Incluso la noción semántica o el uso lingüístico de autenticidad o auténtico no posee una connotación o relación con la verdad⁵⁶. Si bien la verdad suele ser reflejada por lo general en el documento, nada obsta para que ésta falte en el delito de falsedad material. Incluso, hay delito cuando el acreedor que no tiene como probar su crédito confecciona un documento en el que consigna la cantidad adeudada o una suma menor y ni que decir cuando lo altera, aumentando la suma original⁵⁷. La vulneración de la función de autenticidad se produce cuando hay una discrepancia entre el autor de la declaración y quien aparece en el documento, consistiendo en un engaño sobre la identidad del autor. Sin

⁵⁴ Cfr. Romero Soto, Luis; *La falsedad documental*; p. 80.

⁵⁵ Así Echano Basaldua, Juan; en *Compendio de Derecho penal (P.E.)* (Director: Miguel Bajo Fernández); p. 777.

⁵⁶ El Diccionario de la Lengua define a la autenticidad como "*calidad de auténtico*" y a lo auténtico "*acreditado de cierto y positivo por los caracteres, requisitos o circunstancias que en ello concurren*".

⁵⁷ Cfr. Bacigalupo, Enrique; *El Delito del falsedad documental*; p. 22.

embargo, la falsedad documental no sólo implica una acción dirigida a infringir la autenticidad del documento, sino también un atentado contra la función de perpetuación, por ejemplo, cuando se altera o modifica la declaración de pensamiento originalmente fijada en el documento.

Uno de los principales problemas y retos que se le plantea a la dogmática penal es el determinar y establecer cuáles son los criterios que pueden ayudar a fijar quién puede ser considerado como autor del documento, dado que no siempre quien declara en el documento es el que lo redacta, o en términos más simples, no siempre el *declarante* es el *redactor*. Asimismo, otra de las tareas de la ciencia penal es definir y precisar qué signos y rasgos característicos permiten identificar al autor del documento.

2) La determinación del autor del documento.-

Respecto al primer punto, es decir, a la determinación de qué criterios o pautas facilitan el reconocimiento del autor del documento, la doctrina ha ensayado tres grandes tesis que son: la *teoría de la corporalidad*, la *teoría de la espiritualidad* y la *teoría de la imputación jurídica*.

La *teoría de la corporalidad*, sustentada inicialmente por Frank en Alemania, plantea que debe ser considerado como autor del documento aquel que lo ha producido o ha confeccionado en el sentido que lo ha redactado o escrito o, en general, aquel que lo ha elaborado materialmente. Autor sería aquel que ejecuta o realiza materialmente la declaración en el soporte físico. Esta tesis que tiene un marcado acento naturalista, dado que exige la intervención directa e inmediata del autor en la redacción del documento, impide estimar como autor de la declaración a quien no ha intervenido físicamente en la elaboración del documento. La consecuencia lógica de este planteamiento es que aquel que firma a nombre de otra persona — el caso de la llamada falsedad consentida — estando autorizado para ello habrá realizado un documento inauténtico, siendo indiferente si existe poder formal de representación o no. Las relaciones jurídicas o los criterios del mandato o la representación, instituciones propias del Derecho Civil, ceden a favor de criterios fácticos y, como se dijo, de criterios naturalistas.

Esta tesis se encuentra abandonada en Alemania, por su rigidez y por los resultados completamente insatisfactorios a los que arriba desde el punto de vista político criminal. Se le reprocha el no facilitar la individualización de los autores de cierta clase de documentos o el ampliar de manera exagerada los casos de inautenticidad, extendiendo los límites de la correcta aplicación del delito de falsedad documental. Asimismo, se señala que se excluirían de manera arbitraria documentos que se producen masivamente, pero en los que no consta el nombre del impresor, como descartaría de toda valoración jurídica los documentos elaborados por máquinas u otros aparatos técnicos en los que de manera directa no interviene una persona. Por otro lado, se añade que esta teoría no soluciona el caso del telegrama en el que siempre debería responder el funcionario que lo envió, como no explica el porqué no se reconoce como autor a la persona representada y en cuyo nombre se estableció la relación jurídica que expresa el documento⁵⁸. Si se toma en toda su expresión esta tesis llegaríamos a sostener que los escribanos o las secretarías que se encargan de la redacción siempre serían los autores del documento y no las personas cuyas órdenes o instrucciones cumplen⁵⁹.

La teoría de la espiritualidad, que es el planteamiento dominante en la doctrina y jurisprudencia penal alemana, trata de subsanar los principales yerros y deficiencias en que incurre la teoría de la corporalidad, sosteniendo que el autor del documento no es aquél que redacta físicamente el escrito, sino aquél de quien proviene la declaración, partiendo de un punto de vista espiritual. Se trata de modificar y atemperar las consecuencias insatisfactorias que se obtienen del pensamiento naturalista, añadiendo criterios valorativos importantes como el tomar en cuenta — de manera figurada — el espíritu de aquél que realiza en última instancia la declaración y sobre quien finalmente han de pesar los efectos jurídicos y consecuencias de la misma. Este criterio permite afirmar la calidad de documento auténtico en el caso que una persona

⁵⁸ Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico — penal*; p. 142.

⁵⁹ Cfr. García Cantizano, María del Carmen; *Falsedades Documentales*; p. 210.

con autorización o consentimiento del titular firme a nombre de éste. El sujeto que da el poder de representación, o el mandante, es quien se hace responsable y sobre el que recaen los efectos jurídicos de su declaración de voluntad que realiza el mandatario y que se expresa en un documento⁶⁰. Asimismo, permite de manera elemental considerar autor a quien no interviene ni directa ni indirectamente – en el sentido físico – en la elaboración del documento. Logra también acercar los criterios del Derecho Civil y el Derecho penal, admitiendo la relevancia de la representación o el mandato como forma de concretar documentos.

Autor “no es quien es responsable de la realización del documento, sino quien imprime su decisiva voluntad a su contenido” [Welzel]. Se exige, además, que el declarante actúe de forma voluntaria y tenga conciencia del alcance y la responsabilidad que derivan de su declaración asentada en un documento. De tal manera que si no está al tanto de la magnitud de su declaración o simplemente la ignora, v. gr. a una persona se le presenta con engaños un papel que en realidad era un cheque o se le obliga con violencia a estampar su firma, no habrá documento.

Pese a los notables avances y ventajas que ofrece este planteamiento, no está exento de críticas. Entre éstas destacan principalmente la indeterminación y la vaguedad en el establecimiento de los criterios para saber cuándo el documento procede *espiritualmente* de un autor y cuándo no. Se señala además que la denominación de esta tesis es artificial y no del todo exacta, pues en el tráfico jurídico lo que interesa no es la espiritualidad de la declaración, sino cuando podemos afirmar que ésta le pertenece o puede ser atribuida normativamente a una persona.

⁶⁰ Sin embargo, no debe entenderse que el exceso en el uso de las facultades o el hecho que el mandatario o representante vaya más allá de los límites a los que se ciñe la representación sea motivo para alegar la comisión de un delito de falsedad documental, ya que más que adulterarse o confeccionarse un documento falso sólo existe aquí un ilícito civil; al menos así lo aconseja una correcta estimación dogmática y la aplicación del principio de intervención mínima. Por otro lado, debe considerarse que en el último de los casos se podrá fijar la posible comisión de un delito de estafa.

La teoría de la imputación jurídica, que más que una nueva teoría que aporta criterios distintos a la tesis de la espiritualidad, constituye una mejor formulación y concreción de la misma. La teoría de la imputación jurídica debe verse, tal como aconseja la mejor doctrina, como una precisión de los alcances de la teoría de la espiritualidad⁶¹. Más que partir de una imputación espiritual lo que se busca es definir una imputación jurídica de la declaración y del documento en cuanto a su autoría. Autor sería aquel de *quien jurídicamente proceden tenor y firma del documento*. El nexo que debe existir entre la manifestación exterior del pensamiento, entre ésta y el documento y, en general, entre el documento y el autor debe ser una relación normativa o una imputación jurídica. Esta posición sugiere distinguir dos niveles de análisis. En un primer plano debe diferenciarse la relación de imputación que vincula al declarante con su declaración, exigiéndose que la manifestación se corresponda con la que efectivamente el autor realizó; para a continuación, y en segundo lugar, encontrar una relación entre los efectos jurídicos que produce la declaración y la persona que debe responder por dichos efectos, que no es otra que el autor del documento.

Se parte del hecho que lo importante aquí no es tanto identificar al productor espiritual de la declaración o a su causante material, sino verificar la coincidencia de éstos con el declarante. En la determinación de los efectos de la declaración no se debe partir de puntos de vista vinculados estrictamente al Derecho penal, sino también de lo prescrito y dispuesto por otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho civil o el Derecho administrativo, con el objeto de establecer si puede existir un vínculo jurídico entre el autor y la declaración efectuada⁶². No interesa la voluntad interna, la espiritualidad del agente ni la relación, sino la normativa extrapenal que determina o configura el respectivo vínculo jurídico⁶³.

⁶¹ Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 142; García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 216.

⁶² Cfr. García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 216.

3) Documento en sentido amplio y en sentido estricto.-

Otro de los problemas y temas para resolver es la determinación de los signos o pautas que han de seguirse para reconocer al autor del documento. Es necesario averiguar cuáles son los signos o símbolos que pueden ayudar a identificar al autor de la declaración documentada. Existen dos posiciones al respecto.

Una primera tesis, propia de los países latinos, llamada *estricta o formal*, sostiene que para reconocer al autor del documento debemos remitirnos a la suscripción o firma del mismo. Sin que conste este dato de la firma es imposible saber y determinar quién es autor del documento. Una de las características inherentes a este planteamiento es el partir de una noción restringida de documento, a los documentos fijados en un papel o a través de la escritura. Quedarían inmediatamente fuera de los alcances de esta concepción aquellos documentos que no lleven la firma o la suscripción como dato o elemento identificador, pero poseen otros datos que pueden suplir con igual eficacia y validez dicha falencia, y los que se encuentren en un soporte material distinto al papel, que es el medio natural en el que la escritura y firma se expresa. Asimismo, se excluiría de cualquier valoración jurídica al documento innominado. Esta tesis si bien sirve para explicar la inmensa mayoría de supuestos de las formas documentales como es el caso del documento escrito, no puede aplicarse ni extenderse a otras modalidades de documento, v. gr. diskets, discos duros, cintas de vídeo, grabaciones magnetofónicas, que no sólo carecen de la firma respectiva sino que, en algunos casos, es imposible que la lleven.

La segunda concepción, sustentada generalmente en Alemania, llamada *amplia o material*, considera que más allá de la identificación del autor del documento a través de la firma, es importante recurrir a otros elementos o datos que sin la certeza o la seguridad de la firma, pueden facilitar resultados igual de idóneos y correctos⁶⁴. Se parte por estimar que no sólo la firma o suscripción permiten reconocer al autor del documen-

⁶⁴ In extenso, Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico - penal; p. 145.

to⁶⁵. Puede que él de manera intencional no quiera firmar, pero igualmente logre con el empleo de otros signos que su declaración sea imputable a él. Se acude a otras circunstancias o signos del mismo documento o declaración que revelen al autor del mismo, tales como la huella digital, las estampillas y sellos personales o el uso de sellos de la empresa, cada día más usuales en el tráfico jurídico – mercantil⁶⁶. No constituye firma la cruz tradicional con la que las personas analfabetas concluyen sus convenios, porque no permite individualizar al autor, a menos que la ley lo autorice. Ello a pesar que las declaraciones de testigos puedan reconocer que la persona participó en la declaración documental y que la cruz u otro medio empleado fue puesto por ella en señal de conformidad. En estos casos no puede confundirse la autenticidad del documento, que depende del cumplimiento de condiciones intrínsecas o ligadas básicamente a él, con el empleo de otros medios externos, v. gr. como la prueba pericial o de testigos que permita atribuir la declaración a dicha persona. Los testigos o los peritos no pueden otorgar la calidad de documentos a los soportes materiales que en realidad no la tienen, al no cumplir con sus requisitos y presupuestos.

Lo dicho no impide, empero, reconocer la enorme trascendencia de la firma en el documento escrito, pero a la vez, también es necesario precisar su limitación en cuanto a la eficacia en otras formas documentales como, por ejemplo, en diskets, discos duros o los documentos informáticos. Por ello, más relevante que la firma será el reconocimiento del autor del documento, pues la firma sólo constituye una de las tantas posibilidades que se le ofrece al intérprete para alcanzar el objetivo de identificación⁶⁷. Según esto, la falsificación de una huella digital empleada

⁶⁴ Cfr. García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 198 quien considera que para reconocer al autor sólo es necesario “... Con que pueda deducirse, claramente, del tenor del documento la identidad de quien emite la declaración documental”.

⁶⁵ Cfr. Bacigalupo, Enrique; El Delito de la falsedad documental; p. 13; Córdoba Roda, Juan; Comentarios al Código Penal; Barcelona; T III; p. 780.

⁶⁶ Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 152; Romero Soto, Luis; La falsedad documental; p. 83.

en la autenticación de un documento puede constituir también falsedad documental⁶⁸.

Excursus: La firma. Definición. Importancia y su problemática.-

En la definición de firma pueden encontrarse tres posibles sentidos. En su acepción estricta la firma implica la colocación de los nombres y apellidos de la persona acompañados de la rúbrica al pie de un documento escrito de mano propia o ajena. En un sentido más amplio se entiende por firma las palabras o los signos con que una persona suele habitualmente suscribir un documento⁶⁹, independientemente de si se inserta o no el nombre o los apellidos completos o si se utiliza una rúbrica determinada. Por último, se postula por algunos que firma es todo signo escrito o alfabético que utiliza una persona de manera habitual en el tráfico documental para acreditar que una declaración le pertenece. Según este planteamiento, la firma no necesariamente debe ser autógrafa o legible, toda vez que sólo puede consistir en siglas o puede estar incompleta. Asimismo, no resulta indispensable que en ella se expresen los nombres y apellidos, ya sea de manera completa o parcial, pues bastarían las letras iniciales de los mismos. Incluso no faltan quienes plantean que no es relevante la inserción de los nombres y apellidos en el soporte documental, como supuesto tradicional de la firma, en virtud a que el documento puede revelar a un autor por otros procedimientos o medios como, por ejemplo, a través de seudónimos, apelativos o cualquier otra denominación posible, siempre que de ella se haga expresa referencia al sujeto concreto⁷⁰.

De los criterios expuestos creemos indispensable distinguir la genuina noción de firma, compatible con la noción semántica y jurídica de la misma, de otros signos o señales distintivos que se pueden utilizar

⁶⁷ Véase así Mezger, Edmund; Derecho Penal [P.E.] [Trad. de Conrado Finzi]; p. 302.

⁶⁸ Cfr. Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal (P.E.); p. 692.

⁶⁹ Así Casas Barquero, Enrique; El delito de falsedad en documento privado; p. 250.

⁷⁰ Así, García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 200.

para reconocer al autor de un documento y atribuirle así los efectos jurídicos correspondientes. En principio, no todo signo distintivo que permita reconocer al autor de un documento deberá entenderse como firma, puesto que se otorgaría a ésta una extensión ilimitada y amplia, que no se corresponde con su sentido genuino y auténtico, cometién-dose un grave error que terminaría por perturbar la correcta función que ella cumple en el tráfico jurídico. Incluso se podría llegar a sostener – si se equipara la firma con todo signo distintivo que el autor acompaña en su escritos – que casi todo documento tiene una firma y que por tanto debe considerarse como auténtico, incurriéndose de esta manera en el más clamoroso absurdo. No es correcto, por ello, extender de manera desmesurada la noción de firma. A nuestro criterio, el concepto de firma requiere de la colocación de uno de los nombres y apellidos de la persona o la colocación de un nombre o apellido acompañado de la rúbrica. Estamos ante una firma tanto cuando la persona declarante inserta sus nombres y apellidos, ya sea de forma completa o incompleta, o cuando escribe su nombre o apellido acompañado de una rúbrica.

El postular un criterio adverso y excesivamente amplio, señalando que sólo basta en la firma, por ejemplo, la inserción de un solo nombre o apellido sin ningún rasgo distintivo adicional conduciría a que deba otorgarse siempre y en todo caso la calidad de documento a los anónimos encubiertos en los que justamente se inserta una referencia genérica e insuficiente y en los que el autor no se encuentra del todo determinado. Ello no obsta a que, según el caso, el documento se pueda considerar auténtico no por la existencia idónea de una firma, sino por el concurso de otro rasgo distintivo ligado al autor. Lo dicho demostraría algo que la doctrina comparada viene planteando desde hace buen tiempo respec-to a que no todo documento escrito, para que sea auténtico debe contar con una firma, sino que basta que el autor sea reconocible a través de un signo distintivo.

No creemos que sea correcto trasladar de manera mecánica y *ad litteram* a la órbita jurídico penal la definición de firma que establece la Real Academia Española de la Lengua, la que junto a la escritura del nombre

y apellido, reputa también como firma la colocación de un título⁷¹, independientemente de su clase u origen; ello porque un título no individualiza al autor ni cumple una función en el tráfico jurídico que se le asigna a la firma, entendida como empleo escrito de un nombre y apellido. Asimismo, creemos necesario también diferenciar aquí, lo que es la firma de la rúbrica: esta última constituye, por lo general, sólo una de las características y notas relevantes de aquélla; consecuentemente se debe plantear que no toda rúbrica es una firma, por ejemplo, un trazo habitual no es una firma si no lleva algún nombre o apellido, como también ello sugiere que no toda firma requiere o exige de una rúbrica. Por rúbrica se entiende el rasgo o conjunto de rasgos de figura determinada que, como parte de la firma, pone cada cual después de su nombre o apellido. La rúbrica por sí sola no puede equipararse a la firma ni suele tener mayor valor en el tráfico jurídico, salvo que una norma jurídica o el derecho consuetudinario — por ejemplo, en las instancias más altas de la Administración Pública — le impongan un uso y rango determinado, por ejemplo, en la suscripción de circulares, oficios, o determinadas resoluciones, etc. No constituyen firma las impresiones a través de mecanismos alternos a ella como sellos, timbres o estampillas, pero que bien pueden servir para determinar la autenticidad o la paternidad del documento.

En la dogmática penal y la jurisprudencia comparada se discute si puede ser considerada como firma la colocación de un sello donde se consigne el nombre o la firma grabada del autor del documento, y, en todo caso, si su falsificación puede dar pie al delito de falsedad documental. Los que niegan la calidad de firma a la impresión de sellos o mecanismos que individualizan al autor parten por señalar la escasa seguridad jurídica que se logra al prescindir de la firma autógrafa o a manuscrito del autor del documento. La firma de propia mano — sostienen — facilitaría acreditar de manera indubitable la voluntad de

⁷¹ El Diccionario de la Lengua Española define a la firma como “Nombre y apellido, o título, de una persona, que esta pone con rúbrica al pie de un documento escrito de mano propia o ajena, para darle autenticidad, para expresar que se aprueba su contenido, o para obligarse lo que en él se dice”.

declarar del sujeto, además que corroboraría si éste se encuentra de acuerdo con el tenor y contenido del documento⁷², lo cual no se podría alcanzar con el mero empleo de los sellos. Incluso se podría señalar, llevándose al extremo las críticas, que lo que estaría proclamando es el reemplazo de la firma por el uso de los sellos u otros medios o instrumentos autenticadores.

A la orilla opuesta de esta tesis se encuentra el punto de vista que proclama sin mayores limitaciones la posibilidad que los sellos puedan servir en el reconocimiento del autor del documento, de tal modo que la adulteración, imitación o creación de los mismos podría generar la calificación del hecho como un delito de falsedad documental. No se exige que el registrado en el sello lo haya utilizado anteriormente, sino que basta su empleo concreto por el autor de la falsedad. Quien estime que la firma es sólo uno de los mecanismos a través de los cuales se puede lograr la autenticación de un documento, sin que se llegue a absolutizar su empleo, tal como aquí se hace, no debe encontrar mayor inconveniente para descubrir y reconocer en estos casos la calidad de documento y admitir la posibilidad que se cometa un delito de falsedad. La autenticidad del documento puede llevarse a cabo pues por medios distintos o sucedáneos a la firma⁷³. Sin embargo, debe matizarse esta tesis precisando que ella encuentra sus límites cuando el derecho positivo, civil o administrativo o de cualquier otro orden, exija para la validez y existencia jurídica del acto el empleo de la firma. En tales casos, si el autor de la falsificación en vez de la firma, para imputar la autoría del documento a un tercero, emplea un sello no existirá delito de falsedad documental, tratándose más bien de una falsedad grosera o inidónea. Debe recordarse, no obstante, que la falsificación de los sellos ingresa al campo de la

⁷² Esta tesis que reclama la necesidad de firma manuscrita es mayoritaria en el Derecho argentino, véase Soler, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*; T V; p. 307; Laje Anaya, Justo; *Comentarios al Código Penal*; T IV; p. 232. Ella viene impuesta por exigencias de la legislación civil argentina. Con matices, distinguiendo la clase e índole del documento y las reglamentaciones específicas Creus, Carlos; *Falsificación de documentos en general*; p. 21.

⁷³ Cfr. Romero Soto, Luis; *La falsedad documental*; p. 83.

falsedad documental en cuanto estos sirvan para dar autenticidad a una declaración documental, pues la falsificación de un sello impreso en un papel en blanco podrá constituir otro delito, por ejemplo, el del art. 434 del C.P. si el sello es oficial, pero no el de falsedad documental⁷⁴.

La firma desempeñaría dos grandes funciones en el tráfico jurídico: una función **indicativa**, en la medida que individualiza y señala al autor del documento; y una función **declarativa**, la que implica la asunción de la declaración documental por parte del firmante⁷⁵. La firma permite no sólo acreditar el consentimiento y acuerdo con la manifestación de voluntad o de conocimiento, sino que facilita la identificación del autor de la misma. La realidad jurisprudencial de los diversos países demuestra que una de las formas comisivas más corrientes y cotidianas de la falsedad documental la constituye la imitación o falsificación de la firma; muy por encima de la adulteración de la declaración o el contenido del documento. La firma si bien no es el único medio para saber la autenticidad o no del documento, concluyendo quién es el autor del mismo, representa el signo e instrumento más común, típico y tradicional que acompaña a la declaración documental, sobre todo en los casos del documento escrito.

Uno de los problemas e inconvenientes tradicionales a los que se ve obligada a responder la ciencia penal es el de solucionar el caso del llamado *falso consentimiento*, hipótesis en la que una persona procede a firmar una declaración documental con el nombre de otro, la cual surtirá efectos en la esfera del sujeto a cuyo nombre se firma. Aquí se incorporan los casos del abogado que firma la demanda, la denuncia, la constitución en parte civil o cualquier otro documento a nombre de su cliente, o del

⁷⁴ Cfr. Creus, Carlos; Falsificación de documentos en general; p. 15.

⁷⁵ Véase Cuello Calón, Eugenio; Derecho Penal [P.E]; T II; p. 257 quien señala: "Como el documento es manifestación o exteriorización de la voluntad de una persona es preciso que ésta sea individualizada y conocida, lo que se efectúa mediante la suscripción de la firma. El firmante mediante su firma no sólo aprueba y hace suyo el escrito, sino que pone en él un signo visible y reconocible que prueba que el escrito emana de él y es exteriorización de su voluntad".

representante que firma un documento con la rúbrica y nombre del representado. En el así llamado falso consentido la persona que firma en nombre de otro lo puede hacer tanto por consentimiento expreso como puede obrar en el interés de otro, aunque no haya autorización expresa. Sin duda en estos casos si nos atenemos a una concepción formal de la falsedad documental y aplicamos con suma rigidez los criterios dogmáticos se deberá concluir admitiendo la comisión de un delito⁷⁶. Sin embargo, si se parte de la tutela del bien jurídico y se asume como criterio rector el análisis de la antijuridicidad material, se ha de llegar a una conclusión opuesta, en el sentido de negar de manera rotunda la comisión de un ilícito penal, pues no habrá un comportamiento mendaz o dirigido a engañar en el autor del hecho⁷⁷. Si bien desde el punto de vista objetivo nadie puede negar que se ha cometido una acción formal de falsedad documental, la valoración integral, unitaria y metódica de la conducta demuestra que el sujeto no ha tenido la intención de engañar ni alterar la seguridad en el tráfico. La problemática de la ilicitud debe remitirse al ámbito extrapenal, siendo resuelto el *busilis* por el Derecho Civil o Administrativo determinando si es posible la delegación o no de la autorización de firma⁷⁸.

También aparece aquí la necesidad de tomar partido acerca de los supuestos denominados por la doctrina como casos de *autor imaginario* en los que el autor del documento, y posiblemente de la falsificación, firma la declaración fijada en el soporte material con un nombre imaginario, que no existe o que luego de comprobarse su existencia se acredita que éste ha sido tomado al azar. Aquí estamos, creemos, ante genuinos supuestos de anónimos encubiertos [ut *infra*] y en los que no existe una voluntad de declarar. La doctrina sigue en este punto dos criterios.

⁷⁶ Así, reconociendo la existencia del delito de falsedad Maggiore, Giuseppe; Derecho Penal [Trad. José Ortega Torres]; T III; p. 565.

⁷⁷ Cfr. Romero Soto, Luis; La falsedad documental; p. 87 y 88.

⁷⁸ Cfr. García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 201.

Un sector se inclina por excluir la calificación de falsedad documental estimando, que no es posible verificar un perjuicio⁷⁹ y porque la firma con un nombre imaginario carece de todo valor jurídico. Por su parte, otro punto de vista se decanta por ver aquí una hipótesis inconcusa de falsedad y rechaza el criterio anterior considerando que aquél llega a confundir la inexistencia del documento en su aspecto jurídico con su imposibilidad de dañar. El documento no tendría vida para el Derecho, pero sí tendría toda la aptitud para engañar. Asimismo, se alega que se confunde la posibilidad en abstracto de engañar con su realización concreta. A ello se añade que la función probatoria que subyace en la protección penal del documento presupone la individualidad objetiva del autor del escrito, pero no la real existencia de la persona que aparece en él designada. El valor del documento con firma apócrifa si bien es nulo jurídicamente no desaparece en cuanto a su estimación probatoria⁸⁰.

A nuestro entender en el caso planteado no es correcta la calificación de falsedad documental en virtud a los siguientes argumentos. En primer lugar, el autor imaginario, independientemente de si tiene o no existencia, refleja de manera clara e inobjetable una intención y voluntad de no documentar, al menos en el sentido de no dar a conocer al verdadero autor de la declaración documental, y para lo cual se recurre a un nombre o firma de un tercero [imaginario]. No se cumple con el requisito de la identificación o reconocibilidad del autor como elemento esencial de la función de garantía del documento⁸¹. De aceptarse la

⁷⁹ Así Carrara, Francesco; Programa de Derecho Criminal; N° 3810.

⁸⁰ Así, por todos Creus, Carlos; Falsificación de documentos en general; p. 23; Creus, Carlos; Falsificación de documentos en general; p. 15; Romero Soto, Luis; La falsedad documental; p. 90. Sigue esta postura en España Echano Basaldua, José; Compendio de Derecho Penal [Dirigido por Miguel Bajo Fernández]; p. 792 quien toma partido por esta posición que es asumida también por parte de la jurisprudencia al entender que la *existencia real* de la persona a quien se atribuye el documento no viene establecida por el texto legal y tampoco es requerida por el bien jurídico.

⁸¹ Cfr. Córdoba Roda, Juan; Comentarios al Código Penal; T III; p. 848 quien sostiene que "Si la persona que mendazmente es presentada como autora del documento simulado carece de existencia *real*—ya por tratarse de un individuo *imaginario* o de un

tesis contraria, debería sin mayor inconveniente establecerse la calidad de documento también a los anónimos abiertos o encubiertos, pues éstos también son aptos para engañar y alterar el correcto tráfico jurídico, cuestión que la doctrina no acepta, como no lo aceptan los que cabe incluir a los que siguen la tesis que aquí se critica. En segundo lugar, se pasa por alto que la función probatoria del documento no es una función autónoma, independiente que despliegue sus efectos al margen de la función de autenticidad o de perpetuación. El documento sólo puede desempeñar la función de prueba idónea siempre y cuando cumpla con los papeles de perpetuación y de garantía que se le atribuye. No estamos ante un documento auténtico por más verídica, cierta o verosímil que sea la declaración, dado que falta identificar al autor de la misma⁸²; de otro modo no habría problema para reconocer valor probatorio a los anónimos.

Sin embargo, tampoco creemos que deba olvidarse que la firma con el nombre de un autor imaginario puede ser utilizado para engañar al tráfico jurídico; por ejemplo, para acreditar que el deudor tiene cuentas por cobrar y de este modo impedir la liquidación de una empresa. En estos casos, dicha maniobra fraudulenta si redunda en un perjuicio patrimonial, puede permitir la calificación del hecho por el delito de estafa.

Otro de los casos a los que se debe dar respuesta de si existe o no falsedad documental es el supuesto de la *desfiguración o falsificación de la propia firma*. En su caso más típico y tradicional se presenta

organismo por completo *inexistente* – deberá rechazarse el requisito legal de la simulación [creación] del documento”. No obstante, señala: “Entenderemos, por el contrario, que se induce al indicado error en aquellos casos en los que se muestre como autor del documento una persona *real* – determinada de modo individual o por la titularidad de cierto órgano – distinto a su verdadero autor y partícipe”.

⁸² En contra, Romero Soto, Luis; *La falsedad documental*; p. 92 para quien: “En la falsedad documental no se trata sólo de documentos *genuinos*, sino de todos aquellos objetos que tengan apariencia de documentos, puesto que crean la impresión [falsa o verdadera] de que provienen de un autor aunque éste no tenga existencia”. También Creus, Carlos; *Falsificación de documentos en general*; p. 23.

cuando la persona que suscribe una letra de cambio o un título valor lo hace de manera distinta a la habitual, para en el futuro oponer una tacha sobre la autenticidad del documento y denunciar posiblemente por falsedad documental, buscando eximirse del cumplimiento de la obligación. Aquí lo que se discute no es la hipótesis en la que se sustituye materialmente una persona por otra, ni el supuesto en el que se obra en interés de otro, sino el caso en el que el autor finge que realiza su firma verdadera, siendo su velado propósito el poder impugnar posteriormente el documento como falso. Si se parte de una concepción naturalista o próxima a la teoría de la corporalidad [Frank] que se caracterice por absolutizar la importancia de la firma en el documento escrito, fácilmente se podrá sostener la comisión de un delito de falsedad documental⁸³. No obstante, si otros son los puntos de partida que se asumen, cercanos a la teoría de la espiritualidad o de la imputación jurídica, se ha de descartar la posibilidad de plantear aquí un delito, pues más allá del hecho que el sujeto haya colocado una firma distinta a la habitual, la declaración de pensamiento que se expresa en el documento sigue siendo la suya, por lo que se cumple largamente y a cabalidad con el requisito de autenticidad del documento. Es más, no se puede decir con rigor jurídico que la persona no firma o que la declaración no le pertenece, sino a lo sumo lo que se puede alegar es que dicha firma no es la habitual ni la que corrientemente emplea en el tráfico jurídico⁸⁴. En suma, lo único que se podría tachar no es la firma, sino su habitualidad. Se pasa por alto, como advierte García Cantizano, que: “No es la especial forma de ejecución de la firma lo que convierte al documento en auténtico, sino la identificación entre el firmante y la declaración⁸⁵”.

Un planteamiento en contrario, que vea aquí la comisión de una falsedad documental no sólo exagerará las condiciones y requisitos de la

⁸³ Así, sin embargo, Luzón Cuesta, José María; *Compendio de Derecho Penal [P.E.]*; Madrid; Dykinson; 7 ed.; 1998; p. 249; Echano Basaldua, José; *Compendio de Derecho Penal [Dirigido por Miguel Bajo Fernández]*; p. 792.

⁸⁴ Cfr. Conde – Pumpido Ferreiro, Cándido y Burkhalter Thiébaud, Joaquín; *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*; Madrid; Trivium; 1997; T III; p. 3674.

⁸⁵ García Cantizano, María del Carmen; *Falsedades Documentales*; p. 203.

autenticidad y llevará hasta sus extremos la importancia de la firma como signo distintivo de aquélla, sino que dicha tesis cumplirá una dudosa función político criminal, toda vez que se utilizaría el Derecho penal – a través de la tacha de falsedad – para proteger una maniobra fraudulenta del sujeto que cambia la habitualidad de su firma⁸⁶.

El caso de la mal llamada falsificación de la propia firma, si bien no tiene relevancia alguna en el ámbito de la falsedad documental, puede dar lugar a un delito de estafa ya que el cambio de la habitualidad de la firma o su desfiguración puede entenderse como un medio típicamente idóneo para engañar⁸⁷. Otro caso, distinto al acabado de nombrar es el abuso de firma en blanco que bien puede considerarse como un delito de estafa [art. 197 inc. 2] siempre y cuando el soporte material o el folio haya sido obtenido mediante engaño⁸⁸. No creemos que se deba catalogar como falsedad documental al hecho en el que a una persona se le induce a firmar un documento distinto al que cree que está firmando. Esta conducta podrá calificar como estafa, al mediar engaño, pero no falsedad documental⁸⁹.

Por otro lado, debe indicarse que en algunos casos, muy excepcionales por cierto, y que se encuentran previstos expresamente por la ley o la costumbre, la sola firma basta para sostener que estamos ante un documento, tal como sucede con algunos instrumentos mercantiles ,v. gr. un cheque o una letra de cambio⁹⁰. Sin embargo, no es que aquí falte la declaración, si no que ella viene ligada de manera intrínseca en el soporte material, de tal manera, que la simple falsificación de la firma dará lugar al delito de falsedad documental.

⁸⁶ Así, sin embargo, Casas Barquero, Enrique; *El delito de falsedad en documento privado*; p. 275.

⁸⁷ Cfr. Romero Soto, Luis; *La falsedad documental*; p. 94.

⁸⁸ Así Bacigalupo, Enrique; *El Delito del falsedad documental*; p. 29 quien alude a la dificultad de la prueba en estos casos. En el Derecho penal español, Bacigalupo considera que si la firma no se ha obtenido mediante engaño la calificación podría recogerse en los delitos societarios y concretamente en la administración fraudulenta o desleal.

⁸⁹ En contra, Muñoz Conde, Francisco; *Derecho penal (P.E.)*; p. 700 quien estima la comisión de una falsedad material.

⁹⁰ Cfr. Romero Soto, Luis; *La falsedad documental*; p. 74.

4) El documento innominado y el anónimo.-

Si para el valor jurídico-penal del documento se requiere la individualización del autor o su reconocibilidad queda claro que cuando ello no suceda no puede hablarse de documento. Una declaración que se fije en cualquier soporte material, pero que no pueda ser atribuida a una persona no debe considerarse documento y no puede surtir efectos jurídicos. La ciencia y jurisprudencia penales establecen que cuando una declaración no puede atribuirse a un autor estamos ante un anónimo. Sobre este punto la dogmática se plantea la necesidad de distinguir entre anónimo abierto o manifiesto, anónimo encubierto y el llamado documento innominado.

Por *documento innominado* se entiende todo aquél en el que el autor no aparece expresamente citado en el texto del documento, hecho que no es obstáculo para que sea reconocible acudiendo a otros elementos presentes en el mismo texto o por circunstancias que intervienen en su emisión. La característica esencial de esta modalidad de documento, en la que no existe una firma que permita identificar o presumir al autor, es que éste se puede reconocer acudiendo a otros signos o elementos reveladores.

El *anónimo*, por su parte, es aquél en que no es reconocible la figura del autor y éste – a diferencia del documento innominado – no puede deducirse de otros elementos. Constituye el ejemplo más claro de la voluntad de no documentar. No obstante, no es necesario que el escrito anónimo carezca siempre de una firma o del nombre de algún autor, pues si bien no todo escrito que no se firma es anónimo [v. gr. se puede conocer al autor de cualquier otra forma] tampoco todo escrito firmado debe considerarse documento. Para un sector de la doctrina, el anónimo no deja de ser tal aun cuando se logre determinar al autor acudiendo a mecanismos técnicos diversos como la prueba grafológica o el análisis de las huellas dactilares. Sin embargo, si hay otros signos o indicios que permiten determinar al autor no estaríamos ya ante un anónimo⁹¹. En

⁹¹ Así Queralt Jiménez, Joan; Derecho Penal Español; p. 507.

todo caso, y como supuesto excepcional, el anónimo puede falsificarse y con ello cometerse el delito en cuestión si, por ejemplo, forma parte de un expediente judicial o administrativo, y se lo haya incorporado formando parte de un documento compuesto⁹².

Según la existencia o no de una firma o de otro elemento que permita reconocer al autor, la doctrina distingue entre anónimo abierto y anónimo encubierto. El *anónimo abierto* es aquél en el que no hay referencia alguna del autor, y el escrito o el medio que se emplea tampoco permite reconocer al autor de la declaración. Se incluyen aquí también los casos en los que el anónimo lleva la firma de un personaje famoso de la historia, de la literatura, de las artes, etc. como, por ejemplo, César Vallejo, Salvador Dalí, Gabriel García Márquez. No sólo la ausencia de firma, sino también la total falta de cualquier referencia en la manifestación escrita conforman el carácter anónimo de la declaración⁹³. Por su parte, el *anónimo encubierto* se caracteriza porque el autor que firma o suscribe el documento lo hace con un nombre o apellido comunes o a través de un seudónimo, sin que pueda identificarse o reconocerse al autor del mismo, v. gr. el uso del nombre José o Eduardo o de Díaz o Ávila. En el caso del anónimo encubierto el autor que oculta su identidad puede emplear otro nombre distinto al suyo, pero también puede colocar su nombre verdadero, sin que pueda determinarse ni reconocerse al autor de la declaración, generalmente, en este último caso, porque el apellido o nombre es muy común.

No cabe duda que en los casos de anonimato abierto se encuentra excluida la calidad de documento, pero no se puede decir lo mismo de los casos de anónimos encubiertos o solapados. Para solucionar tan intrincado problema la doctrina alude a un punto de vista *subjetivo*, que ancla la diferencia en la intención del sujeto, y a un punto de vista *objetivo*, que localiza la diferencia en la impresión que se causa a los participantes en el tráfico jurídico⁹⁴. Para la primera variante, estaremos ante un

⁹² Cfr. Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal (P.E.); p. 692.

⁹³ Cfr. García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 206.

⁹⁴ Véase Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 155.

documento no auténtico cuando el autor quiere o busca fingir que una determinada persona ha realizado la declaración, tratando de tergiversar u ocultar la correcta imputación de la declaración. En estos casos, por lo general, el autor se sustituye por otra persona y pretende engañar al tráfico jurídico. Por su parte, estaríamos ante un documento auténtico cuando el autor, tras el uso de un nombre común con el que ha firmado o rubricado la declaración, no pretende imputar a otro la realización de la misma, ni busca engañar a terceros. El criterio objetivo descansa en la impresión que se causa en el tráfico jurídico, independientemente de la voluntad del autor, generándose una representación sobre su identidad. Para este planteamiento si el autor no es, ni logra ser determinable o posible quedará excluida la autenticidad del documento.

Sin embargo, más que un análisis independiente de ambos criterios deben valorarse de manera integral los dos puntos de vista⁹⁵; aunque el momento crucial para preguntarse si un anónimo encubierto puede ser considerado un documento es en el estudio de la tipicidad objetiva de la falsedad documental, siendo en todo caso el criterio rector la posibilidad de determinar o reconocer al autor del mismo. Si ello no es posible no habrá documento.

La doctrina en este punto sugiere en algunos casos detenerse a distinguir entre la firma con nombre imaginario o falso, y el caso en el que sólo se firma con un nombre distinto al auténtico, pero que coincide con el reconocimiento que se produce dentro del sector de tráfico o del grupo de personas al que el autor pertenece, o en el que la firma se realiza de manera incompleta señalando sólo uno de los nombres o apellidos. Sólo en la primera hipótesis podría plantearse el delito de falsedad documental, pero no en el segundo caso, en virtud que sigue existiendo en tal supuesto la posibilidad de identificar al autor de la declaración. A nuestro entender, incluso el primer punto de vista tendría que matizarse de modo

⁹⁵ No obstante, no faltan autores como Echano Basaldua, Juan; en Compendio de Derecho penal (P.E.) (Director: Miguel Bajo Fernández); p. 777 que consideran, sin introducir algún matiz adicional, que tanto el anónimo abierto y el anónimo encubierto no son documentos.

que se diferencien los casos en los que el sujeto utiliza intencionalmente el nombre de una persona conocida o que puede identificarse con facilidad, y los casos en los que el nombre o apellidos que se emplean para la firma del documento son tomados al azar y en los que no hay ninguna intención de acreditar la autoría del documento. De las hipótesis descritas creemos que sólo en el primer supuesto estamos ante la posibilidad de un ilícito penal.

Si en un anónimo, por más que represente una declaración de pensamiento que posea relevancia en el tráfico y hondas consecuencias como prueba, falta un autor reconocible es lógico que este hecho impide admitir la posibilidad de calificar su elaboración como delito de falsedad documental por carecer el soporte material de la condición de documento.

5) El problema de las copias y fotocopias.-

En la actualidad uno de los más serios inconvenientes que se tejen alrededor del concepto de documento es el de determinar si las copias simples o las fotocopias pueden gozar de dicha calidad o deben excluirse del concepto de documento. La problemática también se extiende a los casos de los microfilms y las microfichas. La característica de estos objetos [copia, fotocopia, etc.] es la de ser reproducción a través de una variedad de procedimientos técnicos de un documento original. La doctrina mantiene dos criterios sobre este tema.

Un primer planteamiento niega la calidad de documento a estos soportes materiales. Las razones que se esgrimen son diversas. En primer lugar, se sostiene que las copias y fotocopias no contienen una declaración de pensamiento, sino que repiten y reproducen una ya existente. No permiten reconocer directamente al autor del documento, sino que ello se produce a través de una vía refleja o indirecta: la copia o fotocopia. El autor sólo estaría en condiciones de responder por el original o por el soporte material en el que consta de manera genuina su declaración y no por aquél que la reproduce. En segundo lugar, se destaca que una copia o fotocopia no alcanzan la calidad de documento, porque carecen de los elementos constitutivos de éste, como son la reconocibilidad del autor y la declaración del pensamiento y no pueden desplegar

efectos jurídicos⁹⁶. No cumplirían con la función probatoria en la medida que si lo que prueba es lo original, la fotocopia no prueba nada⁹⁷. Para una variante de esta tesis sólo las copias o fotocopias legalizadas serían documentos⁹⁸, pues de aceptarse las simples copias como documentos se llegaría al extremo de catalogar como tales a meros escritos anónimos. Por otro lado, se apunta que la reproducción no siempre sucede de manera fidedigna y adecuada, siendo más fácil vulnerar su autenticidad.

La doctrina y jurisprudencia de los diversos países vienen distinguiendo las copias o fotocopias simples de las copias o fotocopias legalizadas por un fedatario autorizado o por un funcionario público en las que se declara su correspondencia con un original, reconociendo que estas últimas poseen la característica de documento, pero que ello no puede predicarse del texto copiado, sino de la marca de autenticación añadida, constituyendo en virtud de dicha marca documentos compuestos. Sin embargo, de la copia y fotocopias deben distinguirse los *duplicados* en los que se reproduce de manera automática la declaración negocial o de pensamiento del autor y que tienen la calidad de verdaderos originales que se hacen del documento y que no dejan de poseer esta calidad. Ello sucede normalmente en la conclusión de contratos en la que cada parte lleva consigo un ejemplar del mismo. Se considera también duplicado la reproducción física de una declaración original o la transmisión de datos a través del correo electrónico o del fax⁹⁹.

Un segundo criterio considera que las fotocopias pueden albergar la condición de documentos debido a las ventajas que ofrecen sobre la copia, entendida en su sentido tradicional, al reproducir todos los elementos integrantes del documento y a la dificultad, muchas veces existente, para diferenciar la misma fotocopia del documento original. Incluso hay resoluciones judiciales, principalmente españolas, en que

⁹⁶ Así Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal (P.E.); p. 694.

⁹⁷ Cfr. Bacigalupo, Enrique; El Delito de falsedad documental; p. 13.

⁹⁸ Así Cuello Calón, Eugenio; Derecho Penal [P.E.]; T II Vol. I; p. 258.

⁹⁹ Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico - penal; p. 159.

independientemente de la autenticación de los documentos realizada por funcionarios competentes, se reconocen a la fotocopias la calidad de documento, llegando, según los casos y circunstancias particulares, a ser consideradas como documentos públicos o documentos mercantiles¹⁰⁰. Dentro de esta posición se encuentran variantes como la que destaca que: “Ha de admitirse la cualidad documental de la fotocopia siempre que la misma se presente como original”, justificándose tal tesis en el hecho que las fotocopadoras actuales tienen tal calidad de la impresión que en ocasiones se hace difícil distinguir la muestra del original¹⁰¹. Se matiza, empero, que a lo mucho las fotocopias podrán ser consideradas como documentos privados pero nunca documentos públicos. Se sostiene también que: “La fotocopia en colores de papel moneda, de escrituras públicas, de cheques, etc. resultan falsificaciones, con total abstracción de la genuinidad o falsedad del original”¹⁰².

Sin embargo, un punto de vista como el descrito no parece convincente por la aplicación desmedida que traería consigo del delito de falsedad documental. Debe verse que una copia sin más no colabora en la necesaria seguridad del tráfico jurídico y en la certeza de las relaciones jurídicas y económicas de la sociedad, de lo contrario podría llegarse a sostener sin ninguna dificultad el cambio y la sustitución del bien jurídico: de un tráfico jurídico documental – que es sinónimo de certeza – se pasaría a proteger un *tráfico de copias*, sin exigir ningún requisito ulterior. Creemos que justamente el proceso de fotocopiado masivo de documentos que existe hoy en día en las diversas sociedades, no puede conducir a admitir, sin ningún tipo de filtro o condición que toda copia sea en realidad un documento, pues ello se opondría a las finalidades político criminales que el legislador ha pretendido imponer al delito de falsedad documental. Prácticamente los tribunales de justicia tendrían que dictar una sentencia condenatoria en los casos que se adultere o cree

¹⁰⁰ Véase Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 162.

¹⁰¹ Expresamente Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 163.

¹⁰² Baigún, David – Tozzini, Carlos; La Falsedad Documental en la jurisprudencia; p. 64.

un soporte material de esta índole, contrariándose los alcances del principio de intervención mínima. Apelar como argumento de defensa a la calidad de la impresión y a la dificultad que existe para diferenciar una fotocopia de un original, es hacer uso de un planteamiento cuyo único fundamento y respaldo es la *mayor o menor impresión visual* del objeto o los efectos que él puede desplegar sobre los sentidos, en concreto los ojos; descuidando así el análisis teleológico funcional del objeto como es el de la trascendencia y la seguridad jurídica que aporta la fotocopia en el tráfico jurídico, que sin duda no sólo es nimia y escasa sino que puede llegar a entorpecerlo o atrofiarlo. Incluso ello supone olvidar las exigencias que derivan de las tres funciones del documento, principalmente la exigencia de autenticación o de la función de garantía, que difícilmente se cumple en el caso de las fotocopias.

El planteamiento glosado no debe entenderse como si se quisiera excluir de todo valor a las copias o fotocopias, eliminando en todo momento su calidad de documentos. En realidad, lo único que se pretende es limitar su consideración abierta y carente de todo límite respecto a la condición de documento. No es que se quiera restar a las copias y fotocopias todo valor documental. Creemos que éstas pueden admitirse como documentos en tres supuestos fundamentales: 1º Cuando la ley así lo declare y conceda a la copia o fotocopia la calidad de documento o prueba; 2º Cuando se trate de copias o fotocopias autorizadas o legalizadas por un funcionario público que acredite la autenticidad de las mismas con el original; 3º Cuando el declarante autorice la copia o fotocopia y coloque en ella su firma u otro signo que permita inferir que dicha declaración le pertenece o le puede ser atribuida. Más allá de estos casos creemos muy difícil y contraproducente otorgar a los mencionados instrumentos la calidad de un documento. No creemos que sea correcto exigir para el establecimiento o no de la calidad de documentos de las fotocopias la posibilidad de cotejo o el cotejo de la copia con el original¹⁰³. La comparación de una copia o de una fotocopia con su original no puede dar la calidad de documento al

¹⁰³ Como parece entenderlo Queralt Jiménez, Joan; Derecho Penal Español, p. 508.

soporte material, pues bajo ese mismo planteamiento bastaría para castigar la falsedad de un documento completamente falso, por ejemplo, que el primer falsificador presente la primigenia falsificación. Además, este planteamiento no lograría explicar los casos en los que el original se extravía o pierde ya sea por negligencia del perjudicado o por obra de terceros. No se debe predicar, en todo caso, que las funciones de garantía, perpetuación o probatoria lo da el cotejo de la fotocopia con el documento original.

Nuestra tesis si bien restringe a los justos términos los casos en los que es posible admitir la calidad de documento a una simple copia o fotocopia, sirviendo para delimitar la tipicidad objetiva de la falsedad documental, no puede dejar de reconocer que una copia o fotocopia simple puede aparecer como medio idóneo para la comisión del delito de estafa.

III.- LA FUNCIÓN PROBATORIA DEL DOCUMENTO

1) La prueba del documento. Noción.-

Uno de los tres roles que cumple el documento en el tráfico jurídico es la *función probatoria*, la cual alude a la relevancia que ha de poseer la declaración documental para el tráfico jurídico en la medida que debe aparecer como el medio idóneo y más adecuado para la acreditación de las manifestaciones humanas de voluntad o de conocimiento. Dicha aptitud probatoria no debe entenderse como la importancia o trascendencia del documento para un proceso judicial,¹⁰⁴ – sea de naturaleza civil, penal, o administrativa –, sino como la posibilidad de contrastar o verificar una realidad que se alega sea o no en un proceso¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Como recuerda Romero Soto, Luis; *La falsedad documental*; p. 66, citando a Arthur Haefliger, “La mayoría de documentos predestinados a servir de prueba no son elaborados para llevarlos a un proceso, sino por el contrario, con el fin de que, en lo posible se pueda evitar un proceso”.

¹⁰⁵ Según Quintero Olivares, Gonzalo; *Comentarios al nuevo Código Penal español*; p. 295 “La eficacia probatoria no tiene por qué vincularse a un proceso contencioso,

No cabe duda que la aptitud probatoria del documento encierra su mayor valor y relevancia jurídica cuando se la relaciona con un proceso judicial y con la necesidad de acreditar y verificar los hechos que las partes alegan o afirman, cuando es necesario aportar documentos para lograr el convencimiento del juez o para alcanzar la verdad material. Sin embargo, la apreciación de la aptitud probatoria del documento como referida a un proceso judicial encuentra una doble limitación. Por un lado, se observa que no siempre el documento será únicamente útil en un proceso judicial, sino que —sin dejar de poseer relevancia jurídica— también podrá desplegar utilidad en una investigación preliminar, en una comisión parlamentaria o en la vía administrativa o en un arbitraje. Por otro lado, se advierte que la aptitud probatoria no se restringe sólo a alguna función jurídica inherente a un proceso judicial o extrajudicial, tal como lo demuestra el caso frecuente de la firma de un contrato o de un acto jurídico donde las partes más allá de contemplar la posibilidad eventual de acudir en el futuro a un litigio, recurren a la declaración documental para fijar los términos del convenio, las cláusulas y las obligaciones y derechos a los que cada parte se compromete a cumplir, describiéndose los bienes, servicios o prestaciones. A ello se agrega que las declaraciones documentales favorecen en mayor medida que otros medios a la seguridad jurídica, a la confianza y a la buena fe en los negocios. Asimismo, se recuerda que la noción de tráfico jurídico no se reduce al tráfico de pruebas judiciales o extrajudiciales, sino que abarca toda posibilidad de verificar o averiguar una realidad relevante que se alega o afirma.

Debe señalarse que el documento no prueba la veracidad del contenido o tenor de la declaración, dado que también las declaraciones falsas —no confundir con la falsedad de un documento falso— pueden encontrar protección en el delito de falsedad documental material, salvo

sino a cualquier actuación ante los poderes del Estado que se haga utilizando un documento [procesos contenciosos, actos de jurisdicción voluntaria, expedientes administrativos, peticiones o reclamaciones]. También Queralt Jiménez, Joan; Derecho Penal Español; p. 507.

los casos previstos taxativamente en la ley y los supuestos de falsedad ideológica. Como se ha puesto correctamente de relieve, una declaración no se convierte en veraz porque se encuentre fijada en un soporte material. El documento sólo prueba que la declaración se ha hecho¹⁰⁶.

El sentido en el que se utiliza aquí el concepto de prueba no es en el de una acepción rigurosa vinculada a un proceso como actividad probatoria que realizan las partes para controlar sus afirmaciones [proceso civil] o como tarea que despliega el Ministerio Público o el juez para averiguar la verdad material [proceso penal], sino que más bien se parte de una acepción amplia o lata referida a la actividad de verificación o comparación de una afirmación con la realidad que realiza una persona¹⁰⁷. La aptitud probatoria del documento se dirigirá a demostrar que la declaración de pensamiento asentada en un soporte material pertenece a un autor determinado¹⁰⁸. El soporte material [papel, diskett, cinta magnetofónica, etc.] por sí mismo no prueba ni acredita nada, pues él no contiene todavía una manifestación del pensamiento humano. Sólo cuando exista dicha declaración se puede establecer algún rango probatorio. No obstante, siendo necesaria la declaración no es suficiente, pues para que la declaración de voluntad o de conocimiento asentada en un soporte material surta algún efecto en el tráfico jurídico y, en concreto, para que posea aptitud probatoria ha de poder reconocerse o identificarse al autor de la misma. Si únicamente existe una declaración de pensamiento, pero el autor no ha sido reconocido, por faltar el requisito de la autenticidad en dicho documento, éste no podrá ser relevante para

¹⁰⁶ Por todos, Bacigalupo, Enrique; *El Delito de la falsedad documental*; p. 13.

¹⁰⁷ Ampliamente, sobre las diversas nociones de prueba Miranda Estrampes, Manuel; *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*; Barcelona; Bosch; 1997; p. 29 y 30 aunque este autor parte de una definición de prueba procesal, pero advirtiendo previamente de la existencia de una noción de prueba en sentido general, en sentido jurídico y en sentido procesal.

¹⁰⁸ En sentido similar García Cantizano, María del Carmen; *Falsedades Documentales*; p. 153 quien afirma que: "La prueba que asegura el documento se origina a partir de los dos aspectos fundamentales de su estructura, el autor y el contenido de los manifestado".

el tráfico. Es por ello que las declaraciones anónimas no gozan de la calidad de documento, pues al faltar un autor reconocido [la autenticidad] se echa de menos también la posibilidad de plantear la aptitud probatoria, ya que no se sabe si dicha declaración pertenece a alguien.

Como puede verse con suma facilidad, la aptitud probatoria del documento no posee valor autónomo ni se puede decir en realidad que sea una función determinante o esencial del documento, toda vez que ella se encuentra condicionada a que primero haya existido una declaración exterior del pensamiento y ésta pueda ser imputada a un autor determinado. No se trata, pues, de una función originaria, sino derivada en la medida que su concurrencia se halla supeditada a la función de perpetuación y a la función de garantía¹⁰⁹. Asimismo, no puede haber aptitud probatoria si es que la mencionada declaración de pensamiento no tiene un contenido determinado, cuestión que ha llevado a la doctrina a distinguir entre el acto o negocio jurídico que se inserta en el documento, y el soporte material que es su continente¹¹⁰.

2) Declaraciones de voluntad [negocio jurídico] y aptitud probatoria.-

En nuestra legislación puede plantearse como una de las principales dudas en esta materia el problema del contenido de la declaración de voluntad y su importancia a la hora de delimitar si estamos o no ante un documento. Un primer punto de vista podría sostener que resulta indispensable exigir que la declaración de voluntad pueda crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones, sin que interese si el documento prueba una obligación o derecho existentes ni si expresa el nacimiento de una u otro¹¹¹. Abonarí a ello la expresa referencia que se encuentra

¹⁰⁹ En el mismo sentido, Baigún, David – Tozzini, Carlos; *La Falsedad Documental en la jurisprudencia*; p. 44 quien considera que “*el valor probatorio es un efecto derivado, o consecuencia, de una función originaria [del documento] como es la representativa*” [las cursivas provienen del texto original].

¹¹⁰ Así Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal*; p. 168.

¹¹¹ Cfr. Córdoba Roda, Juan; *Comentarios al Código Penal*; Barcelona; T III; p. 778.

en el art. 427 del C.P. en donde se describe la falsedad documental en el sentido del que *“hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que puede dar origen a un derecho u obligación.....”*. Esta interpretación forzaría a ver como delitos de falsedad documental material sólo a la falsificación que recae en determinados negocios jurídicos, dejando sin protección penal a todas aquellas declaraciones que no posean la calidad de un acto jurídico¹¹².

El segundo punto de vista puede considerar que el contenido de la declaración fijada en el documento es independiente a si ella tiene una capacidad para modificar o crear relaciones jurídicas. Ya no se exigiría la especial condición de negocio jurídico privado para que se tutele penalmente la declaración documental¹¹³, pudiéndose incorporar también aquí las relaciones jurídicas de Derecho público, independientemente si se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas de índole civil o comercial¹¹⁴. Este último parecer es el que nosotros consideramos de recibo, aunque ello no nos impide reconocer que la mayoría de falsedades documentales tienden a elaborar o adulterar un documento que crea o modifica una relación u obligación jurídica. La asunción exclusiva y pura del primer planteamiento traería consigo la sola protección en la falsedad documental de los contratos y los negocios jurídicos, en una suerte de reforzamiento de la protección que reciben estos actos por el Derecho civil, apareciendo el Derecho penal en una función

¹¹² Esta postura es sustentada por una buena parte de la jurisprudencia penal argentina. Véase ampliamente Baigún, David – Tozzini, Carlos; La Falsedad Documental en la jurisprudencia; pp. 46 – 51, 56 y ss denominando a esta postura como restrictiva del tipo penal. En este sentido, también Creus, Carlos; Falsificación de documentos en general; p. 27 quien estima que “En esta materia la consideración del bien jurídico sirve de correctivo a la desmesurada extensión que podría adoptar, fundándose en la letra de la ley..... No cabe la consideración de hechos cuyos efectos se generan porque dependen de circunstancias extrañas a él pero a las que se une por una invocación probatoria coyuntural”.

¹¹³ Véase García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 153 y ss; Bacigalupo, Enrique; El Delito de falsedad documental; p. 11.

¹¹⁴ Cfr. Creus, Carlos; Falsificación de documentos en general; p. 14; Romero Soto, Luis; La falsedad documental; p. 66.

simbólica y secundaria, cuestión ciertamente criticable. Asimismo, obligaría a dejar de lado la protección de hechos o relaciones jurídicas que no necesariamente tienen la calidad de negocios jurídicos como las sentencias o autos judiciales, las resoluciones administrativas, los diversos actos del poder legislativo o ejecutivo, entre otros.

Las normas penales relativas a la falsedad documental no pueden restringirse a proteger las declaraciones que de manera directa e inmediata constituyan negocios jurídicos, pues ello supondría limitar excesivamente su alcance. Mejor es exigir que las declaraciones contenidas en el documento, de manera abstracta o potencial, sirvan para probar un hecho o indirectamente tengan incidencia en la constitución o modificación de una relación jurídica. Nuestro Código Penal se afilia a este punto de vista, pues si bien hace referencia a que la falsedad eventualmente consista en un acto jurídico — de allí la alusión a que pueda dar origen a un derecho u obligación — también emplea la disyunción «o» para referirse a que la declaración documental puede servir para probar un hecho, es decir, tiene la capacidad para ser prueba, independientemente que esta capacidad probatoria tenga que ver o no con un acto jurídico.

Como ha indicado de manera oportuna la doctrina, la aptitud probatoria del documento no depende de la declaración que él recoge, sino del hecho o la cuestión que se pretende probar¹¹⁵. Así, por ejemplo, se apunta que si bien una carta de amor no puede tener ninguna relevancia jurídica, y menos constituye un negocio jurídico, puede dar lugar a una falsedad documental si con su falsificación se pretende probar un adulterio o el comportamiento inmoral de uno de los cónyuges. Una declaración puede alcanzar valor probatorio cuando los hechos que narra sirven para sustentar una determinada pretensión y se destinan a la prueba. Ello no obsta a que algunas declaraciones que se fijan en un soporte material por este sólo hecho tengan capacidad para constituir, extinguir y modificar relaciones jurídicas¹¹⁶.

¹¹⁵ Cfr. García Cantizano, María del Carmen; *Falsedades Documentales*; p. 157.

¹¹⁶ Al respecto Echano Basaldua, Juan; en *Compendio de Derecho penal (P.E.)* (Director: Miguel Bajo Fernández); p. 774.

Incluso sería oportuno distinguir aquí las declaraciones documentales que poseen capacidad para originar un derecho u obligación, de aquellas declaraciones documentales que sólo tengan relevancia probatoria¹¹⁷. Únicamente será necesario exigir como requisito indispensable esto último y no lo primero.

3) Declaraciones de conocimientos y Declaraciones de voluntad.-

Deben integrarse dentro de la definición de documento tanto las declaraciones de voluntad como las declaraciones de conocimiento, llamadas también declaraciones de verdad o de ciencia. Las declaraciones de voluntad se caracterizan porque quien las efectúa pretende tomar posición en la regulación de intereses o busca provocar el comportamiento de un tercero o tiende a crear o a alterar una relación jurídica determinada, v. gr. una escritura pública de compraventa, un testamento, una donación o, en general, un contrato o negocio jurídico, sea bilateral o unilateral, etc.

Por su parte, las declaraciones de conocimiento versan sobre la manifestación que el autor realiza de la percepción o conocimiento de un hecho o de la descripción de una situación, v. gr. una testimonial, una confesión¹¹⁸. Ello sin perjuicio que puedan existir documentos que incorporen ambas clases de declaraciones a la vez, o de la consideración que el documento como declaración de conocimiento o como declaración de voluntad depende muchas veces de las circunstancias del caso o del contexto en que se utilicen. Sin embargo, debe aclararse aquí que más allá de comprobar si el documento puede catalogarse bien como un documento declarativo o constitutivo es necesario acreditar que se trata de un documento con *relevancia probatoria* o *relevancia jurídica*. Sólo este extremo interesa al Derecho penal. No constituye un documento

¹¹⁷ Sosteniendo la relevancia jurídica de la declaración de la voluntad Bacigalupo, Enrique; Delitos de Falsedad documental; en Estudios sobre la parte especial del Derecho penal; p. 420.

¹¹⁸ Así Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 168 y ss.

penalmente relevante aquél cuyo soporte material no contiene declaración alguna; ni de tipo volitivo ni cognitivo. Así, por ejemplo, no es documento el papel firmado en blanco¹¹⁹.

4) La aptitud probatoria y la relevancia jurídica.-

El documento debe cumplir con el requisito de ser apto o idóneo para la prueba. Este requisito puede identificarse con la aplicación en los delitos de falsedad documental de las reglas de la imputación objetiva, específicamente con la creación de un riesgo típicamente relevante. Ello demuestra que los criterios de imputación, pertenecientes al tipo objetivo, también son de trascendencia en esta clase de infracciones penales. Dicha aptitud de prueba ha de superar la condición de simple soporte material que fija declaraciones de carácter privado [riesgo irrelevante para el tráfico] como los diarios íntimos, las notas recordatorias o algunas anotaciones irrelevantes. Sólo una interpretación teleológica, como la planteada, permite adecuar en sus justos términos los delitos de falsedad documental, haciéndolos compatibles con el bien jurídico protegido.

La aptitud de prueba del documento debe contemplarse en función al tráfico jurídico y a la posibilidad de ingresar en él, ya sea para acreditar un hecho aislado o para crear y modificar una determinada relación jurídica¹²⁰ [ut infra]. Dicha aptitud de prueba sólo puede establecerse en base a criterios netamente objetivos¹²¹, apelando a un punto de vista ex – ante y desde la perspectiva de un espectador imparcial, independientemente de la voluntad aislada del autor del documento o del sentido que éste le confiera¹²². La aptitud probatoria, tal como reconoce la doctrina,

¹¹⁹ Cfr. Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal (P.E.); p. 693.

¹²⁰ In extenso sobre este punto Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 191.

¹²¹ Cfr. Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal (P.E.); p. 693. Con ciertas matizaciones al respecto Rodríguez Devesa, José María; Derecho Penal Español; p. 975.

¹²² Cfr. Echano Basaldua, Juan; en Compendio de Derecho penal (P.E.) (Director: Miguel Bajo Fernández); p. 776 quien anota correctamente: “La aptitud o eficacia probatoria se entiende como capacidad para incidir en el convencimiento, no como capacidad para aportar prueba plena, y se determina con criterios objetivos”.

se encuentra supeditada a lo dispuesto por la ley, la costumbre o el acuerdo [contrato] de los interesados. Si ninguna de estas tres fuentes normativas permite sostener que el documento goza de capacidad de probar algo, sencillamente no puede decirse que el documento sea relevante a efectos penales. No obstante también se apunta que la aptitud probatoria depende, sin merma de lo anterior, de las circunstancias del caso concreto o de los extremos y contenido del documento mismo¹²³.

La aptitud probatoria puede obtenerse recurriendo a un punto de vista abstracto y a un punto de vista concreto. En el primer caso estamos frente a un documento con aptitud probatoria cuando éste de manera hipotética puede servir para acreditar un determinado hecho, con independencia de si puede gozar o no de esta característica en el plano concreto. Dentro de la aptitud probatoria abstracta pueden contarse a los documentos reconocidos como tales por las leyes o las normas jurídicas o por el acuerdo de las partes. Por su parte, la aptitud probatoria en sentido concreto requiere que el documento tenga alguna relevancia en el tráfico mercantil o jurídico creando o modificando una relación jurídica o acreditando un hecho, sin reparar si goza de una aptitud probatoria abstracta. De aceptarse el punto de vista abstracto quedarían fuera de la órbita del Derecho penal los llamados documentos ocasionales o accidentales [ut infra]. Por ello, somos de la idea que la aptitud probatoria o la relevancia jurídica siempre han de partir del análisis del caso específico, debiéndose valorar sobre todo el punto de vista concreto, lo cual no obsta a que también se tome en cuenta un punto de vista abstracto como un procedimiento y metodología de trabajo jurídico — penal correcto.

La ciencia penal, principalmente alemana, distingue entre la **aptitud probatoria** del documento y la **relevancia jurídica** del mismo. La aptitud probatoria, como su propio nombre lo indica, busca acreditar o demostrar un hecho, mientras que la relevancia jurídica se caracteriza

¹²³ Cfr. Romero Soto, Luis; *La falsedad documental*; p. 73; Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal*; p. 181.

porque el documento por sí sólo o unido a otros medios probatorios, posee una genuina vinculación con el nacimiento, extinción o modificación de una relación o situación jurídica determinada¹²⁴. Dicha distinción puede ser acogida con beneplácito en nuestra doctrina y jurisprudencia, máxime si nuestra ley sustantiva [art. 427] recoge la exigencia que el documento sea apto para dar origen a un derecho u obligación [relevancia jurídica] o sirva para probar un hecho [aptitud probatoria]¹²⁵. En todo momento, sin embargo, debe tenerse en cuenta el hecho que una cosa es la aptitud probatoria del documento o su relevancia jurídica y otra muy distinta es exigir la real y concreta producción de efectos jurídicos¹²⁶. La ley peruana sólo alude a los dos primeros puntos y no presupone bajo ninguna consideración la referencia, a que el documento genere realmente efectos jurídicos. Exigir esto último sería trastocar la íntima naturaleza del delito de falsedad documental que en su redacción típica aparece como un delito de peligro y no como un tipo de resultado lesivo. Por tanto, si un documento no puede surtir efectos jurídicos pero sí es posible predicar de él que posee relevancia o aptitud probatoria, podrá constituir objeto material del delito de falsedad documental.

La utilización de conceptos como el de aptitud probatoria o el de relevancia jurídica permite excluir de la calidad de documento a los escritos históricos, literarios o artísticos [como la firma del autor de un cuadro] y a aquellos documentos jurídicamente inexistentes o carentes

¹²⁴ Véase, Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico - penal; p. 183.

¹²⁵ Sin embargo, en la ciencia penal española Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico - penal; p. 187 señala "No consideramos necesario deslindar la relevancia jurídica de la aptitud probatoria en sentido lato, esto es, todo extremo del documento que no tenga una fuerza probatoria legalmente tasada será objeto de aptitud probatoria equivalente a la fuerza probatoria entendida en sentido lato en tanto en cuanto tenga algún tipo de relevancia jurídica".

¹²⁶ Parece confundir estos extremos Maggiore, Giuseppe; Derecho Penal [Trad. José Ortega Torres]; T III; p. 545; Creus, Carlos; Falsificación de documentos en general; p. 28.

de cualquier trascendencia jurídica. Pese a ello, algún sector de la doctrina alemana y española más reciente vienen criticando dicha diferenciación, señalando que lo único importante es que el documento tenga algún tipo o clase de trascendencia jurídica¹²⁷.

5) La aptitud probatoria y la determinación probatoria.-

La doctrina distingue entre la aptitud de prueba y la llamada finalidad probatoria del documento¹²⁸. Dicha distinción se inicia y se extiende en Alemania por obra del Tribunal Supremo Alemán, el cual desde 1887, para otorgar la calidad de documento a una declaración de pensamiento fijada en un soporte material se movía entre una concepción subjetiva, llamada de determinación probatoria, y otra concepción objetiva, denominada aptitud probatoria. Con el transcurso del tiempo y con alternancias, ambos criterios fueron prevaleciendo. Sin embargo, paulatinamente se llegó a conciliar tanto el criterio objetivo y el criterio subjetivo, a través de una propuesta que en la doctrina alemana se conoce como la fórmula de la *coordinación*¹²⁹.

La aptitud de prueba se referiría a un criterio objetivo respecto a la idoneidad o no que tiene el documento para ingresar al tráfico jurídico y acreditar el contenido de la declaración que pretende transmitir. La finalidad probatoria se vincula al objetivo o propósito [siempre subjetivo] que pretende imprimir el presunto autor de la declaración inserta en el documento. Se requiere de una voluntad de los interesados o de las partes de colocar o de dirigir el documento hacia el tráfico jurídico, exigiéndose en algunos casos lo que se ha llamado un *animus probandi*. No obstante, se llega a matizar esta tesis sosteniéndose que la mencionada determinación probatoria no debe producirse necesariamente en el

¹²⁷ Así Orts Berenguer, Enrique; Comentarios al Código penal de 1995; T I; p. 277.

¹²⁸ Bacigalupo, Enrique; Delitos de Falsedad documental; en Estudios sobre la parte especial del Derecho penal; p. 420 parece reunir ambos aspectos bajo la genérica denominación del *destino probatorio* del documento.

¹²⁹ Ampliamente, García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 165 nota 88.

momento en que se confecciona el documento, sino que puede aparecer después; e incluso se llega a señalar que el ingreso al tráfico jurídico lo puede realizar tanto el autor del documento como un tercero.

Las diferencias entre una y otra saltan rápidamente a la vista. Así, por ejemplo, no siempre una finalidad o determinación probatoria va a lograr convertirse en una aptitud probatoria, como también esta última es independiente de la intención que haya tenido el presunto autor de la manifestación documental. Basta imaginar el caso – por lo demás bastante frecuente – en el que un documento, cuyo autor no piensa ni prevé la posibilidad de incorporarlo en el tráfico jurídico, termina siendo introducido por acción de un tercero o por una resolución judicial o administrativa dentro de un proceso. En realidad, si nos ceñimos a la dogmática actual, hoy lo determinante es la relevancia de la aptitud probatoria del documento y no su finalidad que, por cierto, puede o no dejar de concurrir, sin que con ello se afecte su esencia. Como corroboración de lo dicho basta recordar que una de las funciones del documento es su función probatoria, más allá de la finalidad que el sujeto quiera imprimir a su acto.

La histórica distinción entre finalidad y aptitud probatoria del documento a traído consigo también, de modo inmanente, la referencia a los documentos intencionales y los documentos ocasionales, que se vincula con la idea de la *determinación probatoria*¹³⁰. En la primera tipología el autor tiene la intención que su declaración documental se introduzca inmediatamente al tráfico jurídico y además el documento goza de determinación probatoria desde su nacimiento porque las partes buscan probar determinados hechos; mientras que en los documentos ocasionales – llamados también documentos accidentales o casuales– esto no sucede, sino que con posterioridad a la declaración documental son introducidos al tráfico jurídico, generalmente por un tercero, en base a intereses probatorios específicos de acreditación de un hecho o de una

¹³⁰ In extenso sobre la *determinación probatoria* Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 173 y ss.

relación jurídica¹³¹. En los documentos ocasionales falta pues la llamada determinación probatoria.

Dentro del primer grupo puede citarse a una escritura pública, un cheque, una letra de cambio, etc. Por su parte, una carta de amor o un proyecto de documento no destinado al tráfico pero que puede probar que existieron negociaciones encaminadas hacia la firma de un negocio jurídico, pueden ser utilizados como ejemplos de documento ocasional. Lo mismo sucede con una poesía o un texto literario que pueden ser considerados como documentos si se utilizan en un proceso en el que se pretende demostrar el estado mental del autor¹³². Si bien los documentos intencionales pueden producir efectos jurídicos desde la declaración documental con independencia a si se usan o no posteriormente en un proceso judicial, los documentos ocasionales, por lo general, sólo tendrán relevancia en los casos en los que exista un juicio de falsedad documental o mientras sean utilizados en un proceso¹³³.

Pese a todo, la distinción entre documentos intencionales y ocasionales ha sido puesta en duda más de una vez por amplios sectores de la doctrina, llegándose a sostener que el llamado documento ocasional terminaría por extender hasta límites insospechados la noción jurídico – penal de documento sin que pueda colocarse un criterio rector para precisarlo. Se apunta también que su denominación no es del todo correcta porque sólo es ocasional o casual el tiempo en el que la determinación probatoria se le otorga, cuestión que es completamente distinta al hecho que no exista intención de hacer ingresar el documento al tráfico jurídico, que nunca debe faltar. Por otro lado, y esta crítica resulta decisiva, se remarca que la noción de documento sólo requiere y exige la conciencia que la declaración se asienta en un soporte material, siendo completamente indiferente el

¹³¹ Al respecto Bacigalupo, Enrique; *Delitos de Falsedad documental*, en *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*; p. 421.

¹³² Véase, Muñoz Conde, Francisco; *Derecho penal (P.E.)*; p. 693.

¹³³ Cfr. Quintero Olivares, Gonzalo; *Comentarios al nuevo Código Penal español*; p. 295.

preguntarse si el sujeto tuvo o no la intención de hacer ingresar el documento al tráfico jurídico, pues dicho ingreso no depende de la voluntad del autor. A ello se puede añadir también que no siempre un escrito o un soporte material que contiene una declaración cuyo autor posee la intención de hacerlo ingresar al tráfico jurídico va alcanzar la calidad de documento, pues ello no depende del autor de la declaración o de cualquier otro criterio subjetivo, sino de la definición — necesariamente objetiva — de documento de la que se parta. Incluso, la clasificación de los documentos en ocasionales e intencionales no repara en los casos de error en los que puede incurrir el autor de la declaración tanto si asigna el rango de documento a una declaración que no tiene dicha calidad, v. gr. un anónimo, como en el caso en el que cree que una declaración fijada en un soporte material carece de valor documental cuando sí lo tiene.

No creemos que sean argumentos de peso para mantener la tradicional diferencia entre documentos ocasionales e intencionales, algunas alegaciones de índole político criminal, que atienden a la necesidad de incorporar como documentos a los soportes informáticos, o por las que se reputa peligroso excluir de la consideración de documento al que — aun ocasional — puede ser prueba de cargo de la comisión de un ilícito¹³⁴, ello porque los documentos informáticos se encuentran ya incorporados en la noción amplia de documento que hoy la jurisprudencia y doctrina penal de los diversos países ha admitido y porque, asimismo, no vemos cómo una prueba de cargo *ocasional* va a ser excluida para fundar la acreditación de un ilícito penal, máxime si la experiencia judicial demuestra que esto nunca o muy remotamente ha sucedido.

Por último, debe destacarse la poca utilidad de la mencionada distinción si se parte, como aquí se hace, de una concepción objetiva de

¹³⁴ No obstante, así Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico — penal*; p. 179.

documento¹³⁵ y se abandona el concepto de la determinación probatoria [ut supra]. No creemos que la aptitud probatoria de un documento pueda depender de la subjetividad o de la intención de un sujeto de colocarlo o no en el tráfico jurídico, más aún cuando la noción de documento responde a criterios dogmáticos elaborados desde perspectivas distintas a si el sujeto quiso o no incorporar su declaración al tráfico jurídico. Una postura de esta índole sería atendible si los delitos de falsedad documental fueran delitos de acción privada, cuestión que nuestro derecho positivo y la mayoría de legislaciones de nuestra órbita no suscribe. Por otro lado, ha de verse que nuestra legislación – como otras de nuestra órbita cultural – no exige que el destino probatorio se encuentre configurado previamente o que la prueba esté constituida, sino que basta que con el documento se pueda probar algo¹³⁶.

6) Las declaraciones de voluntad [documentos] afectadas de nulidad o anulabilidad.-

Resulta problemático determinar si la declaración o manifestación de voluntad afectada por una causal de invalidez [absoluta o relativa] o la llamada inexistencia de un acto jurídico, pueden traer consigo también la nulidad del documento, y por tanto, la imposibilidad de plantear el delito de falsedad documental. La respuesta a esta interrogante no sólo condiciona la tipicidad objetiva del delito de falsedad documental, sino que permite, en caso se niegue la calidad de documento jurídico – penal, la posibilidad de alegar la presencia de un tentativa inidónea¹³⁷. Por otro

¹³⁵ En este sentido Mezger, Edmund; Derecho Penal [P.E.] [Trad. de Conrado Finzi]; p. 301. También Queralt Jiménez, Joan; Derecho Penal Español; p. 507; Romero Soto, Luis; La falsedad documental; p. 73. Este parece ser el criterio de Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal (P.E.); p. 693 cuando sostiene que el documento sea “*adecuado objetivamente para tener efectos probatorios o algún tipo de relevancia jurídica*”.

¹³⁶ De modo semejante en el Derecho argentino Creus, Carlos; Falsificación de documentos en general; p. 24.

¹³⁷ Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 578 incurriendo en un error estima la posibilidad de alegar no una tentativa inidónea, sino un *delito imposible*.

lado, debe advertirse que el dilema de los documentos afectados de nulidad o anulabilidad sólo se vincula con la modalidad típica de la alteración del documento existente, pero no con la confección de un documento falso, pues se corre el riesgo de plantear la impunidad de esta forma de falsedad documental.

En la solución de este espinoso problema puede plantearse un punto de vista formal y un punto de vista material.

El primero sostiene que la nulidad o invalidez absoluta de la declaración de voluntad arrastra también la invalidez jurídica del documento. Los vicios de la voluntad que según el Derecho civil determinan la invalidez del negocio o acto jurídico como son, por ejemplo, la ausencia de un fin lícito o de un objeto jurídicamente posible, la incapacidad, etc. traerán consigo la exclusión del concepto jurídico penal de documento. Se considera que una declaración documental nula carece de cualquier relevancia jurídica, pues ella no se encuentra en condiciones de surtir algún efecto jurídico. Este parecer está ligado — como es evidente — a criterios del Derecho civil de los que depende y a los que se halla condicionado¹³⁸. Los documentos anulables o que acusan una invalidez relativa reciben un tratamiento distinto a los documentos nulos porque ellos seguirán produciendo efectos jurídicos¹³⁹. Junto a esta postura puede citarse otra patrocinada por un sector importante de la doctrina, principalmente italiana, que si bien acepta la posibilidad de

¹³⁸ Así, en la ciencia penal argentina Creus, Carlos; Falsificación de documentos en general; p. 28. En el la ciencia penal española Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal (P.E.); p. 693 aunque con matices; Cuello Calón, Eugenio; Derecho Penal [P.E.]; T II Vol. I; p. 258 quien sostenía: «No hay delito cuando el contenido del documento se refiera a hechos jurídicamente ilícitos o a hechos imposibles, o cuando el documento ha de reputarse jurídicamente inexistente [por ejemplo un testamento ológrafo escrito a máquina]. Pero en todos los casos mencionados es preciso que los documentos sean sustancialmente nulos, es decir que, aún cuando sean verdaderos, no pueden ser fundamento de ningún derecho». También Maggiore, Giuseppe; Derecho Penal [Trad. José Ortega Torres]; T III; p. 546.

¹³⁹ Cuello Calón, Eugenio; Derecho Penal [P.E.]; T II Vol. I; p. 259; Maggiore, Giuseppe; Derecho Penal [Trad. José Ortega Torres]; T III; p. 546.

admitir el delito de falsedad documental en los casos de documentos nulos o anulables, descarta dicha calificación cuando se trata de la falsificación documental de un acto jurídicamente inexistente, como cuando se falsifica una partida de matrimonio haciéndose constar que los que han contraído matrimonio son personas del mismo sexo. Debe recordarse que un acto jurídico inexistente es aquel en el que se omite cualquiera de los elementos que la ley exige o que carece de los elementos esenciales de un acto jurídico. Se diferencia del acto jurídicamente nulo porque en esta clase de actos sólo se contravienen normas de carácter público.

A esta postura se le critica porque la nulidad o anulabilidad afecta al negocio jurídico, pero no tanto a la esencia del documento para ser objeto de falsificación. Asimismo, se le reprocha identificar el documento con el acto jurídico, cuestión que ni siquiera es posible plantear en sectores tan rígidos como el Derecho Civil, en donde es posible sin mayor problema distinguirlos¹⁴⁰. Se pasa por alto que el documento puede ser nulo en un determinado aspecto pero originar efectos y relevancia probatoria en un ámbito distinto¹⁴¹. Debe recordarse que lo determinante a la hora de fijar la importancia o no del documento es su relevancia para el Derecho penal y no tanto los efectos jurídicos o de otro orden que pueda desplegar. Por otro lado, de aceptarse esta tesis la falsedad documental se limitaría, sin base y sentido alguno, a las declaraciones documentales válidas; de esta manera se dejaría sin castigo – entrando en contradicción con nuestro texto legal – a la acción que consiste en hacer completamente un documento falso, en la que falta justamente una declaración de voluntad válida.

El punto de vista material repara en el efecto jurídico o relevancia que el documento pueda cumplir con independencia a si el negocio jurídico que representa se encuentra afectado o no de nulidad. Lo

¹⁴⁰ Sobre esta diferencia Bacigalupo, Enrique; *El delito de falsedad documental*; p. 35 y ss.

¹⁴¹ Cfr. Córdoba Roda, Juan; *Comentarios al Código Penal*; Barcelona; T III; p. 780.

importante no son los efectos jurídico – civiles que pueda desplegar el documento, sino su relevancia para el tráfico jurídico y su idoneidad para demostrar o acreditar algo¹⁴². La nulidad o anulabilidad podrá afectar a la declaración de voluntad pero no a la función de garantía, perpetuación o probatoria del documento. Los conceptos civiles aludidos poseen una escasa cobertura en sede del Derecho penal. En ese sentido, la falsificación de un documento nulo o anulable también puede generar el delito de falsedad documental, siempre y cuando sea relevante para el tráfico jurídico¹⁴³; y por ello el autor de dicha falsificación puede ser castigado. Según esta postura se debe reparar en todo caso en la posibilidad de engañar en el tráfico jurídico con la acción de falsificación que se emprende y en el eventual perjuicio que se puede causar. Se considera que cuando sea posible engañar en el tráfico con la falsificación de un documento nulo o anulable puede hablarse todavía de falsedad documental¹⁴⁴.

Sin embargo, debe repararse necesariamente en la clase de documento que se falsifica [documento público o privado], pues a veces la formalidad impuesta por el ordenamiento jurídico hace que sólo cuando se cumplan determinados ritos o requisitos se pueda predicar que un documento tiene relevancia jurídica o se encuentra en condiciones de engañar al tráfico jurídico. Por ello, no está demás señalar que la relevancia jurídica o no de un documento y sus efectos penales dependen muchas veces de su clase y de las formas que al respecto disponga el ordenamiento jurídico.

7) La falsedad de un documento falso.-

Uno de los problemas penales más espinosos que se presentan en este punto consiste en resolver la cuestión de si es posible o no alegar la

¹⁴² Cfr. García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 161.

¹⁴³ Cfr. Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 326. En contra Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal (P.E.); p. 693.

¹⁴⁴ Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 584 y 593.

existencia del delito de falsedad documental en los casos que la falsedad recae sobre un documento falso. Esta hipótesis es distinta – y no debe confundirse – con la hipótesis anteriormente descrita, que se caracterizaba por la posibilidad de falsificar un documento nulo o anulable. Si bien un documento falso es una clase de documento nulo, su peculiaridad reside en que la persona o crea o elabora completamente un documento o altera una de las partes de un documento ya existente. En cambio, la falsedad de un documento falso opera bajo la premisa que la acción de falsedad recae sobre una falsedad previa o anterior, muy al margen e independientemente de si el sujeto conoce o no este hecho.

Las soluciones que se proponen parten por diferenciar los casos en los que el documento es completamente falso de las hipótesis en las que un documento auténtico es objeto de una alteración, subsistiendo siempre una parte de la declaración intacta. En el primer caso se elabora por completo un documento, mientras que en el segundo existe ya un documento.

Respecto a la primera hipótesis la doctrina sigue dos posturas. Una de ellas destaca que no puede haber delito de falsedad documental porque no existe el objeto material [documento] y porque además el Derecho penal no protege ni tutela documentos falsos¹⁴⁵. La otra postura considera que aquí se puede seguir hablando de una falsedad documental dado que el documento falso puede ser utilizado como prueba de la falsedad, y porque también adulterando un documento falso se crea una apariencia que puede inducir a error o engañar en el tráfico jurídico¹⁴⁶.

¹⁴⁵ De esta manera García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 251 quien considera que “legalmente la falsificación de un documento falso no sería susceptible de ser calificada, a su vez, como *falsedad*, por inexistencia del objeto material sobre el que debe recaer, que en este caso es un *documento verdadero*”.

¹⁴⁶ Así Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 592 para quien “..... En estos casos lo esencial será que el documento cree la apariencia de normalidad en el desarrollo de sus funciones”.

En orden a nuestro Derecho positivo, creemos que no es de recibo ni puede tener acogida esta última postura, ya que la ley peruana requiere como requisito obligatorio e indiscutible que la adulteración recaiga sobre un documento **verdadero** y no sobre cualquier documento. Esta referencia impide considerar la posibilidad de admitir la falsedad sobre un documento falso, pues el precepto exige expresamente que el documento sobre el cual recae la acción sea verdadero. Por documento verdadero debe entenderse tanto al documento que contiene una declaración que se corresponde con la realidad como al documento que tiene la característica de auténtico, y justamente el documento falso no posee estas condiciones. Por otro lado, y desligándonos de un planteamiento de *lege data*, no creemos que sea correcto plantear la comisión de un delito de falsedad documental sobre un documento falso porque sería sostener que el Derecho penal protege también a los documentos falsos, llegándose a la situación visiblemente absurda y contradictoria en que el orden jurídico por un lado prohíbe los documentos falsos, pero por otro lado no duda en protegerlos. Es ilógico que se atente contra la función de garantía, de perpetuación y probatoria del documento y que el Derecho penal proteja al mismo tiempo dicha situación ilícita: no se puede crear ni deducir un bien jurídico de la comisión de un ilícito.

Uno de los argumentos utilizados por aquellos que consideran que la falsedad de un documento falso es posible dar lugar también a un delito de falsedad documental es que con dicha conducta también se puede producir una alteración en el tráfico jurídico, ocasionándose una situación donde se verifica una maniobra fraudulenta. Sin embargo, esta postura termina por confundir un documento con la apariencia del mismo, desnaturalizando los criterios que inspiran al bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental como la funcionalidad del documento. No se llega a entender cómo si un documento falso es ya un documento afuncional, el Derecho penal y el ordenamiento jurídico podría proteger dicha afuncionalidad. En todo caso, creemos que la adulteración de un documento falso puede dar lugar, por ejemplo, a un delito de estafa, pero nunca a una falsedad documental.

En el segundo grupo de casos, en las que se modifica la parte del documento que no había sido objeto o materia de la falsedad anterior, la doctrina no tiene ninguna duda para estimar la falsedad documental si ésta recae sobre la parte intacta; pero si la falsedad reposa sobre la parte que había sido alterada por la falsedad documental no habrá delito de falsedad documental.

CAPITULO III
DOCUMENTOS PÚBLICOS
Y DOCUMENTOS PRIVADOS

DOCUMENTOS PÚBLICOS Y DOCUMENTOS PRIVADOS

La doctrina penal — y de otras ramas del ordenamiento jurídico — de manera reiterada y con una marcada línea de continuidad histórica viene distinguiendo entre las diversas clases de documentos¹. Una de las clasificaciones más extendidas y usuales es la que diferencia el documento público y el documento privado. Según una amplia opinión, dicha distinción descansa en la persona que los emite y no se vincula de manera necesaria al contenido o a los efectos del documento². La ley peruana — como otras legislaciones de nuestra órbita cultural — no sólo otorga un tratamiento distinto, desde el punto de vista teórico, a los documentos públicos y a los documentos privados, sino que, por ejemplo, impone una mayor sanción a la falsificación de un documento público que a la falsificación de un documento privado³. Esta sanción le sirve también

¹ Véase ampliamente Casas Barquero, Enrique; El delito de falsedad documental en documento privado; p. 242 y ss.

² Cfr. Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 330; Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico — penal; p. 193 y 200 quien recuerda que las tres características definidoras del documento público son: que el documento sea emitido por un funcionario, que el mismo sea legalmente competente para emitirlo por razón de la materia como del territorio y que en tal emisión observe la forma prescrita para cada caso.

³ El artículo 427 del C.P. [falsedad material] impone una pena no menor de dos ni mayor de diez años y con treinta a noventa días — multa a la falsificación que recae sobre un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro transmisible por endoso o al portador; y una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, y con ciento ochenta a trescientos días — multa, a la que recae sobre un documento privado.

para delimitar la tipicidad o el objeto de protección de una modalidad o clase de falsedad documental, tal como sucede con la falsedad ideológica [art. 428], la cual se restringe a prohibir que se inserte o haga insertar en instrumento público declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento. No creemos que la distinción entre documentos públicos y privados sólo posea trascendencia en el ámbito de la medida de la pena, sino que el legislador penal ha dispensado un tratamiento jurídico diferenciado según se trate de una acción de falsedad que recaiga en un documento público o de una acción de falsedad que recaiga en un documento privado⁴.

Los documentos públicos son aquellos que han sido confeccionados o cuentan con la intervención de un funcionario público competente [notarios, fedatarios, o una autoridad judicial o administrativa] cumpliendo los requisitos legales establecidos⁵; [no obstante, véase *ut infra*]; mientras que los documentos privados son elaborados por particulares, aunque su peculiaridad sea obtenida de modo negativo en el sentido que vienen a ser aquellos documentos que no se encuentran incluidos en el concepto de documento público⁶. Los documentos públicos no deben confundirse con los actos jurídicos *ad — solemnitatem* que, por lo general, sólo son una especie de aquéllos cuando son expedidos por funcionarios públicos competentes. Los actos *ad solemnitatem* son los actos en los que, para que surtan alguna relevancia jurídica, la ley civil, comercial o de otro orden exige que cumplan con ciertas formalidades o requisitos en su constitución. No todo documento público reviste la

⁴ En diverso sentido, en la ciencia penal argentina Creus, Carlos; Falsificación de documentos en general; p. 35 quien considera que la diferencia entre documentos públicos y privados sólo se refleja en la medida de la pena.

⁵ Cfr. Orts Berenguer, Enrique; Comentarios al C.P. de 1995; T II; p. 1741; Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 329 quien define al instrumento público como “el instrumento extendido por los escribanos o funcionarios públicos en la forma que la ley determina”.

⁶ En este sentido Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal (P.E.); p. 696; Creus, Carlos; Falsificación de documentos en general; p. 45; Chocano Rodríguez, Reiner; Análisis dogmático de la falsedad documental del artículo 427 del C.P. peruano; en Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal; p. 497.

calidad de un acto ad – solemnitatem, pues éstos son una especie del género más amplio. El monopolio en la expedición de los documentos públicos pertenece al Estado y al ejercicio de la función pública y no a los particulares, por más poder que éstos tengan o por más importancia pública que revistan sus documentos privados.

La condición de documento público no depende de la finalidad ni del destino⁷ que tiene el documento o de los efectos sociales del mismo, sino de su origen y su intrínseca naturaleza. La relevancia pública de un documento no la confiere ni la intencionalidad del agente, ya que puede tratarse de un particular, ni la importancia objetiva que reviste la declaración documental para la vida del Estado. Ella no se encuentra condicionada a las consecuencias que la manifestación escrita o documental tenga para el gobierno o a la trascendencia que revista para la sociedad en general. Un asunto de Estado que se aborda por el Presidente o uno de sus Ministros de manera privada contenido en comunicación epistolar normal, que se adultera o confecciona completamente, a lo sumo dará lugar, en el ámbito de los delitos en comentario a una falsedad documental material de documento privado. Asimismo, las querellas, denuncias o acciones civiles en las que se patrocinan o se defienden intereses estatales, si en su elaboración no interviene un Funcionario público, sino un estudio privado de abogados, deberán seguir considerándose documentos privados.

Tampoco es correcto estimar que la mera presentación de un documento privado en un organismo público – como, por ejemplo, su ingreso a la mesa de partes – dota de naturaleza y condición de documento público⁸. Para que ello suceda deben cumplirse con todas las

⁷ Cfr. Quintero Olivares, Gonzalo; Comentarios al nuevo Código Penal español; p. 1090 quien afirma que afortunadamente la doctrina y jurisprudencia española más reciente han comenzado a rechazar la existencia de los documentos oficiales [públicos] por destino, los cuales son aquellos documentos privados creados por el particular, pero que se dirigen a la administración.

⁸ Cfr. Orts Berenguer, Enrique; Comentarios al Código Penal de 1995; T II; p. 1742 refiriéndose al caso de los documentos oficiales propios del Derecho español.

formalidades que el respectivo procedimiento o la ley rituaría o procesal establecen. Esto podrá suceder cuando, por ejemplo, en el caso precedente, el documento privado se adjunte a un expediente judicial o administrativo⁹. En esta hipótesis, la falsificación del documento público se considerará luego que el documento privado haya sido insertado o incorporado en el expediente judicial o administrativo. Para que exista delito de falsedad no se requiere que el proceso haya concluido o se haya actuado dicha prueba.

Contra este planteamiento, regularmente aceptado en el Derecho comparado, se alza mostrando su oposición el penalista argentino Carlos Creus, quien estima que: “La solución no es convincente, ya que comporta una aguda confusión entre la prueba procesal y la prueba del documento en cuanto portador de la fe pública y suscitador de la confianza que en tal carácter implica. Si distinguimos una de la otra, veremos que el documento privado ofrecido y recepcionado como prueba en el proceso sigue siendo documento privado, pese a su inserción en las actuaciones¹⁰”. Finalmente Creus distingue del caso descrito “el supuesto que lo falsificado sea el acta judicial por medio de la cual el documento privado ha sido introducido en el proceso, o la constancia del actuario que da fe en las actuaciones del contenido del documento presentado, pues en ambos casos se trata de *actuaciones judiciales*¹¹”. La calificación jurídica que propone aquí este autor es el de

⁹ Cfr. Casas Barquero, Enrique; El delito de falsedad en documento privado; p. 240; Romero Soto, Luis; La falsedad documental; p. 102 Baigún, David – Tozzini, Carlos; La Falsedad Documental en la jurisprudencia; p. 75 aunque con distinta fundamentación, distinguiendo entre “los escritos de las partes o sus abogados y los escritos de los peritos, partidores, interventores judiciales, martilleros y otros auxiliares nombrados por el magistrado. En los primeros, para que exista documento público se exige una orden de agregación, mientras que en los segundos se estaría ante “verdaderos funcionarios por delegación”.

¹⁰ Creus, Carlos; Falsificación de documentos en general; p. 42 a ello añade: “Desde el punto de vista de la fe pública el valor de la *prueba* del documento no cambia por más que se lo invoque en juicio en vez que se lo haga ante particular a quien puede afectarlo”.

¹¹ Creus, Carlos; Falsificación de documentos en general; p. 42 y 43.

falsedad en documento privado sin perjuicio de la concurrencia de otros delitos, v. gr. contra la administración pública.

No creemos que a este punto de vista le asista la razón en base a tres cuestiones. En primer lugar, sostener que no se comete un delito de falsedad documental en documento público cuando se adultera un documento privado que se ha ingresado en un expediente o se incorpora a un proceso, supone plantear que el expediente judicial o administrativo no tiene la calidad de documento público, o en todo caso – y en la mejor de las hipótesis – implica afirmar que un expediente posee la calidad de “documento mixto”, el cual tendría una parte de documento público [v. gr. las diligencias, actas o resoluciones dictadas por el juez o la autoridad administrativa] y otra parte de documento privado, que se formaría en virtud a las pruebas o documentos que aportan las partes. Dicha consideración no resiste el menor análisis, dado que el soporte material que contiene el proceso, es decir, el expediente posee un rasgo unitario e inconfundible como es el constituir un documento público. En esa criticable línea de pensamiento también debería negarse la calidad de documento público a una escritura pública, ya que ella se forma sobre la base de un contrato o de una minuta de carácter privado. En segundo lugar, frente a la invocación que lo contrario importaría una confusión entre la prueba procesal y la prueba del documento en cuanto portador de la fe pública, cabe replicar que si bien la noción de prueba tiene una amplitud mayor que la prueba procesal, ambas no tienen sentido distinto ni significados contrapuestos, en la medida que permiten comprobar o contrastar una afirmación con la realidad¹². Es más, si bien la función probatoria del documento es más laxa que su alcance procesal no cabe duda que también lo comprende y abarca, de tal manera que más que confusión existe plena coherencia, lógica y jurídica, al aplicar la noción general de prueba al ámbito de un proceso y a los documentos privados contenidos en un expediente. Por último, un planteamiento como el

¹² Ampliamente, Miranda Estrampes, Manuel; *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*; p. 16, 19 y 29.

aludido supone olvidar de manera supina la noción de **documento complejo** que se define como aquel documento que está formado por documentos individuales que se encuentran unidos de manera lógica y ordenada reflejando una declaración de pensamiento¹³.

La consideración de los documentos como públicos debe someterse a algunas lógicas restricciones, pese a la referencia genérica que son aquellos en los que intervienen un Funcionario público, ya que de ser así su extensión sería ilimitada. Bastaría una simple legalización o participación de un Funcionario Público en un determinado acto jurídico celebrado entre particulares para estimar a dicho acto como un documento público. Creemos que el rol protagónico para determinar si un documento es público o no debe ser asumido por el *ordenamiento jurídico*, y específicamente por la ley y las normas jurídicas pertinentes. Sólo en la medida que éstas declaren expresamente qué documentos o instrumentos tienen el carácter de público, la judicatura podrá saber si nos encontramos frente a documentos cualificados en cuanto a su protección y naturaleza jurídica. Dicho papel no puede ser confiado — como a veces de manera equivocada se cree — a la sola intervención de un Funcionario público en la confección de un documento, pues debe recordarse que el Funcionario debe sumisión a la ley y que su actividad es válida únicamente en la medida que la respete, y no a la inversa como si la ley estuviera al servicio o supeditada a la voluntad del Funcionario. De ello se deduce que no todo acto o documento en el que participa o interviene un Funcionario público, ya sea rubricando o firmando el mismo, deberá ser reputado como documento público. Dicha consideración parte no tanto de la calidad de la persona que instruye el documento — la cual a la postre sólo está encargada de realizar la voluntad del Estado —, sino de manera originaria del orden jurídico y de las normas que lo componen e integran.

¹³ Al respecto, Córdoba Roda, Juan; Comentarios al Código Penal; Barcelona; T III; p. 785. Rodríguez Devesa, José María; Derecho Penal Español; p. 975; Echano Basaldua, Juan; en Compendio de Derecho penal (P.E.)(Director: Miguel Bajo Fernández); p. 778; Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal (P.E.); p. 696.

En el derecho comparado se ha discutido ampliamente sobre el carácter del documento público. Una postura distingue, por ejemplo, entre *actos formales y sustancialmente públicos* y *actos formalmente públicos y sustancialmente privados* [Manzini]. Los primeros son aquellos formados por el Funcionario público en el ejercicio de sus funciones, cuyo contenido es de Derecho público o reviste importancia jurídica en ese ámbito. Ellos serían los documentos legislativos, administrativos y judiciales. Respecto a los segundos, aquellos actos que en su aspecto formal son públicos y en su aspecto sustancial privados, se distinguen dos clases: los ejecutados por la administración pública como sujeto de derecho privado y los recibidos por los notarios y otros funcionarios semejantes¹⁴. Las consecuencias que se derivarían de aceptarse este planteamiento en nuestro Derecho positivo no tanto redundarían en la aparición de inconvenientes en los casos de los documentos formal y sustancialmente públicos, sino que la polémica se despertaría en los documentos formalmente públicos pero sustancialmente privados. En efecto, una escritura pública elevada por los particulares en la celebración de un negocio jurídico ante un notario público quedaría en el limbo y en la incertidumbre de si debe ser considerada un documento público o un documento privado, más aún si la participación del Funcionario público sólo se da sobre la presentación de un documento o un acto jurídico de carácter privado. Además, quedaría pendiente de solución a los problemas que aparecerían en el campo de la llamada falsedad ideológica.

Asimismo, surgen también otros criterios ya sea restrictivos o amplios de la noción de documento público. Uno de ellos considera que el concepto de documento público se agota en la enumeración y descripción que realiza la ley civil de los documentos públicos. Sin embargo, este planteamiento pasa por alto el hecho que los instrumentos públicos no se agotan en la enumeración que hace el C.C., pues dicha legislación se preocupa sólo de las relaciones jurídicas de coordinación entre particulares y de los negocios y actos jurídicos, pero no comprende

¹⁴ Ampliamente, véase Romero Soto, Luis; La falsedad documental; p. 101.

a documentos de indudable carácter público como los que provienen o cuya fuente es el Poder Legislativo o el Poder Judicial. De asumirse dicha tesis se llegaría al absurdo de proclamar que las sentencias o resoluciones legislativas o los títulos profesionales a nombre de la nación carecerían de la calidad de instrumento público. Se pasa por alto también que otras ramas del ordenamiento jurídico como el Derecho administrativo, el Derecho procesal o, incluso, el Derecho constitucional también pueden contener a un número amplio de documentos públicos.

Cercano al punto de vista descrito se encuentra el criterio que circunscribe la calidad de documentos públicos a los enunciados y recogidos por una ley en sentido formal¹⁵, ya sea la ley formal emitida por el Parlamento, una ley orgánica, un Decreto Legislativo, un Decreto Ley, etcétera. Las normas de inferior jerarquía al nivel normativo de las leyes formales no tendrían aptitud ni capacidad jurídica para crear documentos públicos, o, en todo caso, todos los documentos que se emita a pesar de provenir de órganos y de la voluntad estatal, no tendrían dicha calidad, sino que mantendrían la condición de meros documentos privados. Sólo las normas que posean el rango de ley en sentido formal podrían determinar que documentos serían considerados como públicos.

Las críticas que se pueden formular a este criterio son diversas. Por ejemplo, se destaca que una visión de esta índole, bajo el pretexto de una mal entendida seguridad jurídica – derivada de la exigencia de un particular status normativo – reduce y limita sin fundamento alguno la calidad de instrumento público, dejando fuera, por ejemplo, disposiciones administrativas de enorme valor y trascendencia en el campo del Derecho público y en la organización del Estado. Si se parte de una noción sistemática e integral del orden jurídico, que deplora cualquier provincianismo disciplinario, y si se pretende alcanzar con los aportes de

¹⁵ Así, Baigún, David – Tozzini, Carlos; *La Falsedad Documental en la jurisprudencia*; p. 73, 76 y 80. Sin embargo, aceptando el sentido de ley en una acepción amplia Fontán Balestra, Carlos; *Tratado de Derecho Penal*; T VII; p. 486; Creus, Carlos; *Falsificación de documentos en general*; p. 39 y 40.

cada rama jurídica una posible y futura Teoría General del Documento, en donde la noción de documento público ocupa un lugar central, difícilmente el planteamiento que se describe – eminentemente reduccionista – logrará imponerse, ya que implica asumir una visión sesgada, muy simplista y arbitraria de la organización estatal y de los intereses públicos que se patrocinan en las diversas instancias de la Administración pública; situación que obliga a tomar en cuenta la calidad de documento público desde un punto de vista normativo, pero que no forzosamente es compatible con el concepto de ley formal. De los muchos documentos públicos que existen hasta ahora en las diversas legislaciones del Derecho comparado sólo se llegaría a proteger un número muy limitado y reducido, que por cierto no necesariamente comprendería a los más relevantes para el tráfico jurídico. Se parte aquí de un falso principio o presupuesto como es el pensar que son las leyes formales las que recogen los documentos más importantes, enumerándolos; tesis peregrina que es fácil rechazar si se valora el hecho de que la labor legislativa ordinaria en nuestros países no responde a la trascendencia que pueden encerrar los documentos para el tráfico jurídico, más aún si existen documentos de indudable valor que no se encuentran recogidos por una ley ordinaria o en sentido formal. Además no se considera el largo y tedioso proceso que marca el iter legislativo que recorre toda norma para convertirse en una ley en sentido formal y que pretende introducir la protección de un documento confiriéndole la calidad de instrumento público. En ese sentido, la experiencia demuestra que lo más aconsejable es recurrir a una norma expedida por el Poder Ejecutivo, Decreto Supremo o Reglamento, que conceda dicha calidad. Desde el punto de vista del bien jurídico protegido surge también una severa crítica que hace ver que la seguridad en el tráfico jurídico que desempeña el documento no se reduce a los documentos escogidos por el legislador ordinario que se encarga de emitir y promulgar leyes formales, sino que desborda con amplia y rotunda laxitud tal esfera de acción. La seguridad en el tráfico documental no depende y no debe entenderse como la seguridad en el tráfico legal de documentos. Asimismo, y se toma en cuenta la función probatoria del documento, llegaría-

mos a plantear — si se asume la tesis aquí criticada — el regreso a un sistema tasado de prueba que estaría condicionado a la actividad legislativa de turno. Lejos de avanzar en el tiempo regresaríamos al más oscuro y tenebroso pasado.

Otra postura, que es la más extendida en los tribunales y en la doctrina penal, considera documento público a todo aquel instrumento expedido por los funcionarios públicos. Por encima del criterio que repara en si el documento se encuentra regulado en la ley o en una norma jurídica, la atención se focaliza en la intervención de un Funcionario público en la creación del documento. Sin renunciar a un criterio normativo, esta postura atiende a la persona o al órgano estatal que emite la declaración en un soporte material. Por tanto, estaremos ante un documento público cuando en su elaboración o autenticación participe una autoridad estatal, sin importar su rango o jerarquía o si el acto se halla previsto en una ley en sentido material o formal. Si el anterior punto de vista representa un planteamiento restringido o limitado, el que se analiza como contrapartida constituye una concepción amplia acerca del concepto de documento público. La ventaja de este criterio sería el permitir una tutela penal más amplia de los documentos que reciben la confianza y el crédito social y en los que interviene un funcionario público que imprime una mayor garantía y valor jurídico — social a los actos jurídicos que los particulares celebran entre sí o que la organización estatal requiere para su mejor funcionamiento y eficiencia. Se abandona el planteamiento anterior restringido por ser excesivamente formal y tender a la inmovilidad del tráfico documental, el cual estaría condicionado sólo por las normas jurídicas escritas que no suelen acompañar la evolución social y que además no valoran las necesidades del caso concreto, hecho que sí puede lograr el Funcionario con su sola intervención.

Sin embargo, ni bien se analizan las posibles consecuencias de la asunción del criterio amplio anotado, se llegan a advertir serias falencias que redundan en su crítica y la poca conveniencia de su admisión. Una de las principales desventajas que se le reprocha es el llegar a una concepción ilimitada de documento público, en la medida que para que un documento adquiriera dicha calidad basta que un Funcionario lo haya

constituido o intervenga de cualquier manera. Una simple legalización o una certificación llegaría a constituir documento público, pero también el documento menos importante podría revestir dicha calidad. Es más, toda declaración de pensamiento que emita el funcionario y que se refleje en un soporte material se convertiría en un objeto de tutela privilegiado por el Derecho penal, sin que sea necesario remitirse a un criterio ulterior. Bajo esta premisa llegaríamos a proteger incluso las documentaciones arbitrarias o antojadizas en las que participe el funcionario, ya que bastaría su intervención para que se convierta lo privado en público o lo irrelevante en un acto con trascendencia jurídica [pública]. Este planteamiento no es compatible con los lineamientos y con los principios de organización jurídica de un Estado de Derecho, en donde la actividad de toda autoridad estatal está sometida y sujeta a la ley, en la que ella sólo encuentra respaldo y legitimidad siempre que la respete y se mantenga fiel al sentido objetivo de la norma. Muy por el contrario, el criterio anteriormente glosado se compadece con el programa jurídico – político de un Estado autoritario y antidemocrático que hace al Funcionario y al concepto de autoridad omnipotente y todopoderosa, colocándolos por encima de cualquier norma jurídica y del Derecho mismo. Por otro lado, el principio de intervención mínima y de actuación fragmentaria del Derecho penal repudia y se aleja de este punto de vista, pues extiende de manera desmedida y sin ningún fundamento el ejercicio de ius puniendi estatal, llevándolo hasta extremos desmesurados.

Para evitar una extensión tan amplia del concepto de documento público creemos que se debe partir de la exigencia que sea el orden jurídico el que imponga dicha calidad, ya sea mediante una ley en sentido formal o una ley en sentido material, sin reparar en su escala o en su pertenencia a un nivel normativo determinado. Sólo así se lograría articular las exigencias de seguridad jurídica con las pautas político – criminales más importantes, que reclaman una protección penal reforzada para aquellos documentos que encierren una mayor confianza y seguridad en las relaciones socio – económicas y que posean una trascendencia jurídica indiscutible, tanto en su función de perpetuación como sobre todo en su función probatoria. No es que la actuación del

funcionario público no se requiera o sea prescindible [esto es imposible en virtud a que los funcionarios se encargan de actuar y ejecutar la voluntad estatal], sino que la actividad que realizan es derivada y no originaria. La causa jurídica original para que los funcionarios creen documentos públicos no es su voluntad, sino la ley. No es que los funcionarios creen o configuren documentos públicos por su voluntad o posición, sino que ello sólo sucede porque el ordenamiento jurídico así lo reconoce, delegándoles un conjunto de facultades y atribuciones. Con ello el papel protagónico que desempeñan los funcionarios públicos pasaría a un segundo plano respecto a la importancia y trascendencia que adquiere, como es lógico, el ordenamiento jurídico, el cual obraría como razón suficiente de la calidad o no de documento público.

Sin embargo, la exigencia que sea el orden jurídico, en sus diversos ámbitos y disciplinas normativas, el que determine cuándo estamos ante un documento público debe matizarse precisándose un requisito adicional y que marca la relación o conexión entre el ordenamiento jurídico [ley en sentido formal, reglamento, estatuto, decreto, ordenanza, etc.] y el funcionario público. Esta relación dinámica y permanente viene a reflejarse en las facultades, atribuciones y competencias objetivas que el ordenamiento jurídico concede al Funcionario para que expida una determinada clase y tipo de documentos públicos. Esta delegación de funciones o roles que realiza el orden jurídico al funcionario nunca es absoluta, genérica y abierta, sino que tiene limitaciones que derivan de la misma norma jurídica que concede las facultades, de la organización del servicio o de la función pública que se desempeña, o del mismo orden constitucional. Lo dicho tiene hondas repercusiones en el ámbito de la tipicidad objetiva del delito de falsedad documental, pues sólo se podrá sancionar por el delito referido si el Funcionario a quien se le imputa la autoría [falsa] del documento tenía competencia o estaba dentro de sus funciones el expedir, autenticar o formar dichos documentos. Así, por ejemplo, no habría falsedad documental si a un notario XX se le imputa mediante el contenido y el uso de su firma y sello el haber emitido una sentencia judicial, ya que no tiene facultades para ello.

La calidad de documento público no depende del contenido o del tenor del documento público, ni de si afecta los intereses estatales o los perjudica, ni tampoco de si el documento posee la calidad de reservado o secreto, tal como sucede, por ejemplo, con los partes del servicio de inteligencia nacional o de las fuerzas de seguridad del Estado. Constituye un grueso error pretender determinar la calidad de documento público por el contenido del mismo, pues también un instrumento público puede tratar sobre relaciones jurídicas privadas, tal como sucede con el ejemplo paradigmático de la escritura pública. Tampoco es necesario que el documento público sea oponible *erga omnes*, aunque muchos documentos públicos tengan dicha calidad, pues con ello generalmente se comprendería a los documentos públicos de carácter civil, pero no se abrazaría a algunos de los documentos públicos de carácter legislativo, administrativo o judicial.

Un sector de la doctrina considera que la falsificación de un documento público nulo puede dar lugar al delito de falsedad documental en documento privado¹⁶, modificando o variando la imputación en la medida que exista o no validez del documento. Sin embargo, si aplicamos fielmente y con amplia coherencia los criterios anteriormente enunciados, en donde se sostenía la posibilidad de cometer falsedad documental en documentos nulos o anulables [ut supra], haciendo la salvedad de los documentos que reflejaban actos jurídicos inexistentes, no vemos aquí inconveniente alguno para estimar que la adulteración de un documento público debe admitirse sin variar el título de la calificación. Plantear la exigencia o necesidad para sancionar la falsedad en documento público que dicho documento sea válido, supondría negar la comisión del delito en caso se creara completamente un documento público falso, que por definición es ya un documento absolutamente nulo. Por otro lado, implicaría confundir la nulidad o anulabilidad del acto jurídico con la

¹⁶ Así, en la doctrina española Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal (P.E.); p. 696 y en la argentina Creus, Carlos; Falsificación de documentos en general; p. 51.

existencia del documento, cuando, como bien ha remarcado la doctrina, una cosa es el acto jurídico y otra muy distinta el documento¹⁷.

La ley no distingue entre las clases de documentos públicos ni establece una jerarquía de éstos, como tampoco se restringe a castigar la falsedad que recae sobre los instrumentos públicos más importantes para el tráfico jurídico, sino que brinda tutela abierta e indiscriminada a todo documento público independientemente de cualquier valoración adicional que se pueda hacer sobre el mismo o sobre el contenido del acto o de la declaración. La ley peruana, tal como sucede en otras legislaciones, sanciona sin más la falsificación que afecta a todo documento público. De manera explícita ella no establece una graduación o una jerarquización de los diversos instrumentos públicos que componen el orden jurídico y que se hallan diseminados en el amplio entramado social, sino que de modo genérico y flexible extiende la tutela penal a toda forma de declaración asentada en un soporte material imputable a un autor, que tenga carácter público.

Sin embargo, una cosa es la tutela jurídico – penal de todo instrumento público y otra que se castigue con la misma penalidad a toda falsificación de un documento público. En realidad, si se acepta y admite que la mayor penalidad de la falsificación del documento público respecto al documento privado reside en el más grave disvalor del objeto que se ataca, se debe también estar de acuerdo que dicho disvalor es graduable según la clase de documento público que se trate, ya que no todo instrumento público tiene el mismo valor ni puede afectar los intereses de terceros de la misma manera, lo cual repercute en la magnitud del injusto, en la culpabilidad y, como es obvio, en la pena¹⁸. Cuando la ley peruana brinda un marco penal amplio a la sanción de la

¹⁷ Véase, Bacigalupo, Enrique; *El delito de falsedad documental*; p. 35 – 38.

¹⁸ Esta situación contrasta profundamente con el disvalor de la acción del delito de falsedad documental que siempre se mantiene inalterable por la descripción típica que realiza la ley de las posibles modalidades comisivas: el hacer, en todo o en parte, un documento falso o el adulterar uno verdadero.

falsedad documental de instrumento público que va de los dos a los diez años, debe entenderse — pese a la excesiva diferencia entre el límite mínimo y máximo — que se toma fundamentalmente en cuenta la situación descrita, cuya valoración final siempre ha de depender de la clase de documento público que se falsifica y de las circunstancias del caso concreto.

El Código penal peruano equipara a la calidad de documento público — aunque originalmente no tengan esta característica — al testamento ológrafo y cerrado, a los títulos valores y a los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador (art. 433)¹⁹. Dicha homologación debe entenderse efectuada sólo a efectos de la penalidad y no como si fueran realmente documentos públicos genuinos, pues ello implicaría afirmar, por ejemplo, que la falsedad ideológica puede recaer también sobre dichos documentos²⁰. Como correctamente señaló Soler: “Los documentos equiparados en sí mismos no tienen ni más ni menos fe pública que un documento privado cualquiera. La protección de la fe pública en cuanto se refiere a los documentos privados es sólo un medio

¹⁹ El artículo 235 del Código Procesal Civil prescribe: “Es documento público: 1° El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; y 2° La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia. La copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario según corresponda”.

La polémica que puede suscitarse alrededor de la definición de documento público es si su alcance sólo depende de la definición legal efectuada por el C.P.C. o si es necesario remitirse a otros sectores del ordenamiento jurídico. A nuestro criterio sólo la apelación a una interpretación sistemática que tenga en cuenta las regulaciones jurídicas de otros sectores del ordenamiento de lo que se entiende por documento público puede resolver el problema, más todavía si el C.P. no brinda una definición de documento ni enumera ni define al documento público.

Cabe señalar, no obstante, que la noción penal de documento público es más amplia que la noción manejada por el Derecho Civil o el Derecho Procesal, dado que comprende a los documentos legislativos, administrativos y judiciales.

²⁰ Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 332 quien afirma que “La equiparación contenida también en la legislación argentina no es *quoad substantiam*, sino sólo *quoad poenam*, esto es, a los fines de la penalidad”.

indirecto de defensa contra posibles perjuicios, principalmente de orden patrimonial. La ley ha querido otorgar a esos casos una protección más intensiva, pero no más extensa²¹. Nuestra ley penal no distingue entre documentos públicos y oficiales – como si lo hace, por ejemplo, la legislación española – por lo que éstos deben entenderse como una especie de aquellos²².

Se debe advertir que la calidad de documento público no requiere que los efectos del documento repercutan en la sociedad o en el Estado mismo. Sin embargo, cuando ello suceda y el documento además sea expedido por un Funcionario Público competente, estaremos de manera indubitable frente a esta clase de documentos. Como ejemplos pueden citarse las actas legislativas, los decretos del poder ejecutivo, las ordenanzas municipales, las resoluciones judiciales o administrativas, las notificaciones, la comunicación oficial de un nombramiento, los libros y certificaciones de los Registros Públicos, los documentos expedidos por la policía [atestados, constancias, certificaciones, etc.], los diplomas y certificados de universidades o instituciones públicas, las partidas de nacimiento, defunción o matrimonio, etc. Hay documentos públicos que no pierden dicha condición a pesar que su empleo sea privado o sólo interese a su titular, como es el caso de un pasaporte, o del DNI e, incluso, el duplicado de este documento²³.

La calidad de documentos públicos no se confiere únicamente a los documentos peruanos, sino que también poseen dicha calidad los documentos públicos extranjeros que encierran la mencionada condición según la ley vigente del país en el que se produjeron²⁴. No hay mayor

²¹ Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 332.

²² Véase ampliamente, Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 119 y 218.

²³ En contra Chocano Rodríguez, Reiner; Análisis dogmático de la falsedad documental del artículo 427 del C.P. peruano; en Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal; p. 497 quien considera, a nuestro entender de manera equivocada, a un pasaporte como un caso de documento privado.

²⁴ Cfr. Creus, Carlos; Falsificación de documentos en general; p. 45.

inconveniente para que los documentos públicos extranjeros tengan valor en los tribunales peruanos. Ése es el caso muy frecuente de los pasaportes o las partidas de nacimiento. Sin embargo, debe enfatizarse el hecho que la calidad de documento público no la da el Derecho peruano, sino el orden jurídico del país en donde la declaración se asentó materialmente. Por otro lado, la simple alegación por parte del agraviado o por una de las partes que el documento extranjero tiene la calidad de instrumento público no basta para fundar una sentencia penal por falsedad material en documento público. Ello dependerá de la prueba de la ley de origen.

Los documentos privados si bien pueden obtenerse por exclusión [no son documentos públicos] deben gozar en concreto de la aptitud probatoria y de relevancia jurídica si es que pretenden tener alguna trascendencia jurídico penal²⁵, pues, aunque sea algo obvio, debe recordarse que no toda falsificación de un documento privado requerirá la intervención del Derecho penal. Sólo así se logra concretar el contenido programático del principio de intervención mínima, que de disolverse en los delitos de falsedad documental traería consigo una extensión ilimitada del *ius puniendi*. Debe recordarse que dicho principio se expresa aquí – aunque también en los documentos públicos – de manera bifronte: por un lado exige que la falsedad o la acción de falsificación pueda ser utilizada para probar un hecho jurídicamente relevante o para crear un derecho u obligación; y, por otro lado, que dicha conducta sea apta o idónea para causar un perjuicio a un tercero. Estos dos requisitos deben concurrir obligatoriamente de manera convergente. No hay delito de falsificación de documentos cuando con la falsedad se puede crear un

²⁵ Cfr. Morillas Cueva, Lorenzo; en *Curso de Derecho penal español* (Director: Manuel Cobo del Rosal); p. 231; Orts Berenguer, Enrique; *Comentarios al C.P.* de 1995; T II; p. 1757: “El documento privado debe ser susceptible de constituir, disponer, testimoniar un derecho, un hecho de trascendencia jurídica, ya que en otros supuestos la ley penal no puede dispensar protección a documentos estériles, como carentes de toda posible efectividad frente a los demás sujetos”.

derecho pero sin causar perjuicio a un tercero, o cuando se puede causar un perjuicio pero sin poder acreditar un hecho o demostrar un derecho o una obligación.

En el concepto de documento ingresan tanto los originales como los duplicados. Se discute si las copias también pueden integrar la noción de documento. El inc. 2 del art. 235 del Código Procesal Civil prescribe que una copia del documento público tiene el mismo valor que el original si está certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario según corresponda. Pese a todo, aquí puede plantearse un problema con profundas consecuencias en la órbita del Derecho penal, referido a si la mención legal que una copia del documento público tiene el mismo valor que el original debe entenderse como si dicha copia adquiere la calidad de documento público o si el mencionado valor debe entenderse no en el sentido que estamos ante un documento público, sino que la copia autenticada asume el valor o peso equivalente al de un documento público, pero sin que en realidad adquiera dicha condición. Si se asume que una copia certificada es un documento público la pena a imponerse será de dos a diez años, pero si se considera que el valor señalado debe entenderse sólo a fines procesales — que no tienen por qué repercutir en el ámbito del Derecho penal — la pena será de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días — multa, pues estaríamos ante un documento privado.

En la solución de este problema creemos que es necesario determinar si nos encontramos ante un duplicado o frente a una copia simple que requiere autenticación. Sólo en el primer caso estaremos ante la calidad de un documento público, v. gr. la copia que extiende el notario de la escritura pública y que lleva luego cada una de las partes. Sin embargo, cuando nos encontremos ante copias o fotocopias simples que no han sido autenticadas originalmente, pero luego han sido certificadas, participamos de la idea que tales instrumentos por ese solo mérito no pueden adquirir la calidad de documentos públicos; de tal manera que la alteración o falsificación de una copia certificada no constituirá falsedad documental de documentos públicos, sino a lo sumo de documento privado. El punto de vista contrario tendría que admitir el castigo por

falsedad de documento público en el caso en que se extiende una copia fraguada de un documento inexistente. Cosa distinta sucede cuando se falsifica completamente [se hace o confecciona] una escritura pública o cualquier documento público como, por ejemplo, un pasaporte o un título a nombre de la nación. Aquí estaremos ante la falsedad de un documento público.

Resulta sumamente problemático dilucidar si una simple fotocopia puede asimilarse a la categoría de documento. A nuestro entender el adulterar una fotocopia no constituye delito de falsedad documental, ya que una fotocopia no tiene aptitud probatoria y no puede crear un derecho y una obligación; además no goza de la función de autenticidad, pues nadie puede garantizar con objetividad su correspondencia con el original. La alteración de una fotocopia a lo sumo puede configurar un engaño, propio del delito de estafa, pero no da lugar a un delito de falsedad documental²⁶. Sin embargo, las fotocopias autenticadas sí son documentos [ut supra: II.5].

Por otro lado, las **legalizaciones o certificaciones de un documento privado** [o la simple intervención otorgando fe pública de un funcionario del Estado] **no convierten a este instrumento en documento público**, tal como correctamente lo dispone el art. 236 del Código Procesal Civil. Por ello, una carta notarial debe considerarse como una especie de documento privado, a pesar de la intervención de un notario público. Sin embargo, las certificaciones o actas en las que participa un notario como Funcionario público, verificando un determinado hecho o acto, sí deben ser consideradas como documentos públicos.

Como ejemplos de documentos privados pueden citarse las actas de una asamblea, el reconocimiento de una obligación, una declaración testimonial no autenticada por funcionario público, una denuncia [escrita] promovida por un particular por la comisión de un delito, una

²⁶ Bacigalupo, Enrique; El delito de falsedad documental; p. 13.

carta, un diploma o título concedido por una institución privada sin valor oficial, los contratos de arrendamiento o de compraventa privados, las actas que los particulares celebran concurriendo ante un funcionario público para que les otorgue autenticidad, las minutas, etc.

Cabe distinguir también los casos en los que un documento privado es incorporado o pasa a formar parte de un documento público complejo, por ejemplo, un contrato privado se integra como una de las pruebas a un expediente judicial. Aquí, si la falsificación del documento privado [contrato] es posterior a la incorporación en el documento público se habrá cometido un delito de falsedad en instrumento público, por más que se considere que el contrato, estimado autónomamente, sea un documento privado²⁷.

²⁷ Cfr. Echano Basaldua, Juan; en Compendio de Derecho penal (P.E.) (Director: Miguel Bajo Fernández); p. 784.

CAPITULO IV
LA FALSEDAD MATERIAL
TIPO DEL INJUSTO

LA FALSEDAD MATERIAL TIPO DEL INJUSTO

I.- TIPO OBJETIVO

- a) **Acción típica: El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero.-**

Según el art. 427 del C.P. peruano la conducta típica del tipo básico del delito de falsedad documental material consiste en *hacer* [en todo o en parte] *un documento falso o adulterar uno verdadero*. Se describen dos modalidades de comportamiento que generan la incriminación a título de falsificación de documentos. Por mandato del principio de legalidad, que se encarga de expresar a su vez el carácter fragmentario del Derecho penal, cualquier otro comportamiento que no consista en hacer un documento falso o adulterar uno verdadero debe quedar impune, a pesar de la alta gravedad o reprochabilidad que pueda albergar. La ley sólo desvaloriza y pune dos acciones típicas y deja sin sanción jurídico penal cualquier otra modalidad comisiva. Si se quisiera extender el significado de la ley más allá de su sentido literal posible se incurriría en una construcción analógica de la ley penal, vedada tanto por nuestro texto constitucional como por una de las consecuencias del principio de legalidad [la prohibición de analogía *in malam partem*¹].

¹ Sobre este punto in extenso Urquiza Olaechea, José; La prohibición de analogía en Derecho penal; en Revista Peruana de Ciencias Penales; Lima; N° 9; 2000; p. 627; él mismo; El Principio de Legalidad; Lima; Gráfica Horizonte; 2000; p. 93.

1.- El que hace, en todo o en parte.-

El hacer, en todo o en parte, un documento falso equivale a crear, fabricar o confeccionar un documento que no existe. El documento falso, tal como se encuentra regulado en nuestra legislación, requiere que su preparación o confección corra a cargo de una persona y que él mismo – al menos en su literalidad – no exista previamente. Si en caso el documento tuviera una existencia previa o anterior a la acción material y sólo se modificara uno de sus elementos o signos de autenticidad se habrá realizado la segunda clase de conducta típica: la adulteración.

El crear un documento falso afecta principalmente la función de garantía o de autenticidad por encima de cualquier otro rol funcional del documento, en el sentido que se presenta a un autor que no coincide con aquél que efectivamente ha realizado la declaración documental². No es que este elemento típico vulnere de manera exclusiva y excluyente la función de garantía, dado que también se afecta el papel probatorio del documento toda vez que un documento falso será un instrumento inidóneo para probar una relación o un hecho relevante para el ordenamiento jurídico, pues se tratará de una prueba falsa y que no presenta realmente a quien lo ha emitido.

El atentado contra la función de autenticidad recae generalmente sobre la imitación de la firma, rúbrica o de otros signos que dan autenticidad al documento o consiste también en la imputación de una declaración a una persona distinta al autor real sin que se imite directamente la firma, suplantando la personalidad. Aquí se crea una apariencia de documento que busca engañar o inducir a error al tráfico jurídico sin necesidad que el supuesto autor exista en la realidad y su contenido se adecue a la realidad o sea verdadero³.

² Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal*; Barcelona; Cedecs; 1999; p. 603 y ss; García Cantizano, María del Carmen; *Falsedades Documentales*; Valencia; Tirant lo Blanch; 1994; p. 316; Soler, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*; Buenos Aires; Tea; 1963; T V; p. 321 para quien “*Hacer un documento falso será por lo tanto falsificar afectando los signos de autenticidad*”.

³ Cfr. García Cantizano, María del Carmen; *Falsedades Documentales*; p. 316.

Un documento es **auténtico** cuando las manifestaciones contenidas en el soporte material pertenecen al sujeto que las emite y cuyo nombre, firma, rúbrica u otro signo identificatorio está consignado. La autenticidad no depende, ni se encuentra condicionada a si lo que se dice es verdad, toda vez que lo que se protege aquí no es la confianza en el contenido, sino la confianza en la atribución o pertenencia de la declaración. No interesa ni es relevante si lo que se afirma o niega es verdad o es mentira, pues la coincidencia de la declaración documental con la realidad no se toma en cuenta, sino la relación que existe entre la declaración, como emanación y expresión del pensamiento con el sujeto que realmente la realizó. Lo que se protege y tutela es la coincidencia entre la declaración y el autor real de la misma, hablándose de una relación de identidad o vinculación entre la declaración y su autor; de tal manera que sólo se punirá aquello que implique una discrepancia al mediar una imputación falsa respecto a la autoría de la manifestación.

La prueba que en la falsedad documental material se castiga la vulneración de la función de autenticidad del documento y que se sanciona toda conducta que la afecte a pesar que signifique el respeto a la verdad o importe una coincidencia de la declaración con la realidad lo da de manera clara el castigo de la llamada falsedad veraz la cual supone la atribución de una declaración documental a la persona que no la hizo a pesar que se respeta la verdad de los hechos⁴. Ello sucede cuando el acreedor al no tener como probar una deuda confecciona un documento donde la hace constar o confecciona un documento en la que presuntamente el deudor la reconoce. La falsedad documental no implica negar que el acto jurídico que busca probar el documento ha existido, ya que dicho extremo a efectos del delito es irrelevante. Incluso puede suceder que el acto jurídico o el negocio efectivamente haya sucedido y que lo que contenga el documento sea absolutamente cierto, pero igual habrá falsedad documental si la persona que figura como autor del mismo no

⁴ Cfr. Bacigalupo Enrique; *El Delito de Falsedad Documental*; Madrid; Dykinson; 1999; p. 22; Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico - penal*; p. 458.

lo ha emitido o suscrito. En sentido contrario, no hay falsedad documental material cuando el documento se basa en un hecho o acto jurídico inexistente siempre y cuando sea suscrito o declarado por el mismo autor que así lo hace constar⁵. Por ello, es conveniente distinguir entre la autenticidad o la naturaleza genuina del documento, que se refiere a la imputación de la declaración respecto a su autor real, de la veracidad que alude al contenido y al tenor de la declaración documental. Un documento es auténtico cuando el autor aparente coincide con el autor real, es decir la imputación de la autoría recae sobre el sujeto que efectivamente hizo la declaración; situación que contrasta con la veracidad por la que el contenido de la manifestación concuerda con la realidad que describe o materializa⁶.

Por su parte, un documento es **inauténtico** cuando las manifestaciones o declaraciones que el soporte material contiene no pertenecen al autor que las ha formulado, pero que a pesar de todo le son atribuidas. De modo abreviado se puede afirmar que un documento es inauténtico cuando engaña o miente sobre la identidad del autor de la declaración o existe una discrepancia entre el autor que figura como autor aparente y el verdadero autor de la declaración; o la imputación o atribución de la autoría de la declaración es falsa o mendaz. Para determinar cuando estamos ante un documento inauténtico y con ello fijar si se comete o no el delito de falsedad documental es necesario reparar primero quien es autor real de la declaración, en virtud a que no hay autenticidad cuando el autor aparente del documento no coincide con el real. En estos casos y afinando lo que debe constituir una correcta metodología jurídica en la investigación cuando se crea un documento falso es indispensable: 1) Determinar quien se encuentra como autor aparente del documento, pues sólo basándonos en este hecho se puede saber si se ha cometido o no delito de falsedad documental; y 2) Averiguar quien es el autor real de

⁵ Cfr. Bacigalupo Enrique; *El Delito de Falsedad Documental*; p. 40.

⁶ Al respecto, García Cantizano, María del Carmen; *Falsedades Documentales*; p. 233.

la declaración, aunque este extremo no será siempre posible de fijar en la medida que se puede tratar de un autor irreal o imaginario⁷. La vulneración de la función de autenticidad del documento puede ocurrir, según Soler, de dos maneras: a) Atribuyendo la manifestación a alguien que no es su autor; b) Atribuyendo la manifestación propia a una persona supuesta, ya sea utilizando un nombre real o inventado⁸. Un documento sigue siendo inauténtico si de los dos, tres o más firmantes por lo menos a uno no se le puede imputar la calidad de autor de la declaración que allí figura, lo cual no implica que el documento deje de ser auténtico respecto a las otras dos o más personas que figuran como declarantes y que han efectuado realmente dicha declaración del pensamiento.

En la doctrina penal existe una noción amplia y una estricta de la autenticidad del documento. La concepción amplia sostiene que la autenticidad debe comprender tanto al autor del documento como al lugar y fecha en el que se emite y al hecho o negocio jurídico que recoge o contiene; de tal modo que el documento podrá ser inauténtico cuando la declaración no recoja uno de los elementos esenciales del documento como es la identificación del lugar y la fecha. Las críticas que se vierten contra este punto de vista destacan que de asumirse se terminaría por vaciar de contenido a las falsedades ideológicas, ya que toda alteración anterior o posterior a la fecha y lugar del documento acarrearía el castigo por falsedad documental. Asimismo, implicaría sancionar como falsedades documentales meras simulaciones civiles en donde de manera ficticia se finge la firma de un contrato o la celebración de un negocio jurídico v. gr. indicándose una fecha o un lugar imaginario [falso], pero en las que el autor de la declaración es real o en términos más sencillos no existe una discrepancia entre el autor que aparece en el documento y el autor real. Por otro lado, la concepción estricta de la autenticidad toma como único referente y punto de apoyo a la identidad de la declaración con el autor

⁷ Véase Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico - penal*; p. 473.

⁸ Soler, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*; T V; p. 323.

que la fórmula, sin reparar en otro dato o elemento del documento por más esencial que sea⁹.

La creación de un documento falso supone sobre todo una ruptura de la relación de identidad que debe existir entre el autor aparente y el autor real del documento, gestándose de esta manera una apariencia o una imitación de documento que atenta contra la función de autenticidad¹⁰. Se alude también que la creación supone tanto la formación de algo que no existe sea partiendo de la nada [creación total], sea partiendo de la objetividad existente a la que se agrega una creación [creación parcial]¹¹. No interesa ni es relevante aquí si el autor aparente [falso] que suscribe la declaración ha existido o existe o si la declaración coincide con la realidad¹². La creación falsa de un documento es distinta y se separa por completo de la veracidad de la declaración. Pues como dice Soler: “Por el hecho de que un documento auténtico relate una mentira, no por ello se transforma en un documento falso; en este caso lo falso es el *hecho* relatado, pero no el documento que es genuino: es el documento de un mentiroso¹³”. Incluso, y tal como la experiencia judicial lo demuestra, puede llegar a suceder que la declaración, autónomamente considerada, sea veraz, porque refleja realmente un hecho o relación jurídica que ha acontecido v. gr. el tantas veces aludido caso de la prueba escrita de la deuda que se crea pese a no existir el soporte material que lo acredite. En este supuesto [la llamada falsedad veraz] pese a la declaración veraz existe falsedad documental en la medida que no estamos ante un documento auténtico en virtud que el deudor no ha suscrito ningún documento.

⁹ Ampliamente, Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 467 y 470.

¹⁰ Cfr. García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 315.

¹¹ Así Creus, Carlos; La Falsificación de documentos en general; Buenos Aires; Astrea; 2 ed. 1993; p. 53; Echano Basaldua, José; Compendio de Derecho Penal [Dirigido por Miguel Bajo Fernández]; p. 791.

¹² Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 460; Echano Basaldua, José; Compendio de Derecho Penal [Dirigido por Miguel Bajo Fernández]; p. 791.

¹³ Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 322.

La creación de un documento puede ser cometida tanto por el funcionario público como por el particular y puede recaer tanto sobre un documento público como en un documento privado¹⁴. Ello no supone, como es obvio, que la falsedad de documento público sólo pueda cometerse por un particular y que la falsedad de documento privado pueda ser cometido por el funcionario público, en virtud que la comisión de la falsedad no se encuentra condicionada a la calidad del autor. Así, por ejemplo, un funcionario público puede falsificar tanto un documento privado como un documento público, como un particular puede falsificar un documento público y un documento privado. Sin embargo ésta situación, propia de la falsedad material, contrasta profundamente con la falsedad ideológica, la cual recae sobre un documento público y que según lo reconoce la doctrina más autorizada sólo puede ser cometida por el funcionario público, ya que únicamente a ellos puede imputársele un deber de veracidad, excluyéndose de su ámbito a los particulares¹⁵.

El documento falso que se hace, elabora o crea debe poseer la apariencia de veracidad tanto en su forma, estructura y confección generando la imagen de un documento genuino o auténtico, apto y relevante para ingresar y engañar al tráfico jurídico¹⁶. No es necesario que el documento que se crea o simula reproduzca minuciosamente cada uno de los signos del documento auténtico sino que basta que conserve la apariencia de fidedigno¹⁷. Dicha creación, parcial o total, puede llevarse a cabo y ejecutarse en formularios empleados normalmente en la Administración pública [v. gr. declaración de rentas de aduanas o

¹⁴ Cfr. Romero Soto, Luis; *La Falsedad Documental*; Bogotá; Temis; 4 ed.; 1993; p. 171.

¹⁵ Ampliamente, Bacigalupo Enrique; *El Delito de Falsedad Documental*; p. 43, 49 y ss.

¹⁶ Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico - penal*; p. 466.

¹⁷ Cfr. Conde - Pumpido Ferreiro, Cándido y Burkhalter Thiébaud, Joaquín; *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*; Madrid; Trivium; 1997; T III; p. 3674; Orts Berenguer, Enrique; *Derecho Penal*; Valencia; Tirant lo Blach; 3 ed.; 1999; p. 722.

formularios de la administración tributaria, notificaciones licencia para conducir o portar armas, etc.]; en el tráfico privado [v. gr. letras de cambio, cheques, pagares, facturas de hoteles, servicios o de la compra de cualquier bien, etc.], siendo su característica común el tener un formato o configuración previa. Pese a la frecuencia respecto a que la falsedad recae sobre un determinado formulario o soporte jurídico — comercial reconocido nada obsta para que ella también aparezca en un papel en blanco como una carta o una solicitud determinada. La forma que ostente el documento o las características que revista no interesa en la medida que sirva para dar una apariencia de documento veraz y genuino.

En la doctrina se discute, empero, qué debe entenderse por **creación o formación total** del documento falso, pudiéndose hallar dos posiciones al respecto.

Una de ellas destaca que la creación o formación total de un documento consiste en hacer un documento completamente atribuyendo su texto a quien no lo ha otorgado, formar un documento en todos los signos de autenticidad: tenor y autoría o, en palabras sencillas, crearlo de la nada. Dicha creación no se apoyaría necesariamente en un documento que existe con anterioridad. Si bien ello es posible nada impide para que el documento exista y sobre esta base se imite en su totalidad pero con deformaciones en su contenido. Se haría un documento falso tanto por el que inventa un documento v. gr. un contrato entre las partes o una partida de nacimiento de la nada como el que fundándose en un documento previo lo imita, no obstante deforma su tenor sobre la base de un soporte material distinto pero semejante al documento genuino¹⁸.

¹⁸ Así Creus, Carlos; *La Falsificación de documentos en general*; p. 56 quien además anota “La conducta de hacer en su totalidad un documento falso se configura a través de su creación completa, introduciendo en él la totalidad de elementos que son propios de su específica categoría de documento de que se trate: desde su tenor y con él la designación del sujeto al que se le atribuye, hasta todos los demás requisitos propiamente formales que lo hacen ser *documentos*, aunque carezca de genuinidad”.

La creación o la hechura de un documento falso afectaría a todos los elementos esenciales y a todas las funciones del documento; siendo equivalente a lo que en la legislación y ciencia penal española se conoce como simulación del documento [art. 390.2] que es entendida como la formación integral de un documento falso, de un documento que no ha existido nunca y en el que tanto el contenido de la declaración como la atribución de la misma a su autor sean apócrifas. Dentro de la simulación se comprende también a la llamada contrafacción y que implica la imitación de una realidad ya existente.

Por su parte, otro planteamiento destaca que la formación de un documento falso depende sólo de la alteración o ruptura de la relación entre autor y la declaración, quitando a la manifestación el carácter de genuina; y ello solamente se puede lograr *falsificando los signos autenticadores*. El que se limita a falsificar el texto de un documento, altera o falsifica sólo parcialmente, el que falsifica la imputación de lo declarado, en cambio, lo falsifica *todo*, porque falsifica lo único que el documento prueba, esto es, que un sujeto ha hecho cierta manifestación¹⁹. El añadir a una declaración auténtica preexistente, pero aún no suscrita, una firma apócrifa que atribuya la declaración a una persona que no lo ha hecho, convierte a un documento en completamente inauténtico²⁰. Esta posición para que exista creación de un documento falso no requiere necesariamente que exista una confección total y absoluta del documento, ya sea inventándolo o imitando uno existente. Basta que se afecte la función de autenticidad en el sentido que entre el autor real y el autor aparente a quien se le imputa la declaración no coincidan para que se afirme la calificación de falsedad documental. Este punto de vista sostiene que no es necesario que se altere una pizca, o de alguna manera, la declaración o el tenor [contenido] del documento.

¹⁹ Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 323.

²⁰ Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 462 aunque luego señala, refiriéndose a la simulación o creación parcial del documento, que: “La simulación de la firma constata la aficción parcial a la función de garantía del documento” [p. 464].

A nuestro criterio, si bien a ambas posturas le asiste la razón en cuanto respetan el sentido literal de la ley, tomamos partido por este último planteamiento, ya que resulta compatible con la función de garantía y de autenticidad que cumple el documento en el tráfico jurídico, no siendo necesario para aplicar el extremo en comentario de la falsedad documental [el hacer totalmente un documento falso] el exigir que se altere también la función de perpetuación del documento o la declaración fijada en el soporte material, situación que dará lugar en todo caso a la variante de la adulteración de un documento verdadero: la segunda modalidad típica de la falsedad documental material.

El hacer un documento falso no debe ser entendido en un sentido absoluto, como si se refiriera a la invención o creación de una nueva forma de documento dentro del tráfico jurídico [a manera de innovación], sino ha de ser interpretado como de que se crea [o aparenta] una ficticia declaración de voluntad que posee los respectivos signos de autenticación por parte del autor de la misma que puede ser tanto una persona natural o jurídica.

La **creación o formación [el hacer] parcial** de un documento falso consiste en el incluir en un documento existente declaraciones, datos, u otras cuestiones que el autor del documento no declaró, agregándolas al texto. Esta variante de la primera modalidad típica de la falsedad material no supone como la anterior el atentar directamente contra la función de autenticidad del documento imputando la declaración a una persona natural o jurídica que no la realizó, rompiendo la identidad entre el autor aparente y el autor real de la declaración documental. Por el contrario, sólo implica el atacar la declaración que consta en el soporte material, o sea modificar el contenido del mismo a través del añadido de datos o manifestaciones del pensamiento²¹. El hacer parcialmente un documento falso posee dos requisitos fundamentales: 1º La existencia de un documento anterior en el tráfico jurídico el

²¹ Cfr. Romero Soto, Luis; *La Falsedad Documental*; p. 174.

cual debe gozar de autenticidad; 2º La adición o el agregar declaraciones, datos o hechos que no constaban en su primigenia elaboración de la manifestación documental, independientemente de la naturaleza que sean²². El ejemplo típico que se cita en este supuesto está constituido por el llenar los espacios o líneas en blanco que se suelen dejar en la redacción de algunos documentos²³ o el colocar una fecha determinada al documento que no lo tiene originalmente. No se incorporan aquí los casos en que la modificación del tenor del documento aparece bajo la modalidad de supresiones o alteraciones de un contenido anterior a modo de subrogación de datos o manifestaciones que no supone agregaciones, pues esta acción será subsumible en la segunda modalidad típica de la falsificación material: la adulteración. La diferencia que subyace entre el hacer parcialmente un documento falso y la adulteración – que como veremos luego nada cambiaría si se suprime de la redacción típica cualquiera de las formulaciones en virtud que conllevan las mismas consecuencias jurídicas – podría consistir en que la creación parcial exige no tocar la declaración contenida en el soporte material, sino sólo efectuar agregados o adiciones²⁴.

Se puede plantear que el legislador peruano ha incurrido en una redundancia y ha vulnerado los criterios que animan una correcta técnica legislativa cuando describiendo el *hacer* un documento falso se ha referido a su confección en todo o *en parte*. Dicho punto de vista que podría mantener una postura crítica con la legislación vigente se basaría en el hecho que un documento para que pueda causar perjuicio debe, por lo menos, superar el riesgo permitido ostentando cierto grado de verosimilitud y de apariencia de verdad que no se lograría alcanzar, por ejemplo, cuando el documento [falso] sólo está hecho en parte. Se plantearía como consecuencia de ello la necesidad de limitar el castigo de la acción de falsedad a los casos en los que se elabora, confecciona o

²² Así Creus, Carlos; La Falsificación de documentos en general; p. 57.

²³ Véase Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 326.

²⁴ Cfr. Laje Anaya, Justo; Comentarios al Código Penal; Buenos Aires; Depalma; 1982; Vol. IV; p. 234.

hace completamente un documento falso. El hacer en parte un documento falso no debería poseer mayor repercusión jurídico – penal en la medida que dicha acción no estaría en condiciones de causar un perjuicio. No obstante, el error de este planteamiento es evidente ya que tanto se puede afectar y vulnerar las funciones [de garantía, perpetuación y probatoria] del documento a través de la elaboración completa de un documento falso como por medio de la alteración de un documento verdadero. El legislador más que incurrir en un error ha acertado en la formulación típica, pues la afectación del bien jurídico puede producirse en virtud de la acción de adulterar o crear un documento falso. Asimismo, la posibilidad [o aptitud] de causar un perjuicio se puede provocar también haciendo un documento falso.

Sin embargo, se podría sugerir que con la alusión al *hacer en parte un documento falso* se olvida la profunda e innegable similitud que media entre este comportamiento con la acción de adulterar un documento verdadero²⁵. El legislador penal habría de este modo incurrido en una manifiesta contradicción lógica al repetir una misma conducta típica: el hacer en parte un documento falso con el adulterar uno verdadero²⁶. Se pasaría por alto que el adulterar un documento verdadero es sólo una modalidad o especie de la amplia y genérica fórmula referida al *hacer un documento falso*²⁷. En todo caso, se sostiene que una buena técnica legislativa hubiera

²⁵ En este sentido Bramont Arias, Luis – García Cantizano, María; Manual de Derecho penal (P.E.); p. 627 quienes luego de destacar que no puede identificarse el realizar un documento *enteramente* falso a la realización de un documento *sólo* en parte falso, señalan que “ésta última conducta estaría ya abarcada por la segunda modalidad típica (adulterar un documento verdadero) comprendida en el artículo de análisis”.

²⁶ Críticamente, respecto a la legislación española anterior García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 316.

²⁷ Ha de recordarse que el documento en la medida que debe recoger una determinada declaración de voluntad, una relación jurídica o un hecho, es decir, sólo cuando se trata de un documento auténtico, se encuentra protegido por el derecho. Por ello, si se altera o se modifica, aunque sea en parte, la manifestación de voluntad que el documento contiene [independientemente de si la declaración es verdadera o falsa] éste no sólo deja de ser un documento auténtico, sino que se convierte de manera

sido aquella que al regular la descripción de la conducta típica utilice los términos: “*El que hace un documento falso o adultera un documento verdadero.....*”.

Pese a las atendibles razones de este punto de vista, que llevaría a una modificación de lege ferenda, nos parece necesario plantear que una correcta interpretación del *hacer en parte un documento falso* debería reparar en que la ley pretende poner énfasis que un documento falso puede contener a la vez hechos o símbolos verdaderos, recayendo la falsedad sólo en determinados aspectos del mismo que busquen dar origen a un derecho u obligación o sirvan para probar un hecho, pero a la vez dicha conducta de falsedad deja intacta o incólume otras partes o elementos del documento. Por ello, no creemos que se pueda identificar – al menos desde el punto de vista legal – el hacer un documento falso con el adulterar uno verdadero, porque el sentido genuino de esta última modalidad típica es el de modificar o cambiar el contenido de un documento verdadero, insertando declaraciones, hechos, fechas o datos falsos.

2.- El adulterar un documento verdadero.-

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua adulterar es “viciar, falsificar una cosa”. Desde el prisma y ángulo del delito de falsedad documental la doctrina la ha considerado como una modalidad típica intermedia entre la supresión del documento y la creación o formación total del mismo [la llamada contrafacción]²⁸. Se la define como la ejecución de cualquier variación o modificación [parcial o total]

automática en un documento falso. La falsedad del documento no depende de si se crea en todo o en parte un documento falso, o de si de adultera un documento verdadero, sino de la falta de correspondencia de la declaración de voluntad con el autor que la formulado y que se fija en el soporte material respectivo. Pues, sólo así logra entenderse las tres funciones que se asigna al documento como son: la función de garantía, la función de perpetuación y la función probatoria.

²⁸ Véase Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal*; p. 427.

en la declaración fijada en el soporte material o en cualquier otro extremo o parte esencial del documento como la fecha o el lugar. Para que exista alteración – o adulteración en palabras de la ley – es necesario que el documento tenga existencia material, aunque sea nulo o anulable, y que se encuentre concluido o terminado, a pesar que no es indispensable que efectivamente haya ingresado al tráfico jurídico.

La creación o formación total se distingue de la adulteración porque en la primera o bien se elabora completamente un documento nuevo, colocando una supuesta y fingida declaración documental o bien sólo se afectan los signos de autenticidad de la declaración documental, quebrantándose la necesaria identidad entre el autor aparente y el autor real; mientras que en la segunda se requiere que el documento ya exista, es decir se exige una determinada declaración de pensamiento fijada en un soporte material; y que dicha autoría deba ser imputable a una persona, natural o jurídica, manteniendo los signos [firma, nombre o rúbrica] que permitan identificar a su autor. La adulteración – o en mejor castellano la alteración – del documento no afecta a los signos de autenticidad del documento. Por su parte, mientras la formación total del documento supone en la mayoría de casos la creación o “invención” de la nada de un documento, o en su caso la imitación completa de uno ya existente; la adulteración requiere un documento auténtico previo sobre el cual finalmente actuará e incidirá la conducta típica, pues no se puede adulterar o modificar lo que no existe o algo que pese a existir no se puede determinar a su autor, lo cual descarta y excluye la posibilidad jurídica de encontrarnos ante un documento, toda vez que, como se sabe, una declaración fijada materialmente que no puede ser atribuida a una persona [v. gr. anónimo] de ningún modo ha reputarse como documento.

Las mayores dificultades que existen en la doctrina y en la jurisprudencia comparada es en el ofrecer una distinción entre la creación [el hacer] parcial del documento y la adulteración del documento. El criterio más extendido propone como diferencia el hecho que mientras la creación o formación parcial del documento requiere la agregación de una declaración, datos u otros elementos en el documento, la adultera-

ción supone incluir en el documento manifestaciones no formuladas por el otorgante, pero no agregando, como el caso de la creación parcial, sino *sustituyendo o suprimiendo*²⁹. Si el *bacer en parte* modifica el documento insertando declaraciones no realizadas por el autor o uno de los autores del documento, la *adulteración*, en su modalidad principal, aparece como la sustitución de una declaración, palabra, cifra, dato o hecho por otro, o como sucede muchas veces con la licencia de conducir o en el DNI, cambiando la fotografía de la persona por otra. La creación parcial del documento se manifestaría a través de agregados, mientras que la adulteración requiere *trabajar* o dirigir la acción típica sobre el *texto* del documento³⁰. También se añade que la existencia del documento viene a ser el rasgo distintivo entre la alteración parcial y la creación [simulación] parcial del documento, dado que si se incluye dentro de un documento terminado [v. gr. contrato], por ejemplo, una cláusula más que no figuraba inicialmente, ésta conducta será subsumible dentro de la modalidad típica de la alteración del documento; mientras que si dicha adición se produce cuando el documento o el contrato aún no se encuentra terminado, pero ya es posible individualizar al autor, dicho comportamiento se castigará por creación parcial de documento, dado que se afectará, según se opina, a la función de garantía del documento³¹. No obstante esta diferencia no debe ser exagerada. Por último se sostiene que el sujeto activo de la adulteración de un documento puede ser cualquiera, incluso el otorgante o quien declara, dado que luego puede introducir manifestaciones que no constaban en el documento primigenio, siempre que el documento se encuentre ya concluido³². Esta característica no puede ser compartida cuando se trata de un documento completamente falso, ya que el declarante podrá realizar una manifesta-

²⁹ Véase, Creus, Carlos; La Falsificación de documentos en general; p. 64.

³⁰ Cfr. Laje Anaya, Justo; Comentarios al Código Pena [P.E.]; T IV; p. 241.

³¹ Así Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico - penal; p. 432.

³² Cfr. Echano Basaldua, José; Compendio de Derecho Penal [Dirigido por Miguel Bajo Fernández]; p. 791.

ción mendaz, pero el documento siempre será genuino o auténtico³³. Es irrelevante que éste haya descrito un hecho falso, porque no estamos aquí frente a un caso de falsedad ideológica, sino ante una falsedad material.

Pese a todo, —y aún manteniendo de lege lata la diferencia entre el crear parcialmente y el adulterar— creemos que en rigor dogmático y en franco respeto a la semántica que debe presidir toda formulación o construcción jurídica, no existe fundamento alguno para seguir manteniendo la diferencia y distinción legal entre el hacer parcialmente un documento falso y la adulteración del documento, pues toda adición o agregado que se realice sobre un documento existente, a pesar que no se sustituya o suprima una de sus partes, será siempre una alteración, independientemente de la forma que revista, ya sea mediante sustitución, adición, agregado, o supresión³⁴.

La modalidad típica del adulterar un documento verdadero exige, por lo general tres elementos: 1° La existencia de un documento anterior auténtico; 2° Una conducta activa de alteración del documento; y 3° Que dicha alteración recaiga sobre un elemento esencial³⁵.

El *adulterar* un documento verdadero supone la existencia de un documento anterior o previo, que resulta auténtico y en el que se fija una determinada manifestación de voluntad a la cual se la altera o se la modifica atentando así principalmente contra la función de perpetuación del documento. Esta modalidad típica de la falsificación material requiere como uno de sus presupuestos que el documento sobre el cual recae la adulteración sea auténtico en el sentido que debe haber una coincidencia entre el autor real y el autor aparente de la declaración. Por ello, como bien sostiene la doctrina de manera reiterada en la alteración

³³ Cfr. Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 339.

³⁴ En sentido semejante Bacigalupo Enrique; El Delito de Falsedad Documental; p. 22.

³⁵ Cfr. Morillas Cueva, Lorenzo; Curso de Derecho Penal Español [Dirigido por Manuel Cobo del Rosal]; Madrid; Marcial Pons; 1997; T II; p. 236.

del documento se afecta la función de perpetuación del documento y en particular la declaración de pensamiento o el contenido y tenor de la misma que se fija en un soporte material. Ello se comprueba fácilmente desde el momento que también puede ser responsable del delito el autor de la declaración documental si luego de realizarla inserta o añade algo, modificando el sentido original del documento. No obstante, excepcionalmente junto a la afectación de la función de perpetuación es posible que se vulnere de manera indirecta a la función de garantía o autenticidad como cuando — sin alterarse los signos identificatorios del documento — se sustituye completamente la declaración efectuada inicialmente por otra. En este caso la alteración será total.

Por una interpretación lógica de nuestra ley la adulteración debe afectar principalmente a la función de perpetuación, vulnerando la declaración de pensamiento fijada en un soporte material. No debe afectar a los signos autenticadores del documento como la firma, el nombre, la rubrica, el sello, etc. subsistiendo la coincidencia entre el autor aparente y el autor real. Tampoco puede consistir en el cambio total del documento, en particular de la relación que media entre la declaración y el autor que la formula, porque ello supondría la realización de la primera modalidad típica como es *el hacer un documento falso*³⁶. La adulteración de un documento consiste en la modificación de una de sus partes como puede ser la declaración o las manifestaciones contenidas en el documento, datos o sumas de tal modo que el documento refleje hechos, relaciones o cuestiones distintas a las que en un inicio contenía. Ello no es obstáculo para que, tal como se dijo, la adulteración pueda presentarse como la sustitución total de la declaración documental, ya sea por el mismo autor de la declaración o por un tercero. Esta modalidad de falsedad documental consiste en aprovechar los signos de autenticidad

³⁶ Sin embargo, esto último no es tomado muchas veces en cuenta por algunos autores, como, por ejemplo, Creus, Carlos; *La Falsificación de documentos en general*; p. 64 quien incorpora dentro de la adulteración no sólo la variación del contenido del documento, sino también el caso en el que la declaración se atribuye a persona distinta de quien lo ha expresado.

del documento para referirlos a otro contenido distinto de aquél al que se hallaban unidos antes del documento.

Por ello, la segunda modalidad típica de la falsedad documental: la adulteración, respecto a la declaración documental, puede ser parcial cuando afecta a una de las partes de la manifestación de voluntad o conocimiento. Ésta variante de la alteración constituye la modalidad más frecuente e importante en la praxis jurisprudencial. Asimismo, la alteración puede ser total cuando se sustituye o modifica de manera completa la declaración inicial fijada en el soporte material. En este último caso se termina afectando no sólo a la función de perpetuación del documento, sino también a la función de garantía.

La alteración debe recaer en cualquier parte esencial del documento. Resulta indiferente si ella incide en extremos escritos con letras o números o sobre partes no escritas³⁷. La adulteración no sólo se puede efectuar mediante adiciones, sino que puede también revelarse a través de enmendaduras que cambien su sentido o algunas supresiones arbitrarias³⁸. La alteración de documentos sólo se revela a través de una conducta positiva y no puede cometerse en virtud a una omisión³⁹ que de existir a lo sumo dará lugar a complicidad por omisión. No constituye falsificación de documentos las simples correcciones que puedan efectuarse en el documento por haberse insertado datos o información equivocada.

Si bien la legislación peruana, como muchas de las legislaciones de nuestra órbita cultural, en la descripción de la segunda modalidad típica de la falsedad documental material, alude a la adulteración haciendo referencia a una forma de ejecución del comportamiento, ello no significa que se impida al juez y en especial a la ciencia jurídico penal establecer cuáles son las diversas variantes que puede revestir la

³⁷ Cfr. Córdoba Roda, Juan; Comentarios al Código Penal; T III; p. 837.

³⁸ Cfr. Maggiore, Giuseppe; Derecho Penal (Trad. de Ortega Torres); T III; p. 572.

³⁹ Cfr. Conde - Pumpido Ferreiro, Cándido y Burkhalter Thiébaud, Joaquín; Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia; T III; p. 3672.

acción de adulterar. La doctrina, en ese sentido, reconoce tres posibles variantes de la acción de adulterar – o mejor llamada *alterar* – como son: la sustitución, el añadir o adicionar y la supresión⁴⁰.

La **supresión** se plasma cuando se elimina, se borra, etc. una parte del documento o de la declaración que él recoge. Usualmente se presenta bajo la supresión de letras, párrafos, números, fechas o cláusulas que integraban de modo inicial la formulación del documento. El medio o mecanismo por el cual se suprime una parte del documento, y en concreto de la declaración, es tan indiferente como variado v. gr. el empleo del corrector de tinta, de un líquido especial, el tarjar, el manchar intencionalmente e incluso el cortar una parte del soporte material. Si bien la supresión afecta generalmente tanto al contenido o tenor de la declaración y al soporte material en donde ésta se encuentra fijada, puede suceder – y ello no obsta para que se modifique la calificación jurídico penal o se plantee dudas acerca de esta variante comisiva – que la acción típica recaiga sobre parte de la declaración y deje intacto e incólume el papel o el respectivo soporte material, por ejemplo, en virtud al empleo de un procedimiento químico o técnico especial. La ley no puede hacer depender el castigo a la supresión exclusiva del soporte material. Asimismo, y por otro lado, no habrá falsedad documental, al menos no consumación sino una mera tentativa, cuando una persona sólo afecta al soporte material pero la declaración que éste contiene no sufre alteración o supresión alguna. Debe advertirse, empero, que la supresión de un documento como forma de alteración en la legislación peruana encuentra una regulación independiente en el art. 430 del C.P. por lo que en rigor lógico y dogmático esta forma de alteración cuando se produzca debe excluir la aplicación del art. 427, y en concreto del adulterar, para dar paso a la norma específica que la regula. Si bien la calificación jurídica

⁴⁰ Cfr. Córdoba Roda, Juan; Comentarios al Código Penal; Barcelona; Ariel; 1978; T III; p. 836; Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 428; García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 310; Echano Basaldua, José; Compendio de Derecho Penal [Dirigido por Miguel Bajo Fernández]; p. 790.

sufre una notable variación al menos en cuanto al articulado desde el punto de vista material o práctico no existe una sustancial diferencia en la medida que el art. 430 sigue manteniendo las penas del art. 427 y 428.

La **adición o agregado** como variante de la adulteración aparece cuando al documento existente y auténtico se le añaden, palabras, cláusulas, números, fecha o cualquier otro dato que no contaba al momento de formular la declaración y quedar el documento concluido. La adición como forma de la alteración guarda una estrecha relación, y hasta diríamos la misma identidad, con la creación o formación [el hacer] parcialmente de un documento. Esto sucede normalmente cuando en un recibo, contrato o acto jurídico se añaden datos que varían la cantidad, el precio o los términos de la relación jurídica que se crea, modifica o extingue. Incluso, basta una palabra, firma o sello para que se entienda como una adición o un agregado que realiza la tipicidad objetiva del art. 427 a una deuda pendiente o un cheque al portador a la que se le coloca [añade] *recibido* o *«pagado»* con el objeto de engañar y sorprender al tráfico jurídico.

La **sustitución** es la variante típica más corriente y usual de la adulteración. Consiste en reemplazar una parte del documento o de la declaración por otra falsa que se elabora o confecciona en ese instante o con anterioridad. La sustitución por lo general supone la conjugación y complementación de las dos acciones anteriormente descritas, pues, requiere previamente una supresión la cual allana o facilita la adición de una declaración falsa. Esto pasa cuando, por ejemplo, se cambia la fotografía de un documento de identidad por otra que no pertenece al portador del mismo. Para que exista sustitución no es necesario que la parte que se sustituye sea falsa o apócrifa o que sea confeccionada a propósito por el autor del hecho, ya que puede suceder que la parte que se añade y sustituye sea incluso elaborada por el agraviado de la falsificación, tal como acontece cuando dos compañías tras una intensa negociación llegan a un acuerdo en la que previamente y por un buen tiempo intercambian proyectos que facilitaron el entendimiento definitivo; sin embargo, uno de los ejecutivos de una las compañías adultera

parte del documento original añadiendo la primera-propuesta que se había realizado a su compañía con el objeto de lograr una mayor ganancia. En el caso planteado la parte que se sustituye, si bien pertenece o es de la autoría de la compañía afectada con la falsificación deja intacta la comisión del delito porque supone la vulneración de la declaración de voluntad que finalmente quedo fijada en el acuerdo definitivo que se llevo a cabo. Aquí resulta evidente que se ha atentado contra la función de perpetuación del documento en la medida que se afecta la manifestación de voluntad que se plasmó en última instancia en el acuerdo y documento final.

La ley peruana expresamente señala que la adulteración debe recaer sobre un documento *verdadero*. Pese al indudable e incontestable mandato normativo creemos que no es posible interpretar de manera literal la expresión documento *verdadero* como si se exigiera que la declaración de pensamiento, ya sea de voluntad o de conocimiento, coincidiera con la realidad⁴¹. Sería una asistematicidad y atentaría contra la composición y estructura tradicional de las falsedades documentales materiales el requerir cierto grado de veracidad o de correlato con la realidad por parte de la declaración documental, dado que ello supondría introducir criterios ajenos a la naturaleza de esta figura y que es propio de la falsedad ideológica. De aceptarse este planteamiento se debería plantear, en plena coherencia lógica y hermenéutica, que toda acción de adulteración [supresión, sustitución o adición] que se realice sobre un documento total o parcialmente mendaz, es decir contrario a la realidad debería ser atípico, situación que pasaría por alto la definición elemental de la falsedad material que no se vincula con la veracidad del documento, sino con la autenticidad del documento. Se filtraría así de manera escondida y soterrada la histórica y antigua fórmula, hoy abandonada en todas las legislaciones civilizadas, respecto a que en el delito de falsedad documental se protege a la verdad o veracidad de las declaraciones. Se resucitaría un absurdo e irracional pensamiento jurídico. También las declaraciones

⁴¹ Cfr. Córdoba Roda, Juan; Comentarios al Código Penal; T III; p. 835.

mendaces de un particular fijadas en un soporte material siempre que sean auténticas se encuentran protegidas por el Derecho penal. Ninguna persona puede irrogarse la facultad de poder corregir, adulterar o sustituir las declaraciones materiales no coincidentes con la verdad que un documento recoge, porque no existe ni está reconocido jurídicamente un derecho a la verdad ni un deber a la verdad; además que de admitirse atendería contra la seguridad del tráfico jurídico y la incorporación en sede penal de deberes morales como objeto de tutela jurídica.

No es correcto entender tampoco a la referencia de documento verdadero como si la ley hubiera querido excluir de los alcances de la adulteración a los documentos inválidos, ya sean nulos o anulables, porque, como se dijo cuando se analizó el concepto de documento, también ellos poseen valor probatorio y gozan de protección jurídico penal, siendo posible cometer un delito de falsedad documental si se altera una parte esencial del tenor o de los signos de autenticidad del documento que registra un acto jurídico nulo o anulable.

Creemos, que una correcta interpretación dogmática de la expresión documento **verdadero** ha de entenderse como si sólo se exigiera la condición que el documento sea *existente* en el tráfico jurídico o en la realidad, independientemente de su veracidad o no; y que se trate, además de un documento *auténtico*⁴², dado que una declaración fijada en una declaración material que no goza de esta característica o que no puede imputarse a un autor determinado no debe ser considerado como documento en sentido jurídico – penal, aunque subsista una declaración en un soporte material. La autenticidad aparece como el código genético que define la identidad y rasgo peculiar del documento. Debe recordarse que la variante de adulteración de un documento es la única modalidad típica de la falsedad material, –salvo claro– está

⁴² Cfr. Lascurain Sánchez, Juan Antonio; En Comentarios al Código Penal [Dirigido por Gonzalo Rodríguez Mourullo]; Madrid; 1997; p. 1065; Echano Basaldua, José; Compendio de Derecho Penal [Dirigido por Miguel Bajo Fernández]; p. 790.

la creación parcial, que requiere la existencia de un documento anterior que se modifica⁴³.

Sin embargo, se ha de precisar también que la acción típica de adulterar el documento no puede reposar en la modificación, ya sea por adición, supresión o enmendadura, de un *documento falso*, no en el sentido de mendaz o discrepante con la verdad, sino en cuanto se trata de un soporte material afectado por una acción de falsificación, bajo la modalidad de creación [el hacer] total o parcial de un documento o en la variante de adulteración. Aquí si bien puede plantearse algún disvalor de la acción no existe la afectación a la función de perpetuación del documento⁴⁴. Por ello, un sector de la doctrina entendió como documento verdadero a todo aquel documento que no adolece de falsedad alguna constitutiva de delito⁴⁵. Tampoco hay delito de falsedad documental cuando la alteración recae sobre un documento inauténtico, en virtud que no se otorga protección penal a un documento de esta índole que crea una situación probatoria que no responde a la realidad⁴⁶.

Aunque la ley no lo señale expresamente, somos de la idea que la adulteración de un documento verdadero debe afectar las partes esenciales del mismo; de suerte que pueda afirmarse que los cambios o modificaciones introducidas puedan dar origen a un derecho u obligación o sirvan para un fin probatorio y, además, se encuentren en condiciones de causar un perjuicio.

La ley penal, de la mano del principio de intervención mínima, no puede detenerse en castigar cualquier adulteración simple e inofensiva

⁴³ Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico - penal*; p. 433.

⁴⁴ Así Conde - Pumpido Ferreiro, Cándido y Burkhalter Thiébaud, Joaquín; *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*; T III; p. 3672.

⁴⁵ Cfr. Córdoba Roda, Juan; *Comentarios al Código Penal*; T III; p. 835.

⁴⁶ Así Echano Basaldua, José; *Compendio de Derecho Penal [Dirigido por Miguel Bajo Fernández]*; p. 790.

del documento que no sea capaz de vulnerar la funciones del documento y de perturbar de manera grave el tráfico jurídico. Por ello la ciencia y jurisprudencia penal comparada viene exigiendo que la alteración o modificación debe recaer sobre un aspecto o elemento esencial del documento⁴⁷. Sólo así queda a buen recaudo el carácter fragmentario del Derecho penal, al mismo tiempo que se neutraliza el abuso por parte del Estado en la aplicación del tipo de falsedad documental garantizándose una mayor fluidez, eficiencia y optimización del tráfico jurídico y comercial. No creemos que sea atendible el criterio que ve en la exigencia que la falsedad documental afecte a los elementos esenciales de documento la manifestación, sin más, de una interpretación restrictiva⁴⁸ de la

⁴⁷ Cabe recordar que el Tribunal Supremo Español en reiterada jurisprudencia viene declarando que el delito de falsedad documental debe recaer sobre aspectos esenciales del documento. Al respecto Rodríguez Devesa, José María; Derecho Penal Español; Madrid; Dykinson; 1994; 17 ed.; p. 973; Orts Berenguer, Enrique; Comentarios al C.P. de 1995; T II; p. 1739; Echano Basaldua, Juan; en Compendio de Derecho penal (P.E.) (Director: Miguel Bajo Fernández); p. 787; Conde – Pumpido Ferreiro, Cándido y Burkhalter Thiébaud, Joaquín; Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia; T III; p. 3672 quien critica correctamente la regulación del C.P. español que en el art. 390 inc. 1 se refiera a que la alteración de documentos debe residir en uno de sus elementos o requisitos esenciales del mismo; considerando que “Ello debería exigirse en todo caso de falsedad documental como un presupuesto previo”.

Muñoz Conde, Francisco; Derecho penal (P.E.); p. 700 comentando el art. 390 inc. 1 del C.P. español, señala que “En general, se puede decir que se altera la esencialidad del documento cuando la acción falsaria recae sobre alguna de las funciones del documento, es decir, la función de perpetuidad, la de garantía o la probatoria. La esencialidad se deriva también de la naturaleza del hecho que materialice: así, por ejemplo, la mayoría o minoría de edad (el tener o no cumplidos los 18 años) es normalmente importante en relación con un documento en el que se materializa una disposición de bienes para los que se requiere ser mayor de edad.....”. Por su parte algunos autores como Quintero Olivares, Gonzalo; en Comentarios a la parte especial del Derecho penal; p. 1092 considera, en un concepto muy amplio y difuso de elemento esencial de un documento, que “Elementos esenciales de un documento son todos aquellos que condicionen su sentido y función: lugar, fecha, intervinientes y contenido relevante para la futura prueba”.

⁴⁸ Así, Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 435.

ley penal — cuando, como precisa la mejor doctrina, en Derecho penal no existe una interpretación ni amplia ni restringida, sino la interpretación correcta, la cual ha de respetar el sentido literal posible de la ley — por el contrario creemos que dicha exigencia deriva de una interpretación teleológica o de acuerdo a principios que realiza la doctrina y jurisprudencia, cosa distinta y completamente diferente a sostener que el resultado o consecuencia de dicha interpretación sea restrictiva o amplia.

La exigencia que la falsedad afecte la esencialidad o no de un documento no constituye una cuestión meramente teórica y de nula o escasa trascendencia práctica; muy por el contrario dicho planteamiento abandona rápidamente la postura de un recurso bizantino para desplegar sus efectos a nivel de todos los pronunciamientos jurisprudenciales, estableciendo la regla que no toda acción de falsificación — lo cual comprende tanto a la creación o el hacer un documento falso o el adulterar uno existente⁴⁹ — puede lograr la superación del riesgo permitido y subsumirse dentro del injusto típico de la falsedad documental material [art. 427]. Para que ello sea posible es necesario afectar las partes esenciales del documento, pues en caso contrario estaremos ante la apatidad y la irrelevancia jurídico penal del comportamiento.

La doctrina y jurisprudencia comparada entre las que destacan dentro de nuestra órbita cultural la ciencia y praxis española, ha ensayado una serie de criterios con el objeto de brindar una pauta seria para determinar cuándo estamos ante un elemento esencial o accesorio del documento. Veamos alguna de estas posturas.

Un planteamiento estima que en la esencialidad del documento se debe reparar si la conducta que recae sobre el soporte material supone

⁴⁹ Cfr. Echano Basaldúa, José; Compendio de Derecho Penal [Dirigido por Miguel Bajo Fernández]; p. 792. En sentido distinto, Rodríguez Devesa, José María; Derecho Penal Español; p. 979 nota quien considera que la alteración del documento verdadero constituye "El único caso en que es lícito exigir que la mutación o alteración de la verdad sea esencial".

la variación de la significación o sentido del documento⁵⁰. Cuando la falsificación deja intacta o inalterable el sentido original de la declaración documental no habrá delito alguno⁵¹. La objeción que se puede realizar a esta tesis es que no aclara ni precisa lo que debe entenderse por el sentido o la significación del documento y más todavía si como parece referirse a la declaración ella debe valorarse globalmente, tomando en cuenta cada una de sus partes que la componen y le imprimen un sesgo particular, de tal manera que si se afecta a una de las partes o elementos que componen la unidad o el sentido de la manifestación se termina alterando a la postre el todo. El sentido o significación del documento se puede afectar de diversos modos, incluso sin tocar su estructura, y no por ello se comete falsedad documental, tal como sucede, por ejemplo, cuando una declaración oral de un tercero o de una de las partes varía su contenido. Por otro lado, el sentido del documento – si entendemos por sentido la declaración que en él consta – puede verse inalterada e incólume, pero aún así cometerse delito de falsedad documental v. gr. la fecha del documento no se vincula normalmente con el sentido del documento – esto pasa ejemplo en un documento privado –, pero si se la altera es posible que se cometa el delito en examen.

Otra postura sostiene que la esencialidad de los elementos del documento debe determinarse en cuanto se atribuya al documento y a las modificaciones en que se efectúan unos efectos o alcance distintos a los que originariamente se correspondían o cuando ella afecta a los fines

⁵⁰ Así, Quintero Olivares, Gonzalo; Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal; p. 1092; Conde – Pumpido Ferreiro, Cándido y Burkhalter Thiébaud, Joaquín; Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia; T III; p. 3673. En esta línea también Creus, Carlos; La Falsificación de documentos en general; p. 64 y ss. quien considera a la deformación del sentido del documento como la esencia de la modalidad típica de la alteración o adulteración.

⁵¹ Esta postura tendría su origen, al menos en la legislación española, en la regulación del inc. 6 del art. 302 del C.P. derogado en el que se aludía a una variante de la falsedad documental: “Haciendo en documento verdadero cualquier alteración o intercalación que varíe su sentido”.

que el respectivo documento trata de cumplir⁵². Como en el caso anterior esta tesis no está libre de objeciones como aquella que enfatiza que la alteración del documento no tiene por qué incidir sobre los efectos o alcances del documento, por cuanto, tal como lo enseña la experiencia, la alteración punible incluso puede reforzar o fortalecer los fines o efectos que debía cumplir el documento en la fijación de la relación o el hecho jurídico.

La jurisprudencia española se pronuncia también con el objeto de precisar los contenidos esenciales del documento; que deberá ser resuelto siguiendo las pautas de la clase de documento, las consecuencias jurídicas y económicas de la falsificación valorando el elemento donde ha recaído la falsificación, o si el objeto de la adulteración tiene relación con el perjuicio sufrido o con la posibilidad que éste se produzca⁵³. La esencialidad de la adulteración dependería, sobre cualquier otro extremo, de la aptitud o idoneidad de ésta para causar o producir un perjuicio en un tercero. Esta no puede determinarse apriorísticamente, sino en función del caso concreto.

Frente a las posturas aludidas aparecen otros planteamientos que bajo la influencia de la ciencia penal alemana permiten determinar con mayor acierto y precisión cuándo estamos ante un elemento esencial del documento.

En esa línea se puede contar la posición de Bacigalupo, quien con el fin de superar los criterios pragmáticos de poca sistematicidad utilizados por la jurisprudencia española, plantea interpretar la esencialidad de los elementos del documento remitiéndose a las *funciones del documento*, es decir, las funciones de *perpetuación* [fijación material de las manifestaciones del pensamiento] *probatoria* [adecuación para producir

⁵² Por todos, Córdoba Roda, Juan; Comentarios al Código Penal; T III; p. 836 y 856.

⁵³ Véase, Moyna Ménguez, José [Coordinador]; Código Penal: Comentarios y Jurisprudencia; Madrid; Colex; 2000; p. 778; Garberí Llobregat, José [Coordinador]; Código Penal: Interpretación Jurisprudencial y legislación complementaria; Barcelona; Bosch; 1999; p. 1184.

prueba] y *garantizadora* [posibilitar el conocimiento del autor de las manifestaciones]. Por lo tanto, “esencial” será todo elemento cuya alteración afecte alguna de estas funciones⁵⁴. La falsedad documental atentará contra los elementos accidentales del documento cuando no afecte las funciones del mismo o involucre a extremos inocuos o de poca trascendencia al tráfico jurídico. Esta postura se encuentra en pleno avance y acogida por un sector cada vez mayor de la ciencia penal española⁵⁵ que bien asume todos sus punto de vista o aceptando su tesis principal – como es el atentado a las funciones del documento – incorporan ciertos matices⁵⁶, pero en todo caso se destaca que sólo así se llega a brindar una mayor seguridad jurídica que no alcanzan los planteamientos contrarios⁵⁷.

En la determinación de la esencialidad del documento se reconoce las limitaciones y los obstáculos que se ciernen si sólo se repara en la función de perpetuación y en concreto en la declaración de pensamiento que se fija en un documento, la cual no puede verse afectada pero aún así subsistir el delito de falsedad documental. Eso pasa cuando, por ejemplo, se falsifica la firma, nombre o rúbrica u otro signo de autenticación o la conducta se dirige a cambiar o alterar la fecha del documento que puede haber sido colocada por las partes luego de firmado el acuerdo o que se produce la declaración. Poco es el servicio que puede prestar la función de perpetuación si se la contempla de manera aislada para determinar cuando nos encontramos ante la falsificación de un elemento

⁵⁴ Bacigalupo Enrique; *El Delito de Falsedad Documental*; p. 23.

⁵⁵ Echano Basaldua, José; *Compendio de Derecho Penal [Dirigido por Miguel Bajo Fernández]*; p. 787 y 791; Muñoz Conde, Francisco; *Derecho penal (P.E.)*; p. 700.

⁵⁶ Así, Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal*; p. 438. quien advierte que si se toma literalmente esta postura no se llegaría a establecer un límite a la tipicidad, incurriéndose en un círculo vicioso si por un lado se afirma que la función de perpetuación se ve afectada por la alteración y, por otro, que esa misma alteración es esencial cuando a su vez, afecta la función de perpetuación.

⁵⁷ Así, Echano Basaldua, José; *Compendio de Derecho Penal [Dirigido por Miguel Bajo Fernández]*; p. 788.

esencial⁵⁸. A ella se debe sumar la función de garantía y la función probatoria del documento.

Se afectará un elemento esencial del documento cuando se impute a una persona una declaración documental que no ha realizado o habiéndola efectuado un tercero interviene alterando o modificando una parte de esta declaración que crea un derecho o una obligación o sirve para probar un hecho. La alteración o adulteración esencial puede llevarse a cabo tanto por un tercero como por el propio autor del documento siempre que éste se encuentre ya concluido. Aquí se afectará tanto la función de garantía como la función de perpetuación.

Nuestra legislación brinda una importante pauta para establecer cuando nos encontramos ante un elemento esencial del documento que en el caso o supuesto de ser creado [total o parcialmente] o adulterado dará lugar al delito de falsedad documental material. Ello sucede cuando el art. 427 alude a la posibilidad que la acción de falsificación pueda **crear o dar origen a un derecho o una obligación o sirva para probar un hecho**, circunstancia o relación relevante para el ordenamiento jurídico. En orden y abierto respeto a la misma exigencia legal se puede afirmar que la esencialidad de un elemento del documento dependerá en primer término que dicha parte permita crear, modificar o extinguir un derecho u obligación entre los que intervienen en un acto o en una relación jurídica. La esencialidad de un documento estará condicionada a que, como prescribe la ley, la declaración documental dé origen, modifique o extinga una relación jurídica. De tal manera, que la falsedad documental,

⁵⁸ Sin embargo, ello no es óbice para que si se altera la declaración se llegue a alterar también un elemento esencial del documento, por ejemplo, eso pasa cuando se agrega ilícitamente una cláusula más del contrato que cambia completamente el sentido del mismo o se añaden palabras, frases o números en los espacios en blanco. Tal vez la mejor forma de indicar el papel que cumple la función de perpetuación en la definición de lo que es un elemento esencial del documento sea el señalar que la declaración de pensamiento fijada en un soporte material sólo es una de las funciones esenciales que puede afectar la acción de falsificación, junto a la función de garantía y probatoria.

ya sea la creación de un documento falso o la adulteración de un documento verdadero, para que sea típica deberá recaer en el extremo del documento en donde se crea, modifica o extingue un acto jurídico. Por ejemplo, esto pasa cuando se añade una cláusula falsa al contrato que hace nacer un nuevo derecho o se altera o suprime la disposición contractual en la que se fija una obligación. A contrari sensu, entonces, se puede entender que cuando la acción típica de la falsedad recae sobre la parte del documento que no determina el nacimiento, modificación o extinción de un derecho no estamos ante la falsificación de un elemento esencial del mismo; y por tanto dicho comportamiento deberá quedar impune.

Sin embargo, detenernos y parar mientes solo en este punto de la descripción legal como único criterio rector para definir la esencialidad del documento supone reducir y limitar en exceso la posibilidad de aplicar el delito de falsedad documental – incurriéndose en una notoria desventaja político criminal – pues los únicos casos que se punirían son las falsificaciones que recaen sobre documentos privados o aquellas que suponen la creación o modificación de un derecho u obligación. Se pasaría por alto el hecho que la calidad de documento no viene dada porque un determinado soporte material contenga una relación jurídica de derecho privado, sino porque una declaración de pensamiento es relevante para el ordenamiento jurídico, muy al margen de su adscripción a tal o cual rama o especialidad jurídica. De aceptarse de modo exclusivo la tesis glosada – que no incurre en error, sino que es incompleta siendo su ámbito de aplicación principal los documentos privados – no se podría brindar la tutela penal a los documentos públicos emitidos por las diversas instancias de la Administración Pública como una Resolución administrativa, una sentencia judicial o una acta legislativa o el caso de los mismos atestados policiales o las actas de incautación que son documentos, pero no recogen el nacimiento o modificación de un derecho u obligación.

Por ello, y como criterio fundamental, para saber cuando nos encontramos ante un elemento esencial del documento es indispensable remitirnos a la necesidad que la falsificación cree un documento falso o adultere uno verdadero que sirva para probar un hecho. Se filtra

aquí la función probatoria del documento que la doctrina comparada viene utilizando de manera insistente para deducir y entender cuando nos encontramos ante un elemento esencial o no del documento⁵⁹. La esencialidad del elemento documental, según este criterio, no puede advertirse de manera intrínseca a la declaración de pensamiento fijada en el soporte material o de modo apriorístico, sino que ha de partir de la relevancia del documento o de uno de sus elementos para el tráfico jurídico y en especial para el tráfico probatorio. La función probatoria quedará afectada cuando la alteración del documento vulnere aquello que el documento debe y puede probar⁶⁰. No se trata de partir de una regla abstracta, absolutamente genérica, sino de tomar en cuenta un punto de vista específico y las particularidades del caso concreto⁶¹. Por tanto, habrá falsedad documental cuando se afecta un elemento del documento que posee capacidad probatoria para verificar o comprobar un determinado hecho jurídico. Lo esencial o no del documento no se deduciría ya desde un prisma o ángulo abstracto o del contenido de la declaración [función de perpetuación], sino desde los intereses y necesidades probatorias que el documento puede cumplir en el tráfico jurídico. Un elemento puede ser inesencial si se valora únicamente la declaración documental en su conjunto, porque no condiciona o no determina el sentido de la misma ni le da mayor significación; no obstante la posibilidad de falsedad documental estará latente si ese elemento – inesencial a primera vista – goza de relevancia en el tráfico probatorio. Sólo así puede explicarse el por qué se sanciona la alteración de la fecha y lugar en un documento, sea público o privado, la cual, si bien no condiciona por lo general el contenido de la declaración, puede cumplir en el caso concreto una importancia probatoria de primer

⁵⁹ Por todos, Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico penal*; p. 439.

⁶⁰ Bacigalupo Enrique; *El Delito de Falsedad Documental*; p. 24.

⁶¹ Cfr. Quintero Olivares, Gonzalo; *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*; p. 1092; Echano Basaldua, José; *Compendio de Derecho Penal [Dirigido por Miguel Bajo Fernández]*; p. 788 y la jurisprudencia española allí consignada.

orden⁶². De lo dicho se deduce que lo esencial del documento no viene dado por su contenido, o por la declaración en sí, sino que depende en última instancia de lo esencial que el documento, o una de sus partes, pueda revestir para la prueba, no en el sentido procesal, sino en la aceptación amplia de la misma⁶³.

Concluyendo, es posible afirmar que en nuestra legislación lo esencial o no de un documento depende y puede extraerse de la formulación típica de las falsedades documentales; no siendo necesario acudir a criterios extrajurídicos sumamente confusos y ambiguos. Para tal fin basta remitirse tanto a la creación o alteración de las partes del documento que den origen, modifiquen o extingan un derecho o una obligación y/o que dichos elementos sobre los que recae la acción típica de la falsedad sirvan para probar un determinado hecho jurídico.

La aceptación de la esencialidad de la falsificación, como consecuencia de una interpretación teleológica del delito de falsedad documental, trae consigo de manera inmediata la exclusión de los comportamientos que siendo formalmente acciones de falsificación, como el crear un documento falso [la llamada simulación] o el adulterar uno verdadero, carecen del riesgo suficiente para afectar o vulnerar las funciones del documento que constituyen el contenido del bien jurídico protegido. Como ejemplo de adulteración de un elemento no esencial del documento se suele citar la alteración de la profesión en el DNI. Asimismo, quedan excluidos y fuera del ámbito de protección de la norma penal las alteraciones que constituyen meras correcciones o enmendaduras⁶⁴.

⁶² Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico - penal*; p. 439 quien señala que: "Para determinar la esencialidad en la alteración basta, pues, con que se modifique algún aspecto en que el documento sea apto para otorgar prueba, sin que se alcance un valor probatorio específico".

⁶³ Serrano Gómez, Alfonso; *Derecho Penal [P.E.]*; Madrid; Dykinson; 2 ed.; 1997; p. 656.

⁶⁴ Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico - penal*; p. 440.

4.- Si bien, como dijimos anteriormente, el delito de falsedad documental no depende de si se crea completamente un documento o si sólo se lo adultera — pues en ambos casos estamos frente a un documento falso — para la ley peruana las dos hipótesis son supuestos distintos que deben separarse en cuanto a su calificación jurídica. A pesar que desde un punto de vista abstracto para la ley se debe castigar tanto el hacer un documento como el adulterar uno verdadero puede afirmarse que una mayor gravedad de la conducta [disvalor de la acción] posee la primera modalidad típica [hacer completamente un documento falso]. Sin embargo, la última palabra lo tiene la valoración de las circunstancias del caso concreto, ya que es posible que la simple adulteración de un documento verdadero [auténtico] pueda causar un mayor perjuicio que la misma confección de un documento completamente falso.

Los comportamientos típicos descritos en la ley [*hacer, en todo o en parte, un documento falso, o adulterar uno verdadero*] atentan de manera directa contra la autenticidad y la veracidad del documento⁶⁵. La autenticidad está referida al autor del documento, mientras que la veracidad se relaciona con el contenido del mismo. La autenticidad permite atribuir a una persona la declaración de voluntad que se fija en el documento y que da lugar a la asunción de una serie de consecuencias que de ella se derivan⁶⁶. Un documento es genuino o auténtico cuando proviene de quien figura en él como su autor. El autor aparente debe ser el autor real del mismo. La autenticidad es el elemento fundamental que caracteriza a la falsedad documental pues en ella se troca de manera fraudulenta al

⁶⁵ Véase ampliamente García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 232, 234 y 239.

⁶⁶ Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 284 quien afirma que “El derecho para establecer la autenticidad obra de dos maneras fundamentales y generalmente complementarias: preestablece formas externas que quedan así dotadas de un valor simbólico: sellos, marcas grupos de palabras, formas fijas o dibujadas para escribirlas; por otra parte, crea órganos especialmente encargados de la facultad de autenticificar. Finalmente, reconoce con variable amplitud poder autenticificador a ciertas formas aunque no sean de órganos determinados, como la firma”.

verdadero autor del documento por quien no lo es, obligándole a asumir una serie de consecuencias jurídicas que no derivan de su manifestación de voluntad, utilizando para ello el más valioso instrumento del tráfico jurídico – económico como es el documento. La veracidad del documento viene dada por la correspondencia entre su contenido y la voluntad o la realidad que se pretende manifestar.

Sin embargo, la veracidad del documento sólo puede predicarse de manera subsidiaria en un doble sentido: por un lado, ella depende de la autenticidad del documento, de tal manera que de no existir autenticidad está demás preguntarse si el documento es veraz; y por el otro, la veracidad sólo puede exigirse en una determinada clase de documentos (documentos públicos) y no de todos los documentos existentes en el tráfico jurídico, porque de otro modo se caería en una hipertrofia del sistema penal. Esto último se funda también en la ausencia de un deber jurídico de decir la verdad en las relaciones jurídicas y económicas, que de existir supondría la consagración de un criticable deber moral que terminaría atentando contra el pluralismo de la sociedad y la base democrática de nuestro modelo constitucional.

b) La posibilidad que de su uso pueda resultar algún perjuicio.-

1.- La ley peruana considera que el momento consumativo del delito de falsedad documental [art. 427] no requiere que la acción de falsificación, que bien puede revestir la modalidad de hacer un documento falso o adulterar un documento verdadero, cause de manera efectiva un perjuicio a un tercero o que incluso el documento se use en el tráfico jurídico – mercantil⁶⁷. El legislador en una decisión político criminal ha considerado oportuno adelantar las barreras de protección del bien

⁶⁷ Cfr. Bramont Arias, Luis – García Cantizano, María; Manual de Derecho penal (P.E.); p. 627; Chocano Rodríguez, Reiner; Análisis dogmático de la falsedad documental del artículo 427 del C.P. peruano; p. 499, aunque contradictoriamente cite a Quintero Olivares, Gonzalo; Comentarios a la parte especial del Derecho Penal; p. 1095 en apoyo de su tesis cuando este autor sostiene una cosa completamente distinta al precisar que: “En las falsedades documentales la consumación del delito no depende tanto de su estructura comisiva como de la

jurídico, estimando que no es necesario esperar que el documento falsificado ingrese al tráfico jurídico, se use o que cause un perjuicio para punibilizar el comportamiento⁶⁸. Es suficiente que se verifique cualquiera de las acciones típicas del art. 427 del C.P como es la creación o el hacer, total o parcial, un documento falso o crear uno verdadero idóneo para engañar y el propósito de causar perjuicio para que se entienda cumplido y consumado el injusto típico. No es necesario exigir -al menos desde la perspectiva de *lege lata* - la comprobación de si el documento falso o

plenitud de la ofensa al bien jurídico, que, como se ha dicho al principio es la capacidad probatoria del documento. De ello se deduce que la falsificación de documentos, por razones comprensibles, no entra realmente en el Derecho penal hasta que ese documento inicia su andadura en el tráfico jurídico". Resulta más que evidente que Quintero Olivares mantiene una posición completamente distinta a la que Reiner Chocano plantea en nuestra patria al explicar la consumación del delito de falsedad documental, pues mientras uno sostiene que el delito se consuma con la sola acción de la falsificación el otro reclama la plenitud de ofensa al bien jurídico [delito de resultado], por lo que resulta no sólo errado, sino contradictorio citarlo a favor de dicha postura.

Ya antes se había pronunciado Bramont Arias, Luis; Voz, Falsedad Material; en Enciclopedia Jurídica Omeba; Buenos Aires; Driskill; p. 862 quien señala que: "El momento consumativo en la falsificación de documentos públicos coincide con el acto en que se verifica la factura o adulteración, mientras que considera que en el caso de la falsificación de los documentos privados la acción se consuma cuando se hace uso del documento falsificado".

⁶⁸ Dicho criterio no repararía en la construcción particular de la falsedad documental en nuestra legislación, la cual requiere una interpretación acorde y compatible con nuestra realidad legislativa, sin transformar y subvertir su esencia. Estimamos que el error de esta posición podría descansar en reproducir los criterios dogmáticos vigentes en España sobre la consumación de la falsedad documental que de manera mayoritaria reconoce la perfección del delito en "el momento en que, realizada la alteración, la simulación, la suposición, el documento, de alguna manera, entra al tráfico jurídico y puede dejar de sentir su influencia en éste, con independencia de que se alcancen o no los fines perseguidos por el autor"; véase Orts Berenguer, Enrique; Comentarios al C.P. de 1995; T II; p. 1751; García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 324 quien pese a sostener que "cabría considerar que el empleo del documento falso realizado por el sujeto activo no es más que un acto posterior impune, cuya efectiva ejecución nada añade al desvalor que ya, de por sí, se le concede a la conducta falsaria", luego añade

alterado se usó o ingreso al tráfico jurídico o si en realidad devino en la producción de un perjuicio como hasta ahora ha llegado a sostener de modo más que mayoritario nuestra jurisprudencia histórica, pasada y actual, en uno de los errores judiciales más graves en lo que a interpretación y aplicación de las categorías dogmáticas se refiere. Más allá de una postura de *lege ferenda* o que pretenda una modificación de los contenidos y la formulación típica del art. 427 lo cierto es que la redacción del precepto en comentario no da lugar a dudas ni deja siquiera espacio a la incertidumbre hermenéutica, bastando para que se realice la tipicidad objetiva del delito con que se exteriorice cualquiera de las modalidades típicas descritas [hacer un documento o adulterar uno verdadero] y se albergue la intención de causar un perjuicio.

El delito de falsedad documental en su actual formulación típica constituye un **delito de peligro**, en el que basta la realización de la conducta de crear un documento falso o adulterar un documento verdadero con el propósito de utilizar el documento. Es un grave error lógico y jurídico el considerar al art. 427 como un delito de resultado como si la ley exigiera la comprobación de un perjuicio a un tercero para

que “..... el uso constituye en parte natural del mismo hecho falsario, limitándose así al formalismo extremo con el que viene siendo entendida la falsedad, ya que ésta no es *cualquier* alteración a la verdad, sino la formación de una apariencia de legitimidad de un documento, destinado a engañar en el tráfico jurídico.....”. Para terminar señalando que “el uso es inherente a la propia falsedad y podría ser estimado como un acto de agotamiento”. También Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 726 y 739 con una minuciosa y brillante exposición de los criterios mantenidos en el derecho alemán, italiano y español; y Quintero Olivares en nota anterior. En contra de esta postura Echano Basaldua, Juan; en Compendio de Derecho penal (P.E.) (Director: Miguel Bajo Fernández); p. 797 cuando señala que “El texto legal adelanta la consumación al momento en que, realizada la conducta falsaria, el documento falso está ya en disposición de desplegar sus efectos en el tráfico jurídico como si fuera auténtico y verdadero, sin que sea preciso que se haga uso de él....”. Aclarando las posturas existentes al respecto en el derecho español Morillas Cueva, Lorenzo; en Curso de Derecho penal español (Director: Manuel Cobo del Rosal); p. 239, aunque sin tomar posición.

la consumación del delito, posición, sin embargo, que es asumida por nuestra jurisprudencia de manera casi unánime⁶⁹. La ley peruana sólo repara y estima consumado el delito cuando concurre la acción de falsificación [crear un documento falso o adulterar uno verdadero] y dicha conducta posee la aptitud o idoneidad para causar un perjuicio a un tercero. El legislador peruano se ha decantado a favor de esta sistemática legislativa excluyendo intencionalmente la configuración de la falsedad documental como un delito de lesión. Ha preferido enfatizar el disvalor de la acción más que en el disvalor del resultado. Esta interpretación es confirmada cuando se contempla que la redacción típica de nuestra ley penal, y específicamente el art. 427, utiliza un elemento subjetivo del injusto distinto al dolo, a manera de un delito de tendencia interna trascendente [delito mutilado de dos actos], al referirse “con el propósito de utilizar el documento”, cuestión que denota lo que venimos planteando: no es necesario que el documento se utilice y menos que se cause un perjuicio.

Como prueba irrefutable que el delito de falsedad documental material [art. 427 primer párrafo] sólo exige la realización de la creación de un documento falso o la adulteración de uno verdadero puede

⁶⁹ Así, por ejemplo, puede verse: “En el caso del art. 427 si no se da el perjuicio resultante del acto delictivo imputado y siendo inexistente la condición objetiva de punibilidad, es decir, el perjuicio ocasionado al agraviado, el hecho consumado no constituye delito y por ende no es justiciable penalmente” [Ejecutoria Superior de Lima del 05.09.97]. Otra: “Si bien el acusado usó un documento falso, tal uso no causo perjuicio conforme es de verse de la Resolución Directoral que declara la nulidad del certificado de posesión otorgado al citado encausado, por tanto la conducta imputada no se encuadra en la situación prevista por el segundo párrafo del art 427 del C.P.” [Ejecutoria Suprema del.28.08.97]. Otra: “No obstante, ser típica, antijurídica y culpable la conducta de la acusada, sin embargo, estando a la condición objetiva de punibilidad contenida en el art. 427 del C.P., así como por razones de política criminal, para la punibilidad de la referida conducta se requiere que del uso del documento resulte un perjuicio, caso contrario ésta no se castigará” [Ejecutoria Suprema del 01.12.97]. Otra: “Si no se ha llegado a acreditar el perjuicio causado por el agraviado por el uso del documento falsificado no llega a configurarse este tipo penal” [Ejecutoria Suprema del 06.10.97].

alegarse y recurrirse en respaldo de dicha tesis a una interpretación sistemática del primer y segundo párrafo del art. 427 del C.P. En efecto, mientras el primer párrafo de la disposición en comentario sólo requiere para la tipicidad del hecho que el documento sea creado [total o parcialmente] o adulterado; el segundo párrafo exige un requisito adicional y posterior: que se haga un uso del documento falso como si fuese legítimo. En la descripción típica de la falsedad material existe un orden lógico: en el primer párrafo se sanciona a quien crea o adultera el documento y en el segundo a quien lo utiliza o emplea.

No tendría sentido que los dos párrafos del artículo en mención se abocaran a la sanción de las mismas conductas – porque de ser así uno de ellos estaría sobrando – como, además, es de esperar que si la ley en realidad exigiera la efectiva causación de un perjuicio en el primer párrafo – cosa que nosotros negamos rotundamente – lo correcto, entonces, hubiera sido comenzar la descripción típica de la falsedad documental – siguiendo un elemental orden lógico – con el uso del documento para que luego, en el segundo párrafo recién aludir a la efectiva y real producción de un perjuicio, sin importar su naturaleza, clase o índole de éste. Sin embargo, porque a la ley le interesa superlativamente mantener una mínima coherencia lógica y normativa es que se asume en el primer y segundo párrafo una escala gradual completamente compatible con el sentido común y la lógica jurídica; en el primer párrafo se exige la realización de las acciones típicas: el hacer un documento falso o adulterar uno verdadero; y en el segundo, manteniendo una progresión, se pune a quien hace un uso del documento sobre el que ha recaído la previa acción de falsificación.

Si se asume que la secuencia lógica de toda falsedad documental sigue el camino y el derrotero de: 1° Una acción de falsificación apta o idónea para engañar; 2° Su uso respectivo en el tráfico jurídico; y 3° La producción de un perjuicio a un tercero, debe quedar claro que al legislador nacional sólo le ha interesado criminalizar la acción de falsificación [1°], sin exigir que ese documento sea usado de manera efectiva y concreta en el tráfico comercial para crear un derecho u obligación, acreditar un suceso o que de modo real cause un perjuicio

determinado. La tipicidad de la falsedad documental material [art. 427 primer párrafo] está completa cuando se exterioriza una conducta de crear un documento falso o adulterar uno verdadero.

2.- La fijación del momento consumativo del delito de falsificación de documentos en el instante que la conducta recae sobre el documento, sin importar ni el uso que se dé a éste ni el perjuicio que cause, adelantándose de este modo las barreras de protección del bien jurídico, contraviene de manera clara [en caso se admita como bien jurídico] la protección de la seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico – mercantil, pues se terminaría castigando todo comportamiento que atente contra las funciones del documento [probatoria, autenticidad o de perpetuación], independientemente de si éste ingresa o no al tráfico jurídico o al sistema de relaciones económico – mercantiles.

No tendría ningún sentido afirmar que el bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental es la seguridad en el tráfico jurídico si la criminalización de los comportamientos realizada por el legislador no valora convenientemente este hecho; y muy por el contrario lo pasa por alto de la manera más clamorosa y abierta posible, considerando que basta la acción de adulterar o crear un documento falso. Es posible detectar aquí una contradicción entre los planteamientos sostenidos por un sector importante de la ciencia penal y los criterios fijados por nuestro derecho positivo, que debería terminar en una capitulación de los primeros a favor de los segundos al menos desde la perspectiva de lege lata. Sin embargo, si se busca armonizar y compatibilizar la postura del bien jurídico, como es la seguridad en el tráfico jurídico comercial, y la formulación típica de la falsedad documental material será necesario exigir en el primer párrafo la necesidad que la consumación del delito se cuente desde que se usa el documento o se introduzca éste en el tráfico jurídico. Esta postura sólo es atendible actualmente en nuestra legislación desde la perspectiva de lege ferenda.

Desde un punto de vista político criminal tal vez el mejor camino sea el promover en el futuro una reforma legislativa en los delitos de falsedad documental buscando a toda costa que el momento consuma-

tivo del delito quede fijado en el uso del documento o su respectivo ingreso al tráfico jurídico, tal como lo viene exigiendo la doctrina⁷⁰. No sería necesario, empero exigir la producción de un perjuicio real. Sólo así se llegaría a evitar situaciones absurdas, pero no por ello menos frecuentes, como, por ejemplo, que se castigue a quien falsifica un documento, a pesar que el autor no se decida a realizar un acto de negociación o a usarlo en el tráfico jurídico; o cuando quien adultera un documento verdadero lo guarda bajo llave condicionando su empleo al concurso de algunas circunstancias que tal vez nunca se presenten. Asimismo, la postura que aquí se abona, pero que no se encuentra recogida en la ley peruana, lograría facilitar [o al menos hacer posible] el desistimiento del autor del delito respecto a utilizar el documento falso, logrando el respeto y fidelidad a las normas, tal vez tardío, pero completamente válido desde el prisma jurídico penal. Ello no se podría alcanzar si se sigue estimando al tipo básico de la falsedad documental como un delito de peligro que hace prácticamente imposible cualquier acción de desistimiento.

3.- La ley cuando alude al perjuicio no lo hace como si exigiera esta condición de manera efectiva o real, sino potencial. Sólo cuando se entiende de este modo dicha referencia legal es que se fija correctamente el aspecto central de la problemática⁷¹. La posibilidad de perjuicio puede recaer tanto en la falsificación de documentos públicos y privados y debe encabezar no sólo la interpretación de las falsedades materiales, sino de todo el capítulo de falsedades documentales, incluida la falsedad ideológica⁷². No es correcto limitar y reducir dicho requisito legal a los documentos públicos en virtud a su presunción de veracidad y su privilegio para la prueba, dado que también los documentos privados

⁷⁰ Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal*; p. 739.

⁷¹ No muy claro al respecto Chocano Rodríguez, Reiner; *Análisis dogmático de la falsedad documental del artículo 427 del C.P. peruano*; p. 500.

⁷² Cfr. Soler, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*; T V; p. 345; Creus, Carlos; *La Falsificación de documentos en general*; p. 72.

pueden causar un daño. Asimismo, no resulta compatible con la letra de la ley el diferenciar los documentos, y de allí la posibilidad de perjuicio, que contienen un principio de derecho o de acción y que se caracterizan por crear, modificar o extinguir una relación jurídica de aquellos documentos en los que no se genera ningún derecho, tales como las cartas o los simples papeles, señalando que el perjuicio en los primeros es inmediato a la acción de falsificación y que en los segundos es necesario comprobar caso por caso la producción del daño⁷³.

La posibilidad del perjuicio y no el perjuicio realmente producido, da pie a la consumación de este delito, pero es indispensable que esa posibilidad exista, puesto que en caso contrario se trataría de una acción que siendo totalmente inocua, no habría por qué reprimir. Tal como se encuentra redactada nuestra ley resulta absolutamente necesario distinguir entre el perjuicio real o el perjuicio posible. Nuestra ley sólo exige no la existencia o la verificación de un perjuicio real, sino sólo un perjuicio potencial derivada de la acción de falsificación⁷⁴. Representa un grueso error considerar que el perjuicio viene ínsito o de manera implícita ligada a toda acción de falsificación como si todo hacer un documento falso o adulterar uno verdadero arrastraría consigo un daño real o inminente⁷⁵. De ser así no se lograría entender la razón de por qué la ley separa la acción típica de la posibilidad de perjuicio. En realidad, la relación entre la acción típica de la falsedad documental y la posibilidad de causar perjuicio debe establecerse caso por caso.

El perjuicio no debe entenderse como la afectación a las funciones directas del documento como es la función de garantía, perpetuación y probatoria, pues ellas ya sufren una vulneración cuando se realiza cualquiera de las modalidades típicas de la falsedad material o como una

⁷³ Véase, las referencias a la doctrina francesa realizada por Romero Soto, Luis; *La Falsedad Documental*; p. 151 y ss.

⁷⁴ Cfr. en el derecho argentino Laje Anaya, Justo; *Comentarios al Código Pena [P.E.]*; T IV; p. 241.

⁷⁵ Cfr. Creus, Carlos; *La Falsificación de documentos en general*; p. 71.

efectiva lesión a la seguridad en el tráfico jurídico. La ley exige que a la eventual lesión *abstracta* se sume la concreta posibilidad de perjuicio a otros bienes jurídicos que pueden ser de variada naturaleza⁷⁶. Este requisito típico, que la ley alude como una mera posibilidad, debe interpretarse como si el perjuicio se refiriera o estuviera enderezado hacia otro bien jurídico distinto al bien jurídico protegido en la falsedad documental.

Dicho perjuicio no es indispensable que sea un menoscabo estrictamente patrimonial [lo que podrá dar lugar – en caso suceda – al concurso con un delito de estafa], o que consista en la afección a un bien jurídico penal semejante, sino que basta la posibilidad que se pueda dañar un bien o interés de un tercero, independientemente de la naturaleza o del orden al que pertenezca⁷⁷. Puede tratarse de un perjuicio al honor o la reputación como también a un interés moral, político, social⁷⁸. Basta que el objeto sobre el cual puede recaer el riesgo o el daño sea un bien jurídico o tenga valor⁷⁹. Aquí nos encontramos frente a una notoria y elemental diferencia entre los delitos de falsificación de documentos y el delito de estafa. Mientras en la segunda clase de infracciones el perjuicio recae exclusivamente sobre el patrimonio, bien en un elemento específico del mismo o como unidad *universitas iuris*, en los primeros el perjuicio puede ser más amplio e indistinto, recayendo sobre cualquier interés jurídico⁸⁰.

⁷⁶ Cfr. Creus, Carlos; La Falsificación de documentos en general; p. 71 y 73 para quien “la falsedad documental no se castiga por el mismo hecho de la falsedad, sino porque ella acarrea peligro distinto para otros bienes jurídicos”.

⁷⁷ Cfr. Maggiore, Giuseppe; Derecho Penal; T III; p. 563 para quien: “Si falta un daño a lo menos potencial – aptitud para producir un perjuicio – habrá una intención mala, pero no falsedad consumada o tentada”.

⁷⁸ Cfr. Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 335 para quien: “Ese perjuicio puede consistir en una lesión de cualquier naturaleza, siempre que sea jurídicamente apreciable (*minima non cura praetor*) tanto de carácter material o moral”. También Creus, Carlos; La Falsificación de documentos en general; p. 74.

⁷⁹ Cfr. Laje Anaya, Justo; Comentarios al Código Pena [P.E.]; T IV; p. 243.

⁸⁰ Se apunta por Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 610 que “En la estafa el engaño ha de ser posible – además del error – la consecución de un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo y el consiguiente perjuicio, mientras que en la falsedad éste se ha de operar necesariamente sobre un documento”.

Asimismo, se tiene que toda falsedad es un engaño, pero no todo engaño es una falsedad⁸¹; de allí que se hable de una mayor amplitud del engaño [que comprende la estafa] respecto a la falsedad [propio de los delitos de falsificación de documentos]. Ello no obsta, pese a todo, a que algunos estimen que el perjuicio del que habla la ley se refiera al daño [potencial] o disfuncionalidad en el tráfico jurídico, sin que sea necesaria la concreción o afectación de algún objeto jurídico en particular o un bien de carácter personal⁸².

La ausencia de perjuicio o la ineptitud del riesgo creado por la falsificación se produce cuando hay una falsificación burda, inocua o que no puede engañar en el tráfico jurídico, ya sea público o privado. Sin embargo, en la falsedad documental la falta de aptitud de la falsificación para causar o producir perjuicio es la excepción y no la regla⁸³.

El titular del bien o valor que se amenaza o se pone en peligro por la acción de falsificación es indiferente. Puede tratarse de los involucrados en la declaración documental o las partes de una relación jurídica fijada en un soporte material como puede abarcar a terceros o personas que no se encuentran vinculadas directamente con el contenido o tenor del documento o que no han sufrido la falsificación de su firma, rúbrica, nombre u otros signos autenticadores⁸⁴. Como la ley no exige que el daño se concrete o sea real, sino sólo alude a la posibilidad del perjuicio no es indispensable que se individualice al perjudicado o a la persona, natural o jurídica, que puede haber sufrido una lesión en sus

⁸¹ Así García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 272.

⁸² No creemos que sea correcta la diferenciación efectuada entre falsedad documental y el delito de estafa sustentada por Chocano Rodríguez, Reiner; Análisis dogmático de la falsedad documental del artículo 427 del C.P. peruano; p. 500 cuando afirma que en la falsedad el perjuicio no constituye un elemento del tipo, mientras que en la estafa el perjuicio forma parte integrante del tipo penal. En ambos delitos el perjuicio es un elemento integrante del tipo del injusto aunque su estructura es distinta: en la estafa el perjuicio debe darse para la efectiva consumación del hecho, mientras que en la falsedad el perjuicio es sólo potencial.

⁸³ Cfr. Laje Anaya, Justo; Comentarios al Código Pena [P.E.]; T IV; p. 243.

⁸⁴ Cfr. Creus, Carlos; La Falsificación de documentos en general; p. 76.

intereses⁸⁵, sea cual fuere su naturaleza o clase. Ello se deriva del hecho que para la ley lo único que importa es la posibilidad de daño y no identificar a quien lo podía sufrir.

Una vez más resulta decisivo y oportuno distinguir al sujeto pasivo o titular del bien jurídico protegido del agraviado del delito o ilícito penal⁸⁶. Si el bien jurídico protegido en la falsedad documental se encuentra en las funciones que desempeña el documento [de garantía, perpetuación o probatoria] en el tráfico jurídico, siendo el interesado en proteger y tutelar dicho bien el Estado, no puede estimarse en una correcta dogmática como sujeto pasivo a un particular por más importante y trascendente que sea para él el documento. A lo sumo éste podrá constituirse en parte civil en caso se logre verificar y comprobar que ha sufrido un daño o un perjuicio patrimonial o extrapatrimonial a raíz de la falsificación de documentos, debiéndose constatar obligatoriamente la relación de causalidad y la imputación objetiva entre el delito cometido y en particular entre las acciones [hacer un documento falso o adulterar uno verdadero], y la producción del perjuicio. No debe olvidarse que la consideración de la falsedad documental, y en concreto la falsedad material, como un delito de peligro—y no como un delito de resultado—hace muy difícil la constitución del hipotético agraviado como parte civil, a no ser que se verifique y compruebe que en realidad ha padecido un daño.

El perjuicio no debe entenderse como el logro de un beneficio para el autor del delito u otra persona como consecuencia de la acción de falsificación. El perjuicio que se causa a un tercero no significa que automáticamente alguien, o en concreto el autor o interesado en la acción de falsificación, va a obtener un beneficio. Si bien es cierto que común-

⁸⁵ Cfr. García Cantizano, María del Carmen; *Falsedades Documentales*; p. 281 quien afirma: “Para la imputación del engaño en el tráfico jurídico a la acción falsaria no es precisa la determinación e identificación del sujeto que incurre en error; es suficiente que, con el documento falso, se pueda inducir a error a una persona media, con independencia que la víctima del engaño sea perfectamente identificable”.

⁸⁶ Ampliamente, al respecto Castillo Alva, José Luis; *Las Consecuencias Jurídico – Económicas del Delito*; Lima; Idemsa; 2001; p. 107, 108 y ss.

mente la producción de un perjuicio a un tercero trae consigo o importa el logro de una determinada ventaja, es posible que ambos hechos o fenómenos no coincidan; de tal manera que habiendo un perjuicio no exista beneficio; o que habiendo beneficio no exista un perjuicio. Lo dicho obliga a excluir del ámbito típico la mera ventaja económica que se produce sin la causación de un perjuicio⁸⁷.

4.- La posibilidad de causar perjuicio es un elemento de la falsedad de documentos que no basta para explicar la esencia de esta infracción si es que no se lo vincula a la idea del **engaño**, pues se afirma que sólo puede causar un daño [o perjudicar] lo que puede engañar o inducir a un juicio erróneo respecto a la autenticidad del documento⁸⁸. La seguridad y la fiabilidad en el tráfico jurídico documentario no queda vulnerada, y menos se ve socavada, sino cuando se emplea un medio fraudulento [documento falsificado] y se trata de engañar a terceros sobre la autenticidad o sobre el valor probatorio del documento, presentándolo como un soporte material genuino que recoge una real declaración de voluntad o de conocimiento.

Se sostiene que la única manera de poder causar perjuicio en el delito de falsedad documental es tratando de engañar a los participantes en el tráfico jurídico, pues sólo buscando inducir a error se explica y comprende de manera satisfactoria la acción de falsificación de documentos. En efecto, nadie falsifica un documento, y nadie puede ser castigado por este hecho, si además de realizar la acción de adulterar un documento no pretende engañar a terceros⁸⁹. La idea de engañar se

⁸⁷ Cfr. Creus, Carlos; La Falsificación de documentos en general; p. 77.

⁸⁸ Según Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico - penal; p. 609 "El engaño como elemento de la falsedad puede deducirse también del mismo parecido morfológico de este delito con el de estafa, pues ambas son defraudaciones que en un período de la historia se hallaban indiferenciadas".

⁸⁹ Célebres son las palabras de Carrara, Francesco; Programa de Derecho Criminal; N° 3677 cuando sostiene que "Es cierto, según los fundamentos de la ciencia, que ningún acto externo por malo que sea, puede elevarse a delito si no tiene el *poder de causar perjuicio*. Es cierto que un acto de falsedad no tiene poder de causar si no tiene el *poder de engañar*.....".

encuentra implícita y va unida indisolublemente a la falsificación. Nadie falsifica o muda la autenticidad de una declaración [o de un aspecto esencial de un documento] para decir la verdad o para combatir una mentira, sino que lo hace con el propósito de engañar. Por ello se afirma – con toda razón – que la falsedad documental sólo tiene sentido cuando se la entiende como una conducta instrumental dirigida a engañar⁹⁰. El engaño aparecería en estos casos [a manera de un elemento no escrito del tipo⁹¹] como contenido de la acción de falsificación, siendo su inmediata consecuencia. Su finalidad es producir un estado o una situación de error en los participantes del tráfico creando una apariencia de autenticidad y veracidad. La vía y el procedimiento que el autor utiliza para introducir el documento falso o adulterado en el tráfico jurídico con el objetivo de causar un perjuicio es confiando que su acción típica inducirá a error⁹².

El juez debe comprobar una vinculación ideológica o de sentido – aplicando las reglas de la imputación objetiva – entre la acción de adulterar [o crear un documento falso], el engaño y la posibilidad de causar perjuicio. Si la conducta de falsificar no es idónea o apta para engañar – por lo inútil o burdo del procedimiento – no puede predicarse

⁹⁰ No obstante, con tal afirmación no se pretende decir que en las falsedades documentales se busque proteger un derecho a decir la verdad, o que [simplemente] se prohíba las mentiras en un documento, dado que ello supondría una repudiable etización y la penetración de filtros moralizantes en el Derecho penal cuyo único sentido sería la sobrecriminalización de los comportamientos y el abuso en el recurso de la pena. Véase Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal*; p. 615 y 616.

⁹¹ Nuestra legislación penal – igual a lo que sucede en el derecho español – no considera expresamente al engaño como un elemento escrito del tipo penal de las falsedades documentales. Sin embargo, su existencia se puede deducir de la referencia legal a la posibilidad de causar perjuicio. Ello a diferencia del C.P. alemán vigente quien en su art. 267 cuando regula la falsedad documental, considera al engaño como un elemento subjetivo al prescribir que “Quien elabore un documento auténtico, falsifique un documento auténtico o utilice un documento no auténtico o falsificado para engañar en el tráfico jurídico será castigado con pena de privación de la libertad hasta cinco años o con multa”.

⁹² Cfr. García Cantizano, María del Carmen; *Falsedades Documentales*; p. 273.

la comisión de un delito de falsificación de documentos. De no concurrir la idoneidad de engañar como derivado de la adulteración del documento es imposible estimar la eventualidad de causar perjuicio. Sólo así se explica que se encuentren fuera del ámbito de protección de la norma la falsedad inidónea [o superflua] y la falsedad inocua.

Ha de quedar claro, entonces, que al exigirse [entre la conducta de falsificar y el perjuicio potencial] la necesidad de un engaño idóneo se restringe y limita teleológicamente y de acuerdo a los fines del Derecho penal el alcance del delito de falsificación de documentos – que de otro modo tendría una extensión desmesurada – ya que no sólo basta una acción de falsificar, sino que se requiere como condición adicional que dicha acción cree un riesgo de engañar y con ello la posibilidad de perjudicar a alguien. De exigirse sólo el adulterar un documento verdadero o hacer un documento falso traería consigo que toda conducta de esta clase, independientemente de su idoneidad o relevancia para ingresar [engañando] al tráfico jurídico, deba merecer la calificación de falsedad documental, siendo considerada como punible. El requisito de la aptitud para engañar y causar perjuicio permite aplicar en el delito de falsedad documental los alcances del principio de intervención mínima, en la expresión del principio de fragmentariedad, por el cual sólo pueden ser sancionados con una pena las conductas más graves y lesivas para el bien jurídico, eligiéndose, entre ellas, a los comportamientos que por su especial modo de ejecución o por su entidad lesiva generan mayor alarma social. La aplicación de una pena [o medida de seguridad] a toda acción de falsificación lo único que hace es dar patente de corso a una intervención penal indiscriminada y absoluta, no sujeta a límite alguno, que ampliaría el alcance – de por sí ya muy dilatado – del delito de falsedad documental que es un delito de peligro.

Si bien en líneas generales se puede operar en la comprensión del engaño, propio de la falsedad documental, con la noción del mismo proveniente del análisis del delito de estafa debe tenerse en cuenta que mientras en la estafa el engaño es el causante del error del sujeto pasivo y de la disposición patrimonial [y constituye el primer elemento del tipo], en el delito de falsedad es la consecuencia de la acción típica [adulterar

o crear un documento⁹³. Asimismo, no debe pasar desapercibido el hecho que en el delito de estafa, y en lo que se refiere al engaño, se ha de contar con las características personales del sujeto pasivo, mientras que en la falsedad esto no es necesario, ya que el sujeto pasivo puede ser indeterminado; y ello no altera en nada la naturaleza del delito.

Debe señalarse – según nuestra especial redacción legal – que en la falsedad no es necesario que el engaño se produzca, sino sólo que la falsificación de documentos [o la conducta de adulterar] sea apta o idónea para engañar y de este modo producir el [potencial] perjuicio. Es lamentable – como se expuso líneas atrás – que nuestra legislación haya construido la falsedad documental como un delito de peligro, no exigiendo para la criminalización de la conducta que el documento ingrese de manera real y efectiva al tráfico jurídico. Dicha regulación complica y hace muy difícil determinar [sin la exigencia de un uso] si el documento tenía o no idoneidad para engañar o simplemente se trataba de un documento carente de toda relevancia, pues al no ser necesario que penetre en el tráfico jurídico o en el entramado de las relaciones jurídico – económicas es muy difícil averiguar si en verdad podía engañar o no.

El engaño [o la posibilidad del mismo] que se requiere en el delito de falsificación de documentos ha de obtenerse utilizando un criterio objetivo, en el sentido de engaño relevante o idóneo para causar perjuicio luego de ingresar al tráfico jurídico. Es válido aplicar aquí las reglas de la imputación objetiva: el engaño ha de valorarse desde un punto de vista ex – ante teniendo en cuenta las circunstancias del caso y los conocimientos especiales del autor.

Se discute si el engaño o la capacidad de la acción de falsificación para inducir a error debe valorarse en función de un *individuo concreto*, o de si la exigencia que impone la interpretación correcta del tipo penal

⁹³ Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 612 cuando sostiene que “La posibilidad de engaño no indica en este delito el punto de partida de la conducta típica, sino que en él se agota”.

debe deducirse de la relevancia del engaño para un *hombre medio*. Si se acepta el primer planteamiento basta que una persona incurra en error o sea engañada para que se cumpla con la tipicidad objetiva de la falsedad material. La desventaja de este criterio es que abre y extiende de manera desmesurada el ámbito de aplicación del delito en comentario, subsumiendo las conductas en las que el error no se produce tanto por la idoneidad de la falsificación, sino de la negligencia y descuido del sujeto pasivo. El segundo punto de vista deja de valorar el caso concreto y se pregunta si un hombre medio en el lugar del autor pudo haber sido engañado por la acción de crear un documento falso o adulterar uno verdadero. Cuando la respuesta sea afirmativa se habrá cometido el delito de falsedad documental. Si bien este criterio, se aleja de las situaciones particulares por las que puede atravesar un participante en el tráfico su principal ventaja es que su asunción resulta compatible con el bien jurídico protegido, que para algunos autores es la seguridad en el tráfico jurídico. Asimismo, coincide con los criterios teleológicos de la teoría de la imputación objetiva. Creemos que la idoneidad del engaño debe obtenerse remitiéndose a la figura de un hombre medio perteneciente al sector del tráfico jurídico económico en el que el documento se encuentra dispuesto a influir [o ingresar]⁹⁴. Para ello no debe acudir a reglas abstractas y generales aplicables a todos los casos, sino que ha de sopesarse de modo conveniente y adecuado la clase del documento, los destinatarios, las formalidades del mismo como la situación particular en la que se utiliza que, según el caso, puede hacer variar y modificar la aptitud e idoneidad para engañar. El juez penal no debe moverse sobre patrones rígidos, pétreos e inflexibles que por su dura abstracción no sólo pueden socavar la seguridad jurídica, sino que puede llegar a situaciones de alarmante injusticia; muy por el contrario debe prestar atención al caso particular que analiza.

⁹⁴ Cfr. Conde - Pumpido Ferreiro, Cándido y Burkhalter Thiébaud, Joaquín; Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia; T III; p. 3673; Córdoba Roda, Juan; Comentarios al Código Penal; T III; p. 849.

La aptitud e idoneidad del engaño depende que el documento falso o adulterado logre por lo menos una apariencia de documento verdadero en el tráfico jurídico⁹⁵. Dicha apariencia o fingimiento consiste en simular las condiciones de valor o de eficacia jurídica que el documento cumple en el sector social, jurídico o económico. No se trata de una regla genérica o abstracta que toma en cuenta de manera innominada la noción del tráfico jurídico, sino que se vale y hace depender dicha noción de la clase del documento como del área del tráfico en la que se lo pretenda colocar. La idoneidad del engaño requiere que la acción de falsificación logre cierta credibilidad o genere una situación de confianza en los participantes en el tráfico [hombre medio] suplantando de modo verosímil las funciones de garantía, perpetuación o probatoria del documento. Si se alude a un engaño idóneo o apto es indispensable que el documento falso o adulterado se encuentre en condiciones de pasar como si fuera verdadero. Se exige, por ello, un grado mínimo de imitación o de credibilidad.

Dicha apariencia no requiere ser perfecta⁹⁶ o que sea capaz de engañar a las personas más diligentes o incluso a los peritos. La apariencia de verdadero no supone decir que el documento falso sea perfecto. Sin embargo, ello tampoco importa sostener que toda posible alteración mendaz cualquiera sea su forma realiza la tipicidad de la falsedad documental material⁹⁷. La acción de falsificación [crear un documento falso o adulterar uno verdadero] no exige ser un trabajo sumamente depurado o de un especialista y menos depende de la complejidad y técnica de los procedimientos empleados en la comisión del hecho, aunque muchas de dichas condiciones se encuentre supeditadas a la clase de documento que se pretende imitar. El grado de la falsificación no se establece con criterios cuantitativos o estadísticos, sino con criterios *estimativos sociales*, e implica una hipotética colocación del documento en el tráfico jurídico preguntándose si del docu-

⁹⁵ In extenso, García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 270.

⁹⁶ Así, Laje Anaya, Justo; Comentarios al Código Pena [P.E.]; T IV; p. 235.

⁹⁷ Cfr. Córdoba Roda, Juan; Comentarios al Código Penal; T III; p. 849.

mento falso o adulterado puede predicarse una apariencia de autenticidad, una apariencia de perpetuación o una apariencia probatoria. Como se señaló anteriormente no es necesario que las modalidades típicas de la falsedad afecten a todas las funciones del documento. Basta que sea a una de ellas. Uno de los patrones que se emplea para medir el grado o la entidad de la acción de falsificación está representado por los *cánones de la experiencia*⁹⁸; quedando fuera de la tipicidad del tipo todo aquello que se presente como *burdo, torpe o grosero* a simple vista⁹⁹.

5.- La doctrina y jurisprudencia penal de manera correcta al referirse a la idoneidad o no del engaño para producir un perjuicio viene sosteniendo la existencia de una falsedad inútil o superflua que se distingue a su vez de la falsedad inocua. Ambos tipos de falsedades se caracterizan por carecer de cualquier relevancia penal, ya sea por no cumplir con los requisitos [la mayoría de veces] de la imputación objetiva o por no afectar de manera directa al bien jurídico. En todo caso vale destacar que la existencia de dicha tipología — que se pueden reunir bajo el rótulo genérico de **falsedades irrelevantes** — es consecuencia de la aplicación de criterios teleológicos de interpretación jurídico penal [llamada hermenéutica restrictiva por el Tribunal Supremo español] que van de la mano, entre otros, del principio de intervención mínima y de la naturaleza fragmentaria del Derecho penal y que terminan por limitar el alcance de la tipicidad objetiva de los delitos de falsedad documental. Por ello, se sostiene, con toda razón, que no puede causar perjuicio un engaño inútil o completamente inofensivo.

La **falsedad inútil o superflua** es aquella que recae sobre un documento no requerido por la ley [o que no surte ningún efecto legal] o que no puede alterar la función o capacidad probatoria del documento, la cual permanece incólume. El documento no puede influir de modo alguno en la decisión y, además, esta característica puede determinarse

⁹⁸ Cfr. Creus, Carlos; *La Falsificación de documentos en general*; p. 55.

⁹⁹ Véase, Laje Anaya, Justo; *Comentarios al Código Pena [P.E.]*; T IV; p. 235.

en abstracto, y de forma general, sin necesidad de recurrir al caso concreto; pudiéndose afirmar que un ejemplo de falsedad inútil lo da el caso de la falsificación de escrituras o soportes materiales que no son documentos v. gr. “los llamados documentos **históricos**”¹⁰⁰.

Por su parte, la **falsedad inocua**, como su propio nombre lo indica, es aquella de la que se puede predicar que es inidónea o inepta para causar cualquier perjuicio, ya sea en el tráfico jurídico o en contra de terceros, por no crear ningún derecho y obligación o por no probar algún hecho relevante jurídicamente¹⁰¹, la cual debe analizarse caso por caso y cuya valoración sólo puede ser posible luego de un análisis exhaustivo de los hechos¹⁰². Debe señalarse, que este tipo de falsedad no siempre va a terminar en la impunidad del comportamiento, ya que en nuestra legislación existe la figura de la “*tentativa relativamente inidónea*”, que se contrapone a la tentativa absolutamente inidónea que no es punible a diferencia de la anterior.

Dentro de la falsedad inocua [inofensiva] debe citarse – aunque algunos prefieren darle autonomía propia¹⁰³ – a las denominadas falsedades burdas o toscas en las que falta completamente la aptitud para engañar, ya que la adulteración resulta groseramente evidente¹⁰⁴, pues el más negligente puede darse cuenta y puede ser reconocida en el acto [*icta*

¹⁰⁰ In extenso García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 256 y 258; Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 595 y ss.

¹⁰¹ Cfr. Romero Soto, Luis; La Falsedad Documental; p. 149 recuerda que “Todos los autores desde la Edad Media, han estado de acuerdo en que la falsedad inocua, es decir, la que no ocasiona ningún perjuicio, no es punible”.

¹⁰² Ampliamente Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 596; García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 258 quien remarca que en la falsedad inocua “se pretende afectar directamente sobre la relevancia del valor probatorio, strictu sensu, del documento, sin que ello tenga lugar.....”.

¹⁰³ De este modo, realizando un estudio prolijo, Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 603 y ss.

¹⁰⁴ Cfr. Creus, Carlos; La Falsificación de documentos en general; p. 79.

oculi] por cualquiera, sin necesidad de cotejo, averiguación o análisis de cualquier tipo o clase. Sencillamente en esta forma de “falsedad” no existe la posibilidad de engañar. Un ejemplo de falsedad burda podría ser la adulteración evidente de la cantidad a cobrar en un cheque que disiente de la cantidad expresada en letras, y que se realiza por medio de borrones. La falsedad burda o inocua sólo debe ser valorada en base a criterios puramente objetivos [no subjetivos] y cuyo punto de referencia es un hombre medio [ni siquiera diligente]; sin que se apele a la figura del juez o de un perito. En la delimitación de las falsedades irrelevantes el magistrado ha de proceder con extrema prudencia, objetividad e imparcialidad.

6.- Uno de los problemas dogmáticos que más interés despierta la **posibilidad de causar perjuicio** en el delito de falsedad de documentos es la determinación de su naturaleza jurídica, que a su vez plantea la interrogante de si pertenece o no al tipo objetivo y puede de esta manera ser abarcado por el dolo.

Sobre este punto, en la doctrina nacional se ha planteado por Bramont Arias – Torres y García Cantizano que la posibilidad de causar perjuicio es una condición objetiva de punibilidad señalándose que “Al incluirse una condición objetiva de punibilidad se está indicando que el hecho es típico y antijurídico, y que el sujeto activo es culpable. Pero además, y por razones de política criminal, se exige para la punibilidad que del uso del documento pueda resultar algún perjuicio, en caso contrario, el hecho no se castigará”¹⁰⁵. Luego añaden que “En la práctica, la razón por la que los casos de falsificación de documentos llegan al Poder Judicial estriba en la causación de un perjuicio, por lo que esta condición objetiva de punibilidad no genera mayores problemas de aplicación”¹⁰⁶. Dicha postura se formuló por vez primera – hasta donde

¹⁰⁵ Bramont Arias, Luis – García Cantizano, María; Manual de Derecho penal (P.E.); p. 628.

¹⁰⁶ Bramont Arias, Luis – García Cantizano, María; Manual de Derecho penal (P.E.); p. 629.

alcanzamos a ver — en nuestra doctrina por Luis Bramont Arias quien catalogó al perjuicio como una *condición objetiva*¹⁰⁷. Este criterio recientemente ha sido seguido por Reiner Chocano cuando afirma que “Exigir el perjuicio, para la consumación de la falsedad material, es una posición técnicamente inaceptable, pues el delito de falsedad material se consuma con independencia a que exista perjuicio o no. Aclarando esto, podemos sostener que, efectivamente, el causar perjuicio es técnicamente una condición objetiva de punibilidad, lo que posibilitaría que de no haber perjuicio, la conducta falsaria no debiera ser sancionable¹⁰⁸”. Luego acota “El perjuicio sólo opera posterior a la consumación y para términos estrictos de la sanción penal, que puede ir, como dijimos, desde una exclusión, atenuación o agravación de la pena¹⁰⁹”.

A nuestro criterio el recurso de la ley que fluye de la frase “*Si de su uso puede causar algún perjuicio*” constituye un elemento integrante del tipo objetivo, cuya utilización es propia de la técnica legislativa empleada en la construcción de los **delitos de peligro** y pretende remarcar la idoneidad que la conducta de falsificación [llamada acción falsaria] debe cumplir para ingresar al tráfico jurídico, afectándolo¹¹⁰. El legislador ha pretendido con ello limitar el castigo de la adulteración de documentos o la hechura de un documento falso a que se pueda causar perjuicio al tráfico jurídico o a alguno de los intervinientes en el mismo. De tal manera, que aún habiendo falsedad documental, pero sin que concurra, o se encuentre completamente descartada la eventualidad de causar perjuicio, queda también sin efecto alguno o sin relevancia penal la

¹⁰⁷ Véase Bramont Arias, Luis; Voz, Falsedad Material; en Enciclopedia Jurídica Omeba; p. 861. Sin embargo, luego coincide con los planteamientos de Sebastián Soler que rechaza la consideración del perjuicio como condición objetiva de punibilidad.

¹⁰⁸ Chocano Rodríguez, Reiner; Análisis dogmático de la falsedad documental del artículo 427 del C.P. peruano; p. 503.

¹⁰⁹ Chocano Rodríguez, Reiner; Análisis dogmático de la falsedad documental del artículo 427 del C.P. peruano; p. 503.

¹¹⁰ Similar en el Derecho penal argentino Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 345; Creus, Carlos; La Falsificación de documentos en general; p. 71 y 79.

conducta que recae afectando las funciones del documento. Ello sucede, por ejemplo, tal como se apuntó, en los casos de la falsedad inútil y la falsedad inocua o burda.

No es que se supedite la aplicación de la sanción a una valoración político-criminal que vaya más allá del tipo [como si fuera una condición objetiva de punibilidad], sino que el injusto penal recién queda completado cuando se comprueba que la falsificación podía provocar alguna clase de perjuicio. Incluso vale anotar, que la referencia legal a que si de su uso puede resultar un perjuicio nos recuerda que aquí son válidas las reglas de la imputación objetiva, en el sentido que se exige una acreditación de la idoneidad o aptitud para perjudicar de la acción falsaria, requisito que no se podría predicar, bajo ningún extremo o contexto, si la posibilidad de causar perjuicio se contemplara como una condición objetiva de la punibilidad, ya que de ser así no se podría plantear ninguna regla o criterio perteneciente a la causalidad y a la teoría de la imputación objetiva. A ello debe agregarse que la frase "*de su uso puede resultar algún perjuicio*" es un elemento que sólo puede entenderse si se lo conecta con la conducta humana y no fuera de ella; y con mayor propiedad con la acción de falsificación.

El requisito de idoneidad de la acción para causar perjuicio debe entenderse en conexión lógica respecto a que la exigencia de la creación de un peligro supere el riesgo permitido y que, además, se encuentre en condiciones de realizar o concretar dicho riesgo en un determinado bien jurídico. A la ley no le basta ni le es suficiente la creación de un riesgo porque dicho requisito queda ya satisfecho con el hacer un documento falso o adulterar uno verdadero. Es necesario que se cumpla con un elemento adicional: la aptitud para causar perjuicio o que dicho riesgo creado esté en condiciones y en la aptitud de producir un determinado daño. Sin esta aptitud o potencialidad lesiva por más que exista una superación del riesgo típicamente relevante por la acción de falsificación no podrá fundarse responsabilidad penal alguna. Dicha idoneidad para causar perjuicio debe valorarse desde una perspectiva *ex-ante*, como si lo hubiese hecho cualquier otra persona [hombre medio] colocada en el lugar del autor contando con los conocimientos especiales de éste. Ha

de indicarse que la mencionada aptitud para causar perjuicio no debe tener cualquier origen o procedencia, dado que ello no podrá satisfacer la tipicidad objetiva de la falsedad documental material, sino que dicho riesgo y aptitud debe obedecer y derivarse de las modalidades típicas del hacer un documento falso o adulterar uno verdadero, que a la vez se revelan, tal como hemos indicado, a través de la creación de un riesgo típicamente relevante. La aptitud o idoneidad para producir un perjuicio no ha de contemplarse como un requisito o juicio independiente, autónomo o aislado que posea existencia por sí sola, sino que ha de valorarse como un riesgo específico y en función de la acción típica descrita en la ley. Por ello, la doctrina alude y aclara aquí correctamente que la falsificación debe ser el origen del peligro de perjuicio o que la causa del peligro debe ser la falsificación¹¹¹. De tal manera que si dicha aptitud o idoneidad para dañar no proviene o su origen no es la acción típica de la falsedad documental no se habrá cumplido con el requisito típico establecido en la ley, ante lo cual se deberá plantear la impunidad por falta de tipicidad objetiva. Esto pasa, por ejemplo, cuando pese a la inidoneidad o ineptitud objetiva de la acción de falsificación para producir un daño o perjuicio éste se manifiesta y expresa no como consecuencia de la acción típica, sino por el grosero error o descuido de un tercero¹¹². La posibilidad de producir perjuicio no se debe deducir en base a la simple pérdida de autenticidad o veracidad del documento o si los documentos no cumplen la utilidad o provecho que hubieran reportando si ellos fueran auténticos¹¹³. Aquí es necesario comprobar que el origen de dicha posibilidad o eventualidad de daño se debe a la acción de falsificación.

La posibilidad de causar perjuicio puede provenir tanto de la acción de adulterar un documento auténtico y cuya existencia es previa como de la creación de un documento falso. Debe descartarse el planteamiento que limita la aplicación de la falsedad documental y de uno de sus

¹¹¹ Cfr. Creus, Carlos; *La Falsificación de documentos en general*; p. 80.

¹¹² Así, Laje Anaya, Justo; *Comentarios al Código Pena [P.E.]*; T IV; p. 243.

¹¹³ Así, Creus, Carlos; *La Falsificación de documentos en general*; p. 75 nota 117.

elementos: la aptitud de causar perjuicio, a solo una de las acciones típicas: el adularterar dejando fuera al hacer un documento falso por entender que cuando se crea esta última acción el perjuicio está ya subyacente o implícito¹¹⁴. Tanto de la acción de crear un documento falso o adularterar uno verdadero debe demostrarse la aptitud de producir un daño. Asimismo, resulta indiferente si se trata de un documento público o de un documento privado. No es correcto afirmar que en los documentos públicos la aptitud de engañar no necesita comprobarse mientras que en los documentos privados es necesario verificar caso por caso la posibilidad de dicha hipótesis¹¹⁵. En ambas clases de documento la posibilidad de perjuicio debe concurrir.

La ley peruana en la formulación típica de la falsedad documental no exige que el peligro de perjuicio sea probable, sino que se limita y contenta con una mera posibilidad. Ello se deduce abiertamente de la expresión que de “..... su uso *puede* resultar un perjuicio....”. Sin embargo, la simple referencia a que se aluda a la acción típica que puede causar perjuicio no quiere decir que nos encontremos ante un delito de peligro abstracto; muy por el contrario la redacción de la ley debe entenderse como un delito de peligro que debe comprobarse en cada caso concreto y que ha de contarse y valorarse conjuntamente con dicha conducta. No se trata de un peligro que el mero *orden de normalidad* o de *curso regular* señala la experiencia como derivado lógico de la conducta¹¹⁶, sino del riesgo que se crea por la ejecución de las acciones típicas de falsificación y que se colocan en una determinada situación como, por ejemplo, en un proceso judicial, o porque se afecta un elemento esencial del documento que repercute en la prueba que dicho soporte material contiene y que se puede hacer prevalecer. A pesar de la relación entre la acción y el riesgo la posibilidad del perjuicio no sólo depende de la falsificación de un elemento esencial del documento, aunque allí reside su principal fuerza,

¹¹⁴ Cfr. Laje Anaya, Justo; Comentarios al Código Pena [P.E.]; T IV; p. 241.

¹¹⁵ Cfr. Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 344; Laje Anaya, Justo; Comentarios al Código Pena [P.E.]; T IV; p. 242.

¹¹⁶ Cfr. Creus, Carlos; La Falsificación de documentos en general; p. 79.

ya sea creándolo o adulterándolo, dado que dicha conducta no garantiza que efectivamente se va a crear o generar un riesgo idóneo para producir un perjuicio. En realidad, la posibilidad de perjuicio depende de la clase de documento, de su fuerza probatoria en el caso concreto o de su grado de relación con el hecho o relación jurídica que se pretende acreditar o de las especiales circunstancias o situaciones que el autor puede emplearlo conociendo perfectamente los efectos que producirá. No obstante, si ya se ha comprobado la posibilidad de causar perjuicio, la tipicidad del delito se entiende satisfecha en su integridad, siendo completamente irrelevante que un tercero haya impedido que el peligro se concrete en una lesión o se realice de manera definitiva.

No creemos que la falsedad documental se eche de menos por falta de la posibilidad de perjuicio cuando el documento falso no hace más que instrumentar una situación realmente existente [falso consentimiento] o cuando el documento falso o el verdadero que se adultera constituye y determina el nacimiento de un documento nulo o cuando el documento hace constar una obligación natural o ya prescrita. En estos casos consideramos que no existe ningún inconveniente para seguir estimando cometido el delito de falsedad documental¹¹⁷.

La estimación de la posibilidad de causar perjuicio como un elemento del tipo objetivo trae consecuencias inmediatas sobre el tipo subjetivo y específicamente sobre el dolo y el error de tipo en el delito de falsedad documental. Así, de considerarse a la posibilidad de causar perjuicio como una condición objetiva de punibilidad no es necesario que el dolo abarque y se dirija al conocimiento de la posibilidad de perjuicio, siendo indiferente a efectos penales si esto se produce o no. Sin embargo, si se parte, como estimamos aquí, que la posibilidad de causar perjuicio es un elemento integrante del tipo objetivo se deberá exigir que éste sea abarcado por el dolo y, específicamente por el conocimiento del agente, para que la conducta pueda ser enjuiciada penalmente. De tal

¹¹⁷ En contra, Creus, Carlos; *La Falsificación de documentos en general*; p. 82.

manera, que si el requisito no se cumple o si el agente ignora o desconoce que su conducta de falsificación va a causar daño se puede alegar la existencia de un **error de tipo** que termina eliminando la relevancia penal del comportamiento. El conocimiento que se está realizando una acción de falsificar debe comprender también de manera necesaria, el conocer que se puede engañar o causar algún perjuicio en el tráfico jurídico. Sin el conocimiento de la aptitud o idoneidad que se puede causar perjuicio queda eliminado el dolo en la falsedad documental.

El planteamiento que considera al perjuicio como una condición objetiva de punibilidad, que como tesis no puede tener asiento dogmático, se relaciona con la Exposición de Motivos del C.P. italiano de 1930 que llegó a considerar que “El daño constituye una *condición objetiva de punibilidad* de modo que no se requiere que se encuentre comprendido en la representación psíquica del agente”. Ya Rocco en los trabajos preparatorios del mismo Código había señalado que “Para la falsedad en actos públicos, el elemento del daño público o privado es meramente objetivo, es una condición objetiva de punibilidad y, por tanto, no ha de ser explícitamente conocido y querido, pues bastan el conocimiento y la voluntad de formar un acto falso o alterar uno auténtico”¹¹⁸. Este planteamiento ha sido expresamente rechazado en la literatura latinoamericana más relevante¹¹⁹ y en la misma Italia¹²⁰.

No creemos que la referencia al perjuicio deba entenderse como una condición objetiva de punibilidad porque esta categoría dogmática,

¹¹⁸ Véase Maggiore, Giuseppe; Derecho Penal; T III; p. 562.

¹¹⁹ Véase Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 345; ; Laje Anaya, Justo; Comentarios al Código Pena [P.E.]; T IV; p. 240; Creus, Carlos; La Falsificación de documentos en general; p. 90 cuando señala que “Aunque no ha faltado alguna doctrina que la considera condición objetiva de punibilidad no integrativa de él, es tan clara la estructura de la norma, que no nos permite dudar sobre lo incorrecto de esta posición”.

¹²⁰ Cfr. Maggiore, Giuseppe; Derecho Penal; T III; p. 562 nota 46 quien recoge atendibles argumentos críticos contra esta posición.

tal como deriva de su propia definición, se encuentra catalogada en base a aquellos elementos o circunstancias que se encuentran en relación directa con el hecho, pero que no pertenecen al tipo del injusto ni a la culpabilidad¹²¹; situación que no coincide con la función que cumple la posibilidad de perjuicio, o si se quiere el perjuicio mismo, en el delito de falsedad documental el cual se encuentra íntimamente relacionado con la acción típica de crear un documento falso o adulterar uno verdadero. El perjuicio, o la posibilidad del mismo, no está más allá de la acción ni del tipo del injusto – requisito esencial para ser considerado como una condición objetiva de punibilidad – sino que se encuentra vinculado estrecha y directamente con la conducta de falsificación la que es finalmente su fuente y causa. Para que se considere al perjuicio como una condición objetiva de punibilidad, tal como lo plantea la doctrina penal dominante en nuestro país [Bramont Arias Torres – García Cantizano y Chocano Rodríguez] dicho elemento debería estar desconectado y sin ninguna relación con la acción típica o el tipo del injusto, cosa que no sucede, sino del que más bien depende. Esto queda claro, tal como se expuso anteriormente, desde el instante que se exige que dicha posibilidad de perjuicio debe reflejar un riesgo o peligro derivado de la acción de falsificación. Con ello la ley no quiere punir ni castigar al perjuicio que surge por otras causas o que aparece por azar, sino que conecta la sanción a la realización del disvalor de la acción previo.

La razón de tamaño equívoco en la literatura penal peruana se puede explicar en base a la interpretación literal [desafortunada] de la letra de la ley cuando prescribe que *“El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de liber-*

¹²¹ Ampliamente, Jescheck, Hans; Tratado de Derecho Penal [Trad. de Manzanares Samaniego; Granada; Comares; 1993; p. 503; Maurach, Reinhart – Zipf, Heinz; Derecho Penal [Trad. de Bofill Genzsch y Aimone Gibson]; Buenos Aires; Depalma; 1994; T I; 21/16; p. 372; Stratenwerth, Gunter; Derecho Penal [Trad. de Gladis Romero]; Madrid; Edersa; 1982; N° 187; p. 73; Eser, Albin; Derecho Penal [Trad. de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio]; Madrid; Colex; 1995; 19/12; p. 392.

tad.....”. Sólo la comprensión de la frase de *si de su uso puede resultar perjuicio*, luego de la referencia a *será reprimido*, como si se vinculara el perjuicio con la penalidad [que abriría las puertas a la consideración de una condición objetiva de punibilidad] puede explicar un planteamiento de esta clase. Se pasa por alto que la ubicación o la construcción semántica de una frase en el contexto de la ley, o la conexión de un elemento del tipo de manera inmediata con la penalidad, no puede condicionar de modo caprichoso la naturaleza jurídica de una institución o transformar los aspectos vinculados a la conducta humana [propia de la falsificación], máxime si con ello no se respetan las elaboraciones sistemáticas de la teoría del delito, cuya conquista tanto tiempo ha costado y que se encuentran firmemente asentadas en la ciencia del Derecho penal, salvo que olímpicamente se los quiera desconocer.

II.- TIPO SUBJETIVO.-

1.- El tipo subjetivo del delito de falsedad documental sólo puede cometerse mediante la conducta típica dolosa, excluyéndose cualquier modalidad de la culpa, sea consciente e inconsciente. Ello por mandato y derivación expresa del principio de legalidad consagrado en el art. 12 segundo párrafo. A ello se agrega la misma noción de falsedad la cual supone la exigencia de una carga subjetiva y una determinada intención del agente. No hay falsedad o falsificación sin una conducta voluntaria que obra con pleno conocimiento del sentido de la acción o del objeto en la que ésta recae¹²².

El dolo debe abarcar todos los elementos objetivos del tipo, comprendiendo la acción [es] típica [s] de falsificación como el crear un documento falso o adulterar uno verdadero y los demás elementos del tipo. Nuestra ley sustantiva exige expresamente la necesidad que el autor tenga el propósito de utilizar el documento.

¹²² Cfr. Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 346 quien afirma: “Para que de falsedad pueda hablarse se requiere siempre *conocimiento*: lo inexacto se transforma en falso solamente cuando es conocida la inexactitud por el sujeto que emplea el documento”.

En la dogmática penal han convivido hasta tiempo reciente dos concepciones acerca del contenido del dolo en el delito de falsedad documental. Estas posturas, tal como lo clasifica la doctrina, se pueden dividir en un planteamiento formalista, que se afincó en gran medida en el C.P. italiano, y la tesis subjetiva o finalista que requiere la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto¹²³.

El planteamiento formalista se conoce como la postura del dolo *in re ipsa* o *in re in est*. Según esta concepción el dolo sólo se configura a partir de la conciencia y voluntad de la alteración de la verdad. Basta para fijar el elemento subjetivo del delito la comprobación de la existencia de un documento falso, cuya elaboración se deba a la intervención del autor. Al tribunal le era suficiente constatar la falta de verdad que aparece en el documento para entender que era consecuencia de un acto volitivo y consciente por parte del falsificador. El dolo se entendía subyacente en la ejecución de la conducta. Las críticas que se vierten contra esta posición son variadas entre las que destacan que un planteamiento semejante lo único que consagra es una presunción de dolo que afecta a la vigencia del principio de responsabilidad subjetiva y de culpabilidad al impedir que el error genere alguna clase de efecto atenuante o eximente. Por otro lado, la consumación del delito se realizaba a partir de la simple acreditación que con la conducta típica se había faltado a la verdad, filtrándose en la valoración del comportamiento lamentables patrones morales y éticos repudiables en un Derecho penal democrático. La falsedad sólo sería una forma de castigar la verificación escrita que se ha atentado contra la verdad. El origen de las objeciones procedían tanto del campo dogmático como de los criterios político – criminales que deben inspirar una correcta legislación penal¹²⁴.

¹²³ Ampliamente, Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 801; García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 355.

¹²⁴ Véase García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 357.

Contra los criterios formalistas aparecieron los puntos de vista subjetivos o finalísticos. Surgen así en la doctrina italiana los planteamientos de Carrara y Carnelutti quienes remarcan que la esencia de la falsedad reside en la conciencia y voluntad de alterar el documento unida a una intención especial de causar daño o perjuicio a un tercero. El dolo estaría completo cuando el autor del hecho haya previsto la posibilidad de causar un daño a otro por medio de la acción de falsificación. La importancia de esta teoría radica en enfatizar en la comisión de la falsedad documental un especial ánimo de dañar. Muchas veces esta intención es vista como un elemento del tipo que va más allá y es distinto del dolo falsario. El contenido del dolo estaría compuesto por dos elementos: 1º Conciencia y voluntad de inmutar la verdad; 2º Conciencia y voluntad de producir o causar perjuicio¹²⁵. Dicho planteamiento se critica sosteniendo la excesiva indeterminación de daño en la falsedad documental que puede referirse a la fe pública o a los intereses de terceros o particulares que participan en el tráfico jurídico. Se apunta, asimismo, que si se acepta dicho criterio se estaría despojando a la falsedad documental de un contenido de injusto propio e incluso de un contenido autónomo de dolo¹²⁶.

También en Alemania se patrocinan los criterios subjetivos desde el instante que el C.P. alemán exige, tras la reforma de 1943, en el art. 267 la necesidad que la conducta del agente se encamine “*para engañar al tráfico jurídico*”. Junto a la exigencia del dolo inherente a la falsedad documental, que ha de abarcar los elementos objetivos del tipo, se remarca la necesidad que concurra un *elemento subjetivo del injusto* que constituye a su vez una especie de los delitos de tendencia interna trascendente. El engaño no requiere producirse ni se supedita la intervención penal a que la conducta intervenga o se introduzca en el tráfico jurídico. La doctrina

¹²⁵ Así, Maggiore, Giuseppe; Derecho Penal; T III; p. 567.

¹²⁶ Ampliamente, Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico - penal; p. 811.

alemana remarca que no se trata de cualquier engaño sino de aquel que opera sobre la base del documento¹²⁷.

2.- La doctrina comparada está unánimemente de acuerdo que la falsedad documental material puede cometerse con dolo directo en cualquier de sus modalidades: de primer grado y de segundo grado. Sin embargo, debate si puede admitirse la comisión con dolo eventual. La ciencia penal de los diversos países se encuentra dividida, habiendo quienes sin ninguna clase de objeciones o limitaciones aceptan la posibilidad del dolo eventual¹²⁸ en contraposición a un sector que lo niega y descarta de manera rotunda¹²⁹. En nuestro país la escasa doctrina que se ha pronunciado sobre el tema guarda silencio al respecto.

A nuestro criterio en la legislación peruana en virtud a la especial formulación típica de la falsedad documental creemos que el delito sólo puede cometerse por dolo directo tanto de primer como de segundo grado. Se excluye, así, de cualquier modo, la posibilidad de admitir el dolo eventual. Se llega a tal conclusión en base a la exigencia por parte de la ley de un elemento subjetivo del injusto, que se encuentra determinado por la expresión *con el propósito de utilizar el documento*, hecho que descarta de manera plena cualquier referencia anímica que no sea el dolo directo. La voz propósito tal como lo entiende la doctrina penal, hace referencia a una modalidad de dolo directo: el de primer grado, siendo equivalente a

¹²⁷ Véase, Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 814.

¹²⁸ Así, en la ciencia penal española Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 821 cuando sostiene. “Si además de decidirse en contra del bien jurídico aun a conciencia de la peligrosidad de la acción, el autor persigue directamente ese resultado o lo asume como consecuencia necesaria de su actividad con ello no añade al grado de conocimiento y volición básicos para poder admitir la concurrencia de dolo”.

¹²⁹ De esta forma en la ciencia penal española García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 366. En la ciencia penal argentina Creus, Carlos; La Falsificación de documentos en general; p. 104.

la intención de cometer el hecho¹³⁰. Si el legislador peruano ha elegido y empleado de manera expresa a la redacción del precepto una referencia subjetiva como *el propósito de utilizar....* es porque busca y pretende enfatizar un elemento subjetivo especial que excluye implícitamente cualquier duda o incertidumbre y el conocimiento de la posibilidad de un determinado resultado, característica inherente del dolo eventual. La ley penal para admitir el dolo eventual requiere que la formulación típica no contenga alguna referencia a un elemento subjetivo, a manera de una tendencia interna trascendente o una tendencia interna intensificada, cuestión que se echa de menos en nuestra legislación.

3.- Los elementos del tipo objetivo del delito de falsedad documental sobre los cuales debe recaer el dolo son: 1° El crear un documento falso o adulterar uno verdadero, 2° La idoneidad o aptitud para engañar a un hombre medio del sector del tráfico en donde el documento falsificado se puede introducir, 3° La posibilidad de perjuicio a un tercero.

El conocimiento, como elemento integrante del dolo, debe abarcar la específica modalidad de conducta que el autor realiza: ya sea la creación total o parcial de un documento falso, o la adulteración de un documento existente y genuino. El autor debe conocer plenamente que realiza, hace o confecciona un documento falso, atentando contra los signos de autenticación del documento; de tal manera que termina por modificar la imputación de la autoría de la declaración a un sujeto distinto al que la realizó. Como se expuso anteriormente no es necesario que el sujeto – cuando hace un documento falso – cree, elabore o imite de manera completa y en todas sus partes una determinada clase de documento. Basta que afecte la función de autenticidad o garantía del documento para que se entienda realizada la modalidad de conducta descrita en el tipo objetivo. En cuanto a la adulteración o alteración el autor debe conocer que añade o sustituye, total o parcialmente, una declaración por

¹³⁰ Por ello, creemos que en rigor dogmático la verdadera polémica debería situarse, en todo caso no tanto si se admite la posibilidad del dolo eventual, sino si debe aceptarse el dolo directo de segundo grado, cuestión que no dudamos en suscribir.

otra modificando los elementos esenciales del documento. En los casos descritos el sujeto debe conocer la naturaleza, dirección y sentido de su conducta como debe identificar y actuar sobre un objeto material determinado: el documento.

Junto al conocimiento de cualquiera de las acciones típicas de la falsedad documental es necesario también que el autor conozca que su conducta produce una apariencia de documento y se encuentra en condiciones de engañar al tráfico jurídico o a cualquier hombre medio que participa en él. Aunque este conocimiento se encuentra fijado de manera implícita en la misma acción de falsedad no hay ningún inconveniente para que se desdoble y se separe de ella y cobre un valor independiente. La falsedad sólo tiene sentido y valor jurídico en la medida que se dirija a fingir una realidad inexistente o alterada a través de la apariencia del documento. El objetivo final de la acción de hacer un documento falso o de adulterar un documento verdadero es el engañar al tráfico jurídico e inducir a error a los que participan. Esta finalidad o intención de engaño, al menos tal como se encuentra regulado el delito de falsedad documental en nuestra legislación, requiere sólo el conocimiento de la idoneidad o la aptitud para engañar o de la producción de una apariencia de documento verdadero. No es necesario que el documento ingrese de manera real y efectiva al tráfico jurídico; o que incluso sea usado por el autor o un tercero. A la ley penal le basta – y dicha situación repercute directamente sobre el dolo – con que el sujeto activo haya realizado la acción de adulterar o crear un documento y se encuentre en condiciones de engañar al tráfico jurídico y que se conozca la posibilidad que dicha acción puede acarrear algún perjuicio a un tercero.

El dolo debe extenderse también a conocer la aptitud e idoneidad de la acción típica para engañar o crear una apariencia de verdad generando un posible error en los que intervienen en el tráfico jurídico. No basta con el hacer un documento falso o adulterar uno verdadero. Es necesario que el autor sepa que la alteración o la elaboración del documento está en condiciones de sorprender, engañar o inducir a error. Sin embargo, una cosa es exigir que el autor conozca la idoneidad para engañar que reviste la conducta y otra muy distinta es que el sujeto de

manera efectiva y real engañe al tráfico jurídico. La ley no exige esto último, sino sólo lo primero.

Por otro lado, resulta necesario que el autor sepa que actúa sobre un documento público o sobre un documento privado. No se puede condenar por falsedad material en documento público cuando el autor creía que el documento sobre el que desplegaba su conducta era un documento privado. En este caso creemos que bien puede plantearse un error sobre el objeto material de la acción y su clase respectiva. El dolo, por ello, no basta que se dirija, como conciencia y voluntad, contra el documento creándolo o adulterándolo, o sepa la idoneidad o aptitud para engañar el tráfico jurídico y que se conozca la posibilidad del perjuicio. Es necesario también que se identifique la clase de documento sobre el que se actúa o desarrolla sus efectos la respectiva modalidad de comportamiento.

4.- La ley acude a la expresión “..... con el propósito de utilizar el documento”. El empleo de dicha terminología nos lleva a obtener tres conclusiones de extrema importancia en el estudio de la falsedad documental.

En primer lugar, resulta indispensable que el sujeto tenga la firme intención y la voluntad de utilizar el documento en el tráfico jurídico. Lo que la ley pretende remarcar aquí es que el autor debe querer, después de la acción de falsificación, introducir el documento falso en el tráfico jurídico. El verbo *utilizar* al que apela nuestra ley en la formulación de la falsedad documental supone la intención o el elemento subjetivo distinto del dolo dirigido a emplear e introducir el documento en la amplia gama de relaciones jurídicas y sociales. Cualquiera de las acciones típicas realizadas por el autor no bastan ni son suficientes para colmar la tipicidad del art. 427 si no se busca emplear el documento, introduciéndolo en el tráfico jurídico. No interesa a la tipicidad de la conducta cuándo el autor puede concretar o plasmar el propósito de utilizar o introducir el documento en el tráfico. Puede tratarse de un fin inmediato, mediato o puede depender del cumplimiento de una condición o circunstancia externa que no se encuentra supeditada a la conducta del

autor v. gr. la muerte del padre en la falsificación de un testamento, el litigio judicial o la acción reivindicatoria que se instaure en contra de un tercero en la falsificación de una escritura pública.

En segundo lugar, y en orden de la determinación del momento consumativo del delito de falsedad material, es necesario subrayar que a la ley no le interesa ni supedita el castigo y su operatividad al hecho que el autor introduzca, coloque o involucre al documento dentro del tráfico jurídico [salvo la hipótesis del segundo párrafo del art. 427]. Este elemento posterior a efectos de la relevancia penal de la conducta no es de interés y de celoso cumplimiento por la disposición en comentario. Ello se debe a que la única previsión efectuada por el legislador es la de fijar el propósito de utilizar el documento en el tráfico jurídico, sin que importe alguna indagación o dato más. Por ello, carece de trascendencia jurídico penal si el documento posee algún uso, o el tiempo que se coloca en el tráfico o el grado de penetración que ha podido lograr en las relaciones sociales y económicas que constituyen el principal contenido de la noción de tráfico jurídico. Cabe resaltar en este punto que el sistema y opción legislativa que asume nuestra codificación difiere de manera sustancial del camino y derrotero asumido por otras legislaciones penales como la española que, según entiende la doctrina mayoritaria, exige que el dolo también comprende la introducción del documento en el tráfico jurídico¹³¹. En nuestro país los límites del dolo están marcados por la acción típica, la aptitud de engaño y el conocimiento de poder causar perjuicio. El propósito de utilizar el documento más que pertenecer al dolo constituye un elemento subjetivo del injusto distinto al dolo¹³².

¹³¹ Véase, Villacampa Estiarte, Carolina; *La Falsedad Documental: análisis jurídico - penal*; p. 822.

¹³² En sentido semejante, Bramont Arias, Luis - García Cantizano, María; *Manual de Derecho penal (P.E.)*; p. 627; Chocano Rodríguez, Reiner; *Análisis dogmático de la falsedad documental del artículo 427 del C.P. peruano*; en *Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal*; Lima; Grijley / Instituto Peruano de Ciencias Penales; N° 1; 2000; p. 499.

En tercer lugar, si el autor de la falsificación no posee ni tiene el propósito de utilizar el documento, es decir si no pretende introducirlo en el tráfico jurídico, no habrá delito ni oportunidad de fijar forma alguna de responsabilidad penal dado que no se cumplirá con el elemento subjetivo distinto al dolo establecido por la ley. Ello nos demuestra que si no se cumplen todos los elementos del tipo penal, sean objetivos o subjetivos, el Derecho penal no puede intervenir a los ciudadanos por más grave que sea su conducta o por más alarma social que ella cause. Los casos que usualmente se citan, como ejemplos en los que no existe falsificación material por faltar la intención de utilizar el documento en el tráfico jurídico, se dan cuando el autor sólo crea documentos bajo fines coleccionistas o de juego o cuando lo que se busca es instruir a una persona en la elaboración de ciertos tipos o clases de instrumentos públicos o el caso del hijo que adultera las notas de calificaciones del colegio o de la universidad para presentarlas a los padres y así evitar un severo castigo.

5.- Uno de los aspectos más importantes de la problemática del tipo subjetivo de la falsedad material representa la interpretación de la terminología legal de "*si de su uso puede resultar algún perjuicio*".

Aquellos que interpretan que la posibilidad del perjuicio o el perjuicio a modo de una condición objetiva de punibilidad¹³³ llegarán necesariamente a la conclusión, como consecuencia lógica de asumir este planteamiento, que el dolo no debe abarcar dicha posibilidad de perjuicio. Bajo la mencionada premisa la conciencia y la voluntad se dirigirá fundamentalmente hacia las acciones típicas de la falsedad documental: la creación o el hacer un documento falso o el adulterar uno verdadero. Bastará comprobar que se cumple con la realización de la acción típica y la exigencia de una relación causal o de la imputación objetiva respecto a la aptitud e idoneidad de engaño. El autor o el partícipe del hecho no

¹³³ Así, en nuestra doctrina, Bramont Arias, Luis – García Cantizano, María; Manual de Derecho penal (P.E.); p. 628; Chocano Rodríguez, Reiner; Análisis dogmático de la falsedad documental del artículo 427 del C.P. peruano; p. 500.

tendrá la obligación de representarse o querer causar un perjuicio o prever la posibilidad del mismo. Como se ha indicado oportunamente [ut supra] dicho planteamiento lo único que logra es subvertir y trastocar el sentido objetivo de la ley, la cual en la formulación típica del primer párrafo del art. 427 ha seguido los lineamientos de un delito de peligro. Asimismo, incurre un grueso y lamentable error dogmático al pretender aplicar, confundiendo, la naturaleza y empleo de ciertas categorías dogmáticas como es el caso de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad¹³⁴.

Por ello, y atendiendo a la estimación de la primera parte del art. 427 como un delito de peligro, creemos que no se puede negar en estos casos la existencia de un resultado [de peligro] que se manifiesta a través de la *posibilidad de perjuicio* que urge, como es obvio, tener un correlato subjetivo del autor en orden a este elemento típico objetivo. La interpretación correcta de la ley debe enfatizar en el hecho que no basta con la conciencia y voluntad dirigida a falsificar un documento, sino que es necesario configurar objetiva y subjetivamente un determinado resultado [de peligro] y que nuestra ley alude empleando la terminología de la posibilidad de causar un perjuicio. Ello se deriva de la propia naturaleza y estructura de los delitos de peligro que a pesar de no exigir un resultado de lesión, no prescinden de un resultado de peligro¹³⁵. A nuestro criterio el dolo no sólo debe abarcar el hacer un documento o adulterar uno verdadero, sino que ha de poseer un alcance mucho mayor y más amplio

¹³⁴ Cfr. Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 347 quien al explicar la posible justificación de esta postura señala: "Posiblemente ella encuentre sus fuentes en la necesidad de reaccionar contra cierta tendencia a confundir los conceptos de *falsedad y fraude*, y en el intento de mostrar la diferencia, se destaca o subraya la independencia de la primera con respecto a las consecuencias, principalmente patrimoniales, que puedan derivar".

¹³⁵ Así, Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 347 al señalar "La teoría del dolo no podrá desentenderse de la actitud espiritual del sujeto frente a ese resultado, así como no puede prescindirse en ningún delito en el que se compute entre los elementos constitutivos del tipo un resultado cualquiera, sea de daño o de peligro".

refiriéndose tanto a la aptitud para engañar y la posibilidad de causar perjuicio.

El conocimiento de la posibilidad de peligro debe diferenciarse nítidamente de la posibilidad del conocimiento, que no forma parte del dolo, sino de la culpa. Quien tiene la posibilidad de conocer es porque todavía no ha conocido y no cumple con el requisito del saber actual, propio del dolo. En cambio el conocimiento de la posibilidad supone un saber, el comprender un grado objetivo del desarrollo lógico de las cosas o de los procesos externos; en este caso de los cursos causales o normativos. Según entendemos el conocimiento de la posibilidad del perjuicio no debe ser equiparado al dolo eventual, o al conocimiento probable, en el que existe un margen de incertidumbre por parte del autor respecto a si su conducta originará un determinado resultado. Cuando la ley utiliza la frase a "*si de su uso puede resultar un perjuicio*" no está admitiendo el dolo eventual, sino que se refiere a una situación objetiva que como consecuencia de la conducta típica de la falsedad documental está en condiciones de causar un perjuicio sobre el bien jurídico. La posibilidad de perjuicio alude a un determinado grado de peligro para el bien jurídico y no a un determinado grado de conocimiento. Por ello, postulamos que la ley más que admitir el dolo eventual es compatible con la exigencia de un dolo directo no de primer sino de segundo grado. En efecto, la posibilidad de causar perjuicio debe entenderse en términos estrictamente objetivos o externos a la psique o a la individualidad del sujeto, lo cual supone de manera lógica que dicha posibilidad de causar perjuicio ha de reflejarse subjetivamente en el sentido que debe existir pleno conocimiento de la posibilidad de producir un daño o perjuicio. De tal manera que resulta sumamente equivocado un criterio que plantea la equiparación de la posibilidad de perjuicio con la posibilidad del conocimiento del perjuicio.

Por otro lado, cabe resaltar el hecho que nuestra ley sólo exige la posibilidad objetiva de perjuicio y no la probabilidad de perjuicio, la cual representa un grado más de realización o concreción del peligro. Ello supone también la diferenciación entre conocimiento de la posibilidad

y el conocimiento de la probabilidad. A la ley peruana sólo le basta el conocimiento de la posibilidad, que lógicamente abarca el conocimiento de una alta posibilidad, es decir, de la probabilidad.

En este punto de la exposición también es conveniente diferenciar entre la aptitud para engañar y la posibilidad de perjuicio. Desde un plano estrictamente lógico lo primero precede a lo segundo o, lo que es lo mismo, lo primero es condición del segundo. Si no existe una posibilidad o la conducta no tiene la aptitud o idoneidad para engañar no puede haber desde el punto de vista jurídico penal posibilidad de perjuicio. Incluso, en caso que dicha posibilidad o el mismo perjuicio se manifieste deberá ser excluido del ámbito de protección de la norma en la medida que sólo se castiga la relación causal o la conexión de riesgo que media entre la conducta típica idónea para engañar y la posibilidad de perjuicio. De esta forma, si el autor o partícipe sólo se representa la aptitud para engañar, o sorprender al tráfico jurídico creando la apariencia de un documento verdadero o genuino, pero no se representa la posibilidad objetiva de daño o de causar perjuicio no se habrá cumplido con todos los elementos que exige la falsedad material [art. 427 primer párrafo].

6.- El dolo como elemento del tipo subjetivo del delito de falsedad documental puede quedar excluido por la concurrencia del error de tipo. El error – entendido como ausencia de conocimiento – que excluye la conducta dolosa del comportamiento puede recaer sobre todos los elementos del tipo objetivo o sólo sobre uno de sus elementos.

Si se considera, tal como se hace aquí, al documento como un elemento normativo del tipo objetivo y se exige su conocimiento por parte del autor del hecho deberá concluirse que la ausencia de dicho conocimiento, es decir, el error sobre un elemento normativo, ha de valorarse como un error de tipo. Si bien no es necesario que el autor conozca acerca de las tres funciones del documento: probatoria, documental y de garantía, resulta indispensable que su conciencia y conducta se dirija sobre la declaración de pensamiento fijada en un soporte material o sobre los signos de autenticidad de la misma [firma, nombre, sello, rúbrica, etc.]. Sólo se requiere un conocimiento del documento

paralelo en la esfera del profano. Empero, no se incurre en responsabilidad penal cuando el sujeto actúa sobre un soporte material que no tiene la calidad de documento a pesar que al mediar error crea lo contrario¹³⁶. Aquí habrá una tentativa inidónea.

Si el sujeto desconoce que el soporte material sobre el que actúa es un documento habrá incurrido en un error de tipo vencible y que al no recogerse en nuestra legislación la modalidad culposa determinará la impunidad de la conducta. No es necesario que el autor sepa la eficacia jurídica del documento o la validez del mismo¹³⁷, dado que también el documento nulo o anulable recibe protección jurídico penal; de tal manera que la ignorancia o desconocimiento de uno de estos elementos generara en el mejor de los casos la presencia de un error de prohibición.

También es necesario que el dolo abarque y comprenda la clase o el tipo de documento: público o privado que se crea o adultera. No basta que se conozca el hecho de actuar sobre un documento, sino que a ello debe agregarse el conocimiento de la clase jurídica del soporte material en el que la conducta despliega sus efectos. Se trata, igual que el concepto de documento, de un elemento normativo del tipo de necesaria observancia. Por ello, la ignorancia de dicho elemento deberá valorarse como un error de tipo. En este caso estaremos ante un error de un elemento esencial del tipo¹³⁸. Si el sujeto cree que el documento que hace o altera es un documento privado cuando en realidad se trata de un documento público deberá castigársele sólo a título de falsificación de documento privado. Por su parte, si el autor cree falsificar un documento público cuando en realidad lo que falsifica es un documento privado deberá apreciarse falsedad en documento privado en concurso con tentativa inidónea de falsedad en documento público.

¹³⁶ Así, García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 370.

¹³⁷ Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico - penal; p. 835.

¹³⁸ Cfr. Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico - penal; p. 836.

Una problemática similar lo representa el caso del error sobre un elemento esencial del documento como cuando el autor cree que falsifica un elemento intrascendente, pero termina alterando una parte importante del documento. Si el delito de falsedad documental exige que se altere una parte esencial del documento está claro que si el autor ignora que se trata de un extremo esencial del documento deberá estimarse un error de tipo relevante que arrastrará la impunidad del comportamiento al no castigarse la falsedad material imprudente. Resulta también impune el caso inverso en el que el sujeto cree que falsifica un extremo esencial del documento cuando en realidad sólo altera una parte intrascendente del mismo¹³⁹.

Por otro lado, si se exige en la construcción de la conducta dolosa que el sujeto sepa sobre la aptitud o idoneidad del engaño y la posibilidad de perjuicio, está claro que de producirse un error respecto a cualquiera de los extremos aludidos v. gr. desconocimiento de la aptitud de engañar o la no previsión de la posibilidad de causar perjuicio, se habrá incurrido en un error de tipo relevante que – al faltar la incriminación de la falsedad material culposa – traerá consigo la impunidad del comportamiento descrito.

La doctrina está de acuerdo en calificar como error de tipo el caso en el que el sujeto o autor se considera apoderado o representante de otro y con autorización para firmar en su nombre cuando no media consentimiento alguno. Si se parte por ubicar al consentimiento como un elemento del tipo objetivo cuya concurrencia elimina la tipicidad de la conducta un error sobre el mismo deberá apreciarse como un error de tipo¹⁴⁰. Sin embargo, los casos de *falsedad verax* en los que el autor que tiene una deuda o una obligación extiende un documento en donde hace constar la aceptación de la misma por parte del deudor no genera error

¹³⁹ Ampliamente, García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 370.

¹⁴⁰ Así también Villacampa Estiarte, Carolina; La Falsedad Documental: análisis jurídico – penal; p. 837.

de tipo, sino a lo sumo podrá plantearse un error de prohibición que disminuye la culpabilidad del sujeto. Lo mismo debe predicarse de las enmendaduras o las correcciones que el autor realiza sobre el documento. De mediar error sobre la licitud de las mismas sólo se podrá estimar un error de prohibición¹⁴¹.

III.- EL USO DEL DOCUMENTO FALSO.-

El segundo párrafo del art. 427 del C.P. en el que se regula la falsedad documental material prescribe que: *“El que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuera legítimo, siempre que de su uso puede resultar algún perjuicio, será reprimido, en su caso, con las mismas penas”*.

1.- Junto al valor intrínseco que reviste este párrafo, y del cual nos ocuparemos en lo que sigue, también alcanza a cumplir, como se apuntó en su oportunidad, un papel gravitante en la interpretación del primer párrafo de la disposición en comentario; en virtud a que deja en claro que su consumación constituye un momento distinto y posterior a la realización de la acción típica del hacer un documento falso o adulterar uno verdadero. No tendría sentido alguno – sin embargo, así lo entiende un sector de nuestra doctrina penal – que el legislador exija, por un lado, el uso del documento en la descripción del tipo básico de la falsedad documental y a continuación, en el párrafo siguiente, establezca el mismo requisito y exigencia sancionando nuevamente a todo aquel que use el documento o lo introduzca en el tráfico jurídico. Una interpretación de esta índole sería una repetición ociosa que demostraría no sólo una grave contradicción lógica en la articulación de los contenidos normativos, sino que podría ser tomado como el mejor y más vivo ejemplo de una formulación típica o legislativa defectuosa.

No obstante, creemos que dicho resultado hermenéutico sólo puede ser posible cuando el intérprete toma abierta distancia del sentido objetivo de la ley y de su correcta redacción, toda vez que ella no deja lugar

¹⁴¹ Cfr. García Cantizano, María del Carmen; Falsedades Documentales; p. 371.

a dudas respecto a que en el primer y segundo párrafo se pretende aludir y abarcar a situaciones y conductas que si bien se encuentran relacionadas entre sí son disímiles en su estructura y en cuanto a los objetivos político criminales a los que se pretende llegar. En efecto, mientras en el primer párrafo la ley sanciona únicamente la ejecución de las conductas que revisten el hacer un documento falso o el adulterar uno verdadero, colocando alrededor suyo una serie de requisitos adicionales como el propósito de utilizar el documento o la posibilidad que de su uso puede resultar algún perjuicio, en el segundo párrafo se busca castigar a quien utiliza o emplea el documento falso. El legislador, por un lado, pretende sancionar a quien sólo elabora o altera un documento y, por el otro, busca castigar con la misma pena a quien emplea o utiliza dicho documento, haciéndolo ingresar al tráfico jurídico. Los comportamientos descritos en ambas modalidades delictivas son distintos: en uno se castiga al que hace un documento falso o adultera uno verdadero y en el otro se sanciona a quien usa el documento falso. Sin embargo, cabe destacar que ambas figuras se encuentran estrechamente relacionadas y vinculadas entre sí, dado que la segunda hipótesis de la ley requiere para su aplicación el despliegue previo de la conducta que consiste en el crear un documento falso o adulterar uno verdadero. De esta forma el uso del documento falso exige como presupuesto que se haya practicado cualquiera de las modalidades típicas descritas en el primer párrafo de la ley.

2.- El fundamento de la segunda parte del artículo 427 lo podemos encontrar en la necesidad de sancionar no sólo las acciones típicas de la falsedad que representan la creación de un riesgo para el bien jurídico y que son aptas para engañar al tráfico económico – social, sino también en el merecimiento y necesidad de pena de los comportamientos que, en un grado de progresión mayor de realización del peligro que el simple hacer un documento falso o adulterar uno verdadero, se caracterizan por utilizar o emplear un documento en el tráfico jurídico. Al legislador nacional no le ha bastado con incriminar las conductas que crean o alteran un documento. Muy por el contrario, ha creído conveniente implementar una sanción contra aquél comportamiento que sin estar

involucrado directamente en la generación de la falsedad material pone en marcha sus efectos y el despliegue de sus consecuencias, usando el documento falso en un determinado sector de la vida social, introduciéndolo en el tráfico.

Nuestra ley al limitar y restringir el castigo del tipo básico de la falsedad material a la simple realización de un documento falso o al alterar un documento genuino no había alcanzado legalmente la hipótesis caracterizada por el empleo del documento, el cual estaba al margen de la acción típica o, en otros términos, no era necesario que tal situación acontezca para reclamar la tipicidad del art. 427, a pesar que se hacía alguna referencia a este extremo a través de la expresión “*si de uso puede causar resultar algún perjuicio*”. Al acoger una opción legislativa de esta índole nuestro ordenamiento jurídico – penal toma distancia de aquellas legislaciones en donde se condiciona y establece como requisito para la tipicidad básica de la falsedad material el uso del documento o la introducción al conjunto de las relaciones sociales o económicas como requisito que comparte el mismo plano que la adulteración de un documento o la elaboración del mismo.

Al penar el uso del documento falso la ley peruana ha enmarcado y puesto en su justo lugar tanto jurídico como social al delito de falsedad material, incidiendo de esta manera en su exacta razón de ser y en el momento decisivo en el que el falsificador va a cumplir su intención específica de engañar al tráfico jurídico al haber creado una apariencia de documento¹⁴². Desde un punto de vista material, y de asumirse como bien jurídico protegido en esta clase de infracciones a la seguridad en el tráfico jurídico, junto a las funciones del documento [de garantía, probatoria y de perpetuación], no cabe duda que el instante más importante y trascendente del delito en cuestión es cuando el documento falso se introduce en el tráfico jurídico o penetra el entramado de las diversas relaciones sociales y económicas. La acción de hacer un documento falso y adulterar un documento genuino si bien sería la esencia del

¹⁴² Cfr. Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 338.

disvalor de la acción o el instante donde se infringe la norma de conducta, propia de las falsedad documentales, el uso del documento representa el instante y momento de mayor relevancia; dado que con este comportamiento se pone en marcha no sólo la apariencia de autenticidad o probatoria del documento, sino la posibilidad de causar perjuicio. En efecto, no se contempla cómo la falsedad podrá crear un elevado riesgo de perjuicio o de daño para terceros o será capaz de generar una apariencia de documento si se limita y su aplicación se condiciona a la simple acción de crear o alterar un documento auténtico; y no se repara en la capital importancia que reviste el uso del documento y su colocación en el tráfico jurídico.

Creemos, que la referencia legal al uso del documento en nuestra legislación obedece a la intención político criminal del legislador de castigar y sancionar a todo aquél que sin participar o intervenir dolosamente, ya sea como autor o como cómplice, en la conducta típica de falsificar introduce el documento en el tráfico jurídico, generando un grave riesgo de lesión contra otros bienes protegidos por el ordenamiento jurídico¹⁴³. El legislador no busca reduplicar o añadir una nueva sanción al autor de la falsificación o a los partícipes en la misma que usan el documento, pues ellos quedan comprendidos en el primer párrafo del artículo 427, sino que pretende castigar a todo aquél que se aprovecha del documento falso creado o alterado por otro usándolo en el complejo de relaciones sociales y jurídicas. El uso del documento falso, tal como se verá luego, se sanciona en la medida que el autor del mismo no haya intervenido, como autor o partícipe, en la elaboración de un documento falso o la adulteración de uno verdadero o, en una variante excepcional, cuando el "autor" hace o altera un documento sin conciencia de ello o sin el propósito inicial de introducirlo al tráfico, pero luego advierte la consecuencia de su conducta y se decide usar el documento.

¹⁴³ En sentido similar en el derecho argentino Laje Anaya, Justo; Comentarios al Código Pena [P.E.]; T IV; p. 271.

Si bien es cierto que el uso o empleo del documento falso está supeditado en cuanto a su alcance y eficacia a la creación previa y anterior de un documento falso, en el sentido de hacer o alterar un soporte material que registra una declaración de pensamiento, no es menos cierto que la utilización del documento puede ofrecer distintas posibilidades que le pueden, incluso, otorgar autonomía y cierta independencia respecto al primer supuesto¹⁴⁴. Para ello basta ver que no es necesario ni resulta indispensable para la punibilidad del uso del documento falso que la conducta previa sea punible o que el autor tenga responsabilidad penal alguna, hecho que demuestra que el uso no depende del todo de la conducta previa de hacer un documento falso. Dicha afirmación se prueba con el sencillo ejemplo en el que el autor guarda el documento falsificado en su caja de seguridad o simplemente no pretende utilizarlo en el futuro, pero un tercero logra apoderarse del mismo, utilizándolo. Aquí no obstante que el autor de la falsificación no es responsable penalmente, el que usa el documento habrá realizado la tipicidad del párrafo segundo del art. 427.

Con ello, queda claro que el fin de la ley es el sancionar a quien se aprovecha o utiliza un documento falso que hace o altera un tercero, sin haber intervenido ni como autor o partícipe en la conducta típica previa de falsificación; de tal manera que el ámbito de aplicación del precepto se reducirá, entonces, al castigo de todo aquél que usa el documento, pero sin que haya contribuido dolosamente en la acción típica de falsificación.

3.- La ley señala como verbo y conducta rectora del segundo párrafo del delito de falsedad material [art. 427 del C.P.] al **hacer uso** de un documento falso. Por usar, tal como lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, debe entenderse “*El hacer servir una cosa para algo o ejecutar o practicar una cosa habitualmente o por costumbre*”¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Cfr. Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 338.

¹⁴⁵ Real Academia Española; Diccionario de la Lengua Española; Madrid; 21 ed.; 1992; T II; p. 2051.

El hacer uso requiere desde el punto de vista gramatical y jurídico la realización de una determinada actividad, intencional y externa, dirigida hacia un determinado fin que en el caso de la segunda modalidad de la falsedad material será el introducir el documento en el tráfico jurídico. La ley requiere un uso real y efectivo; no basta con un uso potencial. La estructura típica del comportamiento sólo permite abrazar y valorar jurídicamente a las conductas activas y no a la omisión, sea propia e impropia¹⁴⁶. Un simple no hacer, incluso el que se encuentra impuesto por una determinada norma jurídica, no debe entenderse como equivalente al verbo exigido por el legislador que posee una naturaleza netamente activa. El que está obligado jurídicamente a impedir el uso del documento, ya sea un funcionario público o cualquier otra persona, en todo caso, responderá por un delito contra la Administración Pública o un delito contra el patrimonio, o de otra clase, pero no por falsedad documental.

La simple tenencia o posesión del documento no debe ser entendida ni equiparada a la descripción legal del *hacer uso*. Ello no sólo por el distinto alcance y significación de los verbos, sino porque la tenencia o posesión no necesariamente implica un uso efectivo del documento falso. El delito se encuentra estructurado sobre la base de la acción de *usar*, y no de *tener*¹⁴⁷. No obstante, ha de indicarse que la tenencia únicamente constituye un presupuesto lógico y jurídico del hacer uso, dado que sólo lo que una persona tiene en su poder o ámbito de dominio espacio – temporal puede ser objeto de un uso. Por ello, sin tenencia no puede haber uso, hecho que no nos debe llevar a postular, tal como lo señalamos, la identificación entre una y otra acción. El que a un sujeto en un registro domiciliario o personal se le encuentre un documento falso como, por ejemplo, un documento de identidad adulterado, no implica que de manera automática va a responder por el segundo párrafo

¹⁴⁶ Cfr. Creus, Carlos; *La Falsificación de documentos en general*; p. 200; Baigún, David – Tozzini, Carlos; *La Falsedad Documental en la jurisprudencia*; Buenos Aires; Depalma; 2 ed.; 1992; p. 296.

¹⁴⁷ Cfr. Laje Anaya, Justo; *Comentarios al Código Pena [P.E.]*; T IV; p. 273.

del art. 427 o que ha cometido la acción típica de adulteración. Ello no es posible en virtud a que dicho autor todavía no ha empleado el documento de forma alguna en las circunstancias mencionadas, lo cual no evita ni resta la posibilidad, sin embargo, a que no haya usado el documento falso anteriormente. De ser así la falsedad de uso aparecerá sobre la base no del registro sino de la utilización anterior. La mera y simple tenencia, incluso la previa al uso, no debe ser vista como una tentativa¹⁴⁸, pues sólo constituye un acto preparatorio impune.

Por otro lado, ha de quedar establecido que la anterior detentación o tenencia del documento falso no debe ser entendida en todos los casos como un acto de complicidad o coautoría en el hecho, en base a la contribución objetiva de dicho comportamiento al uso o empleo del documento falso, toda vez que el sujeto que lo poseía puede haber sufrido la sustracción o apoderamiento ilegítimo como puede haber ignorado, al ceder la tenencia del documento, que el autor del uso iba emplear el documento en el tráfico jurídico.

El *hacer uso* descrito por la ley no debe entenderse como equivalente a la exigencia de primer uso o primer empleo del documento falso. La norma no supedita el castigo del comportamiento al hecho que el documento sea empleado mendazmente por vez primera en el tráfico jurídico. También encuentran acogida aquí los casos en los que el documento falso ha sido utilizado anteriormente, hipótesis en la que existirá un delito continuado, o los casos en donde el documento falso ya ha sido empleado anteriormente por otros sujetos.

4.- La doctrina penal de nuestra órbita cultural, especialmente la argentina, debate y se pregunta cuándo estamos ante el uso del documento, estableciendo con ello el inicio de la eventual responsabilidad penal en la hipótesis legal en estudio. Al respecto se han propuesto, hasta donde alcanzamos a ver tres posturas, netamente diferenciables.

¹⁴⁸ En contra, Bramont Arias, Luis – García Cantizano, María; Manual de Derecho penal (P.E.); p. 628 quien sostiene que “La posesión del documento, previa al uso, ya sería constitutiva de tentativa”.

Un primer planteamiento considera que el uso del documento deriva de la acción tendiente a lograr el fin que se persiguió con la falsificación. No sería necesario atenernos a un determinado patrón objetivo, sino que bastaría reparar en la intención que el autor tuvo al momento de realizar la falsedad o en el propósito que se fijó previamente el sujeto. Así, por ejemplo, cuando se trata de la documentación de una supuesta deuda, al intentar cobrarla, esto es, al momento de constituir un elemento probatorio, presentándolo¹⁴⁹. Se distingue entre la consumación de un documento público y un documento privado: en el primero sólo basta la acción de falsificar, a través de la conducta de crear un documento falso o adulterar uno verdadero, en el segundo cuando se utiliza de manera efectiva el documento. La crítica que se dirige contra esta postura es el que subjetiviza en exceso el requisito legal de naturaleza objetiva referido al uso del documento, enfatizando únicamente en el propósito que el sujeto alberga, dejando de lado la hipótesis que tal vez dicha intención no coincide con el empleo real del documento falso, al mediar error en esta circunstancia, como cuando el sujeto cree que detentando o con la sola posesión del documento realiza la tipicidad objetiva del comportamiento; o cuando – de modo contrario – el autor pese a que ya ha efectuado un uso del documento, cree erróneamente que todavía no lo ha empleado. De asumirse esta postura la tipicidad del segundo párrafo del art. 427 quedaría supeditada al libre arbitrio del sujeto y lo que éste en el caso concreto piensa o se imagina que es usar el documento falso.

Una segunda posición considera que el uso del documento se determina en el destino que posee el documento por su misma e intrínseca naturaleza, y no por las miras que tiene el autor¹⁵⁰. La tipicidad de esta figura de la falsedad documental no vendrá impuesta por

¹⁴⁹ Así, Fontán Balestra, Carlos; Tratado de Derecho Penal; Buenos Aires; Abeledo – Perrot; 1969; T VII; p. 500; él mismo; Derecho Penal [P.E.]; Buenos Aires; Abeledo – Perrot; 15 ed.; 1998; p. 993.

¹⁵⁰ Así, Baigún, David – Tozzini, Carlos; La Falsedad Documental en la jurisprudencia; p. 282.

cualquier empleo que se dé al instrumento [público o privado] sino *sólo por aquél uso que tienda a provocar un falso juicio en terceros indeterminados, mediante la utilización específica a que está destinado el instrumento según sus formas esenciales*¹⁵¹. Esta tesis que pretende interpretar el sentido jurídico del uso recibe la autodenominación del uso jurídico punible. Lo decisivo para este punto de vista sería la aptitud abstracta de prueba que desempeña el documento falsificado y la función que él mismo desempeña en el tráfico jurídico sin importar en absoluto el uso impropio que pueda finalmente alcanzar o el sesgo particular que se le pueda imprimir al margen de lo que originalmente debía probar. El uso del documento sería un uso jurídico determinado. Una escritura pública demostrará lo que su contenido establece, lo mismo sucede con el pagaré o un cheque. Por ejemplo, la falsificación de facturas o de otros documentos que poseen una relevancia tributaria sólo podrá estimarse como un uso típico cuando se presenta dichos documentos falsificados a la Superintendencia de Administración Tributaria [SUNAT]. Los diversos y amplios usos que podría ofrecer la falsificación de un documento se reduciría al sentido jurídico específico o concreto que cumple dicho soporte material en el respectivo ámbito social o económico, sin importar otro dato adicional o un uso distinto.

Las críticas que se pueden dirigir contra esta postura no se hacen esperar y fluyen con profusión. Una de ellas destaca que si bien al documento se le asigna una función determinada ya sea por el ordenamiento jurídico o por las partes también puede cumplir una función distinta dentro de la vida social, económica o jurídica, en virtud que puede ser utilizado de diversas formas y según los intereses probatorios que las partes o incluso el juez quiera o busque obtener; por lo que reducir la función del mismo a un rol específico es dar la espalda a la realidad y limitar inexplicablemente el sentido que la prueba documental despliega y desarrolla en el conjunto de las relaciones jurídico sociales.

¹⁵¹ Baigún, David – Tozzini, Carlos; La Falsedad Documental en la jurisprudencia; p. 282 y 284.

Se pasa por alto que la prueba jurídica, o la función probatoria del documento, no sólo posee un sentido particular sino que es versátil, diversa y que se adapta a los requerimientos del caso concreto y a la naturaleza del hecho que se pretende acreditar. Creemos que a pesar que el Derecho o la costumbre o uso social establezca que normalmente el documento desempeña un rol determinado en la configuración de las relaciones jurídicas no significa que éste no pueda ser utilizado de diversas maneras, asignándole incluso un nuevo contenido completamente distinto al que puede responder regularmente. Así, por ejemplo, la falsificación de una partida de nacimiento no sólo cumple con acreditar el lugar, fecha y la filiación de una persona – como sostiene la teoría del uso jurídico punible – sino que estaría también en condiciones de ser utilizado también en procesos tan distintos que van desde un juicio de alimentos o de una sucesión intestada hasta un proceso penal por parricidio o por el delito de traición a la patria e, incluso, en todo proceso en el que se requiera acreditar un derecho o una pretensión [por ejemplo, la reparación civil] o se encuentre involucrada la persona o se discuta su capacidad de ejercicio. Por otro lado, de aceptarse la tesis que aquí se critica se alcanzaría un indeseable efecto político criminal que conmoviera las bases del sistema penal en el ámbito de los delitos de falsedad documental: se plantearía una serie de absoluciones injustas y contrarias al sentido objetivo de la ley. Asimismo, se tendría que revisar gran parte de las sentencias judiciales en las que se condenó a un autor por emplear un documento en un uso distinto al uso jurídico “punible”.

Una tercera postura entiende el uso del documento como si se refiriera al empleo del documento según su destino específico, lo cual importa hacerlo valer invocando su eficacia jurídica¹⁵². El requisito del uso estaría satisfecho bien cuando se exhibe el documento falso a quien tiene derecho a exigir su exhibición o bien cuando se presente el documento a cualquier tercero sobre quien pueda incidir¹⁵³. Esta posi-

¹⁵² Así, Creus, Carlos; *La Falsificación de documentos en general*; p. 200.

¹⁵³ Creus, Carlos; *La Falsificación de documentos en general*; p. 200.

ción, según se puede contemplar, está más cerca del segundo planteamiento, que valora la aptitud jurídica del documento que de la primera tesis que toma como punto de vista el fin perseguido por el agente. Sin embargo, su nota distintiva radica en que mientras una exige el uso del documento según su destino legal la otra sólo reclama su destino probatorio específico en la situación y en las condiciones de uso en que el documento va a producir sus efectos¹⁵⁴. En la medida que el documento se encuentre en idoneidad y en condiciones de producir sus efectos en el sector de la vida social correspondiente el documento se habrá utilizado, habiéndose cumplido con los requisitos típicos del segundo párrafo del art. 427. Si el documento falso es exhibido o es usado, pero no puede desplegar el efecto jurídico para el que fue creado no se cumplirá con el requisito legal del uso del soporte material.

Tomando distancia de ésta tesis creemos que confunde, lamentablemente, el uso del documento con la eficacia jurídica del mismo al exigir que se presente a un tercero sobre el que pueda incidir o requiriendo el despliegue de ciertos efectos jurídicos. Creemos que un punto de vista como el descrito reduce y estrecha inexplicablemente y sin justificación alguna el uso del documento, identificándolo con la producción de efectos jurídicos. Con ello se pasa por alto tres cuestiones: 1° Hay casos en donde la producción de los efectos jurídicos del documento falso se producen de manera automática a la realización de la conducta típica, no siendo necesario el uso del documento v. gr. la falsedad a modo de alteración que se realiza de las piezas de un proceso judicial, modificando las resoluciones expedidas o las declaraciones de las partes; de tal suerte que no se llega a comprender como se supedita la consumación de la hipótesis delictiva de la producción de efectos jurídicos que pueden darse antes [o después] del uso, 2° Por otro lado, puede pasar que el documento efectivamente se use o utilice pero aún los efectos jurídicos no se desplieguen o puedan ocurrir, sino que recién surgirán luego del transcurso de un largo tiempo que puede ir de varios meses a unos

¹⁵⁴ Creus, Carlos; La Falsificación de documentos en general; p. 96.

cuantos años v. gr. falsificación de un contrato cuya eficacia jurídica opera desde el momento que se cumpla con una condición suspensiva, la cual ocurrirá luego de cuatro años; 3º Existen documentos que pueden ser objeto del delito de falsedad documental, pero nunca llegarán a desplegar algún tipo de efectos jurídicos, tal como sucede con los documentos nulos o absolutamente inválidos.

Frente a las diversas posiciones que se han descrito, y luego de analizar su poca utilidad y precisión a la hora de señalar cuando nos encontramos ante el uso de un documento falso, creemos que se debe buscar nuevos derroteros y caminos, auxiliándonos de uno de los bienes jurídicos protegidos en el delito de falsedad documental. En tal sentido, creemos que se cumple con el requisito típico del uso del documento falso cuando se **introduce al tráfico jurídico** a dicho documento¹⁵⁵. Según nuestra perspectiva estaremos ante el uso del documento desde que se coloca o incorpora el documento falso al tráfico o al cúmulo de relaciones sociales, políticas, económicas o jurídicas. El baremo de referencia idóneo para determinar si el documento falso en realidad se utiliza o emplea, no tanto es el punto de vista particular del autor o el destino legal del documento o la posibilidad que pueda desempeñar determinados efectos jurídicos para el que fue creado o adulterado, sino que lo decisivo es la penetración o incorporación en el tráfico. Cabe resaltar que la noción de tráfico jurídico no se encuentra configurada sobre la base de criterios y estimaciones subjetivas o personales, sino que reposa en patrones netamente objetivos. Asimismo, su delimitación no obedece a criterios formales, sino materiales. No se exige que el documento falso se presente a un proceso, ante una autoridad estatal o alguna dependencia pública o que se encuentre en condiciones de generar efectos jurídicos. Basta que se utilice o se emplee en un sector determinado de la vida social e incluso este uso puede excluir la intervención del aparato estatal de cualquier forma, toda vez que el

¹⁵⁵ Cfr. Bramont Arias, Luis – García Cantizano, María; Manual de Derecho penal (P.E.); p. 628.

tráfico jurídico no es sinónimo – ni debe entenderse – como tráfico estatal. No se requiere tampoco que se presente el documento falso al agraviado o a una de las personas o partes que posiblemente pueden ser afectadas por la falsificación, tal como parece exigir un sector de la doctrina¹⁵⁶, dado que la falsedad no exige la individualización del sujeto pasivo o que éste pueda sufrir un daño o perjuicio. Es más, la falsedad de uso puede cometerse sin que siquiera se llegue a determinar al eventual perjudicado o la persona que recibió el documento falso.

La delimitación de cuándo se debe entender que un documento ingresa o se incorpora al tráfico jurídico no debe resolverse desde un punto de vista abstracto o genérico, sino que debe analizarse la naturaleza jurídica del documento – si se trata de documento público o privado – o su pertenencia o su adscripción a una clase determinada v. gr. si se trata de un cheque, pagaré, un contrato de compraventa, un documento de identidad, etc. Asimismo, deberá valorarse de manera sumamente cuidadosa las circunstancias y los conocimientos especiales que el autor posea los cuales pueden facilitar o constituir un obstáculo para su introducción al tráfico jurídico. El uso del documento debe determinarse examinando las circunstancias del caso concreto y el intérprete deberá, si no atenerse, respetar las reglas de la experiencia y la costumbre en el respectivo sector del tráfico o de la vida social en donde el documento se desenvuelve. Ha de quedar claro, sin embargo, que la simple ostentación o la exhibición privada del documento a una persona o a un grupo de personas por lo general no constituye un uso del documento¹⁵⁷, de tal manera que dicha conducta no debe verse como una modalidad de comportamiento recogida en el segundo párrafo de art. 427.

La interpretación del uso del documento falso conforme a la noción del tráfico jurídico, más allá de cualquier entendimiento aislado

¹⁵⁶ Así, Creus, Carlos; *La Falsificación de documentos en general*; p. 200.

¹⁵⁷ Cfr. Soler, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*; T V; p. 339; Baigún, David – Tozzini, Carlos; *La Falsedad Documental en la jurisprudencia*; p. 296.

o parcial; permite limitar en base a criterios *teleológico* – *funcionales* la aplicación de esta modalidad comisiva de la falsedad material, enmarcándola dentro de su justo sentido; excluyendo del ámbito de protección de la norma las simple tenencia del documento falso o las exhibiciones del mismo.

La *mera invocación* de la posesión del documento falso no puede ser equiparable al uso y utilización del mismo, independientemente de si el sujeto detenta de manera material el documento falso o sólo se atribuye la posesión cuando en realidad no lo posee o la tenencia recae en un tercero que puede facilitarle el mencionado soporte material. A lo sumo la mera invocación constituirá – tal como sucede con la simple tenencia – un acto preparatorio impune. No debe entenderse como uso del documento, y por tanto, como conducta incriminada, la notificación en la que se comunica a una persona, natural o jurídica, o alguna dependencia estatal la posesión del documento, dado que no nos encontramos todavía frente a un acto material de concreto empleo del documento falso. Por tanto, no incurre en responsabilidad penal en base al segundo párrafo del art. 427 el acreedor que comunica a su deudor la posesión de un documento [falso] en donde éste reconoce supuestamente una deuda que existe, pero que no llegó a fijarse en un soporte material [caso del falso veraz]. En este supuesto el acreedor lo único que efectúa es una amenaza de uso o empleo si el deudor no cumple con amortizar el íntegro de la deuda. Tampoco hay uso del documento aún en la eventualidad que se presente una denuncia o una demanda en donde se alegue la posesión del documento, pero no se lo presente, o cuando se presenta una simple copia o fotocopia del mismo, más aún si ella no está autenticada por funcionario público alguno. La única posibilidad de alegar la falsedad, ya sea por creación o adulteración, de una copia es cuando se imita la firma, sello, rúbrica – o cualquier otro signo distintivo – del supuesto autor del documento.

La doctrina se pregunta si la presentación del documento a una autoridad o ante un fedatario para su autenticación – cuando ésta es imprescindible – constituye ya un uso del documento o debe contemplarse como una conducta atípica impune. Si se asume una noción de uso

autónoma o alejada de cualquier otro contexto o referencia ulterior no cabe duda que el delito se ha consumado, ya que efectivamente se emplea el documento falso, siendo indiferente el hecho de si se lo pretende proyectar a un determinado ámbito de la vida económica o socio – jurídica. Si se asume esta línea interpretativa todo uso del soporte material falso sería equivalente a la consumación del delito, debiéndose integrar al tenor del párrafo segundo a las exhibiciones del documento o las meras tenencias del mismo. Sin embargo, si al uso o empleo al que alude la ley se interpreta en función de un contexto o referencia externa como es el tráfico jurídico el caso propuesto no podrá calificarse como un uso consumado en virtud a que el autor cuando presenta el documento para su autenticación no introduce ni incorpora el documento falso al tráfico jurídico, sino que lo prepara y acondiciona para lograr luego dicho fin. No cabe duda que en un sentido vulgar el autor usa el documento; pero desde el prisma jurídico penal dicho uso no es de aquellos que pretende prohibir y sancionar la norma, dado que todavía no se ha introducido el documento falso al tráfico jurídico¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Cfr. Creus, Carlos; *La Falsificación de documentos en general*; p. 201 quien sostiene que el supuesto descrito “importaría el perfeccionamiento de una falsedad material, o ingresaría en los límites de una falsedad ideológica, si es que la autenticación requiere, a su vez, una propia instrumentación pública, ya que importaría la inserción de una falsedad en dicha instrumentación”. Sin embargo, luego Creus contradice su tesis cuando afirma que “ tenemos que considerar que la misma presentación del documento para que se dote de signos de autenticidad verdaderos a su copia, implica un uso consumativo del delito” [p. 206].

No vemos razón alguna para discriminar y distinguir en cuanto al tratamiento jurídico entre la presentación de un documento falso original para su autenticación y la presentación de la copia para autenticar, señalando que en el primer caso no estamos ante una falsedad de uso pero si en la segunda hipótesis; cuando un razonamiento lógico, en todo caso, nos debe orientar a una conclusión inversa. Desde nuestra óptica la presentación para su autenticación del documento falso original y de una copia falsa ha de conducir a plantear un tratamiento jurídico homogéneo y que, según hemos planteado, no constituye todavía un uso punible dado que el documento no se ha introducido al tráfico jurídico.

5.- Uno de los problemas de mayor trascendencia práctica es el saber si el autor o partícipe de la falsedad material en su tipo básico que crea un documento falso o adultera uno verdadero puede ser considerado a su vez como autor o partícipe del uso del documento falso o, en todo caso, debe plantearse – como sugiere una posición doctrinal – una relación lógica de alternatividad entre ambas figuras penales; de tal manera que si a una persona se le imputa el crear un documento falso o alterar uno verdadero no se le debe al mismo tiempo procesar por usar el documento falso. Según esta última posición la utilización del documento sólo podría realizarlo una persona distinta a los que intervinieron dolosamente en la comisión de la acción típica – en cualquiera de sus modalidades – de la falsedad material. A favor de uno y otro criterio pueden encontrarse argumentos atendibles que a continuación nos encargamos de resumir.

El primer punto de vista estima que la falsedad de uso puede cometerse tanto por una persona extraña a la conducta típica de falsificación como por el autor que ha elaborado el documento falso o el partícipe que instiga o ayuda a la comisión del delito. Ambas hipótesis encontrarían acogida dentro del alcance y el sentido del segundo párrafo del art. 427. Las razones que abonan su eventual validez son de diverso signo. Una de ellas, que tiene un carácter pragmático, postula que de no aceptarse dicha tesis se tratará de manera benigna y suave a todas aquellas personas que por su escasa pericia o habilidad manual solicitan o contratan los servicios de falsificadores profesionales para que creen un documento falso o adulteren uno verdadero y así puedan, luego, usar el documento falso sin ninguna clase de contratiempos, engañando con mayor eficacia e idoneidad a los participantes del tráfico jurídico. Los instigadores y los cómplices de las falsificaciones son los que normalmente utilizan o se sirven del documento para lograr algún beneficio o buscar causar algún perjuicio a terceros, usándolo de una u otra manera e introduciéndolo al tráfico jurídico. El falsificador habitual o profesional sólo realiza su trabajo – muchas veces artístico – sin imaginar ni menos proyectar el futuro empleo del documento que crea y del daño o perjuicio que está en condiciones de irrogar. Si en la mayoría de casos la

falsificación se produce a instigación y a pedido de un tercero para que luego de efectuada se utilice por éste en un determinado sentido no se contempla razón alguna por qué la norma penal no deba valorar convenientemente este hecho castigando, en virtud al segundo párrafo del art. 427, al partícipe [instigador] que luego usa el documento falso. Asimismo, se señala que cuando no media instigación o un influjo psíquico para realizar un documento falso, el autor que crea o adultera un documento lo hace no con el fin de guardar el documento falso o de conservarlo como cualquier otra pieza, sino que se busca incorporarlo al tráfico, empleándolo de una determinada manera. De esta situación parece haberse percatado nuestro legislador nacional quien supedita el castigo de la falsedad documental a si el autor de la misma tiene el "*propósito de utilizar el documento*". Otro argumento que se puede esgrimir con el fin de justificar el castigo en base al uso del documento por parte de los autores o partícipes de la falsificación sería que la ley expresamente no impide, ni veda dicha interpretación; de tal manera que al existir el silencio de la ley en este extremo no hay razón para dejar fuera o excluir un supuesto que la ley no lo descarta expresamente.

Frente a este punto de vista aparece otro planteamiento que, en el derecho comparado, propiamente en la ciencia penal argentina, es aceptado de manera mayoritaria y que nosotros no dudamos en suscribir en nuestro derecho positivo¹⁵⁹. Dicho punto de vista afirma categóricamente que la punición del uso del documento falso sólo admite a sujetos activos [autores y partícipes] distintos a los que participan en la acción típica de la falsedad material¹⁶⁰. Los que intervienen en la creación de un documento falso o en la adulteración de uno verdadero no puede cometer el delito de falsedad del uso, ya que él mismo está reservado para

¹⁵⁹ En el mismo sentido en la doctrina nacional, Bramont Arias, Luis - García Cantizano, María; Manual de Derecho penal (P.E.); p. 627.

¹⁶⁰ Cfr. Laje Anaya, Justo; Comentarios al Código Pena [P.E.]; T IV; p. 271; Fontán Balestra, Carlos; Tratado de Derecho Penal; T VII; p. 506; él mismo; Derecho Penal [P.E.]; p. 999; Creus, Carlos; La Falsificación de documentos en general; p. 209.

quienes no hayan cumplido con el comportamiento típico básico. Las razones que se pueden esgrimir al respecto son variadas. En primer lugar, se debe destacar como argumento lógico que no habría razón alguna para castigar en el tipo básico de falsedad material a los autores y partícipes que realizan la sola acción de crear un documento falso y adulterar uno verdadero si a continuación y en el segundo párrafo se abre la posibilidad de sancionar a los mismos agentes que realizan una conducta posterior, vinculada lógicamente con el comportamiento previo: el uso del documento. El legislador histórico habría incurrido en un error de técnica legislativa gravísimo que trastocaría la ordenación sistemática de las falsedades documentales, pues impondría una doble pena a quien crea un documento falso y luego lo usa. En todo caso cabría preguntarnos hasta que punto no hubiese sido conveniente el sólo prever y regular una hipótesis: bien fijar el momento consumativo en la creación o adulteración de un documento; de tal modo que cualquier otra referencia normativa ulterior, como el segundo párrafo del art. 427, carecería de todo sentido, o bien precisar como momento consumativo de la falsedad material el uso del documento, hecho que llevaría a obviar la regulación del primer párrafo del art. en mención. Se puede añadir también que el pretender castigar a los autores y partícipes del delito de falsedad material, que se encuentra configurado como delito de peligro, por el uso del documento —apelando a la teoría de los concursos— contravendría el principio *non bis in idem*, dado que se estaría castigando a una persona dos veces por el mismo hecho, toda vez que el uso del documento es una acción unida, lógica y jurídicamente, a la conducta típica de la falsificación. Se pasa por alto el dato que si una persona falsifica o adultera un documento es porque pretende utilizarlo. La ley misma parece haberse percatado de ello al exigir “*el propósito de utilizarlo*”; de tal manera que el buscar castigar la conducta que la misma ley alude no sería más que una demostración del más abierto contrasentido y una burla no sólo a la razón sino a la ley misma que la debe encarnar. Los aparentes errores legislativos o de interpretación —sin razón alguna— tendrían que ser cargados al autor o partícipe del hecho. Creemos, que si el autor de la falsedad es también quien lo

usa, el hecho es uno solo y la pena también: la que corresponde al falsificador¹⁶¹.

En segundo lugar, queda claro que el criterio opuesto al que aquí se suscribe vulneraría los alcances del principio de proporcionalidad de las penas, pues a un mismo hecho y conducta jurídica se le impondría una pena superior a la merecida a pesar de encontrarse en una conexión lógica y normativa innegable.

En tercer lugar, se debe señalar en contra del criterio pragmático que sugiere el castigo del partícipe, y en concreto del instigador, de una falsedad documental por el uso del documento falso que si de drasticidad o severidad [proporcional] de la pena se trata no es necesario buscar una nueva calificación legal como es el uso del documento falso, cuando las reglas de la participación permiten llegar también a resultados plenamente satisfactorios, desde el prisma de una correcta política criminal, al facilitar la imposición de una misma pena o de una sanción semejante tanto al autor y al partícipe de una falsedad material. Incluso, y como si eso no bastara, debe recordarse, el amplio, y tal vez excesivo, marco punitivo del tipo básico de la falsedad material, en lo que atañe a la falsificación de un documento público, que va de los dos a los diez años de pena privativa de libertad. No hay razón para buscar imponer la pena del segundo párrafo cuando son suficientes las sanciones impuestas en el primer párrafo.

Por último, la argumentación – opuesta al planteamiento que aquí se sostiene – respecto a que la ley no excluye expresamente a los autores y partícipes del uso del documento falso si bien apela a una interpretación lógica, renuncia a una interpretación sistemática que es la que finalmente compatibiliza los alcances del precepto en cuestión con otras categorías jurídicas, por ejemplo, el *non bis in idem*, y a una interpretación teleológica que como en muchos otros casos se caracteriza por reducir y limitar el amplio tenor legal.

¹⁶¹ Cfr. Fontán Balestra, Carlos; Tratado de Derecho Penal; T VII; p. 506.

Sin embargo, es necesario indicar, según entendemos – precisando los alcances de nuestra postura –, que sólo quedan excluidos del uso del documento [falsedad del uso] los autores y partícipes dolosos de la falsificación; de tal modo que si un autor se aprovecha de su falsificación no dolosa o cuando, siendo intencional, en un inicio no pretendía utilizarla [elemento subjetivo distinto al dolo] y la introduce al tráfico jurídico habrá incurrido en una falsedad de uso. Lo mismo pasa con el cómplice “objetivo”, primario o secundario, que contribuye de manera decisiva, pero sin dolo, a la falsificación que realiza el autor y luego utiliza el documento. Aquí pese a la impunidad inicial de la conducta por atipicidad subjetiva se habrá incurrido en una falsedad de uso. Lo dicho nos lleva a afirmar que la calificación de una falsedad de uso no depende en absoluto de la efectiva punibilidad de la acción de falsificación, ya que pueden existir supuestos en los que se castigue una falsedad de uso sin que se sancione, por diversos motivos, al autor de la falsificación.

En este sentido, una de las principales ventajas que ofrece en nuestro sistema jurídico penal la regulación de la falsedad de uso es el permitir y facilitar que en caso el autor de la falsificación resulte impune o no llegue a establecerse de manera fehaciente su responsabilidad penal queda abierta la posibilidad de sancionarlo apelando a la falsedad de uso¹⁶². Asimismo, si no se logra acreditar con prueba suficiente al autor de la falsificación, pero se lo puede identificar y reconocer es posible implementar su castigo en base a la falsedad de uso, siempre, claro está, que de manera efectiva, se haya empleado el documento falso en el tráfico jurídico.

Los casos más importantes de la llamada falsedad de uso son aquellos en los que un tercero, que no ha intervenido ni participado, en la falsificación o en hacer un documento falso o adulterar uno verdadero, se aprovecha del resultado del comportamiento ilícito de otro [falsificación] usando el documento en un determinado sentido, haciéndolo

¹⁶² Cfr. Creus, Carlos; *La Falsificación de documentos en general*; p. 210.

ingresar al tráfico jurídico. Ello sucede cuando dicho tercero se apodera, mediante sustracción, del documento falso, cuando habiendo delegado el cuidado del documento falso esta persona lo utiliza, cuando el falsificador ha procedido de manera inocente o descuidada, o cuando el documento falso se obtiene de una persona distinta al falsificador, por ejemplo, del tenedor del documento o de la persona que había utilizado anteriormente dicho documento. En la falsedad de uso no es indispensable que su autor haya obtenido el documento falso directamente del autor de la falsificación, dado que esta circunstancia no integra el presupuesto del delito. La procedencia del documento no interesa como tampoco el tiempo que el documento ha sido falsificado o la circunstancias o el lugar en las que se realizó. Incluso el autor de la falsedad de uso puede desconocer por completo la identidad del autor de la falsedad material. La ley sólo exige en el segundo párrafo del art. 427 dos requisitos: 1º Que se utilice o emplee un documento falso [elemento objetivo]; 2º Que el autor sepa que el documento que usa es falso [elemento subjetivo].

5.- Cuando la ley alude a la necesidad que se *use o emplee el documento falso o falsificado*, se debe entender que comprende tanto la creación de un documento falso o la adulteración de uno verdadero, recogiendo cualquiera de las modalidades típicas de la falsedad material. Sin embargo, no se puede alegar como error de tipo excusante el hecho que el autor no sepa si se trata de una falsificación total de documento o simplemente de la alteración de sus partes esenciales. La ley no exige un conocimiento minucioso del documento o de las acciones típicas que han recaído sobre él. Sólo basta saber que el documento es falso. Un documento erróneo no es un documento falso. Lo mismo sucede con el documento que tiene datos o hechos inexactos¹⁶³. Por ello, un documento falso, no debe ser equiparado con el documento inexacto, impreciso o el documento erróneo. Sólo el primero genera responsabilidad penal.

¹⁶³ Cfr. Creus, Carlos; La Falsificación de documentos en general; p. 203.

Si el sujeto cuando usa el documento incurre en error, creyendo que se trata de un documento auténtico, la conducta será impune, tanto si el error es vencible o invencible. Asimismo, si el sujeto utiliza un documento auténtico, pero que cree falso no habrá delito¹⁶⁴.

El delito se consuma pues cuando se usa o emplea el documento. La infracción posee las características de un delito instantáneo que puede tener efectos que se prolongan en el tiempo¹⁶⁵, cuestión que no interesa, dado que resulta irrelevante que la situación creada tenga o no caracteres de permanencia¹⁶⁶. El intento de hacer valer el documento falso supone ya su uso¹⁶⁷, el cual no depende de su éxito o del logro de los resultados que el autor pretendía alcanzar. A efectos de la consumación del delito no interesa en absoluto que el autor espontáneamente haya decidido usar el documento o que ante el requerimiento o simple solicitud de un particular o la autoridad se haya visto obligado o persuadido a usar el instrumento falso. La ley no requiere tampoco un grado absoluto de libertad y de espontaneidad en el uso del documento; por lo que no se puede aceptar como excusa el argumento que el sujeto no quiso utilizar el documento falso pero se le *instó* a ello. La prescripción debe comen- zarse a contar desde el día que efectivamente se utilizó el documento falso.

6.- La ley en la falsedad de uso requiere también – como en la falsedad material – la posibilidad de causar perjuicio. Si del uso no se deriva dicha posibilidad no puede haber delito alguno. Dicha posibilidad además debe tener como origen o causa directa el uso del documento que por cierto no tiene porque conectarse – al menos en esta hipótesis legal – con la acción de falsedad¹⁶⁸. De esto se deduce que si bien la acción

¹⁶⁴ Cfr. Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 339.

¹⁶⁵ Así, Fontán Balestra, Carlos; Tratado de Derecho Penal; T VII; p. 507.

¹⁶⁶ Cfr. Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T V; p. 340 Laje Anaya, Justo; Comentarios al Código Pena [P.E.]; T IV; p. 273.

¹⁶⁷ Cfr. Laje Anaya, Justo; Comentarios al Código Penal [P.E.]; T IV; p. 273.

¹⁶⁸ En contra, Laje Anaya, Justo; Comentarios al Código Pena [P.E.]; T IV; p. 275 cuando sostiene que: “El daño proviene del documento mismo, y no de su uso”.

básica de la falsedad, como es el hacer un documento falso o adulterar uno verdadero, puede no haber creado un riesgo de perjuicio, ello no supone que la acción de uso no deba causar el riesgo de daño. Sin embargo, el intérprete desbordaría el sentido de la ley si además de verificar que el uso del documento falso crea la posibilidad de causar perjuicio, exige que dicho peligro tenga su fuente en la acción típica de falsedad. Esto último no exige la norma. La posibilidad de causar perjuicio no es una condición objetiva de punibilidad¹⁶⁹.

Aunque desde un punto de vista jurídico no sea indispensable que se enfatice en este elemento, que se entiende implícito, la ley requiere que se haga uso del documento falso *como si este fuera legítimo*. Esto quiere decir que el empleo del documento debe estar en condiciones de engañar al tráfico jurídico o debe revestir una apariencia de legitimidad. La única virtud de esta referencia normativa es que si el documento falso se presenta al tráfico jurídico como tal, y no como un soporte material legítimo, no se cometerá falsedad de uso alguna.

Debe anotarse aquí que si bien el uso de un documento verdadero o auténtico en determinadas circunstancias nunca podrá constituir falsedad material o falsedad de uso puede dar lugar a otro delito como, por ejemplo, la estafa¹⁷⁰.

¹⁶⁹ En contra, Bramont Arias, Luis – García Cantizano, María; Manual de Derecho penal (P.E.); p. 628.

¹⁷⁰ Cfr. Creus, Carlos; La Falsificación de documentos en general; p. 204.



BIBLIOGRAFÍA

- Alberto Estrela, Oscar – Godoy Lemos, Roberto Código Penal. Parte Especial. De los Delitos en Particular; Buenos Aires; Hammurabi; 1995.
- Antolisei, Francesco; Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades; Bogotá; Temis; 1975.
- Bacigalupo, Enrique; Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal; Madrid; Akal; 2 ed.; 1994.
El Delito de Falsedad Documental; Madrid; Dykinson; 1999.
- Bacigalupo, Enrique; Curso de Derecho Penal Económico; [Director] Madrid; Marcial Pons; 1998.
- Baigún, David – Tozzini, Carlos; La Falsedad Documental en la Jurisprudencia; Buenos Aires; Depalma; 2 ed.; 1992.
- Baigún, David El fraude en la administración societaria; Buenos Aires; Depalma; 1991.
Bergel, Salvador Darío
- Bajo Fernández, Miguel Manual de Derecho Penal [Parte especial]: Delitos contra las personas; Madrid; Ceura; 2 ed.; 1991.
Delitos patrimoniales y económicos; Madrid; Ceura; 2 ed.; 1993.
Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor, estado civil; Madrid; Ceura; 3 ed.; 1995.
- Bajo Fernández, Miguel; Compendio de Derecho Penal; Madrid; Ceura; T II; 1998.
- Bustos Ramírez Manual de Derecho Penal [Parte Especial]; Barcelona; Ariel; 2 ed.; 1991.
- Casas Barquero, Enrique; El Delito de Falsedad en Documento Privado; Barcelona; Bosch; 1984.
- Cobo del Rosal Curso de Derecho Penal; Madrid; [Director] Marcial Pons; T I [1996]; T II [1997].

- Conde – Pum്പido Ferreiro;
Cándido; [Director] Código Penal. Doctrina y
Jurisprudencia; Madrid; Trivium; T II y III; 1997.
Consejo General del Poder Judicial;
Cuadernos de Derecho Judicial. Empresa y Derecho penal;
Madrid; I y II; 1999.
- Córdoba Roda, Juan; Comentarios al Código Penal; Barcelona; Ariel; T III; 1977.
- Costa Jr, Paulo José da; Curso de Direito Penal; Sao Paulo; Edit. Saravia; Vol. II y III;
1992.
- Creus, Carlos; Falsificación de documentos en general; Buenos Aires;
Astrea; 2 ed.; 1993.
Derecho Penal [P.E.]; Buenos Aires; Astrea; 3 ed.; T I y II;
1990.
- Cuello Calón, Eugenio Derecho Penal [Revisada por José Camargo Hernández];
Barcelona; Bosch; T II Vol. I y II; 14 ed.; Reimp. 1980.
- Chocano Rodríguez, Reiner; Análisis dogmático de la falsedad documental del artículo
427 del C.P. peruano; en Revista Peruana de Doctrina &
Jurisprudencia Penal; Lima; Grijley / Instituto Peruano de
Ciencias Penales; N° 1; 2000; p. 489 – 503.
- Del Rosal – Cobo – Rodríguez M. Derecho Penal Español[Parte especial]: Delitos contra las
personas; Madrid; 1962.
- Del Rosal Blasco, Bernardo; Los delitos societarios en el Código penal de 1995; Valencia;
Tirant lo Blach; 1998.
- Díez Ripollés, José Luis;
Gracia Martín, Luis
[Coordinadores] Comentarios al Código Penal Español; Valencia;
Tirant lo Blach; 1997.
- Echano Basaldua, Juan; en Compendio de Derecho penal (P.E.) (Director: Miguel Bajo
Fernández);Madrid; Ceura; Vol. II; 1998.
Falsedades Documentales; en Delitos contra la
Administración Pública [Edición al cuidado de Adela Asúa
Batarrita]; Bilbao; Instituto Vasco de Administración
Pública; 1998.
- Faraldo Cabana, Patricia; Los delitos societarios; Valencia; Tirant lo Blach; 1996.
- Fontán Balestra, Carlos; Derecho Penal [P.E.]; Buenos Aires; Abeledo – Perrot; 15
ed.; 1998.
Tratado de Derecho Penal; Buenos Aires; Abeledo – Perrot;
T IV; T V; 1969.

Bibliografía

- García Cantizano, María del C.; Falsedades Documentales; Valencia; Tirant lo Blach; 1994.
- Gracia Martín, Luis; Las infracciones de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal; Madrid; 1990.
- Herrero Herrero, César; Infracciones penales patrimoniales; Madrid; Dykinson; 2000.
- Luzón Cuesta, José María; Compendio de Derecho Penal; Madrid; Dykinson; 7 ed.; 1998.
- Maggiore, Giuseppe; Derecho Penal [Trad. de José Ortega Torres]; Bogotá; Temis; 3 ed.; T. III, IV, V; 1986.
- Mantovani, Ferrando Diritto Penale; [Parte Especial]; *Delitti contro la Persona*; Padova; Cedam; 1998;
Delitti contro il patrimonio; Padova; Cedam; 1997;
I Delitti contro la Libertà e l'intangibilità sessuale; Padova; Cedam; 1998.
- Martínez – Buján Pérez, Carlos; Derecho Penal Económico; Valencia; Tirant lo Blach; 1998.
Los delitos contra la hacienda pública; Madrid; Tecnos; 1995.
- Mezger, Edmundo; Derecho Penal [Parte Especial] [Trad. de Conrado Finzi]; Buenos Aires; 1959.
- Mir Puig, Carlos; Los Delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal; Barcelona; Bosch; 2000.
- Moreno Cánoves, Antonio
Ruiz Marco, Francisco Delitos Socioeconómicos; Madrid; Edijus; 1996.
- Morillas Cueva, Lorenzo; Curso de Derecho Penal; [Dirigido por Manuel Cobo del Rosal] Madrid; Marcial Pons; T I [1996]; T II [1997].
- Muñoz Conde, Francisco; Derecho Penal [Parte Especial]; Valencia; Tirant lo Blach; 12 ed.; 1999.
El delito de alzamiento de bienes; Barcelona; Bosch; 1999.
- Núñez Castaño, Elena; La estafa de crédito; Valencia; Tirant lo Blach; 1998.
- Núñez, Ricardo; Derecho Penal Argentino; Buenos Aires; Buenos Aires; Bibliográfica Omeba; T. III, IV, V; 1959.
- Queralt, Jiménez, Joan; Derecho Penal [Parte especial]; Barcelona; Bosch; 3 ed; 1996.
- Quintero Olivares, Gonzalo; Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal; Aranzadi; 1996.

