

III. — DERECHO CIVIL

La propiedad horizontal en la legislación colombiana, Dr. Jaime Gil Sánchez.

El Dr. Gil Sánchez es Profesor externo de la Facultad en la Cátedra de Derecho Comercial.

El comodato, Dr. Miguel Moreno Jaramillo.

Es un honor para "Estudios de Derecho" publicar la valiosísima colaboración del Dr. Moreno Jaramillo, jurista y catedrático ejemplar. Entre sus muchísimos títulos cuenta el de ex-magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de Doctor Honoris Causa en Ciencias Jurídicas de la Universidad Pontificia Bolivariana y de Profesor Emérito de la Universidad de Antioquia, de la cual es al mismo tiempo ex-alumno.

IV. — DERECHO COMERCIAL

La financiación por medio de bonos, Dr. Enrique Trujillo Palacio.

El Dr. Trujillo Palacio es un joven abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. Hizo estudios especiales de Economía en las Universidades de Londres y Pensilvania, E. U.

ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LA FALSEDAD DOCUMENTAL

Dr. Luis Enrique Romero Soto

Cuenta Pessina que el rey Numa Pompilio mandó a edificar, en la cima del Capitolio, un templo a la diosa "Fides" (la fe). Consideraba que la fe era indispensable para la existencia de la sociedad no sólo porque en ella debían basarse las relaciones entre los particulares, especialmente los negocios, sino también porque fe o mejor dicho, confianza, debía tener el pueblo en sus gobernantes, y fe igualmente en los Dioses. La diosa "Fides" personificaba entonces una cualidad moral sin la cual no era posible la convivencia entre los hombres.

Nadie hubiera acertado, empero, a definirla porque su alcance universal, su inmanente presencia, su necesaria intervención, le daban un ámbito extraordinariamente vasto hasta el punto de que bien hubiera podido decirse que era tan necesaria como el gobierno mismo, pues la confianza de los ciudadanos entre sí, debía suplir, en no pocos casos las menguas y deficiencias de un gobierno aun incipiente.

Pero a medida que la autoridad se fortalece va tomando sobre sí la carga de hacer cumplir a los ciudadanos no sólo los deberes de éstos para con el gobierno sino las obligaciones que mutuamente contraen entre sí y entonces el campo de la fe comienza a delimitarse, a estrecharse, a perder contenido, lo que, lejos de permitir definirla, vino a complicar más el problema de fijar su esencia pues que forzados a fijar sus características, no siempre coincidieron los autores en unos mismos rasgos como distintivos de la fe.

Se habló entonces de fe pública y de fe privada, para contrastar la que los súbditos ponían o debían poner en el gobierno, y que casi siempre era forzada, obligatoria, constreñida por la misma autoridad; y fe privada, que venía a ser la que se conferían o dispensaban, unos a otros los particulares y que no estaba sancionada por precepto legal alguno (o sólo lo estaba de un modo indirecto) pero que, de todos modos, se podía dar o retirar al amaño y capricho de las circunstancias.

Quedó con esto resuelto el problema? Ni mucho menos. Antes podría decirse que vino a complicarse más. Por que, qué es lo que debe entenderse por fe pública? Qué por fe privada? Y ante todo: existe, en realidad una fe pública contrapuesta a la privada? No son ambas una misma cosa vista por dos aspectos diferentes? Puede hablarse después de todo, de que exista la fe pública? O la fe privada? No se trata de un grosero fantasma, como a algún autor (Binding) ha llegado a llamar a la fe en general? O como dice Liszt de "una palabra graciosa y poética, que suena de un modo ideal"? O no será, tan solo según el mismo autor afirma una ilusión óptica como esos corpúsculos marinos que, vistos de lejos, seducen la mirada con su fosforescencia pero que, tomados en la mano, se disuelven en una masa gelatinosa"?

He aquí señores, el suelo convulsionado en que tratamos de edificar nuestra institución, el aire agitado a que vamos a entrar, el espectáculo de batalla que se ofrece a nuestros ojos tan pronto como damos el primer paso en este terreno. No en vano ha dicho Carrara que la falsedad documental es una esfinge. Yo diría que lejos de tener la enigmática frialdad de la esfinge, tiene la conturbadora atracción misteriosa de un vórtice cuyo fondo apenas se adivina.

Necesario es, de consiguiente, para formarnos una idea menos incompleta del problema, pasar revista a las principales teorías esbozadas a este efecto. Y a fin de que no nos parezca inútil semejante tarea, consideremos ante todo que, sin tratar de precisar cuál es el objeto jurídico del delito de falsedad, inútil será seguir adelante, pues nos expondríamos a perdernos en un laberinto de conceptos inarmónicos cuando no contrapuestos. Definir cuál es el bien jurídico protegido es, en cada delito, cuestión de capital importancia porque sólo sabiendo lo que se trata de defender en cada caso, puede precisarse la figura de la entidad delictuosa, trazar con certeza sus límites, enunciar con seguridad sus elementos componentes, dirigir, con acierto, la función del Estado, poner en acción, en una palabra, una eficiente política criminal, que es la labor de legisladores, intérpretes de la ley y jueces. Ya lo dijo Rocco.

Permitaseme, pues, que a ese fin y con el objeto de introducir algún orden en esta batallona cuestión, aunque (debo confesarlo) sin mayores esperanzas de acierto, divida las teorías sobre el objeto jurídico de la falsedad en dos grandes grupos: las que aceptan la fe pública como el bien protegido, y las que niegan que ese sea el interés que se trata de proteger. Y, para más claridad, déjeseme dividir las primeras en abstractas y concretas. Confesando de una vez que cuando digo teorías abstractas, mejor me quedaría advertir que no es que tales teorías sean abstractas en realidad sino que consideran la fe pública en abstracto o como un

bien abstracto. En tanto que las otras lo tienen por un bien concreto, casi tangible. A su turno, estas últimas pueden clasificarse en objetivas o sea que examinan ese bien "a parte objeto" y subjetivas o que lo miran "a parte sujeto".

Entre las primeras, esto es, las abstractas o que tienen de la fe un concepto ideal no concretable en los objetos, está la ya muy antigua del "derecho a la verdad" cuyo origen se remonta a Paulo para quien falso era aquello que, no siendo verdadero, se tenía, sin embargo como tal (quiquid in veritate non est sed pro veritate adseveratur).

Según esta teoría la falsedad documental vendría a ofender una especie de deber jurídico de veracidad y honestidad (Heffter) que, a su turno, tendría, como contrapartida, un derecho a la verdad. Titular de este derecho sería únicamente la comunidad, no los particulares a quienes sólo vendría a corresponder el deber contrapuesto.

Los hombres, se dice, tienen el derecho a no ser engañados, o inducidos a error. Las facultades cognitivas de éstos, deben ser guiadas siempre por caminos de verdad. Sólo garantizando este derecho puede nacer la confianza entre los asociados, base insustituible del tráfico jurídico.

No se trata, pues, de un concepto único, sino doble. De una medalla en una de cuyas caras está el derecho a la verdad y en la otra la confianza que ese hecho despierta. El derecho, por tanto, tendría un aspecto objetivo. En tanto que la confianza sería un fenómeno, un sentimiento, puramente subjetivo.

Esto permite relacionar la antigua teoría del "derecho a la verdad" con la muy moderna expuesta en Alemania por Escher y sus seguidores y que se sintetiza en los dos substantivos tudescos "Treue und Glaube", que pudieran traducirse, "grossomodo" por "confianza y fe". No pretendo entrar en laberintos psicológicos, pero sí es preciso decir que la confianza es un sentimiento que parte de nosotros y tiene por objeto al prójimo. Es la creencia nuestra en la honestidad, en la fidelidad del prójimo. A su turno la fe, es un movimiento que partiendo del prójimo, nos tiene a nosotros como objeto: es la creencia que podemos inspirarle de ser nosotros fieles y honestos.

Pero en el fondo estos sentimientos no son cosa distinta a lo que comúnmente se llama fe pública. Es decir, fe de muchos en muchos, fe de los asociados en los demás, fe de la sociedad en sí misma. Es decir, un bien de carácter comunitario o social.

De este derecho a la verdad, se han derivado en nuestro ordenamiento jurídico, como en el de muchas otras naciones, importantes consecuencias. En efecto en la base de los delitos de falsedad documental

se halla la traición a ese sentimiento colectivo que pide veracidad a los asociados. Al afirmar que entre los elementos de esta clase de delitos se encuentra, en primer término, la "inmutatio veritatis" es decir, que hay en ello un cambio o mutación de la verdad, y al exigir que la falsedad, en general, sea una "imitatio veritatis", esto es, una imitación de la verdad, estamos tomando a la verdad como punto de partida en la estructuración del cuerpo de estos delitos y reconociendo, plenamente, la existencia de un derecho a la verdad.

Pero existe, de un modo indiscutible, un derecho a la verdad? He aquí lo que muchos autores niegan. Uno de ellos, KLIEN, jugando con el vocablo, dice que es impropio afirmar que la falsedad altera la verdad, porque, a lo sumo, lo que perturba es la prueba de la verdad. Eso es muy cierto. Pero nadie ha pretendido confundir la verdad con su prueba, sólo que se ha hecho costumbre (y aun ley) decir que los delitos de falsedad atacan la verdad. Pero podemos volver por los fueros de ésta para decir que no es, en sí misma, susceptible de alteración. La verdad sigue siendo la misma, pese a la falsedad. Lo único que se altera, hasta hacerla desaparecer, a veces, es la prueba de la verdad.

Otro (Birnbau) afirma que no puede hablarse, en sentido jurídico, de un derecho a la verdad, ya que a lo sumo esa pretensión sólo alcanzaría a ser una de las categorías del derecho natural. Para otro (Zirkler) el derecho a la verdad no pasa de ser un sueño irrealizable. Mittermaier protesta contra lo que él llama la enormidad de pretender, elevando la verdad a la categoría de derecho, que se castigue toda clase de mentira. Y ciertamente, añadimos nosotros, sería extrema dureza pretender quitar al hombre, el dulce consuelo de la mentira (de la inocua, desde luego).

No han faltado, claro está, defensores a este derecho: se dice que no se trata de un derecho a la verdad en general, sino sólo a aquélla que está dentro de la esfera jurídica. Y que tampoco es del caso castigar toda mentira sino únicamente las que, a más de ofender la verdad, lesionan algún derecho privado subjetivo. Nos parece, sin embargo, con Malinverni, que los que tratan de ofender el derecho a la verdad reduciendo el castigo de su violación a aquellos casos en que se ofende otro derecho, en realidad están aceptando que es este último el objeto de la protección y no la primera. Y si, por el contrario, se prescindiera del elemento delimitador, se encuentra un objeto del delito tan vago e inasible que resulta en extremo difícil estructurar sobre él la figura jurídica de la falsedad.

Entre las teorías que hemos dado en llamar concretas, están, en primer término, las objetivas, calificadas así porque, como arriba se dijo,

examinan el concepto de fe pública haciendo abstracción del sujeto que experimenta el sentimiento de confianza para fijarse tan sólo en las personas o cosas que la producen, es decir, lo miran "a parti objecti".

Una de las más importantes es la que hace derivar la fe pública del ejercicio de una función estatal. Es un concepto que se pudiera llamar "romanístico" por cuanto en el derecho romano tuvo su origen. Pero es Filangiere el que primero formuló, en la época moderna ese criterio, al decir que el rasgo distintivo de los delitos de falsedad consiste en "servirse del depósito que (en los funcionarios) se ha hecho de la confianza pública para violar los deberes que dependen de ese mismo depósito".

Esta teoría tiene su máxima expresión en los derechos alemán y suizo en donde la falsedad en documentos públicos está considerada como delito contra la administración pública.

Con todo, el más destacado exponente es Carrara para quien la fe pública "expresa una realidad positiva que nace de un hecho de la potestad superior y se exterioriza en una serie de actos universales y constantes", "nace de una orden de la autoridad que la impone" y consiste en una "confianza en la obra del gobierno y de sus mandatarios", "fe en la autoridad pública, en su signo, en su emblema, en su mandatario".

Del mismo concepto es Pessina cuando define como pública la "fe impuesta por el Estado" y lo es Tuozzi al afirmar que la fe en la exactitud de ciertas formas aceptadas por la generalidad, se basa en el hecho de que "el Estado, órgano de derecho, imprime a las formas un sello legal en fuerza del cual todos los ciudadanos están obligados a creer en ellas".

Y lo es finalmente, un autor contemporáneo, Civoli, según el cual para que en la violación de la fe pueda verse un delito es necesario que la fe violada sea impuesta al engañado por el legislador. En todos los demás casos sólo existe delito cuando la violación de la confianza pública lesiona un interés diverso del que cada uno tiene a no ser engañado.

Pero ese concepto oficial de la fe pública no es el seguido en la actualidad por la mayoría de los autores por cuanto, según apuntan algunos de ellos, el decir que es fe pública la que proviene del Estado más señala al origen que a la naturaleza de este fenómeno jurídico.

Es Manzini quien, apartándose de tal concepto, elabora uno según el cual no es necesario para que la fe pública exista, que un precepto legal la imponga sino que basta que nazca de una necesidad o de una costumbre de la vida social. Fe pública, de acuerdo con este autor, es la confianza usual que las relaciones sociales determinan entre los particulares, o bien entre las autoridades públicas y los súbditos en relación a

la emisión de monedas y a su circulación, a los medios simbólicos de autenticación o de certificación pública, a los documentos y medios de identidad y a la calidad de las personas.

En este sentido, la fe es un bien jurídico de la colectividad y sólo adquiere el carácter de "pública" cuando corresponde a un fenómeno colectivo permanente bien sea en forma de costumbre social o de actitud de la moralidad pública, pero no cuando se limita a un hecho personal y contingente.

Mucho más objetiva que las anteriores teorías es la que liga el concepto de fe pública al objeto material de la falsificación, intentando precisar la naturaleza de la falsedad por la descripción de las cosas en las cuales descansa la confianza de la colectividad y que son ofendidas por el delito.

Así, la fe pública vendría a ser la confianza que se tiene en las cosas que llevan el signo oficial, el sello de autenticidad de las autoridades, los medios por los cuales el ordenamiento jurídico en general, se esfuerza por asegurar un tráfico sin obstáculos a la buena fe.

Ha dado lugar esta doctrina a peligrosas desviaciones como la de Escher, según el cual los delitos de falsedad tienen un carácter formal y son castigados simplemente por su peligrosidad sin que sea necesario que causen una verdadera lesión jurídica en forma tal que se perfeccionan con la simple acción de la falsificación independientemente de la producción de un daño, concepto éste al que se adhiere Klien según el cual el delito de falsedad se perfecciona con la formación de la cosa falsa.

De estos extremos de formalismo no están libres ciertas jurisprudencias modernas que consideran falsedad cualquier alteración en la forma de los documentos, considerándolos como sagrados simplemente porque en ellos ha dejado su impronta la autoridad, fetichismo que es necesario corregir con una adecuada consideración del elemento subjetivo de este delito y que ya ha sido combatido duramente en otros países donde se le ha calificado de "obtusos materialismo jurídico".

Pasando ahora, dentro del campo de las teorías concretas, a las subjetivas, debe catalogarse entre ellas la teoría según la cual la fe pública es una propiedad moral del pueblo y reside en los objetos a los cuales el pueblo imprime, con autoridad, su marca para asegurar su lealtad o autenticidad con el fin de facilitar el tráfico jurídico. Expuesta por primera vez en 1820 por Rafaelli, tiene seguidores entre los cuales es preciso contar a Nicolini, a Pessina, a Roberti y al mismo Carrara. Ha sido, empero, Rocco, quien ha llevado este concepto a su máxima expresión al considerar que entre la familia y el Estado se alza la sociedad compuesta por los ciudadanos y extranjeros que integran la población del país

y que forman una unidad por cuanto están ligados por intereses y necesidades comunes.

La sociedad, así concebida, es sujeto de intereses autónomos distintos tanto a los del individuo como a los del Estado sin embargo no por eso existe un derecho de la sociedad diferente del derecho público o del derecho privado, sino simples intereses jurídicos de la sociedad.

"Las necesidades de la existencia y de la vida humana social no son más que necesidades incorpóreas o inmateriales —dice Rocco— porque la sociedad como reunión o agrupación de individuos que conviven no tiene, a diferencia de los particulares, sino una existencia incorpórea o inmaterial. En consecuencia, los medios de satisfacción de estas necesidades, es decir, los bienes sociales y los intereses que tienen por objeto esos bienes y por sujeto la colectividad social, esto es, los intereses sociales, son también bienes e intereses incorpóreos o inmateriales (esto es, morales, intelectuales, religiosos etc.)".

No todos los autores están de acuerdo con Rocco en que esos intereses sociales no sean verdaderos derechos de la sociedad. Así Lanza afirma que toda norma penal es fuente de derechos subjetivos siempre que en virtud de ella se pueda determinar el titular del bien jurídicamente protegido y que en el caso de la fe pública ese sujeto no es otro que la sociedad misma a la cual pertenece el poder de fuerza jurídica para pedir la reparación. Se trata entonces de un verdadero derecho colectivo que pertenece a todos los individuos pero que no tiene como titular específico a ninguno de ellos sino a la colectividad considerada como un todo con existencia propia distinta de la de los miembros que la componen.

Por su parte Mirto afirma que ese derecho es el carácter subjetivo porque nace de la necesidad que tienen los individuos de no ser engañados en cuanto a la integridad y permanencia de ciertas formas externas. Para este autor no hay duda de que la fe pública es un derecho auténticamente social que tiene por objeto la genuinidad, sinceridad y veracidad de determinadas formas externas que responden a una necesidad social. "Del hecho de que tales formas existan porque deben existir debido a un interés social, político y jurídico —dice Mirto—; por el hecho de que tales formas tengan vida autónoma y posean una energía propia en el campo de la vida de relación, donde se imponen y producen efectos especiales por la misma razón de su existencia, se deduce que en todos los coasociados se forma el convencimiento de que esas formas, con tal de que se manifiesten en ciertas circunstancias y con ciertas modalidades, responden a la razón causal y finalística que las ha determinado. Entonces se crea un pensamiento general y colectivo por el cual se asume que solamente algunas formas externas son las que deben considerarse

conformes a la exigencia histórica que las ha impuesto. De este estado subjetivo que reposa en lo íntimo de la conciencia de los coasociados, brota una expresión sentimental surge un sentimiento de fe o confianza en la veracidad, genuinidad y sinceridad esas formas. Todos los coasociados sienten que una determinada forma externa responde a la razón existencial que la ha determinado y no tolera engaño sobre este particular.... Este sentimiento de fe o de confianza se ensimisma en la persona psíquica de cada individuo en forma de constituir una exigencia espiritual de su vida. Y tal expresión sentimental se eleva a la categoría de un bien llamado la fe pública”.

Hay, en estas doctrinas, sin duda alguna, una veneración hierática a la forma aun en aquellas que, como la de Mirto, hacen brotar el culto a la forma de razones sentimentales de índole colectiva. La fe pública, para estas teorías, termina por concretarse en determinados signos exteriores y no pocas veces se olvida que el respeto a esos signos tiene raíces profundas que se hunden en el alma misma del ente social y se las toma como un valor en sí, recayéndose, aunque por otro camino, en el “obtusos materialismo jurídico” que se criticaba a las teorías puramente objetivas.

No está exento el mismo Mirto de este objetivismo cuando afirma que la falsedad penal puede reconocerse únicamente cuando se toman en cuenta los varios tipos de formas exteriores sobre los que puede caer la actividad criminosa.

No es de maravillarse entonces que otros autores, no tan subjetivistas como el que se acaba de mencionar, lleven a mayores extremos de formalismo su concepto sobre la falsedad documental. Tal sucede con Schonke para quien la agresión se concreta con el abuso de la forma de atestación y Kohlrausch que considera la falsedad como un auténtico delito formal.

Hasta el francés Donnedieu de Vabres, aun cuando tomando en cuenta otros elementos (que no es ésta la ocasión de particularizar) afirma que “objeto de la protección penal es el interés colectivo en la autenticidad y sinceridad de las formas”.

Y si volvemos los ojos a nosotros, veremos que nuestro Código Penal, inspirado en sus capítulos de la falsedad en las legislaciones española e italiana, agrupa las diversas categorías de delitos contra la fe pública teniendo en cuenta, casi en forma exclusiva, los objetos exteriores sobre los que recae.

No está por demás, al lado de estas doctrinas objetivas y subjetivas de la fe pública, cuyo rasgo común es su carácter estático, citar las que la consideran como un concepto dinámico y que, al añadirse a las an-

teriores como un nuevo aspecto del bien jurídico que se defiende en las reglamentación sobre falsedad, vienen a justificar el concepto de Malinverni, de que la fe pública es un nuevo Proteo, múltiple y polifacético.

Se agrupan esas doctrinas tomando como núcleo lo que han dado en llamar “el tráfico jurídico”, concepto no poco variable del cual los tutores no dan definiciones coincidentes y que unos identifican con el “tráfico documental” y otros con el probatorio pero que podría definirse como aquella facilidad de las relaciones jurídicas que se hacen expeditas y ágiles cuando corren por las paralelas de la buena fe y de la confianza. Es así como Welzel, el famoso anticausalista alemán, identifica la fe pública con la confianza y la seguridad del tráfico jurídico la que depende esencialmente de la certeza y la integridad de los documentos, o Sauer quien habla de la “seguridad del tráfico jurídico y económico contra la falsedad de los medios de prueba, especialmente de los documentos”, o, más concretamente, Antolisei, para quien la fe pública consiste “en la confianza y seguridad en las relaciones jurídicas, o, mejor aún, en la comodidad del tráfico jurídico”.

Se ha objetado a estas doctrinas, en primer término, su vaguedad y, en segundo lugar, el repetir, bajo nombre diverso, conceptos ya conocidos de antemano. Se dice (Malinverni, que al definir la fe pública como “seguridad en el tráfico jurídico” el término “seguridad” no es suficientemente específico y el de “tráfico” no es más que el conjunto de relaciones jurídicas entre los coasociados.

Finalmente se tiene el grupo de los autores que niegan la existencia de la fe pública o que ésta sea el objeto de los delitos de falsedad. Ya Carmignani la consideraba más una opinión que una institución, e inculpaba a Filangieri (a quien consideraba el inventor de esta clase de delitos) por no haber meditado esta materia con suficiente madurez. Y ya se vió cómo se expresaba Liszt al calificar la “pública fides” simplemente como una hermosa palabra o como una materia gelatinosa que se desvanece entre las manos. Lo cual no le impedía, como tampoco a Carmignani considerarla como objeto de agresión y aislar y estudiar toda una especie de delitos contra la falsedad. Cosa igual sucede con otro autor moderno, Antolisei, que considera la fe pública sólo como uno de los objetos jurídicos del delito, al lado de bienes privados de diversa índole, o niega la existencia de la primera, reduciéndola a la categoría de “simple criterio para agrupar algunos hechos delictuosos”, concepto que comparte con Delitala quien, yendo más allá, niega que la fe pública represente, siquiera en forma mínima, un interés que merezca la tutela penal.

Gerland, de otro lado, afirma que la fe pública no es una institución jurídica sino una manifestación consecencial a determinados fac-

tores. No existe por sí ni ha sido creada por el tráfico jurídico sino sólo como una cualidad de otra institución jurídica ya existente, o, mejor dicho, como una característica de todas las instituciones jurídicas.

Niega De Marsico asimismo que la fe pública sea un bien jurídico pues, según él, carece de todas las características de tal entre ellas la de tener un "quid" sustantivo, dotado de autonomía y capaz de existencia bien sea con realidad material o inmaterial. Fe pública, continúa diciendo, es una relación entre un sujeto indeterminado y un objeto, un predicado de relaciones entre ciudadanos y cosas indeterminadas. No es, pues, algo que pueda servir para la satisfacción de una necesidad y que pueda reclamar, por lo tanto, protección jurídica, sino un atributo de las cosas que les permite satisfacer en mejor forma las necesidades colectivas.

Poco diferente es la opinión expresada por Binding quien afirma que la fe pública no corresponde a ninguna manifestación de la vida jurídica y que es, por lo tanto, uno de los puntos más débiles de la teoría de la falsedad.

Dentro de este mismo orden de ideas se tiene el concepto, inspirado en el carácter sancionatorio del derecho penal, genialmente expuesto por Grisigni, de que si es cierto que toda norma penal presupone un precepto no penal del que el primero no es sino un refuerzo ulterior que lo hace observar mediante la amenaza de una sanción, la fe pública como objeto jurídico de la norma penal, se resuelve; por necesidad, en una norma anterior, es decir, no viene a ser otra cosa sino el aspecto sancionatorio de un derecho público o privado distinto de ella misma. De este modo, es ese derecho el que viene a ser verdaderamente protegido y el que es necesario buscar como presupuesto indispensable de la fe pública.

Finalmente, se tiene el concepto expuesto por Malinverni quien, sin negar la existencia de la fe pública, no lo considera el bien jurídicamente protegido en la reglamentación del delito de falsedad. En efecto, para este autor, el de "fe pública" es un concepto demasiado extenso ya que puede ser ofendido no sólo por los delitos de falsedad, sino por una variadísima gama de ilícitos que van desde la quiebra hasta el fraude en el comercio, y desde el hurto de cosas expuestas a la confianza pública hasta la estafa colectiva.

De otra parte, la noción de fe pública no alcanza a comprender todas las formas de la falsedad en los sistemas legislativos vigentes y algunas de las especies más importantes no tienen qué ver con aquella noción. Tal es lo que sucede, según el autor en referencia, con la falsedad en documentos privados que por tener valor sólo entre las partes e interesar sólo a ellas, ofenden únicamente derechos privados.

El objeto jurídico de estos delitos no puede ser otro, de acuerdo con Malinverni, que el valor probatorio de los documentos. La prueba, dice, es considerada de antiguo como un verdadero bien jurídico. El mérito de haber señalado la fuerza probatoria, en general, como objeto jurídico de los delitos de falsedad, corresponde a Merkel quien, si bien no acertó a desvincularse totalmente del concepto de fe pública, lo rechaza siempre más lejos colocando, en cambio, en primer plano el "crédito" entendido como "fuerza probatoria" de ciertas "formas o signos de atestación" de hechos jurídicamente relevantes.

Entre los italianos, fué Pessina quien, poco después que Merkel definía la fe pública como la fuerza probatoria atribuida a algunos objetos o signos o formas exteriores y hacía consistir el delito de falsedad en la alteración de los signos a los que la ley había atribuido valor de certeza.

Pero no todos los aspectos del documento atraen sobre él en la misma forma la protección del Estado. Preciso es distinguir la destinabilidad probatoria que es la probabilidad de que el documento sea destinado a probar y que, como tal es un acto de voluntad mediante el cual el sujeto decida que el documento sea utilizado como medio de prueba, aspecto éste que sólo merece protección cuando aparezca que dicho sujeto destinaba el documento a probar, debe distinguirse, se repite, de la idoneidad probatoria que es la posibilidad de que el documento pueda servir de prueba, esto es, de base a un juicio y que merece protección en cuanto sea probable que ese juicio pueda ser alterado por el conocimiento del escrito documental.

De todos modos son la destinabilidad y la idoneidad probatoria del documento los requisitos esenciales en la falsedad, lo que está indicando que es el valor probatorio del documento el bien jurídicamente protegido. Dicho con las palabras de Malinverni "es el interés que un sujeto personalmente individualizable tiene de probar el pensamiento que resulta de un documento verdadero, y de evitar la prueba de un pensamiento que no resulta de documentos verdaderos, siempre que tal pensamiento aparezca como jurídicamente relevante".

Reseñadas las opiniones más importantes, permítasenos exponer la nuestra que no es, ciertamente, novedosa y que antes pudiera ser calificada de ecléctica que de original. Se busca con ella, tan sólo, enfocar la realidad en una forma más extensa y si se quiere más profunda y dar del fenómeno de la falsedad una visión menos incompleta.

Partimos, para expresar nuestro concepto, de la consideración fundamental de que el delito de falsedad no ofende un solo bien. Al hacer esta afirmación nos apoyamos en Antolisei a quien, sin duda alguna,

se debe uno de los más brillantes análisis y de las más completas síntesis de este complicado delito. Para él las normas sobre falsedad no tienden sólo a proteger la confianza en los medios de prueba sino que también tienen como objeto tutelar los intereses cuya demostración hacen posible esos medios de prueba.

Con esto ya estamos diciendo que aceptamos, en primer término, el concepto de fe pública, pero no como una entidad abstracta, a la manera de la "fides" romana sino como un sentimiento concreto, como un bien jurídico de la colectividad, que se concreta en la confianza de los asociados no sólo en las formas externas sino en los objetos jurídicos que esas formas demuestran.

Por este aspecto nos alejamos de Malinverni para quien la fe pública es un concepto demasiado vasto e impreciso para que pueda servir de base a la protección penal. Creemos, por el contrario, que se trata de un bien concreto, más aún, de un sentimiento sin el cual la vida social no es posible porque faltaría algo fundamental a la coexistencia de los asociados: la confianza mutua.

Esa confianza tiene muchos medios de expresarse, pero uno de los más concretos y también de los más importantes, es el documento. En la forma escrita hay algo sagrado, un carácter hierático que se expresó en tiempos antiguos por el hecho de que sólo los sacerdotes poseían el secreto de la escritura. Pero hoy en día, el concretar el pensamiento por medio de signos gráficos, de caracteres fonéticos no solo lo reviste de una forma perceptible a los sentidos, sino que le infunde perdurabilidad. Los documentos son "voz mortua" que prolonga la voluntad y el pensamiento de los hombres más allá de su vida. No permiten que ese pensamiento y esa voluntad sean cambiados con la facilidad que una ráfaga de aire cambia la dirección de una veleta. "Verba volant, scripta manent" dice un proverbio latino señalando ya el profundo contraste entre la idea hablada y la escrita.

De manera que no sólo un profundo respeto hierático que viene desde el fondo del ser, de lo que algunos autores llaman la "paleo-psiquis" o el yo antiguo, sino por motivos de la más alta conveniencia social y personal, los hombres confían en los documentos. Esta confianza es innegable. Se palpa a cada paso. Sería inútil negar que ella existe. Esa confianza, es la fe pública.

Al darle valor legal, el Estado no la está creando sino simplemente reconociendo. Está sancionando una necesidad común. Está cumpliendo el Estado uno de los fines de su existencia, que es hacer posible y plena la convivencia entre los asociados. No se puede tener una visión ca-

bal sobre el documento sino se comienza por reconocer la existencia de la fe pública.

Pero el documento no vale por sí mismo. No se debe el respeto que a él se tiene al hecho de que el papel o la piedra puedan conservar por un tiempo más o menos largo los rasgos que sobre él se escriben. Es el pensamiento que se expresa en ese escrito lo que vale. No todo pensamiento desde luego sino sólo aquél que tiene un valor jurídico. Y siendo el documento la muestra de un pensamiento, es por esencia, la prueba del mismo. Y como sólo tiene importancia a los ojos del derecho lo que tenga un valor jurídico, se tiene entonces, en conclusión, que el documento vale como signo o prueba de la existencia de un pensamiento determinado con un valor jurídico. En otras palabras, el documento vale sólo como medio de prueba. El llegar a una conclusión distinta, es decir el afirmar que los documentos tienen importancia por el solo hecho de ser escritos, es caer en el extremo hieratismo, vecino al fetichismo más repugnante.

Ahora bien, si el documento vale como prueba, pudiera detenerse allí el análisis del objeto jurídico y decir que es ese valor probatorio el bien tutelado? La prueba es distinta de lo probado. No hay duda. Pero entre éste y aquélla hay un nexo tan íntimo como entre el humo y el fuego de donde sale. Aceptar que el derecho protege el humo como señal del fuego, pero que en cambio no protege el fuego mismo o sólo lo hace por otros medios, es proteger el derecho de demostrar algo pero dejar sin protección ese algo. Mas aun: la existencia autónoma de un derecho a probar completamente distinto del interés jurídico que se prueba es algo que la mente no comprende con facilidad. La prueba no es sino un medio de garantizar la efectividad de un derecho que, sin ella, sería como si no existiera. Pero por sí misma la prueba no tiene categoría ontológica independiente.

En consecuencia, lo natural y lógico es avanzar más allá para decir que, en definitiva lo que se trata de garantizar es el bien particular garantizado por medio de la prueba y que el objeto de la falsedad es triple puesto que al crear un documento falso o alterar uno verdadero se está, en primer término, lesionando la fe pública que ve en esos documentos la prueba de la existencia de un derecho que, de ser engañada, no dispensaría más su confianza a las formas escritas, con evidente perjuicio del tráfico jurídico o amplitud de las relaciones jurídicas. En segundo lugar, la falsedad lesiona la prueba del derecho menoscabando o destruyendo su demostración, impidiendo que cumpla el fin primordial de toda prueba que es llevar al entendimiento la certeza de la existencia de un

derecho. Y finalmente, lesiona este derecho puesto que, dificultando o impidiendo su prueba, se hace difícil, cuando no imposible, su ejercicio.

En esta forma, el triple objeto jurídico de la falsedad se auna en un sólo propósito de protección individual y colectiva y permite aplicar la tutela del derecho tanto a los documentos públicos como a los privados, sin partir para la de aquéllos de una noción distinta que la que permite defender éstos.

Dejo así consignado en las anteriores palabras mi modesto aporte al estudio de este tema y lo someto a la consideración de los entendidos como un mero intento de cumplir con el consejo de Mezger a los que tratan estas cuestiones: "llevar alguna luz a la noche casi impenetrable de la falsedad".

— oOo —

ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LA FALSEDAD DOCUMENTAL. —

(Continuación)

EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO DE FALSEDAD: EL DOCUMENTO.

Es apenas natural que, en tratándose de falsedad documental, uno de los aspectos más importantes de su estudio sea la dilucidación de lo que se entiende por documento puesto que este es el objeto material de la actividad delictuosa, es decir, la cosa sobre la cual recae la actividad del falsario.

En efecto, al hablar de falsedad se piensa inmediatamente en la existencia de algo exterior, que reviste determinadas formas y sobre el cual obra el agente del delito en forma tal que si varían esas formas cambian los modos por los cuales puede exteriorizarse esa acción, y se alteran también las condiciones en que puede hacerse la incriminación. En otras palabras, para dilucidar la razón de ésta, es necesario tomar en cuenta, primero que todo, ese objeto material para delimitar el campo de la acción criminosa, sin lo cual no es posible entrar en el estudio de los aspectos subjetivo y objetivo de la conducta y del relativo exterior del daño, elementos indispensables para saber cuando se ha cometido el delito.

Pudiera creerse que ésta es una cuestión sencilla y que queda resuelta dentro del ámbito de una cualquiera de las ramas del derecho, la civil o la penal, entre otras. Pero no es así. Las discusiones empiezan tan pronto como se trata de definir lo que es un documento y los principios aplicados a esa definición, son tan distintos, casi como los autores que se ponen en este empeño.

Partiendo de las mismas raíces de la palabra documento, que unos hacen derivar del latín "docere", mostrar, indicar, y otros del griego "dekomai" que vale tanto como acoger o aceptar, o de "dokéo" que significa creer o parecer, la discusión se inicia pues los primeros tienen por documento todo lo que permita ver o entender una cosa y los segundos

lo que hace creer en las cosas, posiciones objetiva y subjetiva que aun hoy dividen a los entendidos.

Pero nunca fue más ardorosa la polémica sobre lo que se entiende por documento como en los tiempos actuales en donde tendencias irreconciliables se parten el campo: de un lado la de los que limitan el término documento a los escritos, enfrentados a la de los que incluyen en él otros objetos o cosas además de los escritos, y de otra parte la de los que reducen el calificativo de documentos a ciertos medios de prueba, es decir, hacen del poder probatorio del documento su característica más importante, en oposición a la de los que no ven en esta capacidad probatoria sino una nota secundaria sin la cual también puede hablarse de documento.

La primera discrepancia, la que divide a quienes creen que sólo es documento el escrito y los que piensan que fuera de los escritos hay otra clase de documentos, es ya de antigua data. Fueron los Romanos, al involucrar en el "crimen falsi" las más diversas infracciones, quienes impidieron una definición precisa del documento. Ese concepto, si bien menos difuso, se perpetró entre los prácticos.

El derecho posterior arrojó más claridad y pareció llegado el momento en que sólo una noción, la de que el documento es, ante todo, un escrito, permanecería. Pero los tiempos modernos han visto renacer el debate y fué en Alemania donde primero apareció la inquietud de que al limitar a las formas escritas la denominación de documento, se estaba estrechando demasiado el objeto material del delito de falsedad.

Es Manzini quien, al rechazar el amplísimo concepto de un compatriota suyo sobre lo que entiende por documento dice que esa noción lejos de constituir un progreso es, por el contrario, un regreso "por cuanto tiende a reintegrar lo que la ciencia ha desintegrado".

Pertenece a Binding en Alemania y a Carnelutti y Chiovenda en Italia el mérito de haber llamado la atención de los estudiosos sobre las señales o distintivos (contrassegni) como documentos y objetos, por lo tanto, de la falsedad documental.

Quienes consideran que en la categoría de documentos deben incluirse también aquellos objetos o signos que expresan un pensamiento pero no tienen forma escrita, parten del principio de que lo fundamental en la noción de documento es el contenido de pensamiento. Para que un documento tenga vida es necesario que, su autor, en el momento de confeccionarlo expresa por medio de él un pensamiento (Malinverni), esto es, un concepto, con lo cual se están excluyendo de la categoría examinada las expresiones puramente emocionales como las del arte. No serían, pues documentos, ni un cuadro ni un trozo musical. En este senti-

do puede decirse con Chiovenda que documento es toda representación material destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento.

En los documentos según esta teoría cabe distinguir los que son escritos de los que no lo son. Las diferencias fundamentales entre unos y otros han dado motivo a no pocas controversias, pero como no es nuestra intención entrar en ellas, nos limitaremos a decir que, según el concepto más extendido, en tanto que la escritura reproduce por medio de palabras y en una forma bastante precisa el pensamiento, dando así una mayor garantía de claridad y precisión y dotando al documento de un mayor poder probatorio, los documentos que consisten en signos, señales o contraseñas, no se sirven directamente de palabras, sino de ideas (ideogramas) cuya expresión aunque pueda ser clara para el que escribe no lo es siempre para el que interpreta el documento.

En qué consistan esos signos o contraseñas es cuestión todavía disputada pues mientras unos autores afirman que están constituidos por no escritos, otros dicen que también ciertos escritos forman parte de los signos. Pero los ejemplos más comunes de tales signos muestran que, por lo general, no son escritos sino símbolos. Así se consideran documentos en este sentido amplísimo las notas musicales, dibujos, marcas de sellos, marcas con martillos (como las hechas en las maderas y en los metales), tarjas, escudos, monogramas, marcas puestas en los animales, los signos usados por los campesinos y, en general gentes rústicas o de ilustración, para llevar sus cuentas, como rayas en un papel o en un tronco etc., todos estos serían documentos.

La categoría de los signos o marcas —dice Malinverni— recientemente descubierta por los juristas y, esencialmente, difundida sólo en los últimos tiempos tiende continuamente a ampliarse y a adquirir una importancia creciente. Las exigencias de la dinámica vida moderna, la velocidad con que deben realizarse las relaciones de los negocios, la necesidad de reducir la duración de todas las operaciones, tanto las que se refieren a la producción de un artículo como las requeridas para llamar sobre él la atención del público, han dado un particular valor (y es previsible que continuarán dándoselo en una medida cada vez mayor) a los medios de escritura ideográfica y pictórica. De ellos son sintoma la difusión de las revistas de escrituras cómicas, el desenvolvimiento de la cinematografía y de la televisión... La escritura alfabética parece destinada, en el futuro, a concentrar su acción en un sector más restringido cuyo núcleo está formado por científicos...".

De este modo viene a ser tarea urgente de la ciencia penal dicen estos autores, el de superar la fragmentaria enumeración que de los obje-

tos materiales de falsedad documental se hace en los títulos correspondientes del código penal, dando de los signos o contraseñas una definición general que sirva de base para una nueva estructuración de las respectivas reglamentaciones legales.

Más aun, el mismo concepto de documento escrito debería ser revisado a la luz de las modernas invenciones tales como el disco gramofónico y (añadimos nosotros), las grabaciones en cintas magnéticas y en otros medios semejantes.

“Que la palabra, o sea los varios sonidos de la voz humana que la pronuncia, vengán traducidos a signos convencionales mediante la escritura alfabética, o en signos grabados en una cinta o en un disco, que no son convencionales pero permiten la exacta reproducción de aquella voz, de aquellos sonidos y de aquellas palabras, no implica, a legan tales autores, una diferencia sustancial. La única que se podría decir es que los signos escritos son el resultado de una convención, mientras que los grabados son creación de la naturaleza objetiva de los mecanismos y procedimientos que los reproducen” (Malinverni).

Frente a estas afirmaciones, es evidente la necesidad de reflexionar. Habrá que admitir, con estos autores, que no sólo son documentos los escritos sino también las contraseñas, signos etc?. La respuesta afirmativa parece aceptable. Sin embargo, no es posible admitir en toda su amplitud, la teoría que eleva los ideogramas y las demás exteriorizaciones no escritas del pensamiento a la categoría de documentos.

Es verdad que considerando algunos inventos modernos, especialmente el disco y la cinta magnética, que reproducen la voz humana y el pensamiento del autor, si se quiere con mayor fidelidad que la escritura, se hace necesario tener los discos y las grabaciones magnetofónicas como verdaderos documentos. Pero de allí no puede pasarse a admitir que también los ideogramas que publican las revistas y que aparecen en el cine y en la televisión, tengan la misma categoría o la tengan las contraseñas y marcas que indican propiedad, cuentas etc. La diferencia es ostensible. En el caso de los discos y la cinta magnética hay verdadera reproducción de palabras, absoluta certeza en cuanto a lo que el autor dijo. No así en los ideogramas cuya interpretación más o menos correcta, depende de la inteligencia de quien trata de decifrarlos.

Pero es preciso advertir que la consideración de las contraseñas o signos como documentos no sólo ha tenido influjo en el campo meramente doctrinario sino que se ha abierto paso en el legislativo. Así, el Código Penal suizo, al definir (art. 110) lo que se entiende por documento, dice: “Documentos son escritos o signos destinados o apropiados a servir de prueba de un hecho de importancia jurídica”.

Y el Código penal Alemán aun cuando no menciona expresamente los signos como documentos da margen para que los autores los consideren incluidos entre éstos. Así Peter en su comentario a dicho ordenamiento dice que “por lo general son los escritos el objeto de este delito (de falsedad) pero también puede haber otros objetos que posean cualidades documentales, por ejemplo, los sellos de plomo que se ponen en las bolsas de correos y en los contadores de energía eléctrica y quien tales signos dañe no comete un simple daño en cosa ajena sino una verdadera destrucción de documentos” (Strafgesetzbuch mit Erpauterungen und Beispielen” pág. 240).

Con todo, no es esa la noción de documento más acogida, sino la que reduce la especie a los escritos. Esta es la única que reglamenta nuestro código y este el único objeto material considerado en las disposiciones sobre falsedad documental. Por eso nos vamos a permitir detenernos un poco en ella.

De lo dicho hasta ahora resulta que el documento es, ante todo, un escrito, aunque valdría la pena no revestir de un inflexible rigor este requisito para permitir entrar en el campo de los documentos las grabaciones magnetofónicas, los discos, las tarjetas perforadas que se usan en ciertas máquinas y otros objetos que, aun cuando no contienen escritura propiamente dicha, sin embargo, expresan un pensamiento.

Hoy en día, si alguien altera un elemento de esa clase, no podría decirse, en estricto rigor jurídico, que está cometiendo una falsedad documental. Sin embargo, como se verá más adelante, esos objetos corresponden a la definición de documento, salvo en lo que hace relación a la exigencia de la escritura, aun cuando, como atrás se expresó, pueden expresar el pensamiento del autor, en una forma mucho más fiel que lo pudiera hacer un documento escrito.

Aquí se ve fácilmente cómo la vida irrumpe a veces en el derecho, abre brechas en sus más sólidas concepciones, modifica sus más firmes principios y el derecho tiene que abrirle campo, so pena de quedar al margen y de convertirse en una forma vacía de contenido.

Insistiendo un poco más en la forma escrita, es preciso examinar si pueden calificarse de documentos aquellas declaraciones fijadas sobre medios no permanentes o si se requiere una cierta permanencia y además, si es necesario que el medio sobre el cual fija la escritura sea materialmente transmisible, es decir, pueda entregarse a una persona o si también se considera documento lo escrito sobre un medio no transmisible.

En cuanto a lo primero, es decir, lo que dice relación al requisito de durabilidad del escrito, la mayor parte de los autores están de acuerdo en que, sin que sea posible aspirar a la eternidad del medio escrito (lo

que sale del campo de lo humano si se debe exigir la permanencia tanto del medio con que se escribe como de aquél sobre el que se escribe. La forma como expresan este requisito los distintos autores varía pues unos hablan de idoneidad para durar (Maurach) otros, de declaración perpetuada durante cierto tiempo; Manzini dice que los medios de escritura idóneos para la documentación son solamente aquellos que pueden fijar, de un modo permanente, el escrito (como la tinta, el lápiz, el yeso, la incisión etc.) en forma que represente una exteriorización material del pensamiento.

Por lo que hace a la transmisibilidad de documento el acuerdo no ha sido unánime pues unos autores exigen que el documento pueda ser entregado materialmente a otra persona o sea la posibilidad de pasarlo de mano en mano y algunos, como Mirto, extreman este requisito hasta decir que el documento debe estar fijado sobre una base que sea, por su naturaleza, transmisible. Rechaza así, como documentos, aquellos que están escritos en una base inmóvil, pero movilizable (v. g. una puerta) y, con mayor razón los escritos sobre bases inmóviles, por ejemplo, una pared). La razón que da para ello es que "si el documento, elaborado por medio de la escritura, debe valer como una forma externa o exterior que cumpla una finalidad en las relaciones entre hombre y hombre o entre el hombre y la colectividad y es necesario que se use en las relaciones sociales en el sentido de que pueda ser entregado manualmente por un individuo a otro, se deduce de allí que la escritura debe estar fijada sobre un medio móvil por su naturaleza como el papel, el pergamino, la tela, la madera, etc.

En cambio otros autores se contentan con que el medio sea movilizable aun cuando no mueble por su naturaleza. A este propósito refiere Manzini que un individuo, hallándose en trance de muerte y solo en una habitación, escribió con yeso en la puerta de la misma su testamento. Después de su muerte la puerta fué llevada a una Notaría y guardada en el archivo de la misma después de haberla hecho fotografiar. "No puede dudarse, dice el autor citado, que ese escrito es un testamento válido. Y añade: "la escritura con yeso puede borrarle fácilmente, como la que se hace con lápiz, pero no es deletable por su naturaleza".

Relacionado íntimamente con la materia que se viene tratando está otro requisito que pudiera considerarse pertenece también a la forma material del documento y es el de que es fundamental en un escrito, para que reciba el nombre de documento, que haga reconocible tanto su contenido de pensamiento como el autor del mismo. Esto implica que el documento debe estar redactado en un lenguaje claro, en signos que aun

cuando no sean usuales puedan ser interpretados por un número no definido de personas.

Esto nos lleva a los otros requisitos del documento, a saber, el contenido y el autor.

Todo documento debe tener un contenido jurídicamente relevante. Por este aspecto se dice (Brodmann) que todo documento es declarativo, en el sentido de que dice o declara algo. En efecto, todo documento contiene una declaración de voluntad o una atestación de verdad. Por eso se le ha llamado "voz" y si se ha añadido que es una "voz muerta" (vox mortua) es sólo con el objeto de diferenciar el documento escrito de otras formas documentales que no están consignadas por medio de la escritura.

El tenor del documento puede provenir de dos fuentes: o bien es una declaración de voluntad que a su turno puede ser hecha directamente por el mismo que suscribe el documento, y entonces se tiene una declaración inmediata, o que procede de persona distinta (declaración indirecta), o bien contiene una atestación de verdad. En el primer caso hay una persona que habla y cuyos pensamientos se recogen en el escrito. En el segundo, el autor del documento se limita a constatar un hecho.

Distinguen algunos autores entre el momento de la "expresión" del pensamiento y el de la "interpretación" del mismo (Malinverni) para decir que lo que importa en el acto de la formación del documento es lo primero, esto es, la voluntad del autor de expresar un pensamiento. No interesa que pueda ser o no interpretado, o que lo interpreten pocos o muchos. De todos modos, el documento existe.

Se oponen a esto otros, como Manzini, para quien, si los signos en que está escrito el documento no pueden ser interpretados desde un principio, éste no existe. Porque niega el valor del documento a las señales que un comerciante hace en sus libros con el objeto v. g. de hacer concesiones a determinados clientes o de cobrar a otros etc.

No se exige, sin embargo que la manifestación o declaración de voluntad resulte de un modo exclusivo del documento. Puede suceder que el pensamiento del autor sólo sea posible conocerlo en su integridad, recurriendo a otros documentos, o a ciertas anotaciones hechas al pie o margen del mismo documento. De todos modos la alteración del contenido de éste constituye falsedad documental.

Tampoco importa si el documento expresa el pensamiento de su autor en toda su amplitud o si lo hace en una forma sintética. Puede reducirse esa expresión al mínimo de sus elementos que el escrito sigue te-

niendo carácter documental. Eso es lo que sucede v. gr. con una nómina o una serie de cifras, etc.

De lo anterior se deduce que si un escrito no contiene una expresión de pensamiento no puede tener categoría documental. Más aún: ese pensamiento debe tener contenido jurídico, es decir, ser importante a los ojos del derecho. Esto no es aceptado por todos los autores. Así, hay quienes (Malinverni) se oponen a la identificación del contenido del documento con el negocio jurídico y dicen que también tiene carácter documental un escrito que tenga v. gr. un contenido científico.

No parece, sin embargo, posible aceptar esta última solución porque la alteración de un escrito cuyo contenido no sirve para establecer, declarar o probar un derecho, no viola ningún bien o interés jurídicamente protegido y no cae, por lo tanto, dentro de la órbita del derecho, en particular del derecho penal. Lo contrario, sería extender de un modo exorbitante el concepto de documento y producir una lamentable confusión entre aquellos escritos que son objeto material de la falsedad y, por consiguiente, campo de acción del derecho penal, con los que nada tienen que ver con éste.

Por el contrario, debe dársele al término "documento" un sentido jurídico y dejar la voz "escrito" para todos aquellos que no tengan significación en el campo del derecho. Ocurre preguntarse, sin embargo, qué clase de valor jurídico debe tener el contenido del documento? Puede ser una significación cualquiera en el campo del derecho o, por el contrario, debe poseer determinadas características que los hagan aplicables a una específica operación jurídica?

También en este campo se hallan divididos los conceptos pues mientras algunos piensan que cualquier clase de valor jurídico es suficiente para darle vida al documento en el mundo del derecho, la mayor parte estiman que sólo cuando el escrito tiene valor probatorio puede llamársele documento.

Materia es esta que se relaciona íntimamente con la del objeto jurídico de la falsedad ya que, para quienes consideran que la fe pública no es un concepto general y abstracto sino una entidad con vida objetiva que puede llegar a materializarse para ser percibida, en sus manifestaciones, por los sentidos; y con mucha mayor razón, para los que estiman que el objeto jurídico de estos delitos, es decir, el bien tutelado, no es la fe pública, sea que nieguen la existencia de la misma o que, simplemente consideren que no se halla comprometido por esta clase de delitos, tienen del documento una noción restringida que lo reduce a su fuerza probatoria.

En efecto, si el documento es, ante todo, el medio por el cual se

hace una declaración de voluntad o una atestación de verdad aptas para fundar o demostrar un derecho (como dice Manzini), es la fuerza probatoria del escrito lo que se hace necesario tomar en cuenta. Quiere esto decir que aun cuando el contenido del escrito exprese un pensamiento, si no sirve para probar, no tiene la categoría de documento.

Estas diferencias se reflejan, naturalmente, en la definición del documento. Para los que pudiéramos llamar "antiprobacionistas", documento es, simplemente, la representación de un hecho (Carnelutti) o bien, en una forma un poco más amplia todo escrito, debido a una persona que en él se hace presente y que contiene exposiciones de hechos o declaraciones de voluntad (Antolice), o, en forma más sintética "documento es una manifestación de pensamiento materializada e idónea para representar un hecho (Proto).

En cambio para los "probacionistas", documento es un objeto que posee un contenido de pensamiento, expresado por signos convencionales y por medio del cual se puede demostrar un hecho (Kries) o bien es un objeto que tiene, por decisión de una voluntad competente, la destinación de servir de prueba a un hecho (Warneyer) o también, un objeto material idóneo, de acuerdo con su contenido, para la prueba de hechos (Riedel), o asimismo documento es cualquier cosa idónea para la representación de un hecho, esto es, una materialidad en la cual se ha incorporado una idea y en razón de lo cual es un medio idóneo para servir de prueba (Grispigni).

Para no multiplicar las definiciones, podemos decir que entre los autores que hemos dado en llamar "probacionistas" unos hacen hincapié en la destinación del documento es decir insisten en que éste debe estar **destinado** a servir de prueba; otros recalcan, en cambio, el requisito de la **idoneidad** del documento para servir de prueba; un tercer grupo da especial valor a la relevancia jurídica, es decir a la posesión de un contenido que tenga importancia a los ojos del derecho.

Pero hay grupos que pudieran llamarse eclécticos por cuanto consideran fundamentales dos o más de estas características. Así unos exigen tanto la idoneidad para servir de prueba, como la destinación probatoria, y dicen con Geyer: "documento, en general, es un objeto inanimado, destinado o idóneo para servir de prueba". Otros consignan como requisitos, la destinación probatoria y la relevancia jurídica. A este grupo pertenece Liszt quien afirma que "documento en el sentido del derecho penal es todo objeto formado con el propósito de probar, mediante su contenido de pensamiento, y no sólo por el hecho de su existencia, una cosa jurídicamente relevante".

En todas estas definiciones se advierte una tendencia funcional,

o, mejor dicho, finalista porque los respectivos autores han visto que el documento cumple una finalidad de grande importancia en la vida jurídica y que sólo por su significado probatorio puede merecer la protección del derecho penal.

Con esto, el documento viene a ser, por su contenido, algo vivo y actuante, con finalidades definidas, no una simple entidad hierática que merezca respeto por sí misma. En los documentos la sociedad ha visto ciertas formas exteriores que llenan una necesidad colectiva por cuanto aseguran, desde su propio campo, la vida de relación. Pero la confianza en dichas formas exteriores no es sino el reflejo de la que se tiene en el contenido de los documentos por cuanto se piensa que cuando el escrito documental posee ciertas apariencias es porque ellas corresponden a un determinado contenido.

Es así cómo la sociedad exige que las formas sean genuinas, sinceras y verídicas como una especie de prenda de que el contenido es, también, verídico, sincero y genuino. Pero estas calidades no las adquiere el documento sólo porque, de un modo objetivo, corresponda a una verdad, pues eso no llenaría sino el requisito de veracidad. Las obtiene, ante todo, porque es el reflejo de la persona que lo hace, en sentido jurídico, es decir, del autor.

Esto nos conduce a otro de los requisitos fundamentales del documento cual es el de autor. Según Manzini "autor del documento es aquel particular o aquel empleado público que, escribiendo o sólo suscribiendo fija una manifestación o declaración de voluntad o una atestación de verdad".

Pero la relación del documento con su autor es mucho más íntima de lo que queda dicho en esas palabras. Aquél es en relación con éste una verdadera "autografía" es decir, un trasunto fiel, una especie de retrato moral.

De ahí que no se considere necesario que el documento vaya firmado ni mucho menos que lo suscriba, de su puño y letra, el autor. Basta que éste se halle en el documento en forma que sea fácilmente deducible quien lo ha escrito. Sólo en este sentido puede hablarse de sinceridad y de genuinidad como calidades distintas de la veracidad pues si ésta consiste en que el documento diga la verdad es decir, que los hechos que narra hayan ocurrido tal como los presenta o las manifestaciones de voluntad y las atestaciones de verdad se presenten tales como fueran hechas, la genuinidad y la sinceridad no pueden ser otra cosa sino acuerdo del autor con sí mismo, armonía entre el que aparece como creador jurídico del documento y el hombre cuya es esa expresión de pensamiento.

Con todo, la sola notoriedad del autor no basta para satisfacer

este requisito cuando no concurre el ánimo de documentar, es decir, cuando los propósitos del escrito tienen fines distintos a los de hacer una declaración de voluntad o una atestación de verdad. Así, no pueden considerarse documentos por carecer de este elemento los boletos de teatro, los tiquetes de transporte, etc.

Pero existen documentos en los cuales la nominalidad, es decir, la mención y la firma del autor son indispensables, tales son los instrumentos públicos.

Y esto nos conduce, finalmente, a una cuestión de grande importancia en la que se muestra la trascendencia que en la vida y naturaleza del documento tiene el autor. Es precisamente la que permite distinguir a los instrumentos públicos de los privados.

Muy vasta materia es ésta que no pretendemos abarcarla, ni siquiera plantearla en los estrechos límites de este trabajo, pero si se puede decir que la diferencia entre una y otra clase de documentos reside principalmente en la persona del autor, pues si documento público es el confeccionado con las formalidades legales por el funcionario competente puede decirse que en la determinación de su naturaleza lo decisivo es el carácter de su autor.

Se replicará que tan importante como que el autor sea un funcionario público es que obre dentro de los límites de su competencia, es decir, que expida el documento con las formalidades legales. Pero si se piensa que en el funcionario lo que importa no es la persona humana sino la función y que sólo se llama funcionario en cuanto se halla revestido de un status legal que es el que da nacimiento no sólo a la función sino al funcionario, hay que concluir en que decir "funcionario público que obra dentro de sus funciones" es una redundancia pues sólo puede ser lo primero si procede conforme a las segundas ya que característica "sine qua non" de la función pública es su legalidad. Y no se diga que también hay funcionarios de hecho y usurpadores ya que éstos son simples denominaciones de derecho administrativo para explicar cómo quien no es funcionario puede comprometer la voluntad del Estado.

Y ya que mencionamos el derecho administrativo, séame permitido decir que la noción de documento público se define, no en el campo civil sino en el administrativo por cuanto el concepto de funcionario público, que es previo al de instrumento público o auténtico, es esencialmente administrativo y no basta decir que el documento es público cuando proviene de un funcionario público sino que es menester examinar quiénes son funcionarios públicos.

No es mi propósito, repito, adentrarme en esta cuestión. Pero quiero terminar señalando el hecho de que en este punto es ardorosa y

ya larga la polémica entre quienes tratan de reducir el concepto de función pública al mínimo de las actividades fundamentales del Estado y los que pretenden extenderlo a la satisfacción de todas las necesidades generales del conglomerado social.

Aquéllos se empeñan en establecer una diferenciación fundamental entre función pública y servicio público. Estos, por el contrario, tratan de identificarlos. Pero la disputa va más a lo hondo y se interna en el origen mismo de la función y en las relaciones que ligan al funcionario con el Estado. Surgen entonces las doctrinas del Organo, de la representación etc., que tratan de señalar criterios para distinguir el funcionario del empleado y del simple adepto a un servicio público.

Y es lástima que tan debatida cuestión sea fundamental para el tema que venimos tratando pues según sea el concepto que se tenga sobre lo que es funcionario público así será el que se tenga sobre documento público. Y como el concepto de escritura privada es simplemente negativo por cuanto se tiene por tal todo lo que no es instrumento público o auténtico, quiere decir que de la misma noción pende el establecer los límites de ambos campos.

Sin embargo, séame permitido terminar aquí no solo por lo escaso de mis conocimientos en este campo (razón por la cual invito a quienes sepan de derecho administrativo a profundizar en esta apasionante cuestión) sino porque ya he abusado suficiente de vuestra paciencia.

ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LA FALSEDAD DOCUMENTAL. —

(Continuación)

EL PERJUICIO O DAÑO EN EL DELITO DE FALSEDAD DOCUMENTAL.

El elemento daño o perjuicio tiene, en tratándose del delito de falsedad, tanta importancia que ha sido considerado por algunos autores como el más característico de todos los factores de este ilícito. Efectivamente, la noción de perjuicios se halla tan íntimamente enlazada con la de los otros elementos que, para definir éstos, es preciso tener en cuenta aquélla.

Así, la definición de lo que se entiende por documentos parte de la base de que hay escritos que no tienen la calidad documental y para diferenciar entre unos y otros es preciso establecer cuándo la alteración que en ellos se haga puede ocasionar algún daño. Y entonces se dice que solo son documentos aquéllos escritos cuya alteración o creación fraudulenta puede lesionar el bien jurídicamente protegido.

Esta noción, la del bien o interés tutelado por el derecho, también se halla estrechamente unida a la de perjuicio. En efecto, si se considera suficiente para configurar el delito de falsedad un daño abstracto y general, entonces es preciso aceptar que el único bien que puede ser objeto jurídico del delito de falsedad, es la fe pública. Pero si se requiere que el perjuicio vaya más allá, entonces el enfoque sobre el bien protegido cambia y se considera que es, o bien la capacidad probatoria del documento o bien el interés concreto a que el documento se halla ligado como prueba.

El elemento psicológico del delito de falsedad, tiene no poco que ver con el perjuicio, no sólo porque es materia en discusión si se hace preciso que el falsario tome en cuenta la producción del daño o basta simplemente con que altere la verdad de un modo voluntario y consciente, sino porque aún en los casos en que el daño sea considerado como e-

lemento de la representación psicológica, es preciso establecer la clase de perjuicio que puede dar lugar al perfeccionamiento de la falsedad. De otro lado, el elemento daño sirve para indicar cuando debe castigarse la falsedad. Porque, como tantas veces se ha dicho por diversos autores, la falsedad inocua no es punible y entonces viene a ser aquel un elemento determinante de la antijuridicidad y a confundirse con ella. En toda falsedad debe existir un daño, si no en acto, al menos en potencia, es decir, debe haber cuando menos una posibilidad de perjuicio.

Finalmente el perjuicio se relaciona con una cuestión que es materia de violentas controversias, a saber, el uso del documento. Porque si se requiere que el perjuicio incida sobre la calidad probatoria del escrito documental y, con mayor razón, si debe pasar a lesionar el bien concreto cuya prueba es el documento, es evidente que se impone el uso del mismo. No así si el daño reside sólo en el que se causa a la fe pública.

Entre nosotros la cuestión es de palpitante interés pues es bien sabido que los artículos que versan sobre la falsedad en documentos públicos no contienen la mención del perjuicio y en cambio sí la hay en aquellos que se refieren a la falsedad en instrumentos privados. Pudiera esto conducir a pensar que en la primera no es necesaria la producción de ningún daño o que el delito se perfecciona con la forma más abstracta de perjuicio cual es la alteración de la verdad. Pero que en la segunda ya se necesita un daño más concreto.

Para entrar en materia se hace preciso decir que es un principio absoluto el de que no existe falsedad sin daño. "Nullum falsum nisi nocivum" decían los prácticos y también "falsitas quae nemini nocet, non punitur" o bien "falsitas non punitur quae non solum nos nocuit sed nec erat apta nocere", conceptos en los cuales se hace presente la necesidad de que exista un perjuicio.

Pero no se crea que se ha avanzado mucho con establecer esta necesidad, porque entonces surge la pregunta que ha dividido y aun continúa dividiendo los estudiosos. A saber: aceptado que toda falsedad debe causar un perjuicio, en qué consiste éste?

En primer lugar se tiene el concepto de aquellos que sostienen que el daño consiste en la alteración de la verdad. Siguen, los que tal piensan, las huellas de Paulo para el que la falsedad consistía en lo que no era verdad, pero por verdad se tenía (quid quid in veritate non est sed pro veritate absveratur). Corresponde esta definición a su turno, al pensamiento de quienes estiman que la fe pública es, ante todo, un derecho a la verdad.

Pero este concepto de daño, es demasiado superficial. La simple constatación de haberse alterado la verdad no es suficiente para confi-

gurar el elemento perjuicio en la falsedad. Pecan los que así lo crean de burdo objetivismo, de abtuso materialismo jurídico, como ha dicho algún autor. Y es que, en verdad, hay alteraciones de la verdad perfectamente inocua. Más aún: esta concepción del daño no tiene en cuenta el elemento subjetivo del delito sino los factores puramente objetivos. De otro lado, en los documentos hay que distinguir la verdad exterior o documental de la interior o declarativa, o, como otros dicen, la veracidad de la verdad. El que elabora el documento está obligado sólo a una verdad formal v. gr. a decir cómo y cuando se presentaron ante él las partes. Pero no responde por la verdad de las declaraciones allí contenidas. Puede suceder, en consecuencia, que un documento no sea falso en sentido formal y sin embargo no diga la verdad. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, en la simulación: si las partes se presentan ante un Notario diciendo que han convenido en determinado contrato y el Notario sonsigna fielmente el dicho de las partes, el documento es verdadero aun cuando lo que las partes digan no lo sea. Entonces se trata de saber, cuando se dice que el perjuicio consiste en la alteración de la verdad, de cuál de las dos verdades que puede contener un documento, se trata: si de la formal o de la sustancial. Y habría que llegar a la conclusión de que la base de la incriminación sería la alteración de la primera, esto es, de la formal que no es verdad sino a medias.

No quiere esto decir que pueda haber falsedad sin alteración de la verdad: Por el contrario se trata de uno de los elementos del delito que se viene estudiando. Toda falsedad es una alteración de la verdad pero no es esto lo que origina el daño. La "inmutatio veri" pertenece a la esencia misma de la falsedad pero puede decirse que si toda falsedad es una alteración de la verdad en cambio no toda alteración de la verdad es falsedad en el sentido jurídico.

De ahí se deduce que si la alteración de la verdad fuera la fuente del perjuicio, éste existiría en todos los casos en que aquella se presenta. Pero no es así, hay falsedades inocuas, es decir, alteraciones de la verdad que no producen daño alguno. Luego es forzoso concluir que el origen del perjuicio se encuentra en otra parte.

Se ha buscado entonces en la violación de la fe pública. En este particular debe distinguirse, porque, según dejamos dicho, el concepto de fe pública puede entenderse en muy diversos sentidos. Hay uno, general y abstracto, que consiste en la confianza que la colectividad pone en ciertas formas escritas. Es un sentimiento vago que parece brotar de los orígenes mismos de la historia, allá cuando escribir era una actividad esotérica cuyo secreto sólo poseían los sacerdotes. Entonces los escritos (generalmente en signos geroglíficos) tenían un carácter semidivino,

hierático. Ese respeto por la palabra escrita no se ha extinguido totalmente. Lo que el hombre dejó con caracteres perdurables como expresión de su pensamiento, es una prolongación de la personalidad y merece respeto. Pero ese respeto al cual se ha calificado de fe pública no puede servir de objeto jurídico al delito de falsedad ni de fuente al concepto de daño, porque es demasiado vago y de un carácter puramente sentimental.

Tampoco puede adoptarse como origen del perjuicio la fe pública entendida como emanación del Estado, esto es, como una imposición de éste a los asociados para obligarlos a creer en la forma documental. Este concepto, en el cual el Estado adquiere exagerada importancia, no puede ser aceptado, en forma absoluta, es a saber, como única fuente de la fe pública. Más aún, tomándolo como base podría llegarse a estructurar un delito contra la existencia del Estado mismo o contra la administración pública (tal como ocurre en Alemania) pero no una falsedad documental. No viene, pues, el perjuicio en esta última clase de ilícitos de haber violado un deber de los ciudadanos para con el Estado. Si así fuera, no habría más ofendido que éste, y no es así, pues es bien sabido que también los particulares pueden tener el carácter de sujetos pasivos de esta clase de infracciones a la ley penal.

Durante mucho tiempo se pensó, especialmente en la Edad Media, que el daño en esta especie de delitos era sólo de carácter patrimonial. Provenía este criterio de la confusión que había entre la falsedad y muchos otros ilícitos (entre ellos el estelionato) que tenían como factor común el engaño. Pero precisamente al separar estos delitos para aislar a la falsedad, trabajo que empezó, puede decir, con Filangieri, también se ha tratado de descartar el perjuicio patrimonial como característico de la falsedad, sin excluir, desde luego, que entre las numerosas clases de daño que pueda causar este delito se encuentra el que afecta el patrimonio.

Con todo, en tiempos recientes ha resurgido la tendencia a darle carácter patrimonial al daño de que se viene hablando. Es así como Ebermeyer en Alemania indica el patrimonio como bien jurídico ofendido, siendo seguido en esto por Hippel y no muy de lejos por el propio Mezger que, sin embargo, da al daño patrimonial el carácter de perjuicio mediato o remoto, pero de todos modos presente siempre que de falsedad se trata.

El que con mayor empeño sostiene la noción del daño patrimonial es Sauer, autor alemán, quien hace notar que la mayor parte de los delitos de falsedad se cometen con el propósito de perpetrar una estafa y establece entre estos dos ilícitos un contraste para decir que mientras en la estafa el fin de la agresión es el patrimonio y el medio la seguridad

del tráfico jurídico (concepto que, como sabemos, corresponde más o menos al de fe pública en el sentido concreto) en cambio en la falsedad el objeto de la agresión directa es la seguridad del tráfico jurídico y el de la indirecta, el patrimonio.

Siguiendo un poco más adelante en este escrutinio (no por cierto donoso) de las teorías sobre el daño en la falsedad, encontramos la sostenida por algunos autores, muy eminentes por cierto, de que el perjuicio no es elemento de esta clase de delitos.

Es curioso y significativo lo ocurrido con el proyecto del código penal italiano que vino a convertirse en el actual ordenamiento penal sustantivo de ese país, aprobado en 1930. El Ministro Rocco quiso, en un principio, suprimir el requisito del daño de entre los elementos de la falsedad. Es bien sabido que el código Zanardelli contempla expresamente, como característica de la falsedad tanto en los documentos públicos como en los privados la producción de un daño. El Ministro propuso la supresión de este requisito en lo referente a la primera clase de documentos, es decir, a los públicos y la conversión del mismo en un fin específico de los privados. La conciencia jurídica del país, se insurreccionó, al decir de Malinverni (op. cit. pág. 170 nota 98). La Casación, las Cortes de Apelación, las Comisiones Forenses expresaron, en forma unánime, su absoluto desacuerdo con la opinión del Guardasello. Lo mismo ocurrió con la Comisión Ministerial encargada de examinar el proyecto y cuyos miembros pidieron (en su mayoría) que fuera conservada la redacción del Código Zanardelli. Entonces Rocco, negándose a satisfacer esa petición imperiosa, manifestó, sin embargo que no se trataba de suprimir el elemento perjuicio en la falsedad sino que lo que ocurría era que su mención, en tratándose de documentos públicos, resultaba superflua ya que siempre la alteración de esa clase de escritos causaba un daño.

Las palabras del Ministro fueron aceptadas por su valor nominal, es decir, como si siempre hubieran significado el propósito de evitar menciones inútiles en la ley, librando a ésta de preceptos superfluos. Pero basta revisar el concepto de Apiani sobre el proyecto primitivo para convencerse de que no era ese su significado original sino que la intención del eminente penalista era la de suprimir el elemento perjuicio. En efecto, el autor citado en último término, le critica al proyecto que al suprimir este requisito, hacía punible la falsedad inocua y la burda. El Ministro entonces, desistió de su posición inicial y reconoció paladinamente que "falsitas non punitur que nemine nocet nec non era apta nocere". Me he permitido referir "in extenso" este episodio, por la aplicación que puede tener en nuestro derecho en el que las disposiciones sobre la fal-

sedad en documentos públicos, no mencionan el elemento perjuicio y pudiera sentirse alguno tentado a considerar que no es necesario.

Simultáneamente con la tendencia que trata de negar el perjuicio un puesto entre los elementos del delito de falsedad, existe otra corriente, que, obrando en sentido contrario, no solo considera necesario el daño sino que lo diversifica, vale decir, no se contenta con enumerar uno solo sino que citan varios daños que se producen al mismo tiempo o sucesivamente pero todos los cuales forman parte del delito.

En este campo Liszt ha observado que el legislador no protege los documentos por sí mismos sino a causa de los diferentes bienes jurídicos que pueden darles importancia. Pessina, por su parte, afirma que la esencia de la falsedad consiste en perturbar el derecho sustancial por medio del derecho formal y agrega que tal perturbación resulta de la simple posibilidad de lesionar el primero (derecho sustancial). Lönnig concreta la naturaleza del daño diciendo que radica en la lesión del derecho que la escritura sirve para probar. Merkel, por su parte afirma que la falsedad sólo debe ser castigada cuando contiene una agresión contra "la propiedad, la libertad, el honor u otros bienes de terceros o bien cuando pone en peligro esos bienes".

Los italianos, en buena parte, han seguido esta dirección y es así como Tuozzi entiende por daño "toda limitación o detracción del patrimonio ajeno o toda lesión a la persona moral o a las condiciones jurídicas de otra persona, así como también cualquier limitación o impedimento jurídico o de hecho causado o en posibilidad de ser causado por la escritura falsa".

A su turno, Lombardi en tanto que niega que el daño pueda referirse a un derecho abstracto y superior a las cosas como es la fe pública, afirma que no puede tener por causa sino la lesión a aquél bien en particular que el delincuente vulnera o pone en peligro. Y finalmente Boretti y Antolisei se adhieren a este mismo pensamiento, el primero cuando dice que el daño está constituido por cualquier perjuicio o molestia de carácter jurídico, económico, moral o político. Y el segundo cuando afirma que la falsedad es un delito pluriofensivo porque no solo lesiona la fe pública sino también otra clase de intereses. He aquí sus palabras: "Los delitos contra la fe pública pertenecen a la categoría de los pluriofensivos es decir de los que ofenden varios intereses. En ellos se encuentran dos ofensas: una común a todos los delitos de la categoría y la otra que varía de delito a delito. La primera concierne a la fe pública; la segunda al interés específico salvaguardado por la integridad de los medios probatorios". Y agrega que la recíproca posición de las dos ofensas es idéntica a la que existe en aquellos delitos que tienen como

elemento constitutivo la violencia o la amenaza (tales como los que suprimen la libertad personal u ofenden el patrimonio). La primera ofensa, en nuestro caso, la que se hace a la fe pública, se debe a la forma como se maneja el medio empleado, es decir, a la manipulación de la falsedad la que no es sino el medio por el cual los ilícitos se realizan. Pero el verdadero objetivo del falsario no está en esta lesión a la fe pública, que es agredida por él en una forma que bien pudiera calificarse como no de propósito, sino que está en la intangibilidad de los medios de prueba y es éste el verdadero daño que él se propone producir. Pero, a su turno, el daño no se limita a la lesión de la genuinidad y veracidad de los medios de prueba sino que va más allá pues perturba también los intereses específicos que se encuentran garantizados por esas dos calidades de los documentos.

También la doctrina francesa se ha visto influida por esta concepción del daño pluriofensivo en el delito de falsedad. Y así, al lado de la alteración de la verdad, consideran que es requisito del delito de falsedad un daño patrimonial o de cualquier otra especie v. gr. a la reputación o al honor, lo cual los conduce a dar protección a cualquier clase de intereses.

Y las legislaciones de algunos países han entrado igualmente por esta amplia puerta para consagrar ya en forma expresa o bien de un modo tácito, pero fácilmente interpretable, la multiplicidad del daño en el delito de falsedad. Así, el código Belga, aun cuando no contiene una mención expresa sobre el particular se adhiere al principio de que donde no es posible el perjuicio tampoco existe la falsedad. Y el Holandés hace de la posibilidad de daño una característica esencial de la falsedad. La doctrina anglosajona reconoce a dicha posibilidad el mismo papel de requisito esencial hasta el punto de definir, con Blackstone, el delito de falsedad como "fraudulenta formación o alteración de un escrito en perjuicio de los derechos de otro".

Esta concepción ha sido objeto de críticas diversas y no pocas de ellas acerbas. Así, Mirto dice que al dar al daño una fuente distinta de la lesión a la fe pública se están confundiendo dos momentos perfectamente distintos en la actuación del falsario: el momento en que comete la falsedad y aquél en que hace uso del documento falso. El primero perfecciona ya de por sí el delito y no contiene más lesión que la de la fe pública considerada como el interés a la integridad, sinceridad e ingenuidad de los documentos públicos o privados.

Siendo esto así, en todo delito de falsedad existe un daño y es tan imprescindible su presencia que puede decirse que en la falsedad como en cualquier otro delito el perjuicio es el delito mismo.

Pero se ha incurrido en una confusión por haber exigido el legislador, respecto a algunas especies de falsedad, el requisito del uso. Entonces se ha pensado que en aquellos casos en que no se requiere el uso del documento es porque tampoco se exige la presencia del daño.

Sin embargo, el fin de la incriminación de la falsedad no coincide con el fin que a través del delito se propone conseguir el falsario. Aquella pretende salvaguardar la fe pública, en tanto que ésta se dirige a la consecución de un provecho que está más allá de esa lesión. La razón de la tutela del documento, está en el documento mismo en cuanto no debe ser cambiado o mudado de lo que es y es ese cambio o mutación lo que produce el daño.

Por su parte, Malinverni encuentra altamente criticables las doctrinas del daño pluriofensivo porque, en primer término, lo único que podría caracterizar, en su concepto, la entera categoría de los delitos de falsedad, sería la acción peligrosa consistente en una alteración de la verdad. Es decir, se distinguirían y unirían no por el fin buscado sino por el medio empleado (crítica ésta compartida también por Carrara-ra)..

De otro lado continúa el mismo autor, la protección penal se limitaría sólo a las partes que intervienen en el acto o negocio jurídico protegido por el documento, pero no ampararía a los terceros extraños al mismo. Además, habría que buscar una base distinta para la protección de los documentos públicos, en los que el interés violado sería la fe pública, y para los documentos privados en los que el bien agredido consistiría en los diferentes intereses particulares representados por esa clase de escritos.

Por ese camino, agrega, se llegaría a decir que en tanto que se requiere la causación de un daño o al menos la puesta en peligro del bien para que se configure la falsedad en los documentos privados, no sería necesario el requisito del perjuicio para que existiera la de documentos públicos.

Si hemos de expresar nuestro propio concepto sobre todo este problema, diremos que nos adherimos sin ambages a la tesis de los que sostienen que el delito de falsedad es de los pluriofensivos.

La falsedad, como hemos dicho varias veces, no es un fin en sí misma. Nadie falsifica un documento o una moneda por el solo placer de hacerlo. El falsario no se propone, en forma directa, violar la fe pública. Sus fines están mucho más allá: tiende a procurarse un provecho que unas veces es de carácter patrimonial y otras de especie distinta. Así, quien falsifica un testamento, no quiere y es posible que siquiera tenga en cuenta que está burlando la confianza que la colectividad pone

en esa forma escrita sino que lo que busca es apoderarse de la herencia, o hacerse tener como hijo del testador, etc.

Es difícil que se falsifique un documento con miras sólo a vulnerar un interés público. En estas cuestiones es preciso tener siempre en cuenta la vida pues, como se ha dicho, el derecho se hizo para la vida y no ésta para el derecho.

Por eso la objeción que se ha propuesto a la teoría citada de que sólo sirve para los documentos privados y no para los públicos, parte de un concepto muy estrecho del interés jurídicamente protegido en el delito de falsedad, que reduce sólo al interés privado protegido por instrumentos privados. Pero es que en los públicos no solamente hay unos (la mayor parte) que se elaboran con el fin directo de crear un derecho privado o de protegerlo sino que aun aquéllos que tienen un carácter general y abstracto son susceptibles de ser aplicados en concreto y entonces surge el interés cuya lesión mueve al falsario. A nadie, que estuviera en su sano juicio; se le ocurriría v. gr. falsificar el texto de una ley por el gusto de alterar la verdad. Y si se trata de documentos de los llamados oficiales, esto es, de aquéllos que hacen los funcionarios públicos con destino a otros funcionarios y en que no intervienen los particulares su simple alteración no configuraría el delito de falsedad si con ello no se lesiona un interés jurídico de índole distinta a la fe pública abstractamente considerada o al pretendido derecho a la verdad.

Téngase en cuenta que la noción de perjuicio en el delito de falsedad, se halla íntimamente vinculada a las de objeto jurídico del ilícito y objeto material del mismo. Qué es lo que se protege al reprimir los delitos de falsedad y qué se entiende por documento, son consideraciones esenciales para determinar cuándo hay esta clase de ilícitos. Si al crear un documento de esa clase, no se lesiona más que la verdad formal o la fe pública en abstracto, es decir, considerada como confianza simple y desinteresada en la autenticidad y veracidad de las formas escritas oficiales, no puede decirse que exista el delito de falsedad documental. Podrá haber otra clase de ilícito v. gr. contra la administración pública, contra la justicia, contra la existencia y seguridad del Estado etc., pero no, falsedad documental.

Solo los que tienen un respeto hierático por las formas escritas, o creen en el carácter todopoderoso del Estado o en el derecho abstracto a la verdad, pueden encontrar allí una falsedad de este tipo.

Se ha dicho también (Malinverni) que la teoría expuesta limita la protección a las personas que intervienen en el negocio jurídico o, en otras palabras, a los titulares del interés jurídicamente protegido. Téngase en cuenta que la misma objeción podría hacerse a otros delitos v.

gr. los que tienen por objeto la persona o el patrimonio. Pero lo cierto es que no solo el propietario o poseedor de un bien tienen interés en que se repriman los ilícitos contra la propiedad ni el individuo lesionado es el único a quien le interese la integridad corporal. Toda la sociedad está interesada en que no se robe ni se hiera o se mate. De la misma manera lo está en que no se vulnere la fe pública en concreto cuando ella está representada en escritos de carácter documental aptos para servir de prueba de un interés jurídicamente protegido.

Por último, se ha objetado que al señalar como perjuicio constitutivo del delito de falsedad la violación del interés jurídicamente protegido por el documento, se está extendiendo demasiado el objeto del delito y haciéndole perder toda determinación. A esto se observa que la abundancia de intereses jurídicos, esto es, su número no hace indeterminado el delito de falsedad porque en todo momento es fácil señalar el interés concreto. Indeterminado sería el objeto si se aceptara como tal una noción no suceptible de ser definida o limitada o reducida a formas concretas como sucede con la fe pública en sentido amplio, o con el derecho a la verdad o con el respeto a la autoridad del Estado. Estos si son objetos que, aun cuando se pueda decir existentes, son indeterminados, imposibles de reducir a límites concretos.

Una cuestión atinente al tema y que se ha discutido con frecuencia en la falsedad es si se trata de un delito de daño o de peligro. Sobre esto hay que advertir que la tendencia más moderna es la de eliminar la diferencia entre las dos especies del delito. Todo ilícito es de daño, se dice, porque aun el mismo peligro es una forma de daño o como quien dice, un daño en proceso de realización.

Con todo, como la generalidad de los autores aun insiste en esta diferenciación, es necesario decir que la falsedad es un delito de peligro por cuanto no requiere que se haya producido efectivamente una lesión de los bienes o intereses jurídicos protegidos. Es decir, no se necesita que la fe pública, la capacidad probatoria de los documentos y los bienes en éstos representados hayan sufrido daño sino que basta que se les ponga en peligro.

En cuanto a lo que se entiende por tal, se tiene, según la definición de Manzini que, desde el punto de vista subjetivo, peligro es la previsión lógica actual de que puede presentarse un daño. Por el aspecto objetivo, el peligro es la potencialidad del daño, es decir, la capacidad que tiene el hecho delictuoso de causar un perjuicio.

Hasta ahora se ha considerado exclusivamente el daño en derecho. Podrán tenerse en cuenta otras clases de daño?. Sobre este particular es necesario decir que, en general, la jurisprudencia requiere una re-

lación de normalidad entre la alteración de la verdad y el perjuicio por ella producido en el sentido de que éste debe ser producido dentro del campo del derecho, esto es, que debe consistir en un menoscabo o destrucción del bien jurídicamente protegido. Esta diferencia hace a Mirto hablar de daño producido en razón de la conducta delictuosa del agente, que es el único que se puede tomar en cuenta, y daño producido por el delito que es cualquier otra consecuencia que del hecho delictuoso, tomado como causa inmediata, pueda derivarse, cita, por ejemplo, el caso de que un Notario haya puesto una fecha no verdadera a un documento pasado ante él y haya hecho eso con el objeto de evitarles a las partes recargos de carácter fiscal. Si la fecha no es, como suele no serlo, elemento esencial del acto jurídico, es evidente que no existe falsedad documental por falta de perjuicio de derecho. Pero pudiera suceder que una de las partes use ese documento para demostrar v. gr. que se encontraba, el día de la confección de la escritura, en una determinada parte (aquella en que se elaboró el documento) y no en otra. Este daño ya no se deriva propiamente de la conducta del falsario, no es, por lo tanto, un daño de derecho sino de hecho y, por ende, no puede inculparse, con base en él, de falsedad al Notario que elaboró el documento.

Sin embargo no han faltado ejemplos de casos en que se considere el daño de hecho teniendo como tal una consecuencia distinta a la buscada por el agente pero siempre y cuando se haya procedido con la intención de causar ésta. Pero esta actitud ha levantado fuertes críticas ya que, en realidad, equivale a abrir la puerta a la arbitrariedad puesto que si cualquier clase de daño, no previsto por el falsario puede hacer punible su acción al título que se viene estudiando, pocas veces podría decirse que no se configura el delito.

Finalmente, hay una cuestión que se relaciona muy de cerca con la noción de perjuicio en la falsedad documental. Es la que se refiere al elemento psicológico del delito en cuanto es acunto de la mayor importancia dilucidar si el agente del ilícito que se viene estudiando debe tener, al ejecutarlo, la intención de causar un daño o basta la simple conciencia de la alteración de la verdad.

Sobre esto no pocos autores, entre ellos Rocco, se pronuncian por esta última alternativa, afirmando que el daño no es una parte del dolo en el delito de falsedad sino solamente una condición de punibilidad, entendiéndose por tal una circunstancia externa que hace sensible, esto cono-cible por todos, la acción delictuosa. En otras palabras, la condición de punibilidad es la ejecución de un hecho que permita al delito incidir en el plano social, causar un perjuicio. Así, el delito de falsedad, según es-

te autor, estaría completo en todos sus elementos cuando su autor ha procedido, con conciencia y voluntad, a la alteración de la verdad. Pero en este momento no puede decirse que se haya producido un perjuicio. Esto sólo tiene lugar cuando el agente usa el documento falso. En consecuencia, sólo entonces puede castigarse la falsedad. Así, se repite, no es necesario que el autor del ilícito tenga en la mente, al ejecutar la falsedad, el fin de producir un perjuicio diferente a la simple alteración de la verdad.

Rechazan la mayor parte de autores este concepto para considerar que el daño sí hace parte del elemento psíquico en este delito.

Pero aun aquí hay diferencias. Carrara, seguido por Mirto, diferencia la "intentio nocendi" del "animus nocendi". Aquella vendría a ser lo que por otros autores se denomina móvil del delito, es decir, el fin último que persigue el autor del mismo. Así, por ejemplo, si un individuo tiene el propósito de cometer un delito de falsedad para obtener dinero con qué ayudar a su madre, no sería punible porque el fin último que se ha propuesto no es el de perjudicar, sino por el contrario, el de ayudar.

En cambio, el animus nocendi es un concepto más amplio según el cual basta, para hacer punible la falsedad, que el falsario aun dirigiéndose a un fin último no nocivo hubiera, sin embargo, querido para alcanzarlo, un medio nocivo. Es el animus nocendi y no la intentio nocendi el que configura el delito de falsedad.

Y para terminar, permítaseme relacionar el elemento daño con otro de los fundamentos de la falsedad. Sabido es que entre éstos (aunque con la oposición de algunos autores) se encuentra la imitación de la verdad en cuanto se estima que en la mayoría de las veces para producir el engaño, se requiere revestir la falsedad con los ropajes de la verdad, es decir, imitar ésta. Pero se pregunta, siempre que esto sucede, existe falsedad? Y es necesario responder: si la imitación produce el engaño, esto es, el daño, hay falsedad. En caso contrario no. Se refiere esta negativa a la llamada falsedad burda que los italianos apellidan "grossolana" que es una tan pobre imitación de la verdad que no logra engañar a nadie o por lo menos a nadie que tenga sus cinco sentidos aunque no muy aguzados. Pero hay una fuerte corriente de opinión que en presencia de la pregunta si debe castigarse en este caso recurre al elemento perjuicio para decir que sólo aquella falsedad que no puede causar en ninguna forma puede considerarse verdaderamente burda y no ser castigada. En otras palabras, se requiere la inidoneidad absoluta de la imitación en orden a producir engaño y por lo tanto daño para que se pueda desincriminar.

Se ve, de todo lo anterior, como el elemento daño es uno de los conceptos rectores de la falsedad y cómo es menester acudir frecuentemente a él para dilucidar las más difíciles cuestiones que ofrece el estudio de la misma. Es claro que en dichas ocasiones no será suficiente esta noción del perjuicio para resolver los problemas que este complejo delito presenta. Pero si a esta noción se acompaña las de objeto jurídico de la falsedad y objeto material de la misma, se tienen entonces en las manos todos los elementos necesarios para esclarecer el punto. A estos tres elementos reducen los estudiosos toda la materia de la falsedad, considerando los demás (imitación a la verdad, alteración de la verdad, engaño) o bien no verdaderos componentes del delito sino resultantes del mismo (como el engaño), o bien (tal como ocurre con la alteración de la verdad) como insuficientes por sí mismos para aspirar a la categoría de elementos autónomos o finalmente extraños al concepto de falsedad (como ocurre con la imitación de la verdad). En cambio nadie duda que los tres factores primeramente enunciados son esenciales para la existencia de la falsedad.

VIOLENCIA CARNALE

Esta reprimida en el artículo 316, que prohíbe al que cometa a otra persona el acceso carnal, sea o no con consentimiento de esta y mediante violencia física o moral, castará a éste a pena de dos a ocho años de prisión.