

EL DOCUMENTO, EN ESPECIAL EL PÚBLICO O
AUTÉNTICO, EN EL ÁMBITO PENAL*

MARIO GARRIDO MONTT**
Universidad de Chile

RESUMEN

Este trabajo pretende limitar el alcance del término “documento” para efectos de las leyes penales, en particular para el Código Penal, en un sentido restrictivo, esto es, exclusivamente para aquellas constancias del pensamiento que sean escrituradas y tengan cierta permanencia, sobre todo cuando se hace referencia al documento público o auténtico. No correspondería, por consiguiente, ampliarlo por analogía a las fotografías, los planos, los dibujos y semejantes.

PALABRAS CLAVE: Documento – Instrumento público – Instrumento auténtico – Instrumento privado.

ABSTRACT

This article intends to restrict the meaning of the term *document* when used in crime laws, particularly in the Penal Code; that is to say, it intends to restrict the term exclusively in those records of thought that are both notarized and more or less permanent, especially when references to a public or authentic document are made. It would not be advisable, therefore, to extend the term by analogy to photos, sketch plans, drawings and the like.

KEY WORDS: Document – Public instrument – Authentic Instrument – Private instrument.

* Trabajo presentado en las “Primeras Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales” celebradas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, los días 18 a 20 de noviembre de 2004, en conmemoración del centésimo décimo aniversario de la fundación del Curso de Leyes de los Sagrados Corazones de Valparaíso, actual Escuela de Derecho de la mencionada Universidad.

** Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Dirección Postal: Avda. Santa María 076. Cuarto Piso. Oficina 402. Santiago. Correo electrónico: xvidal@derecho.uchile.cl

Tener una noción sobre el alcance jurídico de la voz documento, y en particular del público o auténtico, es más que complejo, pues en el campo del derecho positivo, en el de las legislaciones vigentes en las naciones, las expresiones son empleadas con cierta arbitrariedad. Nuestra inquietud no se dirige al establecimiento de una noción conceptual de tipo extensivo, que abarque todas las posibilidades de lo que ha de entenderse por documento y que, con fundamento en la misma, se puedan llegar a interpretar los tipos penales de falsificación. Nuestra opinión es contraria a seguir tal camino, porque normalmente se dirige a extender el alcance de las descripciones típicas, y no a restringirlo, lo que evidentemente se contrapone a los principios garantistas que inspiran la evolución del derecho penal y a todo el derecho en general. Esfuerzos como los señalados en la dogmática nos merecen serias reservas, que en momentos podrían proyectarse a franco rechazo.

Con ocasión del estudio de los delitos de falsedad, autores como el profesor Etcheberry, en Chile y en España Quintano Ripollés y Orts Berenguer, intentan crear nociones amplias de lo que debería entenderse como documento para efectos penales. El primero, en su D. P., tomo IV, insinúa que podría considerarse tal (p. 160): “aquel objeto que representa un hecho o una manifestación de pensamiento, emanada de un autor y fijada permanentemente”. Orts, piensa que es “todo objeto que materialice un sentido y con el que se dé fe o pruebe algo con trascendencia jurídica” (p. 229). Aspiran a dar una noción lo suficientemente abierta que comprenda tanto las expresiones del pensamiento escritas con sostén en papel, como cualquier otra forma de expresión, aun las no escritas concretadas en cualquier otro medio físico. Plantean que el documento no tiene por qué identificarse con algo escrito, disintiendo de lo aseverado por tanto jurista del pasado, que tuvieron amplia influencia en la doctrina penal de nuestro país, como V. Liszt, Manzini, Pacheco, Groizard, Cuello Calón, entre otros, y adhieren a la opinión de Quintano Ripollés que disiente del imperativo de la escrituración, porque dejaría fuera de su alcance expresiones del pensamiento como los dibujos, las fotografías, los planos, los diseños y otros.

Etcheberry incorpora dos elementos importantes para fijar la noción de documento: que tenga un autor, o sea, corresponda al obrar de una persona, y que ofrezca cierta permanencia en el tiempo, comentando que lo que se escribe en la arena no puede ser considerado tal, porque el viento o el agua lo borran con facilidad; pero sí podría ser calificado como documento una inscripción en una piedra. En esa forma –asegura– serían documentos los enumerados en el artículo 113 bis del Código de Procedimiento Penal, esto es, las fotografías, las películas y cualquier otro medio de reproducción del pensamiento, como un cuadro, un dibujo.

Es perfectamente admisible lucubrar en el sentido señalado para efectos de cualquier índole, pero lo que no parece adecuado es crear conceptos prejurídicos al margen de la normativa penal positiva, que pueden llevar a interpretar los tipos delictivos de manera extensiva, y no considerando el estricto alcance de la descripción legal. Se induce así a la aplicación analógica de los tipos, lo que contraviene seriamente el principio de legalidad, que si bien creemos tampoco debe alzarse como un fetiche, es útil respetarlo como principio rector.

Hay que hacer notar, como sucede con la mayor parte de la legislación comparada, que en nuestro sistema no existe una definición o concepto preciso sobre lo que se debe entender como documento. El legislador se ha referido a determinados objetos o escrituras que denomina “documentos”, particularmente aquellos que califica como “públicos” o como “privados”

Nociones de índole general como las comentadas no corresponden a la tradición jurídica nacional. Suficiente es recordar a estudiosos como Gustavo Labatut o Raimundo del Río, para colegir que sobre esta materia primaban los criterios de Pacheco y de Groizard, que reconocían validez a los conceptos civilistas, alternativa que en nuestro sistema constituía la tendencia mayoritaria y que, por lo demás, fue la que adoptó la Comisión Redactora del Código Penal.

La pregunta que queremos plantear en la actualidad, es si se necesita desde una perspectiva sistemática, tener un concepto de documento omnicompreensivo de los diversos aspectos que a esa expresión se le atribuye en las distintas áreas del conocimiento y, de ser así, si corresponde considerarla en materia penal y procesal penal. En el hecho el desarrollo y evolución –si se quiere acelerado– de las técnicas de comunicación, siempre estarán sobrepasando conceptos de esa naturaleza, por amplios que sean. Recordemos la modificación del COT referente a las escrituras públicas, que tradicionalmente se extendían manuscritas, autorizándose que se mecanografiaran y reconociendo la posibilidad de que se emplearan otras formas de conservación, siempre que leyes especiales lo dispusieran. El artículo 405 parte inicial señala que *“las escrituras públicas deberán autorizarse ante notario y podrán ser extendidas manuscritas, mecanografiadas, o en otra forma que las leyes especiales autoricen [...]”*. Ese fue el primer paso para modificar la confección manual y escrita de esos instrumentos; pero han transcurrido muchos años desde esa innovación, la computación ha tenido avances inesperados y toda la actividad que como corolario se ha desarrollado, el correo electrónico y, sobre todo la documentación electrónica.

La mecanografía, a inicios del siglo veinte trajo, serias innovaciones en el actuar de las instituciones, sobre todo en el aspecto de su registro.

Recientemente se ha incorporado otro concepto novedoso: el del documento electrónico y el de la firma electrónica. La Ley N° 19.799 de 12 de abril de 2002 en el artículo 3 expresa: *“Los actos y contratos celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismo efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito”*. Luego exceptúa de ellos los relativos al derecho de familia y aquellos en que se requiera la concurrencia personal de alguna de las partes.

Agrega que se entiende por documentos electrónico *“toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior”* (artículo 2).

El artículo 7 señala que los actos o contratos celebrados por el Estado con firma electrónica tienen los mismos efectos que los celebrados por escrito, y en el

inciso segundo agrega: “*Con todo, para que tengan la calidad de instrumento público o surtan los efectos propios de éste, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada*”.

Por consiguiente, desde la vigencia de la Ley N° 19.799, existen “instrumentos públicos” electrónicos, que pueden ser no escriturados y consistir en una imagen. En la ley no se señala ninguna norma de tipo penal que sancione las posibles alteraciones, falsificaciones u otra clase de hechos ilícitos vinculados con estos particulares instrumentos. La pregunta a plantearse es ¿qué situación se dará si se incurre en tales conductas? ¿Se tendrá que descartar la normativa penal relativa a las falsedades documentales? Creemos que la respuesta debe ser afirmativa.

Tendrá que recurrirse a las consecuencias que producen, vale decir, si han sido los medios idóneos para cometer otra clase de delitos, como una defraudación, estafa o figuras semejantes.

Al analizar los tipos penales vinculados a las falsedades, se puede constatar que el Código Penal describe las falsedades haciendo diferencia entre la falsificación de monedas, de documentos de crédito de institutos públicos, de sellos, matrices, marcas, estampillas, de instrumentos públicos, privados, pasaportes, portes de armas y certificados. Todo el Título IV del Libro II, artículo 162 y siguientes, se orienta en tal posición, se prefirió recurrir a la casuística (*numerus clausus*) y no a tipos abiertos; las diferentes conductas sancionadas en el título, evidencian que las voces “documento” o “instrumento” no se emplean de manera indeterminada, un certificado, un pasaporte, aun en el siglo diecinueve eran considerados como documentos. Al mismo tiempo es evidente que las estampillas y los sellos, no eran calificados como tales. La Comisión Redactora, de consiguiente, limitó el objeto material de los delitos de falsedad a ciertas unidades, que fue enumerando de manera particular y cuidadosa, lo que obliga a su vez a una interpretación restrictiva de su alcance y sentido, para mantener el principio de legalidad. Por otra parte, en un Derecho Penal de ultima ratio, parece imperativo restringir el ámbito de lo delictivo a casos extremos y excepcionales, dejando la vía civil o administrativa para el resto, a menos que sean el medio abusivo o engañoso usado para cometer otros delitos, como estafas o fraudes, donde la vía penal procedería, pero recurriendo a esas figuras o semejantes. El legislador fue sabio al establecer como delitos de peligro sólo algunas de las falsedades –la de los documentos– pero mantuvo el principio de lesividad, o sea, de que efectivamente se atente en contra de un bien jurídico para sancionar a los demás tipos penales vinculados con las falsedades. Y aun restringió el campo de lo delictivo sólo a falsedades específicas en relación a los documentos públicos, pues no cualquiera alteración es falsedad, sino las que se llevan a cabo conforme al artículo 193, sólo éstas son constitutivas de delito. En otros términos, se fue muy cuidadoso al restringir el ámbito de lo típico en esta materia. Lo recién señalado hace conveniente abstenerse de la tendencia de crear conceptos extensivos de la voz documentos. Como se hace en el Código vigente y como también lo hace el moderno Código español, es más positivo circunscribir las conductas penalizadas a casos específicos y precisos conforme a una adecuada política cri-

minal garantista. ¿Qué puede perseguirse al enunciar nociones de carácter generalizador respecto de los documentos?

El Código de Procedimiento Penal hace expresa diferencia entre los documentos públicos y privados (artículos 477 ss.) y las fotografías, películas cinematográficas, fonografías y medios semejantes (artículo 113 bis); estos últimos sólo sirven de base de presunciones judiciales. Es efectivo que reconoce el valor probatorio de unos y otros, pero no les confiere identidad común; en el hecho los considera y valora separadamente, lo que demuestra que son institutos distintos.

Mi intervención se dirige fundamentalmente a establecer si es necesario para efectos penales crear conceptos amplios que abarquen en un todo las distintas expresiones del pensamiento y el registro de hechos. Creemos que tal tentativa resulta estéril y, sobre todo, peligrosa.

En nuestro sistema la diferencia entre “instrumento” y “documento” no parece existir, pues si bien algunos restringen el alcance de la segunda locución a aquellos documentos que se emplean o poseen efectos probatorios, sucede que textos como el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y el de Procedimiento Penal usan los términos indistintamente. Otro tanto sucede con las expresiones “público” y “auténtico” del Código Civil y del Penal de las mismas no fluyen diferencias. El Código Penal al aludir a las falsedades documentales en los artículos 193 y siguientes se refiere a determinados objetos de falsedad que describe taxativamente. Recogió nociones propias del Código Civil para determinar lo que entiende por documento público y por documento privado (artículo 197), luego en el artículo 195 se refiere a los partes telegráficos, y en los artículo 199 y siguientes a documentos especiales, como pasaportes y otros. En ese esquema sistemático las expresiones que emplea en cada caso deben ser interpretadas restrictivamente, referibles a los objetos materiales y a las circunstancias que expresamente señala.

Los principios de legalidad y ultima ratio llevan ineludiblemente a la posición señalada.

Por otra parte, la tendencia del Derecho Penal induce a marginar criterios globalizadores. La complejidad de los bienes jurídicos en juego y el persistente reemplazo de la noción de daño por la de peligro hacen más inadecuada una interpretación libre o abierta de los tipos penales.

Con fundamento en lo señalado creemos que la referencia a la falsificación de “documentos públicos o auténticos” y a los otros documentos o instrumentos que se hace en los artículos 193 ss. del Código Penal, queda limitada a aquellos que conforme el Código Civil (artículo 1699) tienen esa calidad, o sea, a aquellos que tienen sostén en papel y se encuentran escriturados. Esos textos aluden a que sean “*extendidos u otorgados*” por personas y que estén autorizados con las solemnidades pertinentes por un funcionario; al describir las falsedades mencionan la de contrahacer firma, alterar fechas, etc., todo lo que supone escrituración. La Comisión Redactora dejó constancia –como ya se señaló– que en la calificación de documento se debía estar a lo que expresara el Derecho Civil (acta N° 41). El Código Civil emplea frases como “*hacen fe en contra del que los ha escrito o firmado*” (artículo 1705), “*la nota escrita o firmada*” (1705), “*deberán constar*

por escrito los actos o contratos [...]” (artículo 1709), se debe tratar de “*un acto escrito del demandado o su representante*” (artículo 1711). Siempre va implícito lo que en la época de promulgación de esos códigos se entendía por documentos, lo escrito por personas en soporte de papel.

El Código de Procedimiento Civil cuando se refiere a la prueba instrumental o documental mantiene la idea de escrituración y de otorgamiento o suscripción del documento si se contravierte su autenticidad en el juicio se plantea la posibilidad del “*cotejo de letras*” (artículos 350 y 354), cuando se trata de documentos otorgados en el extranjero que tengan el carácter de públicos, deben ser legalizados, y se entenderá que lo están cuando en ellos conste “*la verdad de las firmas de las personas que los han autorizado*” (artículos 345), los instrumentos extendidos “*en lengua extranjera se mandarán a traducir*” (artículos 347), se tiene como auténticos “*los instrumentos privados cuya letra y firma hayan sido reconocidas [...]*” (artículo 353 N° 3).

En definitiva, las expresiones documentos o instrumentos públicos y privados deben entenderse en el sentido antes indicado, y no resulta aconsejable dar margen interpretativo que pueda inclinar a otorgarles un alcance extensivo.

[Recibido el 15 de enero y aceptado el 30 de abril de 2005].