MATERIA PENAL

UNA SENTENCIA INSÓLITA

Guillermo Ruiz Pulido

I

Accidentalmente cayó en mis manos la sentencia que a continuación se transcribe y que, por estimar que de algún modo lastima las pretensiones permanentes de nuestro Consejo en causas similares, me pareció necesario señalarla, comentarla y abrir la discusión entre nosotros, acerca de su veracidad dogmática y científica. Si bien es cierto a nuestros tribunales no corresponde hacer ciencia ni academia, difícil es pensar, también, que deban apartarse por completo de los principios jurídicos básicos compartidos en una idéntica enseñanza universitaria común, por abogados y jueces, que debiera impedir efectuar creaciones exageradas a veces, bajo el considerado imperioso deber —equivoco en determinadas circunstancias— de hacer justicia “en el caso concreto”. Este verdadero lema no debiera transformarse en un dogma de carácter absoluto, pues conduce a un perjuicio peor, cual es la inseguridad jurídica que origina en la sociedad que reclama y merece, por sobre todo, reglas ciertas a las cuales someterse, uniforme, e igualitariamente; y sin distingos subjetivos o transitorios, como sucede en la mayoría de los casos en

que, buscándose esa justicia en el caso concreto, se concluye originando una grave injusticia social.

En el ámbito penal el legislador ha sido cuidadoso en señalar causales de exención de responsabilidad penal; penas debidamente graduadas; circunstancias modificatorias beneficiosas respecto de aquella responsabilidad y encaminadas a su morigeración; alternativas de castigo disminuido en casos de unidad o pluralidad de delitos; en fin, muchos métodos o sistemas destinados a mejorar la situación aflictiva de un delincuente que realmente merezca ser penalizado. Pero lo que es inaceptable para la sociedad es que nuestros tribunales, por muy bien inspirados que estén, alteren principios jurídicos básicos en sus decisiones; de normal y regular aplicación; centenariamente admitidos, histórica y tradicionalmente aceptados, pues sólo conducen a crear incertidumbre en la comunidad y especialmente en los abogados; y no debe olvidarse que estos últimos son los más importantes vigilantes y examinadores de las resoluciones judiciales, pues su función es la de mediar entre justiciables y judicatura. ¿Quiénes deben aconsejar, enseñar y explicar dichas decisiones a los súbditos del Estado?

¿Por qué en dos casos similares y relativos a un mismo hecho, en uno se estimó delito lo obrado, castigándose al delincuente; y en el otro no, absolviéndose al acusado? ¿Es que la ley no es igual para todos?

Esta difícil tarea de intentar explicar al justiciable lo que es inexplicable, corresponde a los abogados. Los jueces tienen la suerte de no encontrarse obligados a ello.

II

La sentencia a que me refiero, dice así:

“Santiago, veinticuatro de Agosto del año dos mil.

Vistos:

Por sentencia de cinco de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, escrita a fojas 251, la señora juez interina del Segundo Juzgado del Crimen de Puerto Montt, doña Neyda Santelices Moreno condenó a Sebastián Henríquez Díaz como autor de dos delitos de

falsificación de instrumentos públicos, a cinco años y un día de presidio menor (sic) en su grado mínimo, a inhabilitación absoluta perpetua para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa.

El veinticuatro de abril último la sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, por fallo escrito a fojas 280.

Contra la sentencia de segunda instancia, el procesado recurrió de casación en el fondo por las causales 3ª y 7ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Se han traído los autos en relación.

Considerando:

1º) Que el procesado Henríquez ha recurrido de casación en el fondo por las causales 3 y 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, porque los documentos de fojas 68 y 74 que acreditarían el Registro de Vehículos de Locomoción Colectiva, que entregó a terceros, eran falsos y él los hizo confeccionar en una imprenta de Puerto Montt basándose en la copia de un original. La causal 3 se fundamentaría en la falta de tipificación y la del N° 7 en falta de prueba para dilucidar que los documentos eran falsos;

2º) Que el artículo 194 del Código Penal sanciona al particular, que en documento público o auténtico cometiere algunas de las falsedades designadas en el artículo 193, que a su vez sanciona al empleado público que abusando de su oficio cometiere algunas de las falsedades señaladas en dicha disposición. El hecho objeto del sumario se trata de un forjamiento o fabricación completa de una apariencia de documento público, situación que no se encuentra efectivamente tipificada, tanto por la remisión del artículo 194 al 193 que no lo contempla, porque el funcionario público es el único que no podría forjar o fabricar un instrumento público, ya que si lo hace éste tendría al menos la autenticidad básica de emanar de un funcionario realmente competente, como porque las falsedades señaladas en el artículo 197 sancionan al funcionario público que abusando de su oficio cometiere algunas de las falsificaciones que

señala, no contemplándose el forjamiento o falsificación del instrumento;

3º) Que a mayor abundamiento, no se ha acreditado por los medios de prueba legal, la falsificación del instrumento, esto es, el timbre y firma, para determinar que los que aparecen no corresponden a la realidad;

4º) Que es prohibido a los jueces aplicar pena alguna cuando no existe una ley preexistente que contemple el delito correspondiente, atendido lo dispuesto en el artículo 19 N° 3, incisos séptimo y octavo de la Constitución Política de la República;

5º) Que en estas condiciones los hechos en que se fundan las causas se encuentran acreditados, por lo que ellos han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 535, 546 N^{os.} 3 y 7 y 547 del Código de Procedimiento Penal, se acoge el recurso de casación en el fondo, en contra de la sentencia de segunda instancia, la que es nula y se reemplaza por la que a continuación se señala.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Navas y Pérez, quienes fueron de parecer de rechazar el recurso de casación en el fondo por las consideraciones que exponen a continuación:

*1. Que en el recurso se ha sostenido que él debería acogerse y dictarse sentencia de reemplazo de carácter absolutoria por cuanto “el caso de autos no está comprendido en ninguna de las figuras tipificadas en el artículo 193 del Código Penal”, por cuanto, de acuerdo con los antecedentes que obran en el proceso, entre los que figuran las declaraciones del procesado, del Seremi de Transportes de la X Región y testigos, parecería que los documentos de fojas 68 y 74 fueron **confeccionados íntegramente** por el reo, valiéndose para ello del encargo de su elaboración a una imprenta de la ciudad, agregándose que se trata de una **fabricación o elaboración total** de los documentos, los que carecen de toda autenticidad, por lo que “no es posible tener por configurado el delito investigado”.*

2. *Fuera de considerar extraordinariamente grave sostener que la fabricación o elaboración total de un documento que aparenta ser público y otorgado por un funcionario competente, para los fines que la ley o la reglamentación pública exige para casos determinados, no es constitutivo de delito, declaración que alentaría la comisión de estos hechos, tal tesis no se encuentra validada por las normas invocadas, ni por la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores.*

3. *Que, como establece un autor (G. Labatut, Derecho Penal, tomo II, pág. 97), para que exista falsificación documentaria deben concurrir las siguientes condiciones: a) “Alteración de la verdad en un documento público o privado”, agregando que “es preciso que ella sea hecha en forma de que pueda inducir a error sobre la autenticidad del mismo”; y b) “La alteración de la verdad debe realizarse en alguna de las formas taxativamente descritas por la ley”, o sea, en alguna de las hipótesis que contempla el artículo 193 del Código Penal.*

4. *Que la elaboración o fabricación total de un documento que aparenta ser público o con apariencia de legalidad, no puede quedar fuera de la tipificación del hecho punible contemplado en los artículos 193 y 194 del Código Penal, por las que ha sido condenado el recurrente, tanto porque el tenor literal del último artículo citado se remite a las falsedades designadas en el artículo anterior que se cometieren, como porque no existe ningún impedimento para que un particular efectúe una falsificación “fingiéndose... firma o rúbrica” (art. 193 N° 1), o “suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido” (art. 193 N° 2), como ha ocurrido en el caso de autos, en que el reo mandó confeccionar a una imprenta de Puerto Montt cien formularios de un permiso que debía otorgar el SEREMI de Transportes de la X Región y un timbre de dicha repartición, utilizando dos de los primeros para fabricar permisos para trabajar taxis colectivos en recorridos determinados de la ciudad de Puerto Montt, fingiendo una firma supuestamente del SEREMI sobre la leyenda impresa que decía “Secretario Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones”, con lo cual falsificó fingiendo firma y suponiendo la intervención de una persona que no la ha tenido, hipótesis de falsificación contempladas en los N°s. 1 y 2 del artículo 193 del Código Penal.*

5. *Que la jurisprudencia de nuestros tribunales confirma la tesis expuesta en este voto.*

Así, el profesor Labatut, en la obra indicada, cita la sentencia de la Excma. Corte Suprema de 6 de mayo de 1953, que en su parte pertinente señala que “constituye fundamentalmente el delito de falsificación de instrumento público la alteración de la verdad en términos de dar al instrumento un aspecto verdadero, susceptible de inducir a error sobre su autenticidad; y esto ocurre no sólo cuando se lo adultera en parte, sino también cuando se le crea o forja en su totalidad (R. Der. y J., tomo L, Segunda Parte, Secc. 4ª, pág. 54).

*La I. Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 16 de Diciembre de 1976, establece que “el contexto de los artículos 193 y 194 del Código Penal, aparece que los hechos numerados en la primera de dichas disposiciones pueden ser ejecutadas por cualquiera persona, sea o no funcionario público. La ley no distingue a este respecto, sino para aplicar una pena superior cuando el **hechor inviste el carácter de empleado público**” (Gaceta Jurídica N° 5, pág. 10).*

O, como se desprende del fallo de la I. Corte de Apelaciones de Concepción de 9 de noviembre de 1984 (Gaceta Jurídica N° 53, pág. 98), en que se sostiene que la falsificación de un permiso provisorio para conducir vehículos motorizados hecho por un oficial subalterno de un Juzgado del Crimen no puede ser comprendido por la figura del artículo 193 del Código Penal, sino que por la del artículo 194 del mismo cuerpo legal, pues dicho oficial no tenía como función otorgar dichos permisos, que corresponden propiamente al juez, y no a un actuario, lo que revela que el forjamiento de un documento con apariencia de ser público puede ser sancionado, como en el caso de autos, por la figura típica del artículo 194 en relación con los N°s. 1 y 2 del artículo 193 del Código Punitivo.

6. *Que en cuanto a las alegaciones de la infracción a las leyes reguladoras de la prueba invocadas, las mencionadas en los artículos 150 y 153 del Código de Procedimiento Penal, no son reguladoras de ella, y por otra parte, la falsificación se encuentra acreditada por otros medios, como la prueba documental de fojas 83 y 84, en que consta por la factura N° 045693, de 29 de julio de 1994, y Orden de Trabajo N° 2774, de 25 de Julio de 1994, que Jorge Olave John –alias utilizado por el reo Sebastián Henríquez Díaz– encargó la confección de un talonario de cien certificados de inscripción en*

el Registro Nacional de Servicios de Transportes de Pasajeros, dependiente del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, idénticas a las usadas por el SEREMI de la X Región; por el testimonio de María Elisa Vera Ojeda, de fojas 144, encargada de la "Imprenta América", que confeccionó dichos talonarios de 100 hojas y que reconoce que fue encargado por el reo Henríquez Díaz, y por el oficio del Secretario Regional Ministerial de Transporte y Telecomunicaciones de la X Región, don Oscar Silva Ortiz, de fojas 141 y documento de fojas 142, enviado por él mismo al Tribunal, en que se contiene su firma y timbre utilizados por la Secretaría Regional Ministerial, que son totalmente diferentes a las firmas y timbres de los documentos de fojas 68 y 74, sin que sea necesario, para llegar a la conclusión de su falsedad, la ejecución de un peritaje, pues la falsificación –o diferencia de la firma original y la fingida y el timbre– es evidente y resalta a simple vista.

7. Que, en consecuencia, no se dan los requisitos para acoger el recurso de casación interpuesto a fojas 282, el que, en opinión de los disidentes, debe ser rechazado.

Redacción del Presidente de la Sala don Luis Correa Bulo y de la disidencia, del Ministro don José Luis Pérez Zañartu.

Pronunciado por los Ministros señores Luis Correa B., Guillermo Navas B., Enrique Cury U. y José Luis Pérez Z. y el Abogado Integrante señor Fernando Castro A.

En atención a lo dispuesto en el artículo 547 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

Santiago, veinticuatro de Agosto del año dos mil.

Vistos:

Se reproduce la sentencia de primer grado, con excepción de los fundamentos séptimos y decimotercero, y citas legales que se eliminan, y teniendo presente lo dispuesto en la sentencia de casación, se revoca la referida sentencia, en cuanto condena a Sebastián Henrí-

quez Díaz y se declara que se le absuelve de la acusación que se ha formulado, como autor de falsificación de un instrumento público.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Navas y Pérez, quienes fueron de parecer de mantener la sentencia dictada en segunda instancia, por las razones señaladas en su voto de disidencia contenido en la sentencia de casación.

Redacción del Presidente de la Sala, Ministro don Luis Correa Buló y del voto de minoría, del Ministro don José Luis Pérez Zañartu.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 1.472-00.”

III

El hecho sobre el cual versó el conflicto dice relación con la creación íntegra por un particular, de supuestos documentos oficiales o auténticos, permisos que debía otorgar un Secretario Regional Ministerial de Transportes y de un timbre de la respectiva repartición, para autorizar el desempeño de taxis colectivos en determinados recorridos.

IV

Observemos los errores en que incurre el considerando segundo del fallo anteriormente citado, al afirmar:

a) **“El forjamiento o fabricación completa de una apariencia de documento público”** no se encuentra tipificada en la ley penal. El artículo 193 no lo contempla, porque el funcionario público es el único que ni podría forjar o fabricar un instrumento público, ya que, si lo hace, éste tendría al menos la autenticidad básica de emanar de un funcionario realmente competente”. (sic).

b) **“Porque las falsedades señaladas en el artículo 197 sancionan al funcionario público que, abusando de su oficio, cometiere alguna de las falsificaciones que señala, no contemplándose el forjamiento o falsificación del instrumento”.**

V

Al margen de lo que se dirá a continuación, sí, el artículo 193 contempla un caso en que el funcionario público puede forjar íntegramente un instrumento público, lo que ocurre en el primer motivo descrito en el numeral 7º del mismo artículo, esto es, **al dar “copia en forma fehaciente de un documento supuesto”**. Esa copia que **da** el funcionario público “haciendo fe” –(“en forma fehaciente”)–, ha sido íntegramente forjada o “fabricada” por dicho funcionario, pues el original no existe; fue supuesto por él, inventado e imaginado; y, por consiguiente, esa copia es, en sí misma, el instrumento público falsificado que íntegramente forjó el funcionario público.

La referencia hecha al artículo 197 del Código Penal en cuanto a que “las falsedades señaladas en el artículo 197 **sancionan al funcionario público que abusando de su oficio** cometiere alguna de las falsificaciones que señala, no contemplándose el forjamiento o falsificación del instrumento”, es realmente extraña. Debe haber sido un motivo de confusión o inadvertencia que no merece mayores comentarios, pues es tan erróneo el raciocinio y la referencia hecha a la falsificación de instrumentos privados, que sólo es explicable por la vía de un lamentable e involuntario error mayúsculo del redactor del fallo de mayoría.

En síntesis, lo que nos queda de cierto en el aludido fallo es que, a juicio de la mayoría de los sentenciadores, un particular no puede forjar íntegra y falazmente un instrumento público, por cuanto la referencia hecha por el artículo 194 al artículo 193 significa que, si el propio funcionario público no puede forjar íntegramente un instrumento público falso, mal podría hacerlo un particular, dado que el artículo 194 –que es el correspondiente a este último– hace referencia a las causales de falsedad documentaria del artículo 193, que no contemplaría tal posibilidad.

VI

Debemos iniciar nuestro comentario partiendo de los orígenes o génesis de nuestro Código Penal, que no fueron otros que la legislación austríaca en el menor de los casos; la belga, en gran proporción; pero sin duda, mayor, el Código Penal español de 1850. “Pero teniendo a la vista y tomando en consideración la redacción

original de 1848”, según el estudio preliminar de don Manuel de Rivacoba y Rivacoba al Código Penal de la República de Chile con motivo de su centenario.

“El Código Penal, Concordado y Comentado”, de don Joaquín Francisco Pacheco (tenido permanentemente a la mano por los comisionados y redactores de nuestro respectivo Código), cita al artículo 226, exactamente igual al 193 nuestro; y al 227, repetido por nuestro artículo 194, con excepción, en lo que nos interesa, de referirse a “documento público u oficial”; en vez de “público o auténtico”, como señala el nuestro. En el Tomo II, página 302, dice este comentarista, a propósito de la posibilidad de que pudiesen existir otras formas o casos de falsedad distintos, más allá de los contemplados por el artículo 226 –193 nuestro–, lo siguiente: “¿No podrían ocurrir otros, que la conciencia pública mire también como casos de falsificación, y que, sin embargo, no se hallen comprendidos en este análisis? A nosotros nos parece muy difícil. Son tan generales, que no encontramos en nuestra imaginación ningún verdadero caso de falsedad moral que no esté comprendido en ellas. Por descontado, la ley es taxativa, como decían nuestros mayores: de estos solos habla, y a estos solos impone su pena. Pero en estos se halla todo; lo parcial y lo universal; desde la substitución de una fecha, de una cantidad, de un nombre, **hasta la suposición entera del acto, falso, suplantado, incierto de todo punto.** En esto es inútil extendernos más; la vaguedad del comentario nada puede añadir a la formularia concisión de la ley, en la cual no hay una oscuridad, no hay un defecto solo” (sic).

Enseguida, analizando o comentando al artículo 227 del Código Penal español, que, dijimos, es similar aunque no idéntico a nuestro artículo 194, agrega en lo pertinente: “Mas es claro a todas luces que también puede cometerse por otras personas, y natural y evidente es que estas otras personas no deben ser castigadas con la misma pena. El mal material causado por la falsificación podrá ser igualmente grande; pero el mal total, pero la alarma, pero el delito completo, no han de compararse de ningún modo en este segundo con los del primer caso. **El escribano que falsifica una escritura, el contador que da un certificado supuesto, el cura que inventa una partida imaginaria de bautismo, son más criminales que un particular cualquiera que por causas de interés hace la misma falsificación.** En los primeros hay un abuso de fe pública, que merece una pena mas grave. El segundo, cometiendo un gran delito, no le

comete sin embargo igual al de aquéllos”... Y procede de este modo a justificar la menor pena que merece el particular con relación al funcionario público cuando se incurre en una falsedad de las casuísticamente indicadas en el artículo 226 del Código Penal español, idénticas a las de nuestro artículo 193.

Quintano Ripolles, en su texto “La falsedad documental”, dice en la página 48, que “el segundo Código Penal de 1848-50, **merced a las dotes de sistematización de Pacheco**, simplificó notablemente la complicada técnica del precedente aunque persistió en la norma afrancesada de la enumeración exhaustiva. Tratada ya con *nomen* y título propio “De falsedades”... etc.

Cita enseguida la enumeración del artículo 220, que es idéntica a la del 226 que vimos anteriormente e idéntica a nuestro artículo 193. Si Pacheco, atendida la importancia que tuvo en la redacción dada al propio Código Penal español, consideró el forjamiento íntegro de un instrumento público falso como propio de alguna de las categorías a que hicimos referencia, no se divisa de donde pudo el Tribunal Supremo nuestro deducir la imposibilidad jurídica de que así pudiera ocurrir.

Más tarde, en la página 177, agrega Quintano Ripolles, refiriéndose a la innecesaria casuística del aludido artículo, y deteniéndose en la primera causal de falsedad documentaria y examinando si la referencia concreta a “contraer o fingir, letra, firma o rúbrica” importa **usurpación o imitación** para la punición del hecho, señala que... “**bastarían estas consideraciones para poner de manifiesto lo innecesario de la previsión legal, visto que, contrahaciendo o no, el acto es indubitadamente falsario, ya que no respecto a la letra, firma o rúbrica, si al documento mismo, como una totalidad, con responsabilidades penales idénticas...**”.

VII

Federico Puig Peña, permanentemente consultado, afirma en su tomo tercero, página 213, que jurisprudencialmente el Tribunal Supremo español ha sostenido que la falsedad documentaria punible o su alteración deben obtenerse por alguna de las modalidades siguientes: 1º. *Por la creación de un documento ficticio*. “Siempre se distingue la falsificación de un documento verdadero, de la creación

de un documento falso o fingido... Como supuestos especiales de la creación de un documento apócrifo, tenemos el abuso de firma en blanco, tipificado en nuestro Código como estafa (art. 529, núm. 5º), y el propiamente llamado *documento simulado*. Respecto a él, la jurisprudencia declaró que del contexto y espíritu de las disposiciones todas del título de las falsedades se infiere que el legislador ha querido calificar así no solamente las cometidas en documentos verdaderos, sino también la simulación de los mismos, hecha de modo y manera que pueda a inducir a error sobre su autenticidad.

VIII

A mayor abundamiento, siempre será útil acudir a los insuperables clásicos para resolver problemas jurídico-penales. Y Carrara, tal vez, sea el mayor. En su “Programa”, tomo noveno, párrafo N° 3649, afirma: “Se tiene falsedad documental por *fabricación cuando un individuo crea un documento falso*, como un contrato o un testamento. Y lo mismo se dice que se ha creado un documento falso cuando este ha sido expresamente forjado, que, cuando al dar una copia o un extracto auténtico de un original verdadero, se transforma su contenido con agregados, supresiones o cambios diferentes al texto genuino. En todas estas hipótesis se tendrá falsedad por fabricación, y será una falsedad material, y constituirá siempre el *corpus criminis* del delito de falsedad documental, no de la simple estafa”.

IX

Lo básico en toda falsedad documentaria es la imitación de la genuinidad que debe ser lo suficientemente eficaz para conducir al error común en cuanto a su origen, al extremo que, en general, las falsedades a que se refiere nuestro Código, y de cualquier orden que sean u objetos materiales sobre los cuales recaiga, si no cuentan con la aptitud suficiente para inducir a engaño o error a una persona con un coeficiente intelectual promedio, deja de ser punible.

En el caso a que se refiere la sentencia que se comenta ninguna duda cabe en cuanto a que el requisito anterior se cumplió, puesto que las instancias concluyeron en la sanción del comportamiento.

X

Felizmente el voto de minoría ahonda en consideraciones y citas jurisprudenciales nuestras, que dejan en claro y manifiesto el equívoco en que incurre la mayoría al afirmar tan categóricamente la imposibilidad jurídico penal que enfatizan. Y lo que es notable, además, es el número dos de la disidencia, en cuanto en su motivación señala que, **“fuera de considerar extraordinariamente grave sostener que la fabricación o elaboración total de un documento que aparenta ser público y otorgado por un funcionario competente, para los fines que la ley o la reglamentación pública exige para casos determinados, no es constitutivo de delito, declaración que alentaría la comisión de estos hechos, tal tesis no se encuentra validada por las normas invocadas, ni por la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores”**.

Esta buena doctrina, confiamos, habrá de ser la que en una próxima oportunidad y en lo sucesivo sostenga la Sala Penal de la Corte Suprema, puesto que su criterio es el orientador de Cortes de Apelaciones y jueces en general, de manera tal, que lo que ella piensa, en definitiva, es lo que afirmarán los diferentes fallos de nuestros tribunales a lo largo de todo el país.