

HERNÁNDEZ, Héctor, “Recensión: ROJAS, Luis Emilio, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons, 2017, 184 páginas.”

Polít. crim. Vol. 12, N° 24 (Diciembre 2017), Rec. 1, pp. 1275 – 1280.

[http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24R1.pdf]

Recensión: ROJAS, Luis Emilio, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, Madrid – Barcelona – Buenos Aires – São Paulo: Marcial Pons, 2017, 184 páginas¹

Review: ROJAS, Luis Emilio, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, Madrid – Barcelona – Buenos Aires – São Paulo: Marcial Pons, 2017, 184 pages

Dr. Héctor Hernández Basualto

Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales

hector.hernandez@udp.cl

Luis Emilio Rojas se consolida como uno de los penalistas más productivos y rigurosos de nuestro medio con este nuevo libro que acomete el estudio crítico de una de las parcelas más oscuras de la legislación penal chilena, como es la de las falsedades documentales, donde casi todo se discute y lo que no se discute debiera discutirse. A pesar de tratarse de una materia respecto de la cual no se ha escrito poco entre nosotros, sino más bien al contrario y también en época reciente, la oscuridad subsiste hasta hoy. En ese contexto, el libro viene a contribuir de modo muy significativo, a pesar de las limitaciones de las que adolece desde la perspectiva del suscrito y de las que se dará cuenta luego, a avanzar hacia la luz en la materia. El libro se construye a partir de artículos elaborado en el marco de un muy fructífero proyecto de investigación financiado por Fondecyt y publicados entre 2012 y 2016 en distintas revistas chilenas y en parte también como contribuciones a libros de homenaje en el extranjero². Los artículos fueron naturalmente modificados a los efectos de configurar una unidad coherente y no una mera sumatoria de textos, pero es de destacar que el derrotero argumental prefigurado en la sucesión de los artículos se mantiene casi inalterado en el libro, lo que da cuenta de la claridad y coherencia interna de las ideas del autor. Sin perjuicio de otras referencias, el libro dialoga simultáneamente con el derecho alemán, el español y el chileno, de modo que puede ser de interés y utilidad también desde una perspectiva internacional.

¹ Adaptación de la presentación del libro en la Universidad Alberto Hurtado, realizada el lunes 2 de octubre de 2017.

² “Historia dogmática de la falsedad documental”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, T. XXXIX (2012-II), pp. 545-583; “Falsedad documental como delito de engaño”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41 N° 2 (2014), pp. 523-554; “Deconstrucción del modelo dominante de comprensión de los delitos de falsedad documental”, *Política Criminal*, Vol. 9 N° 18 (2014), pp. 477-520; “Falsedad documental como delito contra el derecho a la verdad”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 22 (2015), pp. 143-179; “Dogmengeschichte der Urkundenfälschung”, en: FREUND, Georg / MURMANN, Uwe / BLOY, René / PERRON, Walter (editores): *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2013, pp. 925-947; “Falsedad documental como delito contra el derecho a la verdad”, en: BACIGALUPO SAGGESE, Silvina / FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo / ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (coords.): *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 1345-1364.

HERNÁNDEZ, Héctor, “Recensión: ROJAS, Luis Emilio, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons, 2017, 184 páginas.”

En un primer capítulo se nos presenta una fina síntesis del desarrollo histórico de la regulación de las falsedades desde el derecho romano hasta su recepción y formulación moderna en la tradición jurídico-penal francesa y española (que es, por cierto, también la chilena), por una parte, y en la tradición alemana por la otra, mostrando cómo lo que parecen ser mundos totalmente diferentes comparten orígenes y conceptos comunes que sólo se apartan a consecuencia de unas sistemáticas legales que en parte condicionan maneras de entender el asunto totalmente contrapuestas.

En un segundo capítulo, contra la manera tradicional de ver el problema en nuestro medio, se procura esclarecer el concepto de documento como base del sistema de las falsedades documentales, esto es, abordando el sustantivo antes que los adjetivos, con una mirada que parte del material normativo y no de un postulado ideal sobre lo que supuestamente es el bien jurídico protegido por las figuras en cuestión. En esta parte, decantándose convincentemente por una concepción del documento como declaración, concluye que el injusto (al menos el injusto básico) de la falsedad documental consiste en engañar sobre la existencia de un documento, sobre la existencia de algo que puede considerarse un documento. La falsedad sería también un delito de engaño, tal como la estafa y otros, sólo que sobre un hecho muy específico como es la *autenticidad* del documento, es decir, sobre la circunstancia de que éste emana de quien se dice que emana y que su contenido es el que efectivamente esa persona le dio.

En un tercer capítulo se desarrolla una exhaustiva crítica de la lectura dominante sobre el injusto de las falsedades documentales, fustigando las dicotomías conceptuales que a su juicio la caracterizan, las que fraccionarían y dispersarían el material normativo impidiendo ver un sistema en la ley. De este modo se asume que unos delitos atentarían contra un bien jurídico colectivo, mientras que otros lo harían contra el patrimonio; que unos delitos serían delitos funcionarios y otros serían comunes, todo lo cual tendría consecuencias en una distinta comprensión del concepto mismo de documento y permitiría la sobrevaloración injustificada de una distinción basada en un mero accidente, como es la existente entre la llamada falsedad material y la falsedad ideológica. En este capítulo se sintetiza una lectura alternativa del derecho chileno vigente, sobre cuyos detalles se volverá en seguida, sin perjuicio de destacar ahora la crítica decidida del autor contra la forma en que la lectura tradicional parece apartarse del texto legal, específicamente en cuanto a negar que las llamadas falsedades ideológicas puedan reprimirse respecto de particulares, no obstante que la ley no hace (no explícitamente, al menos) distinciones al respecto.

Por último, en un cuarto capítulo (recién aquí, a diferencia de la aproximación tradicional), aclarado el sentido del injusto de la falsedad documental, se aborda la tarea de indagación por el bien jurídico protegido, rescatando la idea de un derecho negativo a la verdad (al menos en lo concerniente al injusto básico de falsedad, como atentado contra la autenticidad del documento). En este mismo capítulo final el autor se hace cargo de los tipos penales adicionales de uso malicioso del documento falso, entendiéndolos como delitos de lesión en comparación con los delitos de falsedad propiamente tales, que serían de peligro abstracto, y extrae de ahí reglas para la definición del momento consumativo de los distintos tipos penales del sistema.

Hasta ahí la descripción del trabajo. En lo que concierne ahora a la valoración, para decirlo de modo sintético, se trata de un trabajo fundamental para nuestra discusión sobre el sistema de las falsedades documentales, un trabajo exhaustivo y erudito, lleno de ideas sugestivas y hasta provocadoras, así como de detalles esclarecedores; escrito, por último, de modo preciso y elegante. Además de la exhaustividad del análisis, metodológicamente el trabajo merece destacarse sobre todo por su decidida reivindicación del desarrollo de una dogmática de Parte especial en una época en que está instalado el espejismo de que ésta puede reducirse a la mera aplicación sectorial de los conceptos de la Parte general, como si lo prescriptivo pudiera reducirse a lo adscriptivo (como si las prohibiciones pudieran emanar de los criterios empleados para atribuirle su infracción a alguien) lo que sólo puede ser fuente de mala dogmática, como lo demuestran, a juicio del suscrito, los pobres resultados de la aplicación de ese verdadero “agujero negro” que resulta ser la imputación objetiva como herramienta de análisis de la delicada arquitectura de los tipos penales particulares. Del mismo modo debe destacarse la reivindicación del texto legal como punto de partida del análisis dogmático y el rechazo frente al rendimiento de un concepto de bien jurídico que se construye a espaldas del texto. Por el contrario, en palabras del autor parafraseando el Evangelio de Juan: “En el principio es el verbo”.

Más específicamente, debe destacarse la decantación del autor por el concepto de documento como declaración, que es la base para identificar como núcleo del injusto de la falsedad documental un atentado contra su autenticidad. Hubiera sido deseable que el autor destacara aún más este punto, que es clave para una reconstrucción racional de los conceptos y para una domesticación de nuestra práctica, para que la materia no siga siendo, para decirlo con la feliz expresión de Quintano Ripollés y que Rojas hace suya, “la fortuna de los prácticos y la desesperación de los científicos”. Consecuentemente, debe celebrarse la afirmación de que este injusto es común a todas las formas de falsedad, y de que la diferencia entre falsedad material e ideológica es meramente accidental, pues son sólo distintas formas de atentar contra lo mismo (al menos en lo que concierne a lo que genuinamente merece llamarse “falsedad documental”).

En lo que el suscrito no puede estar de acuerdo con el autor, sin embargo, es en su extensión a los particulares de la procedencia de la modalidad 4° del art. 193: “Faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales”, al menos en la forma amplia en que la interpreta Rojas, referida no sólo a los hechos concernientes al otorgamiento del documento, sino a hechos independientes de los cuales queda constancia en el documento. Cabe allanarse a que los particulares puedan incurrir en “falsedad ideológica” punible, pues si se acepta que la falsedad a través del forjamiento del documento es típica (cuestión muy espinuda que el libro podría haber abordado más detalladamente), es indudable que la suposición de la comparecencia de alguien así como de sus supuestas declaraciones también puede y debe serlo. Como ya se ha dicho, es un mérito del libro desembarazarse de la distinción entre falsedad material e ideológica. El problema radica en la lectura de la circunstancia 4° y su extensión, porque ya no se trataría de atentados contra la autenticidad del documento. Esta extensión es discutible aun respecto de los funcionarios llamados a dar fe, pero hay que reconocer en ese caso que las circunstancias propias del otorgamiento parecen estar ya cubiertas por las modalidades 2° y 3°, con lo que la lectura amplia resulta más que plausible (y tiene sentido respecto de documentos públicos no dispositivos). Esto

HERNÁNDEZ, Héctor, “Recensión: ROJAS, Luis Emilio, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons, 2017, 184 páginas.”

es lo que le permite al autor sostener una tesis que hasta aquí no se ha mencionado, como es que junto con el injusto básico de la falsedad como atentado contra la autenticidad también hay un espacio para un atentado contra la verdad sobre objetos diferentes. Que ese delito existe y que puede tener alcances amplios es algo que se puede conceder, pero habría que decir al mismo tiempo que se trata de un delito distinto, respecto del cual la existencia o presencia de un documento no es más que una casualidad. Se trata de un delito propio de ministros de fe, no de falsedad documental sino de falsedad en el otorgamiento de documentos, sobre objetos más allá de la autenticidad, y éste sólo lo puede cometer el que está llamado a dar fe. El autor rebatirá este aserto haciendo presente que al regular la conducta de los particulares la ley se remite indistintamente a cualquiera de las falsedades señaladas en el art. 193, incluyendo la 4^o, pero eso no le ha impedido a él mismo reconocer que esto sólo regiría respecto de las falsedades en instrumentos públicos, no de las que versan sobre instrumentos privados, no obstante que también el art. 197 se remite *in totum* al art. 193. Sus argumentos para esta súbita restricción también pasan por reconocer que la función del funcionario no es comparable con la del particular, lo que, sin embargo, debería tener el mismo efecto en ambas sedes. Es efectivo que la diferencia de roles es más radical respecto de instrumentos públicos, pues en este contexto es el funcionario quien crea el documento, de modo que los particulares sólo pueden falsificar lo que el funcionario ya ha hecho (como parece confirmar el texto del art. 194, que exige que el particular cometa falsedad en lo que ya es un documento público o auténtico), pero de ello no se sigue que el deber del particular deba ser más intenso que respecto de instrumentos privados. Es relevante tener presente en esto la sistemática alemana, que el autor emplea como respaldo de su lectura del art. 194. El Código penal alemán se hace cargo de la falsedad en la documentación o en el otorgamiento de documentos por parte del funcionario en el § 348, cuya conducta típica consiste en documentar algo que no es, en faltar a la verdad en la documentación; en tanto que la conducta del particular, en el § 271, está definida de un modo distinto: no como faltar a la verdad, sino que en incidir (*bewirken*) en el hecho del funcionario, bajo un epígrafe que habla de falsedad mediata en la documentación, con lo cual reconoce que se trata de la intervención en el hecho de otro. En nuestro derecho no existe una disposición equivalente, en tanto que la punibilidad de dicha incidencia entre nosotros no se desprende sin más de la ausencia de distinciones en el art. 194, de modo que bien puede depender exclusivamente de la posible aplicación de las normas generales sobre autoría y participación respecto del art. 193.

Respecto de la crítica a la comprensión del perjuicio exigido por la ley respecto de la falsificación y el uso de instrumentos privados falsos, aunque se compartan las razones para la desazón que provoca la ley, es difícil negar, sin embargo, el pie forzado en que la Comisión Redactora puso al intérprete cuando pasó torpemente de la simple tendencia perjudicial del modelo español a la exigencia de un perjuicio efectivo en el plano objetivo³.

³ Mediante la supresión de la frase “o con intención de causarlo [el perjuicio]” contenida en el modelo español, creyendo al parecer que se trataba de una redundancia (“porque siempre es necesario que haya dolo para que un acto sea delito”), sin ver que se trataba de una fórmula alternativa, sesión 43, de 9 de junio de 1871, Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código penal chileno, Santiago: Imprenta de la República de Jacinto Núñez, 1873, p. 87.

Deben valorarse los esfuerzos de Rojas (como también los de Vargas⁴ o Mayer⁵, por sólo mencionar esfuerzos del último tiempo) por disolver este obstáculo para una interpretación racional de la materia, y se puede admitir que en esa línea el perjuicio exigido no sea necesariamente uno de carácter patrimonial, pero afirmar que se trata de un simple recordatorio, de un recurso heurístico, con lo cual es indiferente lo que dice o deja de decir la ley, en cuanto las normas que contienen la exigencia se deben interpretar del mismo modo que las que no la contienen, no resulta convincente. La plausibilidad de la tesis supone que se pueda identificar una circunstancia que deba ser efectivamente comprobada caso a caso y que, en esa medida, haga de la aplicación de los tipos concernientes a los documentos privados algo diferente de la aplicación de aquéllos que conciernen a los documentos públicos, que es lo que impone la ley.

Por último, también son problemáticas las conclusiones del autor en materia de *iter criminis*. Adoptando su misma vara, la letra de la ley como medida de lo posible, no se ve espacio para una interpretación tan exigente del momento consumativo de estos delitos, que en rigor sólo se sustenta en una determinada concepción del bien jurídico protegido: que el documento deba llegar a conocimiento de un tercero en el caso de la falsedad, y que al menos se provoque un efectivo error en un tercero en el caso del uso malicioso son exigencias que no parecen tener apoyo legal, sin perjuicio de la necesidad, bien identificada por el autor, de una interpretación que excluya las conductas destinadas *a priori* a no trascender hacia el tráfico. Al respecto es cierto que nuestra ley, a diferencia de la alemana actualmente vigente, siempre ha tratado separadamente los delitos de falsedad y los de uso malicioso del documento falso, pero no puede desconocerse que el tratamiento penológico ha sido siempre el mismo: el que usa el documento “será castigado como si fuera autor de la falsedad”. Todo indica que para la ley el delito perfecto es la falsedad y que en realidad el uso es un tipo complementario⁶, destinado sólo a alcanzar también al tercero que, sin haber falsificado, se vale de la falsificación, esto es, un delito de conexión.

A juicio del suscrito, estos comentarios críticos dan cuenta de la riqueza del libro de Luis Emilio Rojas. No es éste un resumen descriptivo ni complaciente del estado de la cuestión, sino un libro de tesis, de pelea, escrito con agudeza y pasión. Como ya se dijo, es un libro clave para la discusión en nuestro medio y con seguridad también para la de otras latitudes. Es de esperar que estos comentarios ayuden al destino que el libro se merece, ser leído críticamente, con la misma agudeza y pasión con la que ha sido escrito.

Para terminar, un agradecimiento al autor por su libro y por esta discusión sobre el sistema de las falsedades documentales, que ya lleva algunos años. Que no hayamos podido ponernos de acuerdo en todo explica los comentarios críticos; que no obstante haya invitado a quien los escribe a presentar su libro es otra confirmación de su seriedad, de su

⁴ Especialmente VARGAS, Tatiana, “‘Daño del engaño’ en documentos privados. Aproximación al perjuicio en la falsificación de instrumentos privados”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XXIV (2011), pp. 179-204 (198 ss.); VARGAS, Tatiana: *Falsificación de instrumento privado*, Santiago: Thomson Reuters, 2013, p. 87 y ss.

⁵ MAYER, Laura: “La falsificación de instrumentos privados: ¿una estafa especial?”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XXVII (2014), pp. 217-241 (232 y ss.).

⁶ Sin perjuicio de que la exigencia de un perjuicio (cuyo contenido se discute, como se ha dicho) respecto de la falsedad de instrumentos privados pueda, en los hechos, invertir la relación.

HERNÁNDEZ, Héctor, “Recensión: ROJAS, Luis Emilio,
Teoría funcionalista de la falsedad documental, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao
Paulo: Marcial Pons, 2017, 184 páginas.”

rigor a toda prueba y de su integridad intelectual. Gracias también al autor, por último y sobre todo, por el privilegio de su amistad.