

ITER CRIMINIS SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD EN LOS DELITOS DE FALSEDAD DOCUMENTAL Y USO MALICIOSO DE DOCUMENTO FALSO

LUIS EMILIO ROJAS A.*
Universidad Alberto Hurtado

SUMARIO: I. Introducción al problema. II. Premisas de la tesis. a) Premisa de orden material: fin y sentido de las normas. b) Segunda premisa de orden material: estructura de los delitos. Premisa de orden formal: estructura del tipo de falsedad y del tipo de uso de documento falso. III. Fase de ejecución de los delitos de falsedad documental (arts. 193, 194 y 197 CP). IV. Fase de ejecución de los delitos de uso malicioso de documento falso (arts. 196 y 198 CP). a) Principio de ejecución del delito de uso malicioso de documento falso (arts. 196 y 198 CP). Consumación del delito de uso malicioso de documento falso (arts. 196 y 198 CP). V. Conclusión.

PALABRAS CLAVE: Uso malicioso, documento falso, iter criminis, fase de ejecución.

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

Detrás de la discusión sobre el *iter criminis* de cualquier delito se esconde siempre una concepción determinada sobre el injusto del mismo. La definición de los hitos que marcan las distintas fases o grados de desarrollo de un delito depende básicamente de la forma en que el hecho punible aparece descrito en el tipo respectivo. Sin embargo, el marco delimitado por el tipo normalmente deja un margen para la fijación del momento exacto de comienzo de ejecución y de consumación, esto es, del inicio y fin de la fase de ejecución, según la concepción que se adopte sobre el injusto *material*.

El problema del *iter criminis* en los delitos de falsedad documental (art. 193 y ss. del Código penal, en adelante CP) apenas ha sido abordado en la doctrina nacional¹. Este insuficiente tratamiento del problema es reflejo de una aproximación todavía incipiente a la dogmática de los delitos de falsedad documental. Particularmente desacertada es la concepción dominante sobre la estructura del art. 197

* LL.M. y Doctor iur. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Profesor de Derecho penal en la Universidad Alberto Hurtado lurojas@uahurtado.cl

¹ Por ejemplo, GARRIDO MONTT, Mario: Derecho penal, (Santiago, 2008), trata el delito de uso malicioso de documento público falso (p. 85 y s.) y de uso de documento privado falso (p. 92 y s.), pero no inserta un acápite sobre *iter criminis*.

CP como delito de resultado, que se desprendería de la exigencia contenida en la norma del elemento “con perjuicio de tercero”². La concepción dominante sobre la estructura de este tipo conduce a una *aporía*³. Si para la consumación de la falsedad se exige un perjuicio como resultado, ¿entonces qué sentido puede tener contemplar a renglón seguido un delito de uso malicioso de documento falso? Si el perjuicio como resultado ya se produce como consecuencia de la falsedad, ¿entonces en qué puede radicar el contenido de *injusto* del delito de uso malicioso de documento falso? La respuesta tradicional de la doctrina es que esta figura cubre la hipótesis en que es un tercero el sujeto que usa el documento falsificado por el autor de la falsedad, sin haber participado en ésta⁴. Pero, con esta respuesta sólo se logra trasladar el problema a sede de autoría y participación, sin solucionar las cuestiones de fondo antes planteadas.

A continuación, se sostiene la *tesis* que el delito de falsedad documental se consuma exactamente en el momento *anterior* a aquel en que comienza la ejecución del delito de uso malicioso de documento falso⁵. Dicho de otro modo, la fase de ejecución del delito de uso malicioso comienza en el momento exactamente *posterior*

² GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 89, sostiene que “es necesario para la consumación del delito, de consiguiente, que se cause un perjuicio a una persona con la adulteración del documento (...) la exigencia de este elemento del delito, el perjuicio, es lo que transforma el tipo en uno de *resultado o material*” y luego, respecto del delito de uso malicioso de instrumento falso (art. 198 CP), señala que “es un delito de *resultado*, de *lesión*, que requiere para perfeccionarse que una persona haya sufrido un perjuicio con motivo de esa conducta, perjuicio que no necesariamente ha de ser de índole patrimonial” (p. 92 y s.); pero, la pregunta que surge inmediatamente es cómo el *mismo* elemento del perjuicio a otro puede encontrarse previsto por la ley como resultado en dos tipos contemplados uno a inmediata continuación del otro: ¿la producción del mismo resultado fundamenta el injusto de dos delitos tipificados a renglón seguido?

³ Esta aporía fue vista con lucidez por ORTIZ, Pedro, La falsificación de instrumento privado, en *Revista de Ciencias Penales* (1944), pp. 207 y ss., sin embargo, el instrumental conceptual disponible en la época no le permitía ofrecer una solución convincente (el perjuicio es una condición objetiva de punibilidad); posteriormente, en la misma dirección LONDOÑO, Fernando, Comentario a la STOP de Calama de 30 de septiembre de 2008 (RUC: 0410000245-6), en *Doctrina y Jurisprudencia Penal* (2010), pp. 57 y ss.; VARGAS, Tatiana: Daño del engaño en documentos privados. Aproximación al perjuicio en la falsificación de instrumentos privados, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* (2011), pp. 200 y ss.

⁴ Cfr. GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 85; esta es la explicación estándar de los tipos equivalentes del Código penal español de 1995 (arts. 393 y 396), cfr. CORCOY, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago, Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010, (Madrid, 2011), pp. 866, 868.

⁵ La formulación de la tesis ha sido precisada debido a la principal crítica planteada por el Prof. Dr. Hernández frente a la exposición del trabajo en las XI Jornadas Chilenas de Derecho penal y Ciencias penales que tuvieron lugar los días 27 y 28 de noviembre de 2014 en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dicha crítica rezaba textualmente así: “la tesis (...) supone aceptar que la consumación de un delito (el de falsedad) dependa del principio de ejecución de otro, por sí mismo o por un tercero (...)”.

a aquel en que concluye la fase de ejecución del delito de falsedad, colmando así cualquier vacío de punibilidad que pudiera generarse entre la realización de uno y otro delito. Por eso, *iter criminis* sin solución de continuidad.

La explicación de esta tesis exige, sin embargo, aclarar previamente las *premisas* desde las cuales parte. Estas premisas subyacen a una concepción determinada de las normas de los artículos 193 a 198 CP, según la cual éstas configuran un *sistema*⁶. En esta concepción, pueden distinguirse premisas de orden material y otras de orden formal. Las premisas de orden material dicen relación, por una parte, con el fin y sentido de estas normas y con la estructura del delito de falsedad y del delito de uso malicioso de documento falso desde el punto de vista de la forma de *ataque* al interés jurídico protegido que implica cada uno. La premisa de orden formal atañe, por otra parte, a la estructura de los tipos de falsedad (arts. 193, 194 y 197 CP) y de los tipos de uso malicioso de documento falso (arts. 196 y 198 CP).

II. PREMISAS DE LA TESIS

Una premisa de orden *formal* surge del simple ejercicio de comparación de la forma en que, por un lado, los tipos de los artículos 193, 194 y 197 describen el delito y, por el otro, de la forma en que los tipos de los artículos 196 y 198 CP describen el hecho punible. Los artículos 193, 194 y 197 CP comparten la misma *forma* de describir la conducta típica a partir de la frase “cometer falsedad en un documento”, público o privado, *ergo*, establecen delitos de falsedad documental. Frente a este ejercicio de comparación, puede hacerse notar la diferencia que surge en el texto del art. 197, que alude al “perjuicio de tercero”, elemento que no aparece mencionado ni en el art. 193 ni en el 194 CP⁷. Sin embargo, lo anterior no obsta a que la *conducta* típica, tradicionalmente dicho, “el verbo rector”, se describe de la misma forma, es decir, se trata en los tres tipos citados de una conducta de *falsedad*. Por su lado, los artículos 196 y 198 CP comparten la misma forma de describir el hecho punible mediante la frase “hiciera uso de instrumento falso”, por ende, establecen delitos de uso malicioso de documento falso. En contra de este ejercicio de comparación, se puede hacer notar que por la remisión del art. 198 al art. 197 CP se torna en exigencia también del delito de uso malicioso de documento privado o mercantil falso el “perjuicio de tercero”⁸. Sin embargo, el texto del art. 198 reza “el que maliciosamente hiciera uso de *los instrumentos falsos*

⁶ Cfr. ROJAS, Luis Emilio, Deconstrucción del modelo dominante de comprensión de los delitos de falsedad documental, en *Política criminal* (2014), pp. 511 y ss.

⁷ Sobre la función que cumple este elemento en el art. 197 CP, ROJAS, Luis Emilio, Falsedad documental como delito de engaño, en *Revista Chilena de Derecho* (2014), p. 542 y s.

⁸ Así, GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 92 y s.

a que se refiere el artículo anterior”, por ende, la remisión se hace expresamente a las clases de documento contempladas en el inciso 1º, cual es, el documento privado, y a las mencionadas en el inciso 2º del art. 197 CP, esto es, el documentos mercantil.

Este simple ejercicio de comparación permite afirmar que la estructura típica de los delitos de falsedad documental contemplados en los artículos 193, 194 y 197 es la misma. Y que, por su parte, la estructura típica de los delitos de uso malicioso de documento falso previstos en los artículos 196 y 198 CP es la misma. Esta constatación, hasta ahora de carácter formal, exige aclarar una cuestión de orden *material*, esto es, respecto del fin y sentido de estas normas.

a) Premisa de orden material: fin y sentido de las normas

La referencia que el epígrafe del párrafo 4º hace a los “documentos públicos o auténticos” y la forma en que aparecen redactadas, en particular, las modalidades de comisión de la falsedad en los numerales 1º, 2º y 3º del art. 193 CP, permiten colegir que esta norma protege la *autenticidad* del documento público. Como ya lo hizo ver *Peña Cereceda* en la doctrina nacional en 1954, las modalidades descritas en los numerales 1 y 2 del art. 193 dicen relación con el elemento constitutivo de cualquier documento, como es su *autor* –“el instrumento debe necesariamente tener un autor (...)”, mientras que la descrita en el numeral 3º del mismo artículo concierne al otro elemento necesario para la existencia de un documento, como es su *contenido*, “que no es otro que la declaración, manifestación o testimonio (capaz de producir efectos jurídicos) del autor”⁹. Pero, además, a partir de la forma en que aparece consagrada la modalidad 4ª del mismo artículo, que declara punible la falsedad cometida “faltando a la verdad en la narración de hechos substanciales”, se deduce que esta norma brinda protección también a la *verdad* del documento público. A continuación, el art. 194, sobre falsedad cometida por particular en un documento público, remite a las modalidades de comisión de la falsedad previstas en el art. 193 CP. Esta remisión indistinta permite sostener que el *fin de protección*

⁹ PEÑA CERECEDA, Federico, Observaciones acerca del artículo 27 de la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil, de 31 de enero de 1930, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1954), p. 54: “Aun cuando es difícil que en la realidad el empleado que supone la intervención de personas que no la han tenido no se vea en la necesidad de contrahacer, al mismo tiempo, la firma o rúbrica de dichas personas, la ley ha formulado separadamente ambas formas de falsedad porque previó el caso en que no sea necesaria la firma del otorgante (artículo 1018 del Código civil)”; respecto del elemento de la declaración (contenido del documento), advierte que si el empleado “altera su sentido y atribuye al compareciente declaraciones diferentes de las que hubiere hecho, se vale de la falsedad que determina el N. 3 del artículo 193”; cfr. en la doctrina española la discusión en torno a las modalidades equivalentes contempladas en los numerales 1º a 3º del art. 390 del Código penal español de 1995, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, (Barcelona, 1999), pp. 423-546.

de ambas normas es el *mismo*. Ambas normas protegen tanto la autenticidad como la verdad del documento público. El fin de protección, entonces, es *doble*.

Por su parte, el art. 197, sobre falsedad cometida en documento privado o mercantil, también remite indistintamente al art. 193 CP, por lo que se podría sostener, con base en el texto de la ley, que el fin de protección es el mismo¹⁰. Sin embargo, aquí se trata de documentos privados y mercantiles, no de documento público. Las normas jurídicas pre-penales, esto es, de Derecho privado y de Derecho público, incluidas las normas procesales, en general reconocen un interés del ordenamiento jurídico en la protección de la autenticidad del documento privado, mas no en la verdad de éste¹¹. En este sentido, *Bacigalupo* sostiene recientemente que la “verdad” del documento privado se reduce a su *autenticidad*¹². Este razonamiento permite sostener que el fin y sentido de la norma del art. 197 se reduce a la *protección de la autenticidad* del documento privado y mercantil. El fin de protección de esta norma, en consecuencia, es *único*.

Ahora bien, en la sistemática del Código penal se insertan los artículos 196 y 198, sobre uso malicioso de documento falso, a inmediata continuación de los artículos 193 y 194 y del art. 197 CP, respectivamente. Esta regulación sistemática permite concluir que, por una parte, el fin de protección de las normas de los artículos 193, 194 y 196 CP es el mismo y que, por otra, el fin de protección de las normas de los artículos 197 y 198 CP es el mismo. Mediante el primer plexo de normas se protegen, en consecuencia, los mismos intereses jurídicamente reconocidos: la *autenticidad* y la *verdad* del documento público. El interés jurídicamente protegido en conjunto por las normas de los artículos 197 y 198 CP es, en cambio, único: protección de la *autenticidad* del documento privado y mercantil.

b) Segunda premisa de orden material: estructura de los delitos

Lo anterior implica que los delitos de falsedad documental y los delitos de uso malicioso de documento falso constituyen *diferentes formas de ataque a los mismos intereses* jurídicamente protegidos. Este razonamiento permite explicitar la segunda premisa de orden material, que atañe a la estructura típica de ambas

¹⁰ En este sentido, COUSIÑO, Luis, La falsificación de instrumento privado, en *Revista de Ciencias Penales* (1944), pp. 13 y ss., sostiene que el bien jurídico lesionado “siempre es el mismo, se trate de documentos públicos, privados o de comercio”; luego, “en esta forma, el único bien jurídico afectado es la *fe probatoria*” (p. 13; destacado original).

¹¹ Cfr. CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, (Santiago, 1939), pp. 670 y ss.

¹² BACIGALUPO, Enrique, Falsedad documental, estafa y administración desleal, (Madrid, 2007), p. 101: “la ‘verdad’ de los documentos privados es lo que garantizan, es decir, se reduce a su *autenticidad*” (destacado original).

clases de delito. Mediante la sola realización de una conducta típica de falsedad no puede *lesionarse* ningún interés jurídicamente protegido. Si se trata, como en el primer plexo de normas –arts. 193, 194 y 196 CP, de la protección de la autenticidad y de la verdad del documento público, entonces estos intereses pueden verse lesionados recién cuando otro, el receptor del documento, adquiere *conocimiento* del documento público falso por ser inauténtico o por ser no verdadero. Lo mismo vale respecto de las normas de los artículos 197 y 198 CP, esto es, el interés en la protección de la autenticidad sólo puede verse lesionado cuando el receptor del documento privado o mercantil adquiere conocimiento del carácter falso por inauténtico del documento. Pero, para alcanzar este estadio de conocimiento falso es necesario que previamente se haga uso del documento falso, en el marco de una relación comunicativa entre emisor y receptor del documento. La sola falsificación de un documento público o privado puede mantenerse en la esfera puramente *interna* del sujeto, en todo caso, siempre en el ámbito previo a la lesión del bien jurídico¹³. Dicho con otras palabras, para alcanzar el ámbito propiamente lesivo del interés jurídico protegido es necesaria la realización de otra *conducta* posterior a la falsificación del documento. Esta otra conducta que, por decirlo así, *media* entra la falsificación y la lesión al bien jurídico, consiste en *hacer* uso de un documento falso.

Esta digresión hasta ahora más bien fenomenológica permite extraer la siguiente consecuencia respecto de la estructura típica de estos delitos. Los delitos de falsedad documental previstos en los artículos 193, 194 y 197 CP constituyen delitos de *peligro* a los intereses jurídicos respectivamente protegidos –autenticidad y verdad del documento público, en el primer plexo de normas, solamente autenticidad del documento privado en la última norma. En cuanto a la cuestión de si se trata de un delito de peligro abstracto o concreto, cabe tener presente la distinción que *Jakobs* formula en el sentido de que “un peligro es abstracto, cuando la peligrosidad general de una conducta determinada constituye el fundamento para la reprobación de toda conducta de ese tipo (...) un peligro es concreto, cuando un bien presente (¡perspectiva de la víctima!) se encuentra en peligro”¹⁴. Conforme a esta distinción, se trataría de un delito de peligro abstracto, puesto que en el momento en que se ejecuta la conducta típica de falsedad,

¹³ Cfr. JAKOBS, Günther, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1985), pp. 755-757, advierte que las consecuencias que se mantienen en la esfera interna del *ciudadano*, no pueden constituir un acto preparatorio punible, la tentativa o consumación de un delito: “Los delitos documentarios, incluida la falsificación de dinero, en sus variantes del hacer y falsificar son al menos sospechosos a la luz de esta máxima de privacidad” (p. 757).

¹⁴ *Ibid.*, p. 767 nota 20.

no necesariamente hay *presencia* de un bien que pueda ponerse en peligro¹⁵. En cambio, los delitos de uso de documento falso contemplados en los artículos 196 y 198 CP configuran delitos de *lesión* a los intereses jurídicos respectivamente protegidos. Mientras que la realización de las conductas de falsedad se ubica todavía en el ámbito previo a la lesión del bien jurídico, el uso del documento falso implica *materialmente* la lesión al interés jurídico protegido¹⁶. De esta manera, se explicita la segunda premisa de orden *material*.

*c) Premisa de orden formal: estructura del tipo de
falsedad y del tipo de uso de documento falso*

A partir de esta premisa, es posible explicitar otra de orden formal, que atañe también a la estructura típica de estos delitos. La forma en que los tipos de los artículos 193, 194 y 197 describen la conducta prohibida surge de la frase “cometer falsedad en un documento” mediante alguna de las modalidades

¹⁵ En este sentido, WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts –zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*, (Berlín, 2000), pp. 307 y ss., distingue al interior de los delitos de peligro abstracto tres categorías, los delitos de “peligrosidad concreta” (1), el delito cumulativo (2) y el delito de preparación (3), caracterizado este último por tratarse de “conductas, cuyo riesgo potencial radica en que el propio actuante u otra persona puede conectarse al producto de la conducta en cuestión para la realización de fines delictivos” (p. 310), mencionado como ejemplo, entre otros, las modalidades alternativas del hacer y el falsificar del § 267 StGB.

¹⁶ Así, VORMBAUM, Moritz, *Das Handeln ‘zur Täuschung im Rechtsverkehr Zur Auslegung des § 267 I StGB*, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* (2011), p. 179, sostiene: “La acción de falsedad documental propiamente típica debe verse en la variante del uso, pues solamente mediante esta modalidad de acción se lesiona efectivamente el bien jurídico protegido del § 267 StGB. La incriminación del hacer y el falsificar, en cambio, son construcciones auxiliares para abarcar conductas que materialmente constituyen actos preparatorios” (destacado agregado); FREUND, Georg, *Urkundenstraftaten*, (Berlín, 2010), núm. marg. 227a, afirma: “existe un engaño en el tráfico jurídico, cuando se lesiona el derecho del engañado a una base correcta de asignación mediante el fingimiento de la autenticidad de un documento. Actúa para el engaño quien reconoce que su proyecto puede implicar la lesión del derecho descrita –sea inmediatamente por una conducta propia o mediatamente por medio de la conducta de un tercero”; ERB, Völker, *Münchener Kommentar*, (München, 2014), § 267 StGB, núm. marg. 196, sostiene que la alternativa del “hacer uso” implica, a diferencia de las alternativas del hacer y el falsificar, el ataque al bien jurídico; la acción de engaño, que el autor tiene en mira o que efectivamente ha realizado en los casos de la tercera alternativa, corresponde al “uso” del documento inauténtico, se trata con el empleo del falso, en definitiva, del “ataque al bien jurídico específico del delito” (núm. marg. 203); las tres citas precedentes sean descontextualizado *intencionalmente*, pues todas se refieren al alcance del elemento subjetivo específico del tipo “para el engaño en el tráfico jurídico” del § 267 StGB, en cuyo párrafo 1º se contemplan las alternativas típicas del hacer y falsificar, pero también del hacer uso, por lo que dicho elemento subjetivo es común a las tres alternativas de conducta típica; la tesis que se sigue, básicamente, es que el “engaño en el tráfico jurídico”, cuya realización se exige por el § 267 StGB solamente en el plano subjetivo, debido a la regulación separada del tipo de falsedad y del tipo de uso en el Código penal, describe el injusto del delito de uso malicioso de documento falso.

previstas en los numerales 1º a 8º del art. 193 CP. Los tipos reducen la descripción del hecho punible a la conducta típica de falsedad documental. El tipo se realiza completamente cuando se ejecuta totalmente la *conducta* típica. Se trata, entonces, de delitos de *mera actividad*. En cambio, los tipos de uso malicioso de documento falso –arts. 196 y 198 CP, que desde un punto de vista material constituyen delitos de lesión, exigen para su realización completa al menos que el receptor del documento falso adquiera conocimiento de éste. Pero, este estado de conocimiento falso del receptor presupone que el autor ejecute una *conducta* que posibilite este error. *Ergo*, el tipo de uso malicioso presupone, por una parte, la realización de una conducta típica de hacer uso por parte del autor y, por otra, la ocurrencia de un error en el receptor del documento falso, esto es, dos momentos diferenciables en el *iter criminis*. En consecuencia, y a diferencia que en los tipos de falsedad, es posible que el autor acabe la conducta típica de *hacer* uso, sin que se produzca un error y, por lo tanto, sin que se complete el tipo. En este sentido, los tipos de uso malicioso de documento falso pueden calificarse de delitos de *resultado*¹⁷.

III. FASE DE EJECUCIÓN DE LOS DELITOS DE FALSEDAD DOCUMENTAL (ARTS. 193, 194 Y 197 CP)

Aclaradas las premisas de la tesis, es posible ahora plantearla con mayor grado de detalle. En este sentido, puede fraccionarse la fase de ejecución de los delitos de falsedad documental, previstos en los artículos 193, 194 y 197 CP, del siguiente modo:

¹⁷ En este sentido, GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 92 y s., señala respecto del tipo del art. 198 que “es un delito de *resultado*, de *lesión*, que requiere para perfeccionarse que una persona haya sufrido un perjuicio con motivo de esa conducta, perjuicio que no necesariamente ha de ser de índole patrimonial” (destacado original); pero, ¿de qué índole puede ser un perjuicio no patrimonial, que sea consecuencia del empleo malicioso de un documento falso y que no configure la lesión a otro interés jurídico individual o colectivo expresamente contemplada en otro tipo –ej. calumnia en el art. 412 o la presentación de medios de prueba falsos ante un tribunal en el art. 207 CP? Respecto del tipo del art. 196 CP, GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 85 y s., sostiene que “este delito consiste en la acción de usar el documento, y usar para estos efectos tiene un sentido amplio, no se requiere que cause un perjuicio, pero sí es necesario que se emplee el documento como tal. Un uso de otra índole, sea como simple papel u otro independiente de su calidad de documento público, es atípico. Lo que se ampara es la fe pública, y ésta resulta afectada únicamente cuando el usuario emplea el documento mendaz como verdadero, aunque no perjudique a una persona determinada con ello”; de este pasaje es posible colegir el alcance de un “perjuicio de índole no patrimonial”, éste consiste en *emplear el documento como tal*, es decir, usar un documento falso como si existiera y, en el caso del documento público, emplear un documento falso como si fuera verdadero.

Realización de la <i>conducta típica</i>			
<i>Decisión</i> a la inmediata elaboración del borrador de documento falso.	Elaboración de borrador de documento falso (con al menos uno de sus elementos constitutivos).	<i>Creación</i> de documento falso (con todos sus elementos).	<i>Acceso</i> de un tercero al documento falso.

Tentativa presupone dolo, al menos *decisión* a cometer el hecho punible, cuando el acto realizado por el sujeto es inmediatamente previo a la realización propiamente típica¹⁸. En el caso del presente tipo, se trata de un delito de falsedad documental, que consiste en la *creación* de un documento falso, por ende, se comienza a realizar propiamente el tipo cuando el *dolo* se manifiesta externamente en la elaboración de al menos uno de los elementos constitutivos de un documento, por ejemplo, su contenido declarativo o su atribución a un sujeto¹⁹. Por ende, el umbral de la tentativa puede fijarse en un momento inmediatamente previo al comienzo de realización de la conducta propiamente típica, en la medida en que el sujeto adopte la *decisión* a su realización completa²⁰.

El delito de falsedad documental podría estimarse consumado ya cuando la creación del documento falso se completa con todos sus elementos, sin embargo, este momento puede permanecer frecuentemente en la esfera interna del sujeto²¹. Para que se consume, el hecho debe alcanzar relevancia *intersubjetiva*, lo cual ocurre desde ya cuando el propio autor de la falsedad se dispone inmediatamente a hacer uso del documento falso, por ejemplo, enviándolo a su destinatario. Pero, si no es el caso, dicha relevancia se alcanza también cuando el sujeto vuelve *accesible*

¹⁸ Cfr. MURMANN, Uwe, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, (Heidelberg, 1999), pp. 8 y ss., hace ver con razón que *dolo*, en estricto rigor, sólo puede formarse cuando el autor realiza la conducta *típica*, antes de ese momento, se trata estructuralmente de actos preparatorios, aun cuando éstos se encuentren unidos al tipo por un nexo de inmediatez; en esta fase inmediatamente previa al tipo, dolo en el sentido de *conocimiento* referido a la ejecución del acto preparatorio no es suficiente para legitimar el castigo a título de tentativa, para este efecto debe *además* formarse en el autor la *intención* de proceder a la realización de la conducta típica (p. 11).

¹⁹ Sobre los elementos que deben concurrir para estar en presencia de un documento, ROJAS, Luis Emilio, *Falsedad documental como delito de engaño*, ob. cit., pp. 530 y ss.

²⁰ MURMANN, Uwe, ob. cit., p. 25, pone de relieve que con el requisito de “inmediatez” se designa un criterio descriptivo, lo materialmente decisivo es la pregunta por la medida en que se realiza el injusto (del hecho tentado) merecedor de pena antes de la realización de la acción típica.

²¹ Cfr. JAKOBS, Günther, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ob. cit., p. 756, aquí se encuentra la legendaria frase de *Jakobs*: “El Derecho penal del enemigo optimiza protección de bienes jurídicos, el Derecho penal del ciudadano optimiza esferas de libertad”.

el documento falso a un tercero, que normalmente será el destinatario, pero que también puede ser otro sujeto que pretenda usarlo antijurídicamente en el tráfico jurídico. Este es el momento de consumación del delito de falsedad documental. En cualquiera de esos momentos, el hecho traspasa la esfera interna del autor y alcanza la *externa* de otro sujeto, aun cuando no se produzca todavía una lesión al interés jurídico protegido ni tampoco una “puesta en peligro concreto” de éste. Lo *materialmente* determinante es que la realización de la conducta implique efectivamente un cuestionamiento a la prohibición de crear un documento falso, que subyace al tipo de falsedad –arts. 193, 194 o 197 CP.

IV. FASE DE EJECUCIÓN DE LOS DELITOS DE USO MALICIOSO DE DOCUMENTO FALSO (ARTS. 196 Y 198 CP)

En cuanto a los delitos de uso malicioso de documento falso, contemplados en los artículos 196 y 198 CP, es posible dividir la fase de ejecución en dos etapas, una que implica realización de la conducta típica y otra que conlleva la producción del resultado:

Realización de <i>conducta</i> típica			<i>Resultado</i> típico	
<i>Decisión</i> al inmediato envío/ entrega/ presentación del documento falso.	Envío/ entrega/ presentación de documento falso.	Recepción de documento falso.	Conocimiento de documento falso.	Error de otro.
				Conducta jurídicamente relevante de otro.

El esclarecimiento de la fase de ejecución de este delito exige previamente una reflexión en el plano *subjetivo*. ¿Por qué el legislador del siglo XIX exige “malicia” en los tipos de uso de documento falso, al mismo tiempo que omite esta exigencia en los tipos de falsedad? Si hubiera pretendido de este modo cerciorarse que el autor conociera el carácter falso del documento, hubiese incluido simplemente la mención “a sabiendas”, como sucede, por ejemplo, en el tipo de presentación de medios de prueba falsos ante tribunal del art. 207 CP. Sin embargo, no se ha contentado con esta exigencia subjetiva, ¿por qué?

Mientras que es concebible la realización de una hipótesis de falsedad en relación a un sujeto aún indeterminado, resulta difícilmente pensable hacer uso de un documento falso respecto de un otro innominado. Se envía o presenta un documento siempre a un sujeto determinado. Si el documento es una forma de *comunicación*, entonces su uso se produce en el marco de una relación comunicativa, esto es,

entre un emisor y un receptor del mensaje²². Se hace uso de un documento falso para engañar a otro, ya sea para hacerle creer que existe un documento, cuando en realidad no existe ninguno, o para hacerle creer que su contenido es verdadero, cuando en verdad éste es falso. Pero, este engaño tampoco es un fin en sí mismo. Como dijera irónicamente *Binding*, este engaño no es académico, “sino que para un fin práctico y jurídicamente relevante”²³. Este fin consiste en mover al receptor del mensaje a la realización de una conducta jurídicamente relevante²⁴. Así se explica la exigencia de “malicia”, esto es, en el lenguaje moderno de la teoría del delito, de dolo directo, en el sentido de que se hace uso de un documento falso para provocar una conducta jurídicamente relevante del destinatario a través del error.

*a) Principio de ejecución del delito de uso malicioso
de documento falso (arts. 196 y 198 CP)*

Esta disquisición en el plano subjetivo permite aproximarse a una delimitación de la fase de ejecución de este delito. Para provocar un error en otro mediante un documento falso, es menester que una persona previamente lo reciba. La recepción del documento falso, a su turno, presupone que el autor lo envíe o entregue. Si lo determinante es la recepción del mensaje y no meramente de su soporte, entonces ésta también se puede producir mediante la simple presentación del documento falso a otro. Enviar, entregar o presentar son distintas formas de *hacer* uso de un documento²⁵. Por ende, son diferentes modos de realización de la conducta típica del delito de uso malicioso.

²² SAMSON, Erich, *Urkunde und Beweiszichen*, (Göttingen, 1968), pp. 33 y ss., fue el primero en poner de relieve este carácter del documento, con una amplia investigación realizada desde la semiología; pocos años después, PUPPE, Ingeborg, *Die Fälschung technischer Aufzeichnungen*, (Berlín, 1972), pp. 18 y ss., profundiza en la misma dimensión.

²³ BINDING, Karl, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, (Leipzig, 1904), p. 242.

²⁴ PUPPE, Ingeborg, *Nomos Kommentar* (Baden-Baden, 2013) § 267, núm. marg. 100: “El autor actúa en el tráfico jurídico, cuando pretende mover al destinatario del engaño a alguna conducta jurídicamente relevante”; el § 271 párrafo 2 StGB, sobre falsa documentación mediata en registros o documentos *públicos*, contempla también la modalidad de hacer uso “para el engaño en el tráfico jurídico”, por lo que PUPPE, Ingeborg, *Nomos Kommentar*, ob. cit., § 271, núm. marg. 48, sostiene que esta modalidad típica debe entenderse en el *mismo* sentido que en el § 267 StGB; sin embargo, el *contenido* del engaño y del error no puede ser el mismo, no obstante que la *estructura* del elemento subjetivo sea la misma, dado que el fin de protección de la norma del § 271 –protección de la verdad– es distinto que el del § 267 StGB –protección de la autenticidad; si, como sostiene PUPPE, Ingeborg, *Nomos Kommentar*, ob. cit., § 267, núm. marg. 99, respecto de este tipo que, “según su contenido, el engaño debe radicar solamente en que el documento sea auténtico”, entonces, el mismo en el § 271 párrafo 2 StGB no puede sino recaer en que el documento público sea *verdadero*.

²⁵ Cfr. SAMSON, Erich, ob. cit., pp. 114 y ss.

De esta manera, y en aplicación de los principios de la teoría de la tentativa, es posible fijar el comienzo de ejecución de este delito en el momento en que el autor adopta la decisión de realizar dicha conducta y la manifiesta externamente al menos en un acto inmediatamente previo a la realización típica²⁶. Es decir, desde la perspectiva del autor, es necesario que adopte la decisión de realizar la conducta típica en cualquiera de sus modos. Si esta decisión se traduce ya en la realización de cualquiera de estos modos, por ejemplo, en el envío del documento falso, entonces indudablemente hay principio de ejecución. Pero, este también puede configurarse cuando dicha decisión alcanza a manifestarse externamente en un acto inmediatamente previo a cualquiera de los modos de realización de la conducta típica.

b) Consumación del delito de uso malicioso de documento falso (arts. 196 y 198 CP)

Ahora bien, respecto del momento de consumación, existen dos alternativas que implican la realización del contenido de injusto de este delito. Ambas son coherentes con la premisa de orden material en el sentido de que se trata aquí de la lesión al interés jurídicamente protegido y con la formal de que este tipo describe un delito de resultado. El momento consumativo puede fijarse en el estado de error del otro o en la realización de una conducta jurídicamente relevante por parte de éste²⁷. Ambos momentos son consecuencias posibles de la realización de la conducta típica de hacer uso de un documento falso, solamente que uno —el error— se sitúa antes en el *iter criminis*. Antes del error pueden identificarse los momentos de la recepción y del mero conocimiento de la presencia del documento, pero ambos son en sí mismos irrelevantes. La recepción del documento normalmente marca la finalización de la realización de la conducta típica, mientras que la toma de conocimiento de la presencia del documento es un paso previo al error propiamente tal. Pero, ni una ni la otra fundamentan el injusto de este delito y muchas veces penden de la mera casualidad²⁸.

Si hacer uso de un documento falso se interpreta en el sentido de una conducta de *engaño* en el tráfico jurídico, entonces basta con la realización de la consecuencia propia del engaño que es el error de otro. Exigir para la consumación que este último efectivamente realice una conducta jurídicamente relevante, condicionada

²⁶ Cfr. ROXIN, Claus, *Strafrecht*, AT t. II, (München, 2003), § 29, núm. marg. 126 y ss., sobre la “teoría del acto intermedio”; sobre la punibilidad de la tentativa de falsedad documental, el mismo, *ibid.*, § 29, núm. marg. 343.

²⁷ Cfr. JAKOBS, Günther, *Urkundenfälschung*, (Köln, 2000), p. 90 y s. con nota 148.

²⁸ Cfr. BINDING, Karl, *ob. cit.*, pp. 249 y ss.

por un error, por ejemplo, una disposición patrimonial, no tiene mayor asidero en el texto de la ley, que sólo se refiere al “hacer uso”²⁹. La pregunta por la consumación depende, entonces, solamente del alcance que se le puede dar a la palabra *uso*.

Como sostiene *Jakobs* respecto del delito de falsedad documental, éste se consuma cuando el quiebre del Derecho se ha manifestado en el resultado, esto es, con la *desorientación*³⁰. El problema que plantea el § 267 del Código penal alemán (StGB) radica en que sanciona con la misma pena la falsificación del documento, que se ubica en el ámbito previo a la lesión, y el hacer uso del documento falso, que se sitúa en la fase ya propiamente lesiva del bien jurídico, por lo que se habla de una suerte de “delito de emprendimiento” (*vid.* definición del § 11 N. 6 StGB)³¹. Esta forma de regulación legal, cuyo origen histórico se remonta a la primera versión de esta disposición en el *Reichsstrafgesetzbuch* de 1871, que consagraba un delito de dos actos –falsedad y uso, constriñe a la doctrina alemana a buscar una solución interpretativa que pueda compensar en el plano subjetivo el *déficit* regulativo que implica castigar con la misma pena un acto preparatorio –la falsificación– y una conducta propiamente lesiva –hacer uso³². Si originalmente la punibilidad de la

²⁹ De *lege ferenda* JAKOBS, Günther, *Urkundenfälschung*, ob. cit., p. 90 nota 148, observa que el legislador también puede elegir un momento posterior para la realización típica, por ejemplo, en la *conducta bajo desorientación*, pues a la desorientación misma como suceso “interno” le falta relevancia social y, además, muchas veces puede restar sin consecuencias: “¿A quién le sirven todas las libertades sobre las cuales el sujeto cree estar orientado?”.

³⁰ JAKOBS, Günther, *Urkundenfälschung*, ob. cit., p. 90.

³¹ PUPPE, Ingeborg, *Nomos Kommentar*, ob. cit., § 267, núm. marg. 99, señala que con el elemento del tipo “para el engaño en el tráfico jurídico” se describe propiamente la lesión del bien jurídico, pero en la medida en que la ley se satisface con la realización de este elemento en el tipo *subjetivo*, “convierte la falsedad documental en un delito impropio de emprendimiento”; JAKOBS, Günther, *Urkundenfälschung*, ob. cit., p. 91, se refiere a un “pequeño” delito de emprendimiento, que abarca la tentativa inacabada y la acabada seguramente reversible; DENCKER, Friedrich, *Zur Täuschung im Rechtsverkehr*, en *Festschrift für Samson*, (2010), p. 289 y s., habla de delitos disimulados (“*verkümmerte*”) de dos actos y de resultado cortado, porque se hace *uso* del documento falso para engañar en el tráfico jurídico, sin que sea menester que este engaño se realice efectivamente, por eso califica esta alternativa de “resultado cortado”; mientras que las alternativas del hacer y el falsificar, que más bien son actos preparatorios en relación al engaño, serían de dos actos “disimulado”, ya que se realizan con la *intención* de luego usar el documento falso y hacer uso es otro acto, sin que se exija la realización copulativa de ambos.

³² LENCKNER, Theodor, *Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1967), p. 1892 y s., aboga por una interpretación *amplia* del elemento subjetivo específico del tipo “para el engaño en el tráfico jurídico” y *equivalente* para las tres alternativas del hacer, falsificar y hacer uso; en reflexiones de *lege ferenda* VORMBAUM, Moritz, ob. cit., p. 179 y s., sigue una interpretación amplia en la alternativa del hacer uso, ya que solamente mediante esta modalidad de acción se lesiona efectivamente el bien jurídico protegido del § 267 StGB, mientras que respecto de las alternativas típicas del hacer y falsificar, que materialmente constituyen actos preparatorios, favorece una interpretación restringida de este elemento a la “intención de mover

conducta de falsedad se supeditaba a la efectiva realización del uso, actualmente se contempla la primera conducta como *alternativa* típica del hacer uso, pero castigada con la pena propia de éste, esto es, de la consumación *material*³³.

Dado que en la tradición del Código penal chileno los tipos de uso malicioso de documento falso siempre se han contemplado de modo separado y a continuación de los tipos de falsedad, dicho constreñimiento interpretativo no se presenta. De tal modo que el momento de consumación puede sin más definirse en la producción del error como consecuencia de hacer uso del documento falso. También es plausible sostener que el delito se consuma cuando efectivamente se realice una conducta jurídicamente relevante, condicionada por el error. Pero, si se parte de la premisa que la norma del art. 196 protege, al igual que la de los arts. 193 y 194 CP, tanto la autenticidad como la verdad del documento público y que la del art. 198 protege, al igual que el art. 197, solamente la autenticidad del documento privado o mercantil, entonces es coherente identificar el momento de *lesión* a estos intereses jurídicamente protegidos ya cuando el otro incurre en el error de creer falsamente que el documento es auténtico o verdadero, en el primer caso, o que es auténtico en el sentido de existente, en el segundo.

V. CONCLUSIÓN

La concepción dominante sobre la estructura del tipo del art. 197 CP como delito de resultado ha impedido darse cuenta que la falsedad cometida en un documento y el hacer uso de un documento falso constituyen dos momentos *materialmente* distintos en el *iter criminis*. Dicha concepción hace creer que ya mediante la falsificación de un documento puede afectarse efectivamente el interés jurídico protegido. Desde un punto de vista netamente *descriptivo*, para alcanzar la fase propiamente de lesión al bien jurídico, cualquiera que éste sea, es necesaria la previa realización de la conducta de hacer uso de un documento falso. Antes de

con el documento falso producido a una persona a una conducta jurídicamente relevante. En el núcleo propio de la acción de falsedad documental, en el uso, no se requiere de este correctivo"; en este sentido, DENCKER, Friedrich, ob. cit., pp. 290 y ss., califica la modalidad del hacer uso como "tentativa acabada", por lo que basta obrar dolosamente con el pronóstico de "una conducta jurídicamente relevante de la víctima condicionada por el engaño" (p. 290 y s.), mientras que en las alternativas del hacer y el falsificar se trataría de "tentativa inacabada", por lo que deben realizarse con la decisión a luego uno mismo hacer accesible el documento al sujeto a engañar o entregarlo a otro, de quien se espera seriamente lo mismo, es decir, al menos con el pronóstico seguro del "uso engañoso" en manos propias o ajenas y, respecto de la posibilidad de la conducta de la víctima bajo error, basta dolo eventual (p. 292 y s.).

³³ Respecto de la historia de la disposición original, PRECHTEL, Dietmar, *Urkundenedelikte*, (Berlín, 2005), pp. 43 y ss.; muy crítico de la disposición vigente, FRISTER, Helmut, *Strafrecht*, (München, 2011), p. 317 y s.

la realización de esta conducta, cualquiera acción que se cometa implica, en una perspectiva *formal*, un acto preparatorio y, en una perspectiva *material*, configura un peligro abstracto al interés jurídico protegido.

Esta diferenciación puramente descriptiva permite esclarecer la *relación* entre la comisión de la falsedad documental prevista en el tipo del art. 197 y el hacer uso de un documento privado o mercantil falso contemplado en el tipo del art. 198 CP, en el marco del *iter criminis*. Esta aclaración, en la medida en que se formula en términos descriptivos, es válida también para esclarecer la *relación* entre la comisión de la falsedad en un documento público prevista tanto en el art. 193 como en el art. 194 y la conducta de hacer uso de un documento público falso contemplada en el tipo del art. 196 CP. Esta relación consiste en una *secuencia* de actos que parte en el momento en que un sujeto manifiesta externamente la *decisión* de falsificar un documento y concluye en el momento en que otro sujeto incurre en el *error* de creer que se trata de un documento verdadero.

En esta concatenación de actos, constituyen dos momentos fundantes del *injusto* la comisión de aquella *falsedad* en un documento que implica un cuestionamiento efectivo de la prohibición de crear un documento falso y la realización en lesión mediante el *hacer* uso del documento falso. La identificación de estos dos momentos fundantes del injusto no puede sino formularse desde una perspectiva *normativa*, esto es, que presupone una toma de postura sobre el *fin y sentido* tanto de una norma que prohíbe crear un documento falso como de otra que prohíbe hacer uso de un documento falso. Este modo de abordar el problema tiene la ventaja que se plantea desde las formas de afectación a los intereses jurídicos protegidos y, correlativamente, desde una adecuada delimitación entre el ámbito de aplicación de las normas. Se trata de una propuesta interpretativa teleológicamente orientada que, en consecuencia, optimiza el rendimiento de protección de las normas. En este sentido es que ella se resume en la idea de un *iter criminis* sin solución de continuidad.

La cuestión de la identidad o diferencia entre el sujeto autor de la falsedad y el autor del uso malicioso de documento falso adquiere, en esta propuesta, un lugar secundario. Se relega a un problema concursal que puede plantearse, por un lado, en la hipótesis en que el autor de la falsedad además use maliciosamente el documento falso y, por otro lado, en el caso en que un tercero participe en la comisión de la falsedad y luego use el documento falso. Problemas concursales deben resolverse conforme a sus reglas y criterios propios. Exceden el marco de esta contribución.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique, Falsedad documental, estafa y administración desleal, (Madrid, 2007).
- BINDING, Karl, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, (Leipzig, 1904).

- COUSIÑO, Luis, La falsificación de instrumento privado, en *Revista de Ciencias Penales* (1944).
- CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, (Santiago, 1939).
- CORCOY, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago, Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010, (Madrid, 2011).
- DENCKER, Friedrich, Zur Täuschung im Rechtsverkehr, en *Festschrift für Samson*, (2010).
- ERB, Völker, Münchener Kommentar, (München, 2014).
- FRISTER, Helmut, Strafrecht, (München, 2011).
- FREUND, Georg, Urkundenstraftaten, (Berlín, 2010).
- GARRIDO MONTT, Mario, Derecho penal, (Santiago, 2008).
- JAKOBS, Günther, Urkundenfälschung, (Köln, 2000).
- JAKOBS, Günther, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1985).
- LONDOÑO, Fernando, Comentario a la STOP de Calama de 30 de septiembre de 2008 (RUC: 0410000245-6), en *Doctrina y Jurisprudencia Penal* (2010).
- LENCKNER, Theodor, Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1967).
- MURMANN, Uwe, Versuchsunrecht und Rücktritt, (Heidelberg, 1999).
- ORTIZ, Pedro, La falsificación de instrumento privado, en *Revista de Ciencias Penales* (1944).
- PUPPE, Ingeborg, Die Fälschung technischer Aufzeichnungen, (Berlín, 1972).
- PUPPE, Ingeborg, Nomos Kommentar (Baden-Baden, 2013).
- PRECHTEL, Dietmar, Urkundedelikte, (Berlín, 2005).
- PEÑA CERECEDA, Federico, Observaciones acerca del artículo 27 de la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil, de 31 de enero de 1930, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1954).
- ROXIN, Claus, Strafrecht, AT t. II, (München, 2003).
- ROJAS, Luis Emilio, Deconstrucción del modelo dominante de comprensión de los delitos de falsedad documental, en *Política criminal* (2014).
- ROJAS, Luis Emilio, Falsedad documental como delito de engaño, en *Revista Chilena de Derecho* (2014).
- SAMSON, Erich, Urkunde und Beweiszeichen, (Göttingen, 1968).
- VORMBAUM, Moritz, Das Handeln ‘zur Täuschung im Rechtsverkehr Zur Auslegung des § 267 I StGB, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* (2011).

VARGAS, Tatiana, Daño del engaño en documentos privados. Aproximación al perjuicio en la falsificación de instrumentos privados, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* (2011).

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, La falsedad documental: análisis jurídico-penal, (Barcelona, 1999).

WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts-zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*, (Berlín, 2000).