

LUIS EMILIO ROJAS A.

**TEORÍA FUNCIONALISTA
DE LA FALSEDAD DOCUMENTAL**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2017

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I. HISTORIA DOGMÁTICA DE LA FALSEDAD DOCUMENTAL	15
1. INTRODUCCIÓN	15
2. ORIGEN HISTÓRICO DEL CONCEPTO DE FALSEDAD DOCUMENTAL.....	16
2.1. Origen de la falsedad documental en el Derecho romano.....	16
2.2. Creación del concepto de <i>falsum</i> por obra de la doctrina medieval italiana	18
3. RECEPCIÓN DEL CONCEPTO DE <i>CRIMEN FALSI</i> EN LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL DEL SIGLO XIX	24
3.1. El <i>Code Pénal</i> de 1810 y la doctrina francesa	24
3.1.1. Exposé.....	25
3.1.2. Síntesis y valoración.....	29
3.2. La codificación penal española y los comentarios del siglo XIX.	31
3.2.1. Exposición	32
3.2.2. Valoración	35
4. LA CIENCIA ALEMANA DEL DERECHO PENAL Y EL <i>REICHSSTRAFGESETZBUCH</i> DE 1871	36
4.1. La discusión sobre el fundamento del castigo del crimen de falsedad	36
4.1.1. El origen del derecho a la verdad y la razón de su temprano rechazo	37
4.1.2. La tesis de la fe pública y su temprana formulación en clave de confianza	41
4.1.3. Síntesis y valoración.....	44
4.2. Inflexión histórica con el Código Penal prusiano de 1851	46

	Pág.
CAPÍTULO II. FALSEDAD DOCUMENTAL COMO DELITO DE ENGAÑO	51
1. INTRODUCCIÓN	51
2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DOCUMENTO.....	53
2.1. La función del documento: presupuesto de existencia del ordenamiento jurídico	53
2.2. Documento y signo: una digresión lingüística.....	59
2.2.1. El alcance de la <i>escritura</i> como elemento constitutivo del documento	59
2.2.2. Delimitación entre documento y meras señales: los ejemplos del documento compuesto y de los signos probatorios.....	64
2.3. Teoría de la declaración: el documento es lo contrario de un objeto	66
2.3.1. El documento como fijación de una declaración y su consecuencia jurídica.....	67
2.3.2. Dos casos fronterizos: el «documento casual» y el «documento conjunto».....	69
2.4. Conclusión	72
3. CONSECUENCIAS DE <i>LEGE LATA</i> DEL CONCEPTO DE DOCUMENTO	73
3.1. Una aproximación metodológicamente distinta: la pregunta por el documento	73
3.2. Excurso sobre el documento electrónico (Ley núm. 19.799)...	76
3.3. El injusto propio del delito de falsedad documental: un engaño sobre la existencia de un documento	78
 CAPÍTULO III. SISTEMA DE LOS DELITOS DE FALSEDAD DOCUMENTAL	 85
1. INTRODUCCIÓN: CASO	85
2. DECONSTRUCCIÓN DEL MODELO IMPERANTE DE COMPRENSIÓN DE LOS DELITOS DE FALSEDAD DOCUMENTAL	87
2.1. Primera dicotomía: bien jurídico colectivo-bien jurídico personal	89
2.1.1. Análisis de la dicotomía.....	89
2.1.2. Conclusión: un sistema bicéfalo de normas.....	93
2.2. Segunda dicotomía: documento público-documento privado.	94

	Pág.
2.2.1. Documento público y oficial en un extremo	94
2.2.2. Documento mercantil y privado en el otro extremo ...	95
2.2.3. Crítica: una cesura en el concepto de documento.....	98
2.3. Tercera dicotomía: falsedad ideológica-falsedad material	101
2.3.1. Análisis de la dicotomía.....	101
2.3.2. Crítica: una argumentación irremediabilmente circular	103
2.3.3. La propuesta de reformulación teórica de Francisco Grisolia.....	107
2.3.3.1. Propuesta teórica	107
2.3.3.2. Valoración crítica	108
2.3.4. Propuestas de reformulación teórica en la doctrina española.....	110
2.3.4.1. Exposición	110
2.3.4.2. Valoración crítica: base epistemológica para la reconstrucción dogmática del sistema	114
2.4. Cuarta dicotomía: delito especial-delito común.....	117
2.4.1. Análisis de la dicotomía.....	117
2.4.2. Doctrina chilena: una interpretación <i>contra legem</i> de la hipótesis de falsedad cometida por un particular en un documento público	118
2.4.3. Doctrina española: una discusión condicionada por un déficit legislativo	120
2.4.4. Excursus: consideraciones de <i>lege ferenda</i> sobre los arts. 390 a 396 del Código Penal español de 1995	123
3. ESQUEMA DE CONSECUENCIAS DEL MODELO IMPERANTE DE COMPRENSIÓN: «LA FORTUNA DE LOS PRÁCTICOS Y LA DESESPERACIÓN DE LOS CIENTÍFICOS».....	125
4. BASES CRÍTICAS PARA LA RECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL SISTEMA DE NORMAS	129
CAPÍTULO IV. FALSEDAD DOCUMENTAL COMO DELITO CONTRA EL DERECHO A LA VERDAD.....	135
1. INTRODUCCIÓN.....	135
2. EL FIN DE PROTECCIÓN DE LAS NORMAS DE LOS ARTS. 193 A 198 DEL CP.....	136
2.1. Recapitulación histórica y metodológica	136
2.2. Legitimación de la norma de protección a la autenticidad del documento	139

	Pág.
2.2.1. Discusión histórica	139
2.2.2. Teoría de las funciones: perpetuación.....	141
2.2.3. Tesis de la función probatoria	142
2.2.3.1. Exposición	142
2.2.3.2. Crítica.....	146
2.2.4. La tesis de la función de garantía.....	146
2.2.4.1. Exposición	146
2.2.4.2. Valoración crítica	147
2.2.5. El regreso del derecho a la verdad.....	148
2.2.5.1. Exposición	148
2.2.5.2. Crítica y valoración.....	150
2.2.6. Conclusión: un derecho negativo a la verdad.....	155
2.3. Legitimación de la norma de protección a la verdad del documento público.....	156
3. LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LOS DELITOS DE FALSEDAD DOCUMENTAL Y DE USO DE DOCUMENTO FALSO.....	159
3.1. Premisa	159
3.2. La estructura de los tipos de falsedad —arts. 193, 194 y 197 del CP— y de los tipos de uso de documento falso —arts. 196 y 198 del CP—.....	159
4. <i>ITER CRIMINIS SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD</i>	163
4.1. Fase de ejecución de los delitos de falsedad documental	163
4.2. Fase de ejecución de los delitos de uso de documento falso ...	165
4.2.1. Principio de ejecución del delito de uso de documento falso.....	166
4.2.2. Consumación del delito de uso de documento falso...	167
 CAPÍTULO V. CONCLUSIONES	 171
BIBLIOGRAFÍA	179

INTRODUCCIÓN

Todo tiene su origen en el redescubrimiento del significado de la palabra *falsedad*. Esto es, de aquella palabra que suele soslayarse incluso conscientemente en los textos de doctrina, tanto chilena como española. En su lugar, estos textos prestan atención a otras expresiones de los tipos, como «empleado público», «abuso de funciones» o «perjuicio». Esa palabra, su *significado*, constituye el punto de partida del presente trabajo. Empieza con la pregunta por el origen histórico-dogmático de esta palabra y, por consiguiente, indaga en la época en que se acuña un *concepto* de falsedad. La respuesta a esta pregunta dota de contenido al capítulo I: «Historia dogmática de la falsedad documental».

«Pues no existen los fenómenos paradójicos. Si al describir un fenómeno surgen paradojas, debemos presuponer que la descripción parte de premisas inadecuadas, esto es, que se sirve de medios categorialmente inadecuados»¹. Las oscuridades e incertezas que se presentan en la materia se deben en gran parte a la forma de aproximarse a la misma. Derivan de un problema metodológico y, por ende, se pueden esclarecer en la medida en que se resuelve este problema. Es una secuela metodológica de la «teoría del bien jurídico», que constriñe a la dogmática de la parte especial del Derecho penal a buscar un bien jurídico detrás de cada norma, para luego proponer a partir de ese punto de vista una interpretación orientada teleológicamente. De este modo, la doctrina encuentra bienes jurídicos como «fe pública», «función pública documentaria» e incluso «patrimonio», cuyos conceptos son difusos en sí mismos. La consecuencia de este enfoque metodológico es una reconstrucción también difusa e incierta de los elementos de cada tipo de falsedad documental. En vez de transitar nuevamente este derrotero, el presente trabajo sugiere formularse otra pregunta: ¿en qué radica lo *injusto* de la falsedad documental? A responder esta pregunta se dirige el capítulo II, con el sugerente título «Falsedad documental como delito de engaño».

Sin embargo, *la falsedad no puede comprenderse sin la verdad, ergo*, si se pretende aclarar el injusto del delito de falsedad documental, es necesario

¹ TUNGENDHAT, *Selbstbewusstsein und Selbstbestimmung* (Frankfurt a.M. 1981, Suhrkamp), p. 11.

esclarecer previamente su polo contrario que es la verdad documental, esto es, el documento existente. O dicho de otra manera, para comprender la falsedad documental es preciso mirarla en el espejo invertido del documento. Por eso, este capítulo II se dedica fundamentalmente a la elaboración del concepto de *documento*.

Desde este siempre iluminador enfoque metodológico, centrado en responder la pregunta por el injusto de la falsedad documental, es posible luego *deconstruir* la forma imperante de comprender estos delitos y enseñada abordar críticamente sus elementos constitutivos. Recién cumplida esta labor de desconstrucción, pueden reconstruirse dogmáticamente los elementos del sistema de normas sobre falsedad documental. A estas arduas tareas de desconstrucción del modelo imperante en la doctrina y luego de reconstrucción dogmática del sistema de normas, se destina el capítulo III con el quizás ambicioso título «Sistema de los delitos de falsedad documental».

Finalmente, y de modo coherente con el método sugerido, se aborda la cuestión del «bien jurídico» protegido, mucho mejor, del *fin de protección* de las normas sobre falsedad documental. Luego de someter a crítica tanto las tesis clásicas sobre el bien jurídico protegido como la moderna *teoría de las funciones*, se reflexiona en torno al regreso del *derecho a la verdad* como fundamento plausible de estas normas. Asimismo, se extraen las consecuencias de este planteamiento teórico para la discusión sobre el *iter criminis* de la falsedad documental y del uso de documento falso. Ambos tópicos dotan de contenido al capítulo IV con el provocativo epígrafe «Falsedad documental como delito contra el derecho a la verdad».

En el capítulo V se recogen sistemáticamente las conclusiones finales de la presente investigación dogmática.

* * *

El autor expresa sus agradecimientos, en primer lugar, al Prof. Dr. Héctor Hernández, por haber impulsado decididamente esta empresa desde su origen y no dejarla abandonada a su suerte, sino, por el contrario, sujeta a la atenta lupa de una crítica permanente a sus avances. A Claudia Castelletti por sus correcciones a la investigación histórico-dogmática, llevaba a cabo esta, precisamente, *sin* el método historiográfico y también por su revisión de los pasajes en latín. En especial, al Mg. Rodrigo Vergara por la acuciosa investigación jurisprudencial realizada en clave dogmática. A las ayudantes Manuela Royo, Gabriela Solís y Fabiola Soto por su permanente colaboración durante la investigación. Esta fue posible gracias al proyecto Fondecyt núm. 1110512, otorgado por el Consejo Nacional de Investigación Científica y Tecnológica para el periodo 2011-2013, y también por el tiempo

concedido por la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado en el mismo periodo.

Jacques Lacan decía que el padre ausente físicamente puede ser el más presente simbólicamente. Dedico este libro a mi padre, Eduardo Rojas, a quien amo a pesar de la distancia geopolítica y a quien admiro profundamente en su imperecedera orientación filosófica.

Santiago de Chile, mayo de 2016

CAPÍTULO I

HISTORIA DOGMÁTICA DE LA FALSEDAD DOCUMENTAL

«¿Qué sea una falsedad? Sobre este asunto varios han dicho simplemente que la falsedad es mutación de la verdad [...]. Otros también han dicho que la falsedad es una mutación de la verdad dolosa hecha a sabiendas [...]. Otros dijeron, y mejor, que la falsedad es una mutación de la verdad hecha con perjuicio a un tercero [...]; y otros solo dijeron que la falsedad es la imitación de la verdad», *Farinacius*, Prosperus, *Variarium quastionum*, quaest. CL, párr. I, en *Operum Criminalium* (1618), V, tít. XVI, pars V: *De falsitate & simulatione*¹.

1. INTRODUCCIÓN

En una monografía sobre falsedad documental del año 1952, el destacado jurista español Antonio Quintano Ripollés constataba que en la aclaración del término «falsedad» aún quedaba mucho por hacer y se lamentaba de una terminología jurídica «plagada de imprecisiones y ambigüedades, que hacen, a la vez, la fortuna de los prácticos y la desesperación de los científicos»².

Al desarrollar el concepto de falsedad, Quintano sostenía que en una sistemática basada en el concepto «positivo de genuinidad», a diferencia de un sistema basado en el «relativo de veracidad», un «falso no mendaz» o «falso veraz» era perfectamente concebible³. Pensaba que la sistemática española y la francesa tendía más bien a garantizar los valores de «genuinidad

¹ «*Quid fit falsum. Qua in re aliquid dixerut, simpliciter, falsitate esse veritatis mutationem [...] Aliqui autem dixerunt falsitatem esse mutationem veritatis dolose seu scienter factam [...] Alii dixerunt, & melius, falsitatem esse veritatis mutationem & in alterius praeiudicium factam [...] Et aliqui demum dixerunt falsitatem esse imitatione veritatis*». Este capítulo se basa en un trabajo homónimo publicado originalmente en la *Revista de Derecho*, P. Universidad Católica de Valparaíso, vol. 39, 2012, una versión alemana también ha sido publicada en *Festschrift für Wolfgang Frisch*, Berlin, 2013.

² QUINTANO, *La falsedad documental* (1952), p. 14.

³ QUINTANO, *Falsedad*, p. 107.

formal», mientras que la germánica, «preocupada por lo final y el resultado (*zur Täuschung im Rechtsverkehr*), es más susceptible de tener en cuenta los valores ideales de veracidad y mendacidad»⁴. Frente a una hipótesis de «falso no mendaz», esto es, de un documento falsificado con un contenido «intrínsecamente» verdadero, y no obstante reconocer lo paradójico de la expresión misma, Quintano prefería la «solución actual de tipificación de la falsedad como alteración de la genuinidad», porque una sistemática basada en la «prevalencia absoluta de la verdad real» dejaría en desamparo «valores de genuinidad apriorística», sin perjuicio de considerar *a posteriori* la ausencia de antijuridicidad subjetiva u objetiva al comprobarse en definitiva verdadero o inocuo lo «ingenuino» previamente calificado como «falso»⁵.

Este pasaje de la notable e influyente obra de Quintano Ripollés deja en evidencia la necesidad de reflexionar en torno al concepto de *falsedad*. La sola expresión «falso veraz» resulta no solo paradójica, sino además en principio contradictoria. ¿Puede existir un atributo que al mismo tiempo sea falso y verdadero? Quintano sostiene que esto es posible en un sistema basado en el «concepto positivo de genuinidad», como sería el francés-español, no así en el germánico basado en el «concepto relativo de verdad». De este modo, Quintano contraponen la sistemática francesa-española a la alemana de regulación penal de la falsedad documental.

La presente investigación se dirige a mostrar que la mentada *contraposición* de sistemas es equivocada. Mediante un estudio *histórico-dogmático*, esto es, que indaga en las raíces del *concepto* del delito de falsedad documental, se busca demostrar que ambas sistemáticas constituyen nada más que dos formas distintas de consagrar legislativamente el *mismo* injusto. Además, se inicia ya una reflexión histórica sobre el concepto de *falsedad*, en la convicción de que no es viable pretender esclarecer el *injusto* propio del delito de *falsedad documental* sin previamente reflexionar sobre el concepto de *verdad*.

2. ORIGEN HISTÓRICO DEL CONCEPTO DE FALSEDAD DOCUMENTAL

2.1. Origen de la falsedad documental en el Derecho romano

La historia comienza en la República romana tardía, época en que el *testamento escrito* cumplía un papel fundamental en la vida social y jurídica, puesto que el pretor reconocía la posesión de buena fe sobre los bienes del causante (*bonorum possessio secundum tabulas*) a quien presentaba las tablas

⁴ *Ibid.*, p. 108.

⁵ *Ibid.*, pp. 108 y s.

testamentarias (*tabulae testamenti*)⁶. Sin embargo, el testamento escrito no siempre tuvo esa relevancia. Antes de esa época, la sucesión era *ab intestato* o, de otorgarse un testamento, este era extendido *oralmente* frente al pueblo en la ceremonia de la *mancipatio*. Ambas formas de sucesión comienzan a remplazarse por nuevas formas testamentarias hasta llegar a otorgarse en privado, en secreto y por *escrito*, en un *testamentum per scripturam*⁷. Aparentemente, la falsedad testamentaria llegó a ser una conducta que alcanzó cierta frecuencia en el contexto de decadencia de las reglas sociales de la aristocracia romana, frente al cual Lucio Cornelio Sila se vio en la necesidad de reforzar el sistema de justicia criminal mediante el establecimiento de *quaestiones perpetuae*, esto es, especialización permanente de jurados para conocer determinadas clases de crímenes, que daban lugar a la persecución penal pública⁸. Una de ellas fue la *quaestio de falsis*, establecida por Sila en el año 81 a. C. mediante un plebiscito que fue conocido precisamente por su creador como *lex Cornelia de falsis*⁹.

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

⁶ Cfr. D'ORS, «Contribuciones a la historia del "crimen falsi"», en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, vol. II (1969), p. 545; ALEJANDRE, «Estudio histórico del delito de falsedad documental», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 42, 1972, p. 128.

⁷ ALEJANDRE, «Estudio histórico», p. 128: las *tabulae testamenti* eran originalmente un documento *privado*, aunque dotado de autoridad de ley.

⁸ Cfr. GREEN, «Deceit and the classification of crimes: Federal rule of evidence 609 (A) (2) and the origins of crimen falsi», *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 90, núm. 4, 2000, p. 1096; también ALEJANDRE, «Estudio histórico», p. 129: «No es de extrañar que la ola de alteraciones y violencias que caracterizó la época de Sila alcanzara también al testamento —y mucho más fácilmente a la moneda—. Sobre la formación histórica de la «*quaestio, accusatio* o *iudicium publicum*» en la República romana, MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, 2.ª ed. (Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002), pp. 284 y ss.; Sila organizó siete (7) tribunales pretorios por jurados para los siguientes delitos: *de repetundis*, sacrilegio y peculado, homicidio, *ambitus*, crímenes de lesa majestad, *falsum* e injurias graves.

⁹ Cfr. GREEN, p. 1096; ALEJANDRE, «Estudio histórico», p. 129; MALINVERNI, *Teoría del falso documental* (1958), pp. 162 y s., nota 35, discute el carácter puramente procesal de esta *lex*.

¹⁰ MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (1899), pp. 669 y s.; D'ORS, «Contribuciones a la historia», p. 544; GREEN, «Deceit», p. 1096.

¹¹ Cfr. D'ORS, «Contribuciones a la historia», p. 545; ALEJANDRE, «Estudio histórico», p. 130; el alcance original de la *lex Cornelia de falsis*, según D'Ors, se encuentra referido en el Dig. 48,10,2, de Paulo: «El que quitase el testamento, lo ocultase, lo hurtase, lo robase, lo interlinease, lo supusiese, o lo volviese a signar, o el que escribiese testamento falso, lo signase, lo leyese con dolo malo,

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

Posteriormente, mediante el senadoconsulto Liboniano del año 16 d. C. se extiende la *quaestio de falsis* a otros documentos no testamentarios, pero solo en relación con documentos cerrados (*cum consignatione*) y, además, restringida a los tres actos originalmente penados de *scribere*, *signare* y *recitare*¹³. Tales documentos no testamentarios eran, por ejemplo, las *testaciones*, esto es, documentos escriturados de testimonios, por lo que el senadoconsulto Liboniano extendió el castigo de la *lex Cornelia a falsas testaciones facere* y a la presentación en juicio de unos *falsa testimonia*, pero en ambos casos se trataba solo de testificaciones documentadas —no aún de falso testimonio oral—¹⁴. La extensión de la pena de la *lex Cornelia de falsis* a falsedades cometidas en documentos no signados (*sine consignatione*) y quirografarios, como por ejemplo la documentación de carácter administrativo y burocrático (*album praepositum*), documentos legales (*rescripta*) y *epistulae*, se produce a mediados del siglo III por vía de interpretación jurisprudencial¹⁵. Los factores de dicha extensión fueron probablemente, por una parte, la generalización del uso del pergamino y del cuero, en lugar de las tablas, y, por otra, la difusión del quirógrafo como forma de escritura no provista de sellos, por lo que requería al igual que estos también de protección¹⁶. Esta ampliación por vía jurisprudencial de la *lex Cornelia de falsis* a cualquier clase de documentos, implicó también la extensión de todos los actos penados, antes restringidos a los testamentos, ahora realizados en cualquier clase de documento¹⁷. De esta manera, se llega a castigar tanto la creación de documentos falsos como la falsificación de documentos auténticos, con lo cual la falsedad testamentaria deja de ser una figura autónoma y se diluye bajo el régimen general de la falsedad documental¹⁸. En consecuencia, y a partir de este momento, esto es, desde mediados del siglo III puede hablarse propiamente de falsedad documental¹⁹.

2.2. Creación del concepto de *falsum* por obra de la doctrina medieval italiana

Sin embargo, la asignación de un nombre no implica aún la acuñación de un *concepto*. Las sucesivas extensiones en la aplicación de la *lex Cornelia de*

o hiciese alguna otra cosa semejante, es condenado a la pena de la ley Cornelia», en RODRÍGUEZ DE FONSECA y DE ORTEGA, *Cuerpo del Derecho civil*, t. I (1874), p. 1148.

¹² D'ORS, «Contribuciones a la historia», p. 546.

¹³ *Ibid.*, pp. 546 y s.; ALEJANDRE, «Estudio histórico», pp. 131 y s.

¹⁴ D'ORS, «Contribuciones a la historia», pp. 553 y s.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 548 y s.; ALEJANDRE, «Estudio histórico», pp. 133 y s.

¹⁶ ALEJANDRE, «Estudio histórico», pp. 134 y s.

¹⁷ D'ORS, «Contribuciones a la historia», pp. 548 y s.

¹⁸ ALEJANDRE, «Estudio histórico», p. 135.

¹⁹ *Ibid.*

falsis, mediante senadoconsultos o por vía jurisprudencial, a cualquier clase de falsedad documental y a otras hipótesis fácticas incluidas bajo el nombre del *falsum*, habían respondido a criterios prácticos de necesidad de persecución penal y castigo²⁰. Esta expansión, que alcanza su punto culminante en el siglo III, llega al extremo de abarcar delitos de engaño sin conexión con los supuestos originarios de la *lex Cornelia de falsis*, como ocurre con el *stellionatus*²¹. En esta época, no se elabora aún un concepto de *falsum* que identifique elementos comunes a las diversas hipótesis fácticas castigadas por esta *lex*. Incluso la repuesta atribuida a Paulo a la pregunta «qué sea falsedad», «y se considera que la hay cuando alguno imitara una escritura ajena o un libelo, o mutilara o rehiciera un escrito o unas cuentas, pero no si de otro modo mintiera en una computación o cuenta» (Dig. 48,10,23)²², no pretendía acuñar un concepto²³. El concepto de *crimen falsi* y la identificación de los elementos que debían concurrir en cualquiera de las diversas hipótesis fácticas incluidas bajo dicho rótulo surgió posteriormente, por obra de la doctrina italiana medieval tardía al glosar y comentar el *Corpus iuris civilis* entre los siglos XIII y XVI²⁴.

El primer elemento del concepto de *falsum* es la «*mutatio veritatis*» y es atribuido a Azo († aprox. 1230): «*Falsum est immutatio veritatis*»²⁵. Esta definición de falsedad como mutación de la verdad se aparta ligeramente del texto glosado por Azo, que alude a la «*imitatio veri*». Se trata de la Novela 73 de Justiniano (prefacio)²⁶. Esta disparidad entre texto citado y glosa puede hacer dudar en torno a concebir el primer elemento del *falsum* como mutación de la verdad («*immutatio veritatis*») o como imitación de la verdad («*imitatio veri*»). Sin embargo, la diferencia de palabras probablemente se deba a una cita poco cuidadosa, no infrecuente en juristas que obraban aún bajo el influjo de la prohibición de comentarios impuesta por Justiniano

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

²¹ D'ORS, «Contribuciones a la historia», p. 558.

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

²³ HEINEMANN, *Das Crimen Falsi in der altitalienischen Doktrin* (1904), p. 6, nota 24; por lo demás, D'ORS, «Contribuciones a la historia», p. 549, nota 77, y p. 552, nota 88, pone incluso en duda que dicha respuesta corresponda a Paulo.

²⁴ HEINEMANN, *Das Crimen Falsi*, pp. 5 y s.: «Los creadores de todo el Derecho penal moderno».

²⁵ HEINEMANN, *Das Crimen Falsi*, pp. 8 y ss.

²⁶ Nov. 73: «*Novimus nos trasleges quae volunt ex collatione litterarum fidem dari documentis, et quia quidam imperatorum, super existenteiam malitia eorum qui adulterant documenta, haec talia prohibuerunt illud studium falsatoribus esse credentes, ut ad imitationem litterarum semetipsos maxime exercerent, eo quod nihil aliud est falsitas nisi imitatio veritatis*».

(Cod. 1,17,12)²⁷ y que, en consecuencia, estaban obligados a ajustar sus comentarios, aunque fuera de modo un tanto forzado, a una cita²⁸. No obstante, para la pretensión de una historia dogmática es más importante indagar en el concepto elaborado por la doctrina que verificar la correspondencia entre texto y glosa.

En este sentido, es particularmente indicativo verificar la forma en que las Siete Partidas castigan este delito, pues este código recibe de plano la regulación de la falsedad documental tal como aparecía establecida en las fuentes justinianeas²⁹ y, además, por la significativa influencia que tuvo en el proceso de codificación europeo posterior³⁰. El concepto de falsedad se recoge del siguiente modo en Part. VII, título 7.º, ley 1.ª: «*Que es falsedad, e que maneras son della. Falsedad es mudamiento de la verdad*» («*Falsitas est mutatio veritatis, quae fit modis hic expressis. Hoc dicit*»)³¹. También es sugere

²⁷ ¡Cuya infracción se castigaba con la pena del *crimen falsi*!; Cod. 1,17,12: «Terminada la obra con el divino auxilio, se le llamará Digesto o Pandectas; no será lícito a ningún juriconsulto comentarlo, pues destruyen el laconismo de la ley con su locuacidad y también para evitar el antiguo inconveniente de que la diversidad de opiniones de los intérpretes lleve la confusión, bastando se hagan índices y divisiones de títulos que en griego se llaman paratitlas, y no admitiendo la interpretación de ninguna clase»; más adelante, 2.— § 19: «Por lo tanto, adorad y observad estas leyes, olvidad las antiguas, y no las comparéis con las otras, ni busquéis sus diferencias, porque solo las actuales son las que deben cumplirse. Nadie lea, ni cite en juicio ni en controversia alguna mas leyes que las de las Instituciones, Digesto y Constituciones compuestas y publicadas por nos, de lo contrario se le considerará reo de falsedad y lo mismo el juez que las escuche, quedando sujeto a graves penas. § 21: Desde el momento en que resolvimos emprender esta obra, creímos conveniente disponer que ningún juriconsulto hiciera comentarios a estas leyes, excepto la traducción al griego, siguiendo el mismo orden con que están escritas en latín e igual división por títulos para que la multiplicidad de comentarios no engendren confusión, según aconteció con el Edicto perpetuo, acerca del cual fueron infinitas las opiniones de los autores. Y si así no lo hiciéramos ¿cómo se entenderían en lo sucesivo? El contraventor será considerado reo de falsedad y su obra será destruida».

²⁸ HEINEMANN, *Das Crimen Falsi*, pp. 9 y ss.

²⁹ ALEJANDRE, «Estudio histórico», pp. 125 y s.

³⁰ GREEN, «Deceit», p. 1100.

³¹ LÓPEZ (glosador), *Las Siete Partidas del sabio Rey don Alonso el IX*, III (1830), pp. 406 y s.: «*Falsedad es mudamiento de la verdad (1). E puedese fazer la falsedad en muchas maneras; assi como si algun Escriuano del Rey, o otro que fuesse Notario publico de algun Concejo, fiziesse priuilegio, o carta falsa a sabiendas; o rayesse, o cancellasse, o mudasse alguna escritura verdadera, o pleyto, o otras palauras que eran puestas en ella, cambiandolas falsamente. Otrosi dezimos que falsedad faria el que tuuiese carta, o otra escritura de testamento, que alguno auia fecho, si la negasse diziendo que la non tenia o si la furtasse a otro que la tuuiese en guarda, e la escondiese, o la rompiesse o tolliesse los sellos della, o la dañasse en otra manera qualquier. Esso mesmo seria, quando alguno, a quien fuesse dada carta de testamento en guarda a tal pleyto que la non leyesse, nin demostrasse a ninguno, en vida de aquel que gelo encomendo; si despues el otro la abriesse e la leyesse a alguno sin mandamiento del que gela diera en encomienda. Otrosi dezimos, que el Judgador, o el Escriuano del Rey, o del Concejo, que tuuiese alguna escritura de pesquisa, o de otro pleyto qualquier, que gela mandasse tener en guarda, o abrir en poridad: si la leyesse, o apercibiesse alguna de las partes de lo que era escrito en ella, que faria falsedad. Esso mesmo dezimos, que faria el Abogado, que apercibiesse a la otra parte, contra quien razonaua, a daño de la suya, mostrándole las cartas, o las poridades de los pleitos que el razonaua, o amparaua; e a tal Abogado dizen en latin Praevaricator, que quiere tanto dezir en romance, como ome que trae falsamente al que deue ayudar. Otrosi faria falsedad, si alegasse a sabiendas leyes falsas en los pleytos que*

rente constatar que en la primera glosa de esta Partida se cita precisamente a Azo³². Esto permite reafirmar el concepto del primer elemento del *crimen falsi* como mutación de la verdad³³. Sin embargo, resta aún por precisar qué se entiende por *verdad*. Frente a la pregunta «*veritas quid est?*», la doctrina responde: «*Ipse Deus*»³⁴. En cambio, la verdad humana se define como «*notitia certae rei*»³⁵. Estas repuestas parecen explicar el descrédito en que cayó posteriormente el concepto de verdad, tildado en la literatura moderna sobre falsedad documental con mucha frecuencia, pero también equívocamente, de «metafísico».

Para evitar las tribulaciones que provoca este concepto, Heinemann propone en 1904 una lectura moderna del mismo, que a renglón seguido se transcribe y traduce por su claridad:

«El hombre requiere poder extraer del mundo exterior que observa conclusiones que orienten su actividad. Estas conclusiones las obtiene mediante la aplicación de reglas de observación que ha adquirido por experiencia y que le permiten captar las relaciones de los objetos percibidos. Presupuesto para sacar conclusiones correctas es que el mundo exterior se presente a su observación de tal manera que las representaciones provocadas por medio de este se correspondan efectivamente con las relaciones. Este atributo de aquello a observar (*des Wahrzunehmenden*) es lo que aquí se llama *veritas*. Una *mutatio veritatis* es entonces una acción mediante la cual en el marco de los objetos percibidos,

tauiesse. Otrosi faria falsedad, el que tuiuisse en guarda de algun Concejo, o de algun ome, privilegios, o cartas, que le mandassen guardar, o tener en poridad, si las leyesse, o demostrasse maliciosamente, a los que fuesen contrarios de aquel gelas dio en condesijo. Otrosi dezimos, que todo Judgador que da juyzio a sabiendas contra derecho, faze falsedad. E avn la faze el que es llamado por testigo en algun pleito, si dixere falso testimonio, o negare la verdad, sabiendola. E esso mismo faze el que da precio a otro, por que non diga su testimonio en algun pleyto, de que lo sabe. Otrosi lo faze, el que lo recibe e non quiere dezir su testimonio porende; ca tambien el que lo da, como el que lo recibe, ambos fazen falsedad. Otrosi dezimos, que qualquier ome, que muestra maliciosamente a los testigos en que mauera digan el testimonio, con intencion de los corromper, porque encubran la verdad, o que la nieguen, que faze falsedad. E aun dezimos, que falsedad faze todo ome que se trabaja de corromper el Juez dandole o prometiendole algo, porque de juyzio tortizeramente. Otrosi dezimos, que qualquier que diesse ayuda, o consejo, por do fuesse fecha falsedad en alguna destas maneras sobredichas, o en otras semejantes dellas, que fazen falsedad, e merece pena de falso. E de la pena que deuen auer porende, fablamos assaz cumplidamente en la tercera Partida deste libro, en las leyes que fablan en esta razón».

³² LÓPEZ, *Las Siete Partidas*, p. 406: «Mudamiento de la verdad (1) Concordat cum autent. de instrumcaut. et fide, in princ. col. 6. et dicitur immutatio secundum Azon C. eod. in summa, eod quod falsatores student mutare, quae vera sunt, ut falsa videantur verisimilia: adde 1. quid sit falsum, D. eod, unde non videtur falsum, quod primordio veritatis adjuvatur, I. cum filius, §. hoeres, D. de legat 2. vide Gloss. in 1. I. D. de conduct sine causa».

³³ GREEN, «Deceit», p. 1102, destaca precisamente el comentario que aquí incluye el Código de las Partidas: «Here, for the first time are a definition of deceit (“the alteration of the truth”) and a statement of moral values that apparently link these various offenses»; MALINVERNI, *Teoria*, pp. 191 y s., discute que este elemento se haya comprendido primordialmente en esta acepción.

³⁴ En referencia a la Biblia, Evangelio según Juan, 14, 6: «Jesús le dijo: yo soy el camino y la verdad y la vida».

³⁵ HEINEMANN, *Das Crimen Falsi*, pp. 11 y s.