

GÜNTHER JAKOBS

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Bonn

FALSEDAD DOCUMENTAL

Revisión de un delito de engaño

Traducción de
Jacobó López Barja de Quiroga
y Luis Carlos Rey Sanfiz

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

ÍNDICE

	Pág.
Günther Jakobs	13
Nota de los traductores.....	19
Prólogo del autor para la presente edición	21
Prólogo del autor para la edición alemana	27

A) Falsedad documental. Revisión de un delito de engaño

I. ORIGEN DESDE EL FALSUM	31
II. <i>PUBLICA FIDES VERSUS</i> DERECHOS DE LA PERSONA	37
III. ORIENTACIÓN COMO CONDICIÓN PARA LA LIBERTAD	47
IV. DOCUMENTOS COMO MEDIOS DE PRUEBA. 57	
1. Las denominadas «funciones».....	57
2. La afirmación de autenticidad.....	67
3. ¿Documentos ficticios?	73
V. DOCUMENTOS COMO MEDIOS PROBATO- RIOS DE DECLARACIONES APTAS PARA PRODUCIR EFECTOS JURÍDICOS.....	79

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
1. Efecto jurídico <i>versus</i> percepción sensorial....	79
2. Documentos dispositivos.....	85
2.1. Relatividad; configuración como efecto jurídico	85
2.2. Grupos de casos.....	94
3. Los denominados documentos testimoniales.	107
3.1. Declaraciones constitutivas simuladas. Fe pública como efecto jurídico.....	107
3.2. Simples testimonios	114
4. Papeles solamente internos.....	123
5. Existencia de una declaración.....	128
6. Delimitación con la falsedad de registros técnicos	139
VI. EL EMISOR.....	145
1. Las denominadas teoría de la corporalidad y teoría de la espiritualidad	145
2. Concepto normativo de emisor.....	154
VII. PALABRA Y GESTO.....	163
VIII. CONSUMACIÓN	171
IX. RESUMEN.....	179

B) Anotaciones sobre falsedad documental

I. ANOTACIÓN PRELIMINAR	185
II. LA TAREA.....	187
III. ¿FUNDAMENTACIÓN DEL DEBER A TRAVÉS DE INTERESES?.....	189

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
IV. CORPORIZACIÓN DE EFECTOS JURÍDICOS...	197
V. LOS SIMPLES TESTIMONIOS.....	203
VI. RELATIVIDAD	207
VII. EL EMISOR.....	211
VIII. RESUMEN.....	215
Bibliografía	217
Índice analítico	223

GÜNTHER JAKOBS

Günther JAKOBS nació el 26 de julio de 1937 en Mönchengladbach, que es una ciudad del estado federal de Renania del Norte-Westfalia (Alemania); se trata de una región del bajo Rin que pertenece al distrito de Düsseldorf.

Es Doctor en Derecho y, en la actualidad, Catedrático Emérito de Derecho penal y Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho y de Ciencias del Estado en la *Rheinische Friedrich-Wilhelms* Universidad de Bonn.

Los principales campos de actuación a los que ha consagrado sus esfuerzos son los problemas fundamentales del Derecho penal y la conformación del sistema del Derecho penal desde el punto de vista dogmático y filosófico-jurídico. Al respecto, ha examinado la pena y su sentido comunicativo, elaborando la teoría de la prevención general positiva. Sobre ella descansa todo el sistema dogmático que desarrolla; junto a ello, también resulta esencial la diferencia entre la responsabilidad por la organización y la responsabilidad institucional, lo que le permite una visión más adecuada de la imputación del suceso a la persona y el análisis de los delitos omisivos. Por esa razón, la posición de garante resulta esencial, tanto en los delitos omisivos como en los activos.

Las grandes innovaciones que Jakobs introduce en el sistema dogmático penal son de tal envergadura que es difícil encontrar una materia o, mejor, una cuestión que no resulte afectada y, por consiguiente, sujeta a discusión. Su influencia ha traspasado los límites territoriales alemanes y europeos e incide también de forma muy importante en Hispanoamérica, donde es un autor que siempre es tenido en cuenta y sus teorías son objeto de una análisis especial y profundo.

Durante el periodo que va entre 1959 y 1963, realizó estudios de Ciencias Jurídicas en las Universidades de Colonia, Kiel y Bonn.

En 1963 superó en Düsseldorf el primer examen de Estado y en 1967 obtuvo el título de Doctor en Derecho en la Universidad de Bonn, bajo la dirección de Hans WELZEL. El título de la tesis es *Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten* (Bonn 1967), es decir, el concurso de los delitos de homicidio con los delitos de lesiones. En ese mismo año superó también en Dusseldorf el segundo examen de Estado.

Durante el periodo que media entre 1968 y 1971, continuó sus estudios con una beca del DFG (Sociedad Alemana de Investigación) para la obtención de la habilitación, y trabajó como Asistente Científico en el Seminario de Filosofía del Derecho en la Universidad de Bonn. Se trata de un Seminario muy prestigioso que entonces era dirigido por su maestro Hans WELZEL y en el cual Jakobs había sido un activo colaborador y participante (a este Seminario acudían conocidos penalistas como KAUFMANN, STRATENWERTH, BACIGALUPO, LOOS, SCHREIBER, ZIELINSKI, etc.).

En 1971 consigue la habilitación en Bonn. Los informes necesarios para la propuesta procedieron de Hans WELZEL y Armin KAUFMANN. Es habilitado en Derecho penal, Derecho procesal penal y Filosofía del Derecho. El título del trabajo es *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, y fue posteriormente publicado en el año 1972.

Tras la habilitación, durante 1971 y 1972 es Profesor de Derecho penal y Derecho procesal penal en Bochum.

Posteriormente, desde 1972 a 1976, ya es Profesor Ordinario (en España equivalente a Catedrático) de Derecho penal, Derecho procesal penal y Filosofía del Derecho en Kiel.

En 1976 se traslada a la Universidad de Regensburg obteniendo la plaza de Catedrático de Derecho penal y Derecho procesal penal. Durante su estancia en esta ciudad, escribió y preparó la primera edición de su *Tratado de Derecho penal. Parte general (Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre)* que publicó en la conocida editorial de Berlín, Walter de Gruyter.

Diez años después, en 1986, decide marchar a Bonn, en cuya facultad, desde entonces hasta su jubilación, es Catedrático de Derecho penal y de Filosofía de Derecho; allí también dirige el Seminario de Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophisches Seminar*) y es codirector del Instituto de Derecho penal. En este Seminario, que como dijimos es el que en su momento había dirigido Hans WELZEL, JAKOBS ha recibido, acogido y atendido a numerosas personas de muy distintos países, como España, Argentina, Colombia, Chile, Perú, Méjico, Grecia, Italia, China, Japón, Corea y, desde luego, de Alemania. De allí

han salido un número importante de doctores en Derecho y Magister, e incluso algunos de ellos han seguido la carrera académica, siendo prestigiosos profesores de Derecho penal.

Desde el año 2002, concretamente desde el 27 de julio, es Profesor Emérito en la Universidad de Bonn.

Además, en esta reseña tan sucinta debemos indicar lo siguiente:

Desde 1991 es Académico de la *Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften (Klasse für Geisteswissenschaften)*; esto es, Académico de la Academia de Ciencias de Renania del Norte-Westfalia (en la clase de las ciencias del espíritu) de Düsseldorf.

Desde 1997 es Académico de la *Bayerischen Akademie der Wissenschaften, (Philosophisch-historische Klasse)*, esto es, Académico de la Academia Bávara de Ciencias (en la clase histórico-filosófica) de München.

A partir de 1999 es coeditor de la conocida y prestigiosa revista jurídica fundada en su día por VON LISZT, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*.

Tiene múltiples publicaciones sobre la parte general y la parte especial del *StGB* así como sobre Filosofía del Derecho.

Así, podemos citar algunos de sus trabajos: *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972; *Schuld und Prävention*, 1976; *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1.^a ed. 1983, 2.^a ed., 1991; *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992; *Das*

Schuldprinzip, 1993; *Die Strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996; *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, 1998; *Urkundenfälschung. Revision eines Täuschungsdelikts*, 2000; *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004; *Norm, Person, Gesellschaft*, 1.^a ed. 1997, 2.^a ed. 1999 y 3.^a ed., 2008; *Rechtswang und Personalität*, 2008.

También ha recibido diversos honores: Dr. h.c. mult.; Prof. hon. mult.

Se han realizado diversos libros en su homenaje: *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, preparado por Montealegre Lynett, volúmenes I y II, 2003; *Festschrift für Günther Jakobs*, preparado por Pawlik y otros, 2007; *El Sistema Penal Normativista. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, preparado por Montealegre Lynett y Caro John, 2008.

Gran parte de su obra científica ha sido traducida al castellano. De forma resumida podemos citar los siguientes libros: *Derecho penal. Parte general*, trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, ed. 1997, ed. 2003; *Estudios de derecho penal*, trad. Peñaranda Ramos/Suárez González/Cancio Meliá, Madrid 1997; *Dogmática del derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles/Manso Porto/González Rivero/ Rey Sanfiz/Pérez del Valle, Madrid 2004; *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez, Madrid, 1996; *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Cancio Meliá, Madrid, 1996; *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, trad. Muñoz

GÜNTHER JAKOBS

Conde/García Álvarez, Valencia, 1999; *Sobre la normativización de la Dogmática Jurídico-penal*, trad. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez, Madrid, 2003; *La pena estatal: Significado y finalidad*, trad. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez, Madrid 2006. Alguno de estos libros constituyen una recopilación de artículos; además, otros numerosos artículos han sido traducidos al castellano y han aparecido en distintas revistas jurídicas.

Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA

Luis Carlos REY SANFIZ

PRÓLOGO DEL AUTOR PARA LA PRESENTE EDICIÓN

I

Para llevar a cabo su existencia, las personas necesitan orientación. Entre otras fuentes, la orientación se puede obtener de información proveniente de otras personas. Durante toda la época de la Ilustración se discutió intensamente acerca de si a las personas les corresponde un derecho a la verdad, y en qué medida ¹. Dicho más exactamente, si les corresponde un derecho a que no se les mienta. KANT, en su famoso tratado sobre la prohibición de la mentira ², intenta llevar la discusión por otro sitio y no se centra en un derecho de personas particulares, sino de la «humanidad».

Ahora bien, no hay que pensar que toda mentira —ya sea contra una persona o contra la «humanidad»— haya

¹ ANNEN, *Das Problem der Wahrhaftigkeit in der Philosophie der deutschen Aufklärung*, 1997.

² KANT, *Über ein vermeintliches Rech, aus Menschenliebe zu lügen*, 1797. Más referencias sobre KANT y la discusión de su tiempo en GEISMANN *et al.* (ed.), *Kant und das Recht der Lüge*, 1986.

de ser tratada como un ilícito o incluso como un ilícito *jurídico-penal*. La tendencia a la ausencia de límites fue precisamente la debilidad del delito colectivo denominado «*falsum*». De esta manera, la discusión jurídico-penal se esforzaba en delimitar cuáles eran los *falsa* merecedores de pena. Este esfuerzo desembocó pronto en un fenotipismo, y sólo con gran trabajo se ha conseguido recuperar la noción de lesión del *derecho* a no recibir una mentira en cuestiones patrimoniales, por ejemplo, en lo relativo al engaño dentro de la estafa³. En parte, hasta hoy ni siquiera se ha abordado seriamente el abandono del fenotipismo, por ejemplo, en el caso de la falsedad documental. Autores que en modo alguno pensarían en adherirse al rigorismo de KANT, declaran —*sit venia verbo*— desenfadadamente que el bien protegido de la falsedad documental es el «tráfico jurídico», esto es, la parte de la «humanidad» estructurada de forma jurídica. Además se aferran al fenotipismo de la «declaración de un emisor reconocible» sin pensar que, según el contenido de lo declarado, pueden resultar afectados diferentes derechos del destinatario y que el merecimiento de pena de las lesiones jurídicas no puede juzgarse unitariamente para todos los casos.

II

En el caso de un *informe* (oral o escrito) sobre estados o acontecimientos del mundo, se puede mentir perfectamente: el efecto que el químico afirma haberse producido, no ha tenido lugar; los indicios sobre la ex-

³ PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999.

celencia de la Facultad de la Universidad, que el decano afirma ante el rector, son forzados; el pretendiente de una joven dama que, presuntamente, se consume de amor, lo único que realmente pretende consumir es la dote. Si bien en el caso de tales informes («testimonios») consta quién es el informante, sin embargo, no es seguro que dichos informes sean ciertos: pueden ser mentira. Por el contrario, en el caso de declaraciones que generan un efecto jurídico, no se puede mentir con tanto éxito. El que afirma que «con la presente» declara querer comprar un determinado objeto, emite una oferta de compra y queda vinculado aunque no lo quiera, esto es, aunque la oferta reproduzca falsamente su estado psíquico.

En los dos trabajos que aquí se presentan, y al contrario de la doctrina mayoritaria, se defiende la tesis de que un engaño sobre el emisor de una declaración corporizada en símbolos, especialmente escritos, sólo puede constituir una falsedad documental cuando se finge que en el «papel» se documenta un efecto jurídico. El motivo para esta limitación es muy sencillo: si el documento se corresponde con el verdadero emisor, se ha generado el efecto jurídico, en caso contrario, no se genera —al menos para el presunto emisor— tal efecto jurídico. En el caso de meros informes es distinto: si es cierto el emisor, lo manifestado puede ser, sin embargo, falso, y si no es cierto el emisor, lo manifestado puede ser, sin embargo, correcto. Si los *informes* han de ser fiables, debe garantizarse su *contenido*. Por el contrario, para confiar en un efecto jurídico debe regir la garantía de la *autenticidad* del emisor. Un legislador que confundiese ambas cosas estaría mal aconsejado. Con otras palabras, cuando el legislador sólo garantiza la *autenticidad* de un documento,

pero no su (restante) *veracidad*, se limitará a casos en los que la autenticidad hace al documento definitivamente utilizable, esto es, a casos de documentos con efectos jurídicos, incluida la fe pública como efecto jurídico.

Una vez encontrado el punto de partida en la eficacia jurídica, se impone el hecho de que tal eficacia, en parte, pueda ser una eficacia *inter partes*: si bien el emisor de un pasaporte tiene algo que garantizar frente a muchas personas, el que emita una oferta de compra lo hace sólo frente al vendedor. Es demasiado cómodo equiparar la protección documental directamente con la protección del «tráfico jurídico»: ¿por qué ha de tener que garantizar algo a todo el tráfico jurídico aquel que promete, en un documento auténtico o inauténtico, una prestación a la otra parte contractual designada en el mismo? La potencial relatividad de la protección, que se desprende de estas consideraciones, exige para la falsedad documental una limitación que es evidente (o debería ya serlo) en el caso de otros engaños, por ejemplo, en el caso del engaño en la estafa. Además, y con carácter general en el caso de la determinación del alcance de una garantía, probablemente nadie afirma que un garante deba serlo siempre a favor de una generalidad cualquiera. Esta limitación del ámbito de protección es ciertamente ajeno a la actual doctrina de la falsedad documental, pero el hábito no es un argumento.

No es del todo fácil extraer el resultado expuesto de todo el embrollo de teorías y malentendidos históricos y actuales. Más bien se trata de desliar un amplio haz de *topoi* que en parte se entremezclan: documento/objeto de percepción sensorial, falta de autenticidad/falta de veracidad, declaración/gesto/contexto, documento dis-

positivo/documento testimonial, emisor fáctico/emisor intelectual/emisor jurídico, y otros más. El que quiera deshacer este embrollo, debe afrontar primero esta complicada situación. No hay un camino sencillo para salir de un laberinto que, desde hace doscientos años, se ha ido desarrollando y, en parte, creando arbitrariamente, si bien, una vez que se encuentra la salida, tal camino discurre sin complicación y, de paso, se solucionan algunas construcciones dogmáticas más bien felices, como son el documento ficticio y el documento casual.

III

La empresa de una publicación en lengua castellana no se hubiese podido realizar sin el generoso estímulo de mis colegas y el duro trabajo de los traductores. Por ello agradezco a los Sres. doctores por impulsar la obra y por su continuo apoyo. El esfuerzo de traducción realizado por don Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y don Luis Carlos REY SANFIZ sólo puede ser valorado por quien haya realizado algo semejante por sí mismo o por quien lo haya vivido de cerca; para ellos mi más sincero agradecimiento. También agradezco a la editorial Marcial Pons que se haya ofrecido para la presente publicación. Aquellas lectoras y lectores que afronten la obra que aquí se presenta y quieran hacerme saber su aprobación o desacuerdo, les puedo asegurar ya mi cordialidad.

Bonn, noviembre de 2009

Günther JAKOBS

PRÓLOGO DEL AUTOR PARA LA EDICIÓN ALEMANA

Desde el punto y hora en que, normalmente, a la prohibición de falsedad documental se le atribuye la función de salvaguardar la seguridad y la fiabilidad del tráfico jurídico, no resulta extraño que, de acuerdo con una —expresándolo con cautela— determinación funcional tan vaga, también sigan siendo controvertidas en el ámbito de la dogmática de los delitos documentales algunas cuestiones (¿quién es emisor?, ¿existen documentos casuales?, ¿cómo se distinguen los signos distintivos de los signos probatorios?) y que otras no sean controvertidas simplemente porque nos hemos acostumbrado a ellas (¿por qué los testimonios documentales que no generan fe pública no se protegen de forma distinta que aquello de lo que se da testimonio?). Así pues, existen suficientes motivos para volver a edificar el concepto de falsedad documental, partiendo de su moderno origen y comenzando con la —algo precipitada— disolución del *falsum* hace aproximadamente doscientos años, y ello con el fin de que puedan abrirse nuevos caminos para protegerse, tanto en éste como en otros puntos de la Parte Especial del Código Penal, de la dominante fuerza sugesti-

PRÓLOGO DEL AUTOR PARA LA EDICIÓN ALEMANA

va del fenotipismo («declaración firmada») y a favor de una búsqueda de principios generales. Los problemas de la Parte Especial se basan, o en un deficiente desarrollo de principios generales, o en que tales problemas no son de tipo científico, sino técnico. En consecuencia, se mostrará con base en qué institución irrenunciable de la sociedad cada uno debe, frente a otros, garantizar precisamente la autenticidad (y no que sea correcto cualquier otro aspecto) de una declaración corporizada.

El Resumen en forma de tesis (IX) también puede leerse como sinopsis del razonamiento desarrollado.

Agradezco a la Sra. Heidi Gerharz la ejecución de la elaboración escrita de este trabajo, así como a la Sra. Julia Kleynmans y a los Sres. Tobias Fell y Dr. Bernd Müssig la revisión crítica del texto.

Bonn, agosto de 1999
Günther JAKOBS

I. ORIGEN DESDE EL *FALSUM*

Cuando la ciencia del Derecho —aproximadamente a partir de 1800— comienza a medir las viejas y tradicionales normas penales a la luz de las exigencias de un Estado de Derecho, en especial de la mano de la taxatividad y de la necesidad de una lesión jurídica o del bien jurídico, se prestó especial atención al *falsum* y, más aún, a sus herederos, los *quasifalsa*, que se obtuvieron por medio de la generalización de los casos de falsificación de moneda y de testamento, únicos casos regulados en la *lex cornelia de falsis*¹ y que abarcaban asuntos tan dispares como, por ejemplo, la falsificación de medidas y pesos, la suplantación de hijo, el soborno de jueces, la doble venta de una cosa o la dación, así como la aceptación de dinero por la comisión de un falso testimonio².

¹ Véase, MOMMSEN, pp. 669 y s., y las ampliaciones en pp. 670 y ss.

² A. MERKEL, pp. 13 y ss.; respecto del desarrollo histórico, también KÖSTLIN, pp. 119 y ss; HÄLSCHNER, *System*, p. 333; respecto de la teoría más antigua DAHM, pp. 501 y ss.; SCHAFFSTEIN, pp. 79 y ss.; de forma resumida, SCHILLING, *Schutz des Augenscheinsbeweises*, pp. 37 y ss. Descripción más exhaustiva del desarrollo durante el siglo XIX en P. MERKEL, pp. 34 y ss.

Mientras que, conforme a la doctrina más antigua, se consideraba el mudamiento de la verdad como el resultado del delito, es decir, que no era necesario un nuevo daño para la consumación del delito³, sin embargo, la nueva doctrina diferencia y divide, en general, entre una lesión de la *fe pública* que, per se, era suficiente como resultado del delito, y que la podemos encontrar, con algo de esfuerzo, todavía en la falsificación de testamentos⁴, y, por otro lado, la lesión «fraudulenta»⁵ de determinados derechos posteriores⁶. «En cuanto al objeto, el en-

³ Descripción más exacta en HÄLSCHNER, *System*, pp. 335 y ss.; FEUERBACH, *Lehrbuch* § 412, nota *a* (el mismo FEUERBACH opta por una solución intermedia: la acción engañosa causa una «lesión de objetos jurídicos reales (bienes)» o contradice el «pleno derecho del otro a la omisión de la acción engañosa»); KLEIN §§ 468, 470; véase también ABEGG § 200 en relación con el § 197. De forma resumida, SCHILLING, *Schutz des Augenscheinsbeweises*, pp. 37 y ss.; el daño nombrado por DAHM en p. 510 es el daño de la lesión a la verdad.

⁴ Por ejemplo MAREZOLL, § 146, p. 445: «Desde la perspectiva del Derecho romano, en el cual el instituto de los Testamentos rige para los *publici iuris*, el Estado entero estaba interesado también en el aseguramiento de los testamentos contra falsificaciones, en la medida en que infinitud de cosas en el resto del Derecho se basaba en los testamentos y su autenticidad».

⁵ La terminología es muy diversa. En FEUERBACH, la estafa es el engaño que se ha realizado sin cambios en la cosa, *Lehrbuch* § 415; respecto de la delimitación del *falsum* y del *stellionatus* («estafa simple», pero no necesariamente mediante engaño, sino principalmente mediante «mala fe») ROBHIRT § 235; WÄCHTER § 178, nota 95; HÄLSCHNER, *System*, pp. 336 y ss.

⁶ QUISTORP § 407, p. 132; HÄLSCHNER, *System*, p. 343; similar KÖSTLIN, p. 124 (derechos que pueden ser lesionados sólo por medio del engaño / derechos que pueden ser lesionados también por otros medios); ROSSHIRT, § 226; WÄCHTER, § 179, nota 98; es posible que la división que FEUERBACH hace entre lesión material y lesión del derecho a la verdad, también tenga la misma finalidad (véase *supra* nota 3), aunque no queda claro cómo se realizaría una «lesión de objetos jurí-

gaño puede estar dirigido contra todo tipo de derechos del otro, y así tanto contra la vida, la salud, la libertad y el honor, como contra la propiedad»⁷; y, al respecto, y a modo de ejemplo, se señalaba que constituía «fraude»⁸ la privación de libertad —dicho en moderna terminología— llevada a cabo en autoría mediata, mediante la utilización de un instrumento que yerra en los presupuestos de una causa de justificación.

Sobre los detalles no es necesario entrar aquí⁹; antes bien, lo que interesa es destacar dos aspectos: en primer lugar, la degeneración del *falsum* en los delitos contra derechos particulares, convirtiéndolo en una simple forma

dicos reales» por medio del engaño, pero sin quebrar un «pleno derecho a la omisión de una acción engañosas»; la problemática fue pronto reconocida y se solucionó mediante la introducción de un derecho a la verdad; pero entonces este planteamiento fue abandonado de nuevo a favor de la *publica fides*. Igual que la opinión más reciente, también el ALR prusiano [*N. de los T.*: ALR hace referencia al *Preußisches Allgemeines Landrecht* (1794), esto es, el Derecho General de Prusia]: la falsedad documental se consuma con la elaboración o la falsificación (II, 20 § 1380), forma parte del engaño un daño (lo cual no está claramente fijado por el texto literal de la ley, § 1325 y ss.). Descripción más detenida con documentación en SCHILLING, *Schutz des Augenscheinsbeweises*, pp. 45 y ss.; respecto del derecho a la verdad, véase el capítulo III.

⁷ TITTMANN, *Handbuch* § 511; ya en *id.*, *Grundlinien* § 278.

⁸ TITTMANN, *Handbuch* § 511, nota w.

⁹ Especialmente, no entramos a considerar aquellas observaciones más antiguas respecto a las dificultades de construir un delito *público* a partir de la frustración, condicionada por el engaño, de las expectativas basadas en un contrato *privado*. Incluso II, 20 § 1325 del ALR se conforma, en la «estafa común que se había realizado en contratos o en el comercio y tráfico», con las «consecuencias civiles», y también HEGEL (§§ 87-89) desconoce completamente las condiciones de existencia de la sociedad civil en cuanto coloca, por debajo de la coacción y del delito, al fraude, ya que aquí tan sólo se lesionaría una pretensión.

de ataque¹⁰, más concretamente, de ataque en autoría mediata mediante la utilización de un instrumento que (al menos también) yerra, de tal modo que ello englobaba también el concepto moderno de estafa¹¹; y, en segundo lugar, la ampliación de las garantías documentales a todos los documentos de Derecho privado, en lo que respecta a su autenticidad. Por lo tanto, mientras desaparece la lesión de la *privata fides* detrás de las consecuencias por ella causadas, se reclama como lesión de la *publica fides* lo que, con independencia de las consecuencias, deba continuar siendo punible.

Ambas formas de desarrollo no solamente han llevado adelante la sistematización de la Parte Especial del Derecho penal, sino que, al menos en *un* punto, también lo han oscurecido: en los ataques a derechos concretos el *falsum* pierde su referencia normativa, puesto que se entendió como un medio para la comisión del hecho; el «estar libre de engaño» ya no se vuelve a articular como problema autónomo, sino que ya sólo aparece como un problema colateral de la protección de cada uno de los derechos en concreto, y ello trae como resultado que lo relevante es la existencia de una diferencia fáctica en la percepción psíquica de la verdad entre autores y víctimas. En concreto: el *falsum* —en su configuración como autoría mediata— que antes era un delito y ahora es simplemente un modo de ataque, ya no se entiende

¹⁰ En este sentido, el modo de comisión aparece como una mera forma; véase ROSSHIRT § 226; KÖSTLIN, pp. 121 y ss., con documentación; HÄLSCHNER, *System*, pp. 349 y ss.; expresamente también v. LISZT, pp. 481 y ss., también p. 447 (título).

¹¹ Respecto del fraude como caso tipificado de la autoría mediata, véase PAWLIK, pp. 243 y ss.

como una lesión de derechos sino, desde una perspectiva psíquico-naturalista, como una utilización de un conocimiento superior sobre la víctima ¹². El hecho de que tengamos en cuenta esta evolución no significa que vayamos a llevar a cabo una revisión de la fragmentación del *falsum* en varios delitos contra determinados derechos, pero sí nos lleva a afirmar la necesidad de complementar cada uno de los fragmentos que resultaron del *falsum* con una teoría que nos diga cuándo la desfiguración de la verdad constituye una lesión de un derecho.

El mismo déficit, sólo que esta vez no referido al ámbito de protección de los derechos particulares, sino al de los derechos de la falsificación documental, aparece en la otra vía de desarrollo, es decir, en la vinculación de los documentos privados con la *publica fides*. En efecto, si ciertamente no sólo se trata de asegurar la confianza privada por medio de instituciones públicas —pues, en este caso, cada *fides* sería ya una *pública fides*—, sino que se trata de la protección misma de las propias instituciones públicas, está de más un análisis particular de las relaciones jurídicas que existen entre particulares. En especial, no puede ser correcta la perspectiva de que una desfiguración de la verdad se tenga por un comportamiento no permitido solamente frente a determinadas personas, mientras que frente a otras se trate de un riesgo imputable a ellos mismos; y es que tales diferencias pueden ser hechas cuando estamos ante un conjunto de particulares, pero no cuando estamos ante un asunto público.

¹² Respecto del intento de una revisión de este punto de vista, véase JAKOBS, GA 1997 pp. 553 y ss.