

El tipo subjetivo en los delitos contra la fe pública

*Germán Pabón Gómez **

INTRODUCCIÓN

Al abordar el tema del tipo subjetivo en los delitos contra la fe pública anotamos como generalidad que, en materia jurídicopenal, punto de partida fundamental es la precisión de que lo esencial del delito reside en la conducta humana; de suerte que para conocer el delito en su triple estructura, además de conocer con delimitación el objeto jurídico tutelado, debemos conocer la conducta humana como fenómeno del mundo natural, pues el conocimiento de la acción es precedente al conocimiento del “delito” como fenómeno de creación legal. Así, lo que el derecho hace es valorar conductas humanas dadas en un proceso de acción, las que son generantes de resultados materiales (daño o peligro de daño), y calificarlas como hechos punibles.

En consecuencia, si lo afirmado precedentemente es válido para la categoría general de delito, con mayor razón lo es con respecto a la categoría particular de los delitos contra la fe pública, en los que esencialmente concurre el elemento subjetivo del “engaño”, elemento que no debe apreciarse etéreamente frente a una fe pública abstracta, sino concreta y frente a los intereses específicos garantizados y/o protegidos por la genuinidad y/o veracidad de los medios probatorios sobre los que recae la acción de falsedad.

Así, pues, la determinación del objeto jurídico, el examen de la acción violadora del interés jurídico tutelado y los elementos genera-

* Exprofesor de Derecho Penal en la Universidad del Cauca (Colombia). Actualmente cursa estudios de doctorado en Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid (España).

les de la falsedad, son los niveles reflexivos por considerar, a efecto de una comprensión más integral de los delitos contra la fe pública en su tipo subjetivo.

1. DEL OBJETO JURÍDICO TUTELADO

Sin detenernos en las diversas corrientes doctrinarias que tratan de la existencia o no existencia de la fe pública, si es un sentimiento colectivo o una imposición, si es un bien social o un bien particular, si es fe pública o fe privada¹, nos atrevemos a afirmar que la fe pública como construcción ideológica, constituida por la concurrencia de conceptos de carácter religioso, sociológicos, políticos, éticos, morales, de necesidad, etc., no debe apreciarse en un sentido abstracto, sino apreciarse y valorarse en un sentido concreto social, con repercusiones jurídicas reales, frente a la variedad de intereses jurídicos tutelados con los que la fe pública se relaciona y protege.

Con fundamento en lo puntualizado por JUAN BUSTOS RAMÍREZ cuando afirma: "No hay pues que confundir el bien jurídico con sus presupuestos; el bien jurídico es una fórmula sintética concreta de lo que se protege realmente, pero la génesis, significación y legitimidad de lo que se protege no surge del bien jurídico y en caso alguno podría surgir, sino de sus presupuestos: las relaciones sociales, las posiciones que en ellos ocupan los individuos, su intermediación con las cosas y otros entes y la interacción que se produce entre ellos"²; podemos pues entender, como muy bien lo expresa el maestro LUIS CARLOS PÉREZ, que "los bienes jurídicos tutelados (entre los que se encuentra la fe pública) no son abstracciones ni convenciones sino objetividades completas, reconocibles por los sentidos, capaces de resistir un examen ante los rigores epistemológicos. La patria, la libertad, el patrimonio, la economía, el pudor, la honra, no son meros signos sino hechos concretos y por serlo, se distinguen de otros hechos, se miden según sus depositarios, se gradúan, se identifican, y sobre esos antecedentes se les confiere valor jurídico y se organiza su defensa por la ley. Varias veces hemos sostenido que los bienes objeto de tutela no son metafísicos sino físicos. No son creaciones de la imaginación sino duras obras que se forjan en la complejidad de las relaciones humanas"³.

Así, la dinámica social de los bienes jurídicos en general y en relación con la fe pública, nos parece de especial importancia lo anotado por el profesor ROMERO SOTO, cuando afirma: "Este doble carácter social-legal de la fe pública es lo que hace de ella un bien jurídico especial, pero no autónomo, ya que se halla vinculado al valor probatorio de los documentos y a través de esta calidad al derecho que por este medio se crea, modifica o extingue, en forma tal que puede decirse que los delitos contra la fe pública pertenecen a la especie de los llamados pluriofensivos, porque en ellos se sanciona la lesión simultánea a varios derechos".

¹ Cfr. LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, Bogotá, Ed. Carvajal, S. A., 1982, págs. 16, 19 a 35.

² JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 73.

³ LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1978, pág. 570.

Y agrega: "puede definirse la fe pública diciendo que es un sentimiento colectivo de confianza, que constituye un derecho de la sociedad y de los particulares en la veracidad, autenticidad e integridad de los signos de valor y de autenticación en las formas escritas jurídicamente relevantes como medios de prueba y en la autenticidad de las personas considerando todo ello, como elementos indispensables para el tráfico jurídico"⁴.

Con claridad se pronuncia JUAN BUSTOS RAMÍREZ al sostener que "El bien jurídico fe pública tiene un carácter funcional. Su contenido se lo dan la objetivación en formas, las características de perpetuidad y fijeza, las interrelaciones jurídico-sociales. De esta manera se convierte en una vía procedimental para un tráfico armonioso en relación con los demás bienes jurídicos y en primer lugar con los de carácter microsociales a cuyo servicio está"⁵.

De los anteriores razonamientos doctrinarios deducimos que el objeto jurídico en los delitos contra la fe pública está centrado en la protección dada a la veracidad y/o genuinidad de los medios de prueba funcionales en el tráfico jurídico. Funcionalidad en el tráfico jurídico relevante, en el cual los medios de prueba puedan dinamizar situaciones de creación, modificación y/o extinción de derechos.

2. DE LA CONDUCTA HUMANA EN GENERAL

Como aspecto básico, debemos tener en cuenta lo expuesto por el profesor ORLANDO GÓMEZ, cuando dice: "la conducta, como manifestación humana, es el conjunto de respuestas significativas por medio de las cuales se da respuesta a un estímulo o necesidad interna o externa, que es captada por la conciencia. La conducta se nos presenta por ello como la «respuesta del ser vivo» ante una tensión; de allí que la conducta tenga una función: resolver tensiones y se presenta siempre ante un conflicto; es por esto por lo que la respuesta se comprende en el marco de un contexto en el cual ella se produce: toda conducta tiene una génesis que la explica y le da contenido"⁶.

La conducta como manifestación humana está constituida por la integración dialéctica de dos fases insustituibles, a saber: 1) fase subjetiva, y 2) fase objetiva.

En relación con el contexto general subjetivo-objetivo de la conducta humana, ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, con acierto, expresa: "La conducta se manifiesta luego que aparece como fruto de un proceso anterior de estimulación, en tres áreas: a) área de la mente, que corresponde al proceso simbólico o ideativo, en el cual tienen cabida los procesos motivacionales, intelectivos, afectivos, volitivos y en fin los estados espirituales; b) área del cuerpo del individuo, que corresponde a la serie de procesos que se producen en el cuerpo, miembros, sistema nervioso del individuo,

⁴ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, ed. cit., pág. 33.

⁵ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, Parte Especial, Barcelona, Edic. Ariel, 1986, pág. 401.

⁶ ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *El delito emocional*, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 17.

y c) área del mundo externo, o sea la actuación que se proyecta en el mundo fuera del individuo en el mundo sensible. Toda conducta implica una manifestación coexistente en las tres áreas, las cuales tienen cierta correlación; el cambio en una de ellas, implica alteraciones en las otras áreas"⁷.

A) Fase subjetiva

Esta fase trae consigo varios procesos interrelacionados, a saber:

a) *Proceso de conocimiento*. Para que haya lugar a una acción en general como manifestación humana, es preciso que exista una base intelectual, cognoscitiva, que le permita al hombre comprender el valor y significación de sus acciones. El proceso cognoscitivo es un proceso social que se da en y para la sociedad, y es gradual en la medida en que el hombre aprehende el mundo material que lo rodea.

El proceso cognoscitivo posibilita al hombre dirigir sus acciones, y en el proceso gradual de aprehensión del mundo material lo habilita para distinguir los objetos sobre los cuales dirige y orienta sus acciones.

ZAFFARONI nos dice: "Es pues en la praxis social, en la relación hombre-mundo material (naturaleza-sociedad) donde el hombre conoce las relaciones de causalidad. Unos lo realizan con conocimiento científico, otros con conocimiento técnico y otros con el conocimiento del lego, lo que le permite realizar actos de voluntad"⁸.

El hombre conoce, no solo para interpretar el mundo que lo rodea, sino para transformarlo y colocarlo al servicio de la sociedad. En algunos casos el conocimiento y su utilización no están dirigidos a favor de la sociedad —conforme a derecho—, sino contra ella —contra derecho—. He ahí, pues, a la naturaleza y a la sociedad humanizadas, dentro de un criterio de praxis transformadora y social.

La importancia del conocimiento de las relaciones causales por parte del hombre radica en que por dicho descubrimiento, conocimiento y profundización, le es posible comprender y explicar los fenómenos que ocurren en la naturaleza y en la sociedad, al igual que le es posible prever la aparición de nuevos fenómenos, pues el conocimiento de los nexos causales posibilita el control y dominio de los mismos, ya para procurar la engendración de efectos, ya para evitarla.

Al conocer el hombre las relaciones de causalidad —de la naturaleza y de la sociedad— se está descubriendo a sí mismo, está descubriendo el mundo de los fenómenos y sus procesos regulatorios, está conociendo las causas y los efectos que pueden ser benéficos o perjudiciales para sí o para la sociedad.

Como el proceso intelectual y cognoscitivo del hombre es social, es claro que por interrelaciones el hombre también aprehende en diverso grado de interiorización los valores, símbolos y significaciones ideológicas que imperan en la sociedad, entre los que se encuentran las significaciones de valor jurídico. El conocimiento, pues, es objetivo-subjetivo e ideológico-material; y dependiendo del grado de desarrollo biológico-mental y de interrelación social, el hombre comienza a tener conciencia de sus acciones, a comprenderlas, a dirigir las e imprimirles el sello de su voluntad.

⁷ *Ibidem*, pág. 18.

⁸ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1974, pág. 74.

La capacidad intelectual y cognoscitiva es pues fundamental en la acción, tanto en su fase subjetiva como en su fase objetiva, pues, como recalca ZAFFARONI, "todo acto de voluntad presupone actos de conocimiento"⁹.

b) *Proceso de ideación o representación finalística del actuar*. Este proceso lo comprendemos en los siguientes términos: gracias a la actividad consciente y creadora del cerebro humano y a la relación con su mundo natural y social, el hombre actúa, por principio, finalísticamente, esto es, representándose, anticipándose a su acaecer o actividad objetiva. La actividad del hombre no es una actuación meramente causal ciega —por principio—; y decimos por principio, porque en ocasiones el hombre actúa causalmente, ciegamente. En general, el hombre, antes de actuar, antes de desplegar su acción en el mundo material, piensa, idea, se representa, planea lo razonable y sus posibles efectos. Esta representación finalística de los hechos o anticipación mental del objetivo por lograr tiene grandísima importancia en materia penal, pues del grado de ideación, de representación, se comienzan a delimitar los campos y alcances de las categorías normativo-culpabilistas de dolo, culpa con representación, culpa sin representación, preterintención y las formas de omisión.

HANS WELZEL, en relación con la conducta humana como ejercicio de la actividad finalista, expresa: "La finalidad o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los actos de su actividad, de tal forma que dirige el acontecer causal exterior hacia lo objetivo y lo sobredetermina de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es vidente, la causalidad es ciega"¹⁰.

En el mismo sentido se pronuncia ZAFFARONI, cuando afirma: "Al aspecto interno de la conducta pertenece la proposición de un fin y la selección de los medios para su obtención. Siempre que nos proponemos un fin retrocedemos mentalmente desde la representación del fin para seleccionar los medios con que poner en marcha la causalidad para que se produzca el resultado querido"¹¹.

Lo mental, ideativo y representativo, constituyen, pues, las bases del actuar finalístico y objetivo del hombre en el mundo material, pues ¿qué sería del mismo sin su capacidad creadora, intuitiva, razonadora, anticipadora y previsora? El hombre es un ser esencialmente racional y creador, y estos aspectos esenciales surten eficacia, por principio, en todas sus acciones y en las acciones calificadas como delitos.

⁹ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, ed. cit., pág. 74.

¹⁰ HANS WELZEL, *Derecho penal*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1956, pág. 39.

¹¹ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1986, pág. 343.

c) *Proceso de motivación*. La conducta humana en general tiene causas, motivaciones, génesis, sobre las que ORLANDO GÓMEZ se refiere así: "Todo fenómeno del mundo sensible corresponde siempre a una causalidad anterior. Todo efecto tiene su causa o génesis, en lo físico no hay efecto sin causa y la causalidad es una ley objetiva de la naturaleza; en lo síquico igual ley se produce, la causalidad de la conducta que ya en el psicoanálisis se traduce en el estudio motivacional, para descubrirse que una conducta puede ser el fruto de múltiples motivaciones que actúan en interacción"¹².

Las motivaciones de la conducta humana son recogidas y valoradas por el derecho penal en algunos eventos, en los cuales les otorga el tratamiento ya de elementos subjetivos en el tipo, ora de circunstancias genéricas y específicas de agravación y atenuación, de causales de justificación o de causales de inculpabilidad. Los procesos motivacionales, pues, no son ajenos para la teoría del delito y constituyen objeto de estudios pormenorizados, pues siempre que se hable de acción se estará hablando de un proceso motivacional¹³.

ORLANDO GÓMEZ puntualiza: "Una conducta puede ser motivada en estímulos o motivaciones contradictorias —amor y odio—, por ejemplo en los celos y, precisamente, a veces ese proceso de contradicción entre dos o más motivaciones demora cronológicamente la irrupción de la acción-delito". "La conducta en sí, y más la delictuosa, es el resultado de un conflicto de motivaciones de rechazo, atracción, llegando a ser en un momento uno de ellos el factor dominante que determina la voluntad"¹⁴.

Así lo referenciado, tenemos que en la conducta humana pueden concurrir motivaciones de ira, miedo, amor y deber¹⁵; de amenazas reales o imaginadas; de necesidad, de lucro, por defender (la vida e integridad personal, los bienes, el honor, a un tercero, etc.), por amistad, por enemistad, por motivos nobles y altruistas, por motivos innobles y mezquinos, etc. En general el caudal motivacional del comportamiento humano es muy amplio, y surge como fruto de la interrelación de procesos que se dan al interior y exterior del hombre en su relación con la naturaleza y la sociedad.

Por principio, pues, toda conducta humana obedece a una causa, a un por qué, a un motivo "racional"; y por eventualidad, cuando nos encontramos ante un acaecer delictivo sin que aparezca una causa de conducta conocida, conocible, determinada o determinable desde un punto de vista racional, muy posiblemente estaremos ante la presencia de causas o motivos extrarracionales¹⁶ que pueden ubi-

¹² ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *El delito emocional*, ed. cit., pág. 19.

¹³ Ver H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981, págs. 402, 579, 587, 650 y 663.

¹⁴ ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, ob. y ed. cit., pág. 20.

¹⁵ Ver EMILIO MIRA Y LÓPEZ, *Los cuatro gigantes del alma*, Buenos Aires, Ed. El Ateneo, 1950.

¹⁶ Cfr. MAURO TORRES, *La tercera mentalidad*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1987; *Compulsión, prevención y tratamiento*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1988; *Teoría de las dos funciones mentales*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1972; *La mente dividida*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1982.

car en accionar del sujeto dentro de los marcos de la inimputabilidad, ya sea por bloqueos en la esfera intelectual, afectiva y/o volitiva.

La importancia, pues, de establecer las causas motivacionales de la conducta humana general y de la conducta particular delictuosa, radica en poder determinar si esa causa obedece a funciones "racionales" o a funciones "extrarracionales", ya que, dependiendo de una u otra situación, variará el tratamiento penal que se les dé.

d) *Proceso finalístico*. En relación con el proceso finalístico del "para qué" o "hacia qué" o "hacia dónde" se dirige la acción, se pronuncia ZAFFARONI, y afirma: "Es incuestionable que cualquier voluntad humana se dirige a un fin, o sea que no hay voluntad ni conducta sin finalidad. La voluntad no es «voluntad de mover el cuerpo» ni «voluntad de inervación muscular». Una voluntad así no existe más que en la invención de los autores causalistas. Es evidente que siempre que se quiere algo, siempre la voluntad es «voluntad de» y «voluntad para». No hay voluntad «de nada» ni voluntad «para nada». Sostener lo contrario implica considerar la conducta al mero nivel físico y prescindir de los niveles psicológico y sociológico de complejización. Lo psicológico, que es imposible desligar de la conducta sin que ella deje de ser tal, es lo que introduce el nexo de finalidad...

"La diferencia entre el nexo causal y el nexo final se halla en lo siguiente: en el nexo causal de una causa, sale un efecto; este efecto es a su vez causa de un nuevo efecto, y así se sigue *in infinitum*. Se produce un avanzar de caso en caso, sin que con el nexo se realice un fin. En el nexo final, por el contrario, se pone un determinado fin que puede hallarse muy adelante⁽¹⁾. En el pensamiento se ubican los medios retrocediendo desde el fin⁽²⁾ para terminar realizándolos y con ellos también el fin⁽³⁾. El nexo final se construye de este modo sobre el nexo causal, pues en la búsqueda de los medios cuenta sólidamente con la secuencia de la causa y el efecto...

"En rigor, la finalidad —bueno es observarlo desde ahora— no se monta sobre la causalidad, si la entendemos como algo visto *a posteriori*, sino sobre la causalidad *a priori*, o sea sobre la previsión de la causalidad. Con ello se afirma, como es clásica la expresión de WELZEL, que en tanto que la causalidad es «ciega» la finalidad es vidente"¹⁷.

El proceso finalístico de la acción, entendido por WELZEL en el sentido de que lo esencial es "la capacidad de la voluntad de prever dentro de ciertos límites las consecuencias del engranaje de la intervención causal y merced a ello dirigirla de acuerdo a un plan a la consecución del fin"¹⁸, implica: a) la anticipación (el proponerse) el fin que el autor quiere realizar. De ello sigue —a partir del fin—; b) la selección de los medios de la acción para la consecución del fin y la consideración de los efectos concomitantes, y c) la colocación en marcha de la causalidad o medios elegidos para lograr el objetivo¹⁹.

¹⁷ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, ed. cit., págs. 64, 65.

¹⁸ HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1970, pág. 54.

¹⁹ WELZEL, ob. y ed. cit., págs. 54, 55 y 56.

EL TIPO SUBJETIVO EN LOS DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA

Así, pues, la conducta es un proceso finalista; significa que el acontecer por realizar es anticipado mentalmente antes de producirse. Y es precisamente en el marco de dicha anticipación mental donde comienzan a perfilarse los "propósitos", "fines", "para qué", "hacia qué" o "hacia dónde" de la acción por realizar; los que de alguna manera tendrán su reflejo en la colocación en marcha de la acción en el mundo material.

Al decir WELZEL que la acción humana es el ejercicio de la actividad final, quiere significar que "la determinación de un suceso por el hombre no es un mero proceso físico de causalidad material (p. e. la lluvia), sino que consiste en una sobredeterminación (dirección a un fin) de la causalidad por el hombre en dirección a un fin (objetivo) que se ha prefijado. El hombre puede dirigir la causalidad a un fin porque tiene conocimiento de cómo opera la causalidad y ello le permite prever cursos causales concretos, aunque, por cierto, dentro de ciertos límites"²⁰.

Sobre el anterior contexto —que la conducta es un proceso finalista anticipado mentalmente antes de producirse— debemos tener en cuenta lo siguiente: hay eventos en que los fines de la acción, los que constituyen impulsos anímicos, son recogidos por el tipo penal en calidad de matices anímicos de voluntad o elementos subjetivos del tipo penal, los que, al decir de JUAN BUSTOS RAMÍREZ, tienen "una función en primer lugar constitutiva del tipo legal y con ello del injusto; sin su consideración no puede darse el tipo legal correspondiente (así en el hurto es indispensable el ánimo de apropiación de la cosa ajena, no basta con la extracción de ellas; en la falsificación de un documento no basta la imitación de una firma, sino que es necesario que se dé además el ánimo de ponerlo en circulación. Solo así, en uno y otro caso, el comportamiento puede ser relacionado con un bien jurídico, con el patrimonio en el caso del hurto, o con la fe pública en el segundo caso)"²¹.

En la anterior orientación los móviles y fines específicos de la conducta, o elementos subjetivos de la acción, son "objetivos afines de la acción"²², que al decir de JESCHECK "también integran lo injusto personal de la acción en cuanto caracterizan más precisamente la voluntad de actuar del autor. Como modificaciones de la voluntad típica de la acción manifiestan en la misma medida que el dolo la estructura de la finalidad y como este, se hallan referidos al bien jurídico protegido, al objeto de la acción o a las modalidades de su lesión"²³.

Los elementos subjetivos del tipo penal (ánimicos, móviles y fines), en algunos casos, se exigen bien para que se configure el hecho típico, para agravarlo, para atenuarlo o para excluir el delito o la pena²⁴; y como "manifiestan en la misma medida que el dolo la estructura de la finalidad" [JESCHECK], tienen su ubicación dentro del proceso finalista de la acción.

²⁰ ENRIQUE BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1974, pág. 25.

²¹ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, Parte General, Barcelona, Edic. Ariel, 1986, pág. 216.

²² ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *El delito emocional*, ed. cit., pág. 25.

²³ H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, ed. cit., pág. 434.

²⁴ ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *El delito emocional*, ed. cit., pág. 22.

e) *Proceso de voluntad*. Aspecto esencial de la conducta humana general y de la particular delictuosa, es el factor y grado de voluntad, entendida esta como la capacidad y posibilidad de elegir y decidir libremente, externa e internamente, entre actuar y no actuar.

La voluntad como aspecto esencial de la conducta humana, le da sello y característica a la misma, pues es gracias a la voluntad como lo anticipado mentalmente trasciende al mundo material.

WELZEL puntualiza: "es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final. Ella es el factor de dirección que sobredetermina el acontecer causal exterior y en virtud de esto lo convierte en una acción dirigida finalmente. Sin ella la acción quedaría destruida en su estructura material y rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final pertenece por ello a la acción como factor integrante, ya que y en la medida en que, configura objetivamente el acontecer exterior"²⁵.

En el mismo sentido, ZAFFARONI expresa: "Casi unánimemente se admite que toda conducta debe ser voluntaria, es decir, que sin voluntad no hay conducta. La voluntad implica siempre una finalidad porque no se concibe que haya voluntad de nada o voluntad para nada, siempre la voluntad es voluntad de algo, es decir siempre la voluntad tiene un contenido, que es una finalidad. Una voluntad sin contenido no es voluntad, porque es inimaginable, la entortada idea de una voluntad sin finalidad solo puede ser hija de una posición idealista, porque desde el ángulo del realismo es absurda, nos interesa es dejar sentado que para un análisis del delito que toma como base el realismo, la voluntad implica finalidad, en forma tal que la expresión «voluntad final» resulta tautológica. En razón de que es inconcebible la conducta sin voluntad y la voluntad sin finalidad, resulta por consecuencia que la conducta requiere siempre una finalidad"²⁶.

Así los conceptos, solo hay conducta cuando hay un hacer voluntario. Además, a efectos de culpabilidad, el hacer voluntario debe ser "libre"²⁷, lo que implica que haya ausencia de: a) fuerza física irresistible, y b) la involuntabilidad, que puede consistir en estados de inconsciencia o en respuestas en las que, por incapacidad síquica, el sujeto no puede controlar sus movimientos, pese a tener consciencia²⁸.

B) *Fase objetiva*

La fase objetiva de la acción, como su propio nombre lo indica, tiene lugar en el mundo material en que se plasman (preparatoriamente, inacabadamente, acabadamente o superadamente) en hechos —resultados— los aspectos de la fase ideativa.

²⁵ HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, ed. cit., pág. 54.

²⁶ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, ed. cit., pág. 342.

²⁷ Ver ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, ed. cit., pág. 343.

²⁸ Ver ZAFFARONI, *Teoría del delito*, ed. cit., págs. 139 y ss.

3. DEL TIPO SUBJETIVO EN LOS DELITOS DE FALSIEDAD

Por aplicación de la estructura de la conducta humana en general, podemos acercarnos al tema de la conducta particular de falsedad o tipo subjetivo de los delitos contra la fe pública, en el siguiente sentido:

A) *Proceso de conocimiento*

Sobre la base doctrinaria, de que el objeto jurídico tutelado en los delitos contra la fe pública está centrado en la protección dada a la veracidad y/o a la genuinidad de los medios de prueba funcionales en el tráfico jurídico, tenemos pues que en la estructura de las conductas de falsedad la primera exigencia de acción que se requiere —para unas modalidades— es que el sujeto actuante tenga consciencia de que con su acción está alterando la veracidad y/o la genuinidad de un medio de prueba que puede ser funcional en el tráfico jurídico; para otras modalidades en las que el sujeto no ha tomado parte en la falsificación del medio de prueba, pero que sí coloca en el tráfico jurídico (usa, se sirve de él, adquiere para poner en circulación, expender), se requiere que el sujeto tenga conocimiento de la previa alteración de la veracidad y/o genuinidad del medio de prueba que él, conscientemente, coloca en el tráfico jurídico.

Consciencia de la alteración de la veracidad y/o genuinidad del medio de prueba funcional en el tráfico jurídico que se falsifica; y conocimiento previo de la alteración de la veracidad y/o genuinidad del medio de prueba que conscientemente se coloca en el tráfico jurídico, son las exigencias primarias requeridas para comenzar a hablar de acción de falsedad.

En el anterior contexto de conocimiento y consciencia, “se excluye el error (invencible) y la equivocación, ya que en estos procesos mentales no concurre la malicia propia del engaño”²⁹, como que este constituye el aspecto esencial de la conducta general de falsedad; lo que conduce en algunos casos a la inadecuación típica —no existencia de la falsedad en la modalidad culposa—, en otros a los alcances del error de tipo, y en otros a los de la inimputabilidad por inmadurez psicológica o por trastorno mental —que no hubiese sido preordenado para colocarse en tal situación—.

B) *Proceso ideativo*

El proceso ideativo en la falsedad —esencial del proceso de conocimiento— es el primer proceso mental con el que se inicia la acción de falsedad.

El sujeto, antes de desplegar su acción en el mundo material, piensa, idea, se representa finalísticamente —anticipadamente— su actuar falsario, al igual que los posibles efectos —dentro de ciertos límites— que producirá su acción. En el mismo sentido ideativo, selecciona los medios para el cumplimiento de la acción alteradora de la veracidad y/o genuinidad del medio de prueba que se querrá hacer funcional en el tráfico jurídico.

En este proceso ideativo, el sujeto debe anticiparse mentalmente al resultado u objetivo de “engañar”; lo que significa, en el decir de MIRTO: “que el agente del delito a más de querer la alteración de la verdad, debe querer el engaño, pero no en una forma abstracta e indeterminada, sino de una manera precisa y consciente derivada de su experiencia de modo que el agente conozca la extensión de su propia conducta y pueda por lo tanto prever las consecuencias de ella”³⁰.

Dentro de este contexto ideativo o anticipatorio de engañar, resaltamos la importancia de lo afirmado por FRANCISCO MUÑOZ CONDE cuando expresa: “Por eso algunos autores consideran que la esencia de las falsedades radica en ser delitos contra los medios de prueba. De aquí se desprende que la acción en el delito de falsedad debe ser adecuada para inducir a error a la persona, para hacer pasar un signo ilegítimo o falso como legítimo o verdadero y además, ha de estar destinado a entrar en el tráfico jurídico”³¹.

En la anterior comprensión sí partimos de la base de que el “engaño” constituye el aspecto esencial en los delitos contra la fe pública; debe ser claro, pues, que en el proceso ideativo el sujeto debe anidar la idea del “engaño-fraude” (para obtener un provecho y/o para ocasionar un perjuicio) que se propone realizar, al alterar la veracidad y/o genuinidad de un medio de prueba y hacerlo funcional en el tráfico jurídico.

Así lo proyectado, en el proceso ideativo, desde su iniciación, deben estar presentes los “fines de la acción”, “acción hacia qué”, “acción para qué”, de la “voluntad de”, engaño-fraude que ocasionará un daño o peligro de daño una vez alterada la veracidad y/o genuinidad del medio de prueba y colocado funcionalmente en el tráfico jurídico.

En sentido excluyente: si un sujeto actuante, al desplegar su acción sobre un medio de prueba con el propósito de alterar su veracidad y/o genuinidad no tiene intención de engañar-defraudar a nadie, ni de ocasionar un daño o peligro de daño, es claro que, por ausencia de colocación funcional en el tráfico jurídico, no podemos hablar de acción de falsedad.

Lo puntualizado precedentemente nos conduce a afirmar que el sujeto, dentro del proceso ideativo, representativo o finalístico de su actuar, además de anidar la voluntad de engaño-fraude, debe concebir la idea de pretender colocar funcionalmente en el tráfico jurídico lo falsificado. Lo que vale tanto para el que ha tomado parte activa o colaboradora en la falsificación como para el que no ha tenido concurso en ella, pero adquiere con conocimiento de la previa falsificación o adquiere de buena fe y posteriormente se entera del fraude. Y debe ser así, porque los medios de prueba se tornan funcionales es en el tráfico jurídico creando, modificando y/o extinguiendo derechos o situaciones jurídicas, o intentando obtener dichos resultados.

³⁰ MIRTO, citado por LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, Bogotá, Ed. Carvajal, S. A., 1982, pág. 170.

³¹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte especial, ed. 7ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 1988, pág. 476.

²⁹ LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1978, pág. 646.

Lo anteriormente expresado, pensamos, vale para cualquier medio de prueba, incluido el documento público, al que la doctrina y la jurisprudencia le han otorgado un tratamiento preferente, dando por sentado que la falsedad en documentos públicos es *inest in re ipsa*, "que consiste en la simple conciencia y voluntad de alterar la verdad, sin que sea necesario entrar en más averiguaciones"³²; postulación que no compartimos, pues el hacerlo sería aceptar la distinción doctrinaria —endebles— según la cual existen una fe pública y una fe privada (referida la una a los documentos públicos o a la cosa pública y la otra a los documentos privados o a las actividades privadas), y que mayor valor tiene la primera que la segunda, y que por ende para hablar de falsedad de documento público basta con que el sujeto haya alterado conscientemente y voluntariamente el documento, sin más ni más; lo que, a nuestro entender, implica dar curso libre y sin reparos a las tendencias puramente voluntaristas o formalistas de la falsedad³³.

C) Proceso motivacional

Las motivaciones de los delitos de falsedad son variadas, como variadas son las motivaciones de la conducta humana en general. Pero generalmente actúan alrededor del enriquecimiento fácil; del lucro; para aparentar una identidad, estado civil, titularidad o calidad personal que no se tiene y de que pueden derivarse efectos jurídicos. En el curso de la acción —móviles y fines— interactúan, pero no obstante la interacción, debemos señalar que "el propósito de alterar la verdad, o de producir un engaño, o el de perjudicar a alguien o el de obtener un provecho, quedan dentro del campo de la intención (de los fines) sin trascender a la esfera de los móviles"³⁴.

Son extensas las construcciones doctrinarias referentes a si los móviles de la acción hacen parte del dolo en el delito de falsedad³⁵ o no, y en general a la teoría del dolo aplicable a todos los delitos.

Sin entrar en prolijas consideraciones, y tomando como base lo expresado en el acápite II, "De la conducta humana en general - proceso de motivación", hemos de resaltar que, por principio, no hay acciones sin causas, sin móviles, sin proceso genealógico; y que al ser el dolo una calificación dogmático-jurídica que se le atribuye a una conducta humana desarrollada en el mundo material y productora de efectos —resultados— socialmente dañinos o negativos, es de consecuencia reflexiva que los procesos motivacionales o genealógicos no pueden ser ajenos al estudio de la teoría del dolo, no solo en tratándose de los delitos de falsedad, sino con referencia a todos los delitos en general.

Que el derecho penal, respecto de algunos delitos recoja y valore los procesos motivacionales y los entienda como elementos subjetivos en el tipo, como circunstancias genéricas y específicas de agravación o atenuación, como causales de justifica-

ción o de inculpabilidad, o no recoja y no valore en cuanto a otros delitos los procesos motivacionales, es muy diferente de expresar y sostener que los procesos genealógicos no interesan a la teoría del dolo.

Aparte de que el derecho penal valore y exija la existencia de los procesos motivacionales para la configuración de ciertas categorías jurídicas o no lo haga, nos sumamos a los partidarios y sostenedores de que la importancia de establecer las causas motivacionales de la conducta humana en general y de la particular delictuosa radica en poder determinar si esa causa obedece a funciones racionales o a funciones extrarracionales, pues, dependiendo de una u otra situación, variará el tratamiento penal que deba aplicarse.

Ahora bien, en tratándose de móviles no recogidos y valorados por el derecho penal, es claro que estando presente dicho móvil, el delito de falsedad se configura siempre y cuando se trate de móviles que obedecen a funciones racionales; pero cuando el derecho penal recoge y valora los móviles, dándoles la calidad de elementos subjetivos del tipo, como sucede en los arts. 304 y 307 del Código Penal español, en los que alternativamente se incluye el móvil "intención de lucro", es claro también que las conductas para su configuración típica requerirán de la presencia de ese elemento subjetivo.

Además, en presencia de móviles constitutivos de causales de justificación, como la legítima defensa, el estado de necesidad y la orden de legítima autoridad, emitida con todas las formalidades legales, es de consecuencia la exclusión de antijuridicidad del delito de falsedad.

a) *De la legítima defensa.* El profesor ROMERO SOTO al respecto indica: "Tres son a nuestro entender, las situaciones que pueden dar lugar al examen de si existe o no legítima defensa: la primera consistiría en alterar un documento en que se contienen agresiones injustas contra los derechos de una persona; la segunda, en crear un documento falso para defender de agresiones injustas un derecho propio o ajeno. La tercera en destruir, suprimir u ocultar un documento auténtico con el fin de preservar un derecho propio o ajeno..."

"No puede negarse que en los tres casos es posible se den agresiones actuales e injustas contra un derecho, por ejemplo, la dignidad personal, la reputación, el patrimonio, etc.

"Es posible también que un medio adecuado para defenderse sea la destrucción o la alteración del documento en que se contenga el ataque. No se ve, entonces, por qué no ha de estimarse que hay en esa situación una legítima defensa..."

"Aun la creación total de un documento falso puede justificarse. Sobre este particular expresa DONNEDIEU DE VABRES: «Cuando los elementos constitutivos del delito de falsedad se han realizado, la intervención de un hecho justificativo puede, en virtud de los principios generales, excluir la responsabilidad penal. Puede, a este efecto, darse el estado de necesidad, la disposición de la ley, la orden de autoridad legítima. Y comprendemos bajo esta expresión genérica de 'estado de necesidad' el caso de la legítima defensa. Puede aparecer sorprendente, a primera vista, que la alteración de la verdad en un escrito aparezca como un medio legítimo para

³² Ver LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, ed. cit., pág. 168.

³³ *Ibidem*, pág. 167.

³⁴ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, ed. cit., pág. 174.

³⁵ Ver LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *ob. cit.*, pág. 179.

enfrentar una agresión. Pero nuestra época de subversión moral, social e internacional, ofrece situaciones tales que puede presentarse tal cuestión. Una persona víctima de persecuciones políticas o religiosas, no ve otro medio de salvar su vida que buscar refugio en el exterior. Habiéndosele impedido el paso de la frontera, puede superar ese obstáculo para la falsificación de un pasaporte. Se sabe que esta práctica es una de las que amenazan más peligrosamente, en el momento actual, los intereses comunes de todos los Estados... Si el beneficiario del pasaporte falso es detenido por las autoridades del Estado en que se refugia, ¿no podría alegar en su defensa que el acto imputado era lo único que le permitía salvar un bien superior a la 'fe pública' y al interés del país extranjero, y que, por lo tanto, se encontraba en estado de legítima defensa, o por lo menos de necesidad»³⁶.

La alteración de la veracidad y/o genuinidad de un medio de prueba y su colocación funcional en el tráfico jurídico (tanto por el que participa o colabora en la falsificación como por el que lo adquiere previo conocimiento de la falsificación, para colocarlo funcionalmente en el tráfico jurídico) puede tener por motivación la defensa de un derecho propio o ajeno contra una agresión actual, injusta o inminente, circunstancia esta que justificaría el delito de falsedad.

En verdad, en el estado actual de conflictividad de la sociedad puede presentarse variedad de agresiones actuales, injustas o inminentes, contra derechos propios o ajenos de la persona, que lleven al sujeto o sujetos actuantes a la necesidad de falsificar documentos para salvaguardar la integridad de esos derechos.

Cuando se trate de documentos que en su contenido y genuinidad proyecten agresiones contra derechos de las personas, la defensa de esos derechos no puede limitarse única y exclusivamente al trámite legal de la denuncia por injuria, por calumnia o por estafa, o al trámite de la tacha de falsedad de documentos; o en sí a los trámites que la propia legalidad ofrece para el trato de documentos.

Si la legítima defensa está consagrada por la necesidad de defender derechos propios o ajenos contra agresiones actuales, injustas o inminentes; y si las circunstancias de hecho llevan a que la forma de defender esos derechos es falsificando un medio de prueba funcional en el tráfico jurídico, o adquiriendo un medio de prueba falsificado para colocarlo en el tráfico jurídico, pensamos que la causal de justificación tiene plena eficacia.

En la legítima defensa, en la que concurren una acción de agresión y una acción de reacción defensiva, esta reacción defensiva puede darse precisamente falsificando la veracidad y/o genuinidad de un medio de prueba.

En el análisis del móvil de legítima defensa en la falsedad, captamos con claridad la interrelación de la fe pública con bienes jurídicos concreto-sociales, como pueden ser el honor, el patrimonio, la vida y la integridad personal. La fe pública, pues, como objeto de protección a la veracidad y/o genuinidad de los medios de prueba funcionales en el tráfico jurídico, no debe ser una fe pública abstracta, etérea, que existe por sí y que hay que defender por sí y para sí y nada más, sin relacionarla con otros bienes jurídicos micro o macrosociales a cuyo servicio o interrelación está

³⁶ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, ed. cit., pág. 219.

o pueda estar. La fe pública es un bien concreto-social que existe en y para la sociedad, y hay que relacionarla es en y para la sociedad.

La legítima defensa, pues, no es una causal de justificación que obre solo para los delitos de homicidio o de lesiones personales, para defender la vida, el honor o el patrimonio. Eventos hay y habrá en que estos bienes se puedan defender cometiendo el "delito" de falsedad.

El objeto jurídico de los delitos contra la fe pública puede violarse entonces por motivo de legítima defensa, excluyéndose así la antijuricidad y por ende el delito, pues el engaño-fraude, esencial subjetivo finalístico de las falsedades, se ve desplazado por el motivacional y finalístico subjetivo de defenderse o defender un derecho propio o ajeno; y en la medida que dicha defensa esté inscrita dentro de los marcos y requerimientos legales, tendrá plenos efectos la causal de justificación.

b) *Del estado de necesidad*. El actuar por estado de necesidad para proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar, es otra motivación por la que se puede cometer el delito de falsedad.

El profesor ROMERO SOTO al respecto indica: "en el campo de la falsedad documental creemos que pueden presentarse casos de estado de necesidad no obstante que, según nuestra legislación, el bien jurídico protegido o sea la fe pública, tiene carácter colectivo y pudiera pensarse que no es posible permitir sea lesionado para defender uno de carácter privado..."

"La verdad es que a nadie puede exigirse que perezca él o su familia o que deje de salvar su honor o cualquier otro bien por no lesionar algo tan abstracto como es la fe pública..."

"Es claro que para que exista la justificante que se menciona, deben darse todos los elementos que la ley y la doctrina consideran indispensables, entre ellos debe destacarse la inevitabilidad del peligro, pues si este es evitable, aún a costa de un daño personal de menor magnitud sufrido por el agente, este no debe vulnerar el bien ajeno más valioso"³⁷.

En el caso posible, pues, de comisión de falsedad motivada por estado de necesidad, habrá que examinar con detalle si se dan los requerimientos de situación de peligro de un derecho propio o ajeno; de acción de defensa; de proporcionalidad entre los males (C. P. español, art. 7º, regla 1ª); de falta de provocación intencional o imprudente y de no tener obligación de sacrificio.

El objeto jurídico de los delitos contra la fe pública no es ajeno, pues, a la lesión por estado de necesidad. Eventos habrá de necesidad de subsistencia, de alimentación o de consecución de medicamentos para evitar el peligro de perecimiento de una persona o de su familia, que obliguen a lesionar la fe pública; la cual no es un bien jurídico incólume o superior a la realidad de los verdaderos estados de necesidad de los urgentemente necesitados que no encuentran ayuda o colabora-

³⁷ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, ed. cit., pág. 220.

ción de nadie y que solo tienen como alternativa para salvarse del peligro la de cometer un "delito" de falsedad.

D) *Proceso finalístico*

El proceso finalístico en los delitos contra la fe pública tiene por objeto establecer "hacia qué", "hacia dónde" o "para qué" se altera la veracidad y/o genuinidad de un medio de prueba.

Si partimos de la base real de que donde los medios de prueba se tornan funcionales es en el tráfico jurídico, creando, modificando y/o extinguiendo derechos o situaciones jurídicas o intentando obtener dichos resultados, podemos captar sin mayor esfuerzo reflexivo que, al hablar de acción de falsedad, la finalidad primaria fundamental prevista, pensada o proyectada por el sujeto o sujetos actuantes de la falsedad, debe ser la de hacer funcional en el tráfico jurídico el medio o medios de prueba falsificados.

El destino finalístico de funcionalidad en el tráfico jurídico (de los medios de prueba falsificados) es, pues, primario y fundamental para poder pasar a reflexionar en las otras finalidades, también fundamentales y consecuenciales, como son las de producir un engaño, perjudicar a alguien (daño o peligro de daño) u obtener un provecho.

Si el medio de prueba, ya alterado en su veracidad y/o genuinidad, no tiene destino finalístico de funcionalidad en el tráfico jurídico (destino finalístico que se valorará a caso concreto, de circunstancias objetivas y subjetivas concretas), la acción será irrelevante para el derecho penal, pues no podemos hablar de falsedades o de lesiones al bien jurídico de la fe pública *inest in re ipsa*, en tratándose de medios de prueba alterados en su veracidad y/o genuinidad, los que en ninguna forma están destinados o tendrán funcionalidad en el tráfico jurídico.

¿Qué daño o peligro de daño, pues, podrá ocasionar un medio de prueba falsificado que no tiene como destino incorporarse a la dinámica jurídica? ¿Qué engaño o cuál obtención de provecho (finalidades consecuentes a la de incorporación al tráfico jurídico) podrá ocasionar un medio de prueba alterado en su veracidad y/o genuinidad, si a aquel ni siquiera se lo tiene destinado para incorporarse al tráfico jurídico?

Sancionar conductas de mera alteración de la veracidad y/o genuinidad de medios de prueba que no tienen por finalidad incorporarse al tráfico jurídico, es, en nuestro criterio, aplicar criterios sancionatorios de responsabilidad objetiva, pues hay ausencia de dolo. En efecto, con base en los postulados de la teoría finalista de la acción, si el dolo está en la acción y la acción está en el proceso de adecuación típica (tipicidad); y si dentro de la acción dolosa debe incluirse la "finalidad" de incorporar el medio de prueba a la dinámica jurídica para que produzca o intente resultados, pues es claro que una acción carente de esa finalidad, además de no ser dolosa, tampoco es reprochable jurídicamente. No debemos olvidar que la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, la consciencia de la antijuridicidad del hecho y la exigibilidad de una conducta adecuada a derecho o normalidad de las circunstan-

cias en que el hombre actúa³⁸, son los requerimientos de culpabilidad; y que en una acción ausente de la finalidad referida no se ha actuado contra derecho.

Además, si el medio de prueba falsificado no tiene como finalidad entrar en el tráfico jurídico, pues también es muy claro que no habrá ninguna posibilidad de que produzca un engaño, de que ocasione un perjuicio (posibilidad de daño o de peligro de daño). Y si al haber ausencia total de posibilidad de daño o peligro de daño, no obstante se sanciona, pues se está violando un principio rector fundamental para poder sancionar, como es el de que la conducta además de ser típica, debe producir un efecto, un resultado de daño o peligro de daño.

Debemos resaltar que no es dable —en nuestro concepto— admitir o seguir sosteniendo que el daño o peligro de daño en los delitos contra la fe pública —especialmente en los documentos públicos— es *inest in re ipsa*, porque eso significa otorgarles a la fe pública y a los documentos públicos una categoría especial suprasocial, por encima de la sociedad y de sus dinámicas interrelacionantes. Los delitos contra la fe pública no son formales, son de resultado, en los que se debe dar un daño o peligro de daño concreto (el que se puede dar o no, al entrar en el tráfico jurídico; o el peligro de daño, al tener por finalidad entrar en el tráfico jurídico). La dañosidad *inest in re ipsa* formulada doctrinaria y jurisprudencialmente para los documentos públicos, a nuestro entender, constituye una presunción *in malam partem* o presunción de dañosidad. Y por principio filosófico de justicia y equidad, en materia penal no son dables tales presunciones, que otrora sirvieron de fundamento sancionatorio al derecho penal inquisitorio, absolutista y arbitrario, que para castigar imaginaba y presumía, dada su incapacidad de probar.

Los fines y finalidades de la acción, como elementos subjetivos, al decir de JESCHECK "también integran lo injusto personal de la acción en cuanto caracterizan más precisamente la voluntad de actuar del autor. Como modificaciones de la voluntad típica de la acción manifiestan en la misma medida que el dolo la estructura de la finalidad y como este, se hallan referidos al bien jurídico protegido, al objeto de la acción o a las modalidades de su lesión"³⁹; por lo tanto la finalidad a que nos hemos venido refiriendo también manifiesta, en la misma medida que el dolo, la estructura de la finalidad falsaria; y como se trata de una finalidad fundamental, debe estar presente para poder configurar una acción verdaderamente dolosa.

Ahora bien, en el evento de sostener o admitir que los delitos contra la fe pública son formales, o de mera conducta, ello tampoco excluiría que hubiese daño o peligro de daño, pues los delitos formales para poder sancionarlos también deben producir un daño o peligro de daño; y esos resultados solo los obtienen las conductas que trascienden a la realidad social y jurídica; pero las conductas que no trascienden ni social, ni jurídicamente no es posible sancionarlas, pues hacerlo sería caer en el peligrosismo jurídico, que tiene como fundamento, entre otros, el de sancionar conductas que no han causado daño, pero que en algún momento pueden llegar a causarlo.

³⁸ ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *El concepto de culpabilidad y su evolución*, Popayán, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca, 1988, págs. 64 a 75. Sin publicar por editorial.

³⁹ Cfr. H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, ed. cit., pág. 434.

Creemos que las conductas contra la fe pública merecen un tratamiento y análisis concreto-social (como lo merecen todos los delitos) y no pueden concebirse como conductas de mero peligro.

Al respecto del tema, el profesor MANUEL COBO DEL ROSAL expresa: Documento es "todo instrumento escrito en el que se recogen una o varias manifestaciones de voluntad generadoras o reconocedoras de obligaciones o derechos, de los que se da testimonio y que de alguna forma se incorpora al tráfico jurídico, en el que deja sentir sus efectos".

Y agrega: "el documento, además debe estar destinado a incorporarse al tráfico jurídico, para lo cual, es evidente, hace falta algo más que el deseo o intención de sus redactores o firmantes... Será necesario, por consiguiente, que se esté ante un escrito atribuible a alguien, en el que se dé testimonio de unos derechos o unas obligaciones que se reconocen o generan conscientemente con trascendencia jurídica y que penalmente no carezca de validez. Frente a estos documentos denominados en la doctrina «intencionales», los llamados «ocasionales» no pensados por sus autores para surtir efectos en el ámbito jurídico, pero con posterioridad avocados a entrar en él, no adquieren la calidad de objeto material de estos delitos, hasta que aquella integración no se corporiza"⁴⁰.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE, con claridad nos indica que "la acción en el delito de falsedad debe ser adecuada para inducir a error a las personas, para hacer pasar un signo ilegítimo o falso como legítimo o verdadero y además, ha de estar destinada a entrar en el tráfico jurídico".

Y continúa: "La acción falsaria puede realizarse con distintas finalidades. Así por ejemplo, puede suceder que alguien falsifique la firma de un personaje ilustre o moneda con fines exclusivamente coleccionistas a modo de juego, etc., o que la falsedad no esté destinada a entrar en el tráfico jurídico fiduciario en general... En ninguno de estos casos se da el dolo típico de las falsedades que supone la conciencia y voluntad de alterar el tráfico jurídico fiduciario, y que según la doctrina dominante impide la incriminación culposa"⁴¹.

Así las cosas, tenemos que el destino finalístico —de funcionalidad en el tráfico jurídico— de los medios de prueba falsificados es primario y fundamental para pasar a la reflexión de las otras finalidades, también fundamentales y esenciales de la falsedad, como son las de producir un engaño y perjudicar a alguien —daño o peligro de daño—. De otra parte, cabe resaltar que el propósito de obtener un provecho para sí o para un tercero es una finalidad no esencial, lo que significa que es indiferente que se de o no se de, a efectos de dolo y de adecuación típica.

En relación con lo anterior, GARRAUD, citado por LUIS CARLOS PÉREZ, dice: "A pesar de la ausencia de una determinación legal de los elementos de este delito, la doctrina y la jurisprudencia francesas están de acuerdo en reconocer que la falsedad debe siempre comprender tres elementos: 1) alteración de la verdad de un escrito

según los modos previstos legalmente; 2) el perjuicio o la posibilidad de perjudicar, resultante de la alteración; 3) la intención de dañar, es decir el deseo de procurarse a sí mismo o procurar a otro un beneficio ilegítimo. Si se quiere concentrar estos elementos en una fórmula, he aquí la que yo propondría: la falsedad se constituye por una alteración fraudulenta de la verdad en un escrito, alteración sobre hechos que este escrito tiene aptitud de probar y susceptible de causar un perjuicio"⁴².

La intención de engañar a alguien, causando un daño o peligro de daño —posibilidad de perjuicio—, son finalidades también esenciales de la falsedad, pues ante la ausencia de ellas no hay fundamento para la acción de falsedad.

La acción de alteración de la veracidad y/o genuinidad de un medio de prueba —cualquiera que fuere—, debe tener por finalidad esencial la de producir un perjuicio —daño o peligro de daño o posibilidad de perjudicar—. Y debe ser así porque, de no serlo, se llega a la aceptación de falsedades inocuas (las que también pueden presentarse en tratándose de documentos públicos).

El profesor LUIS CARLOS PÉREZ, en referencia a la aceptación de la doctrina del perjuicio en la falsedad pública, nos dice: "Por eso la doctrina universal, especialmente la de los tratadistas franceses, tan respetuosos de los derechos individuales, no admite como documento falso sino al que reúne estos elementos uniformemente acogidos por los criminalistas de todos los tiempos y a los cuales se refiere BLANCHE: a) que haya alteración de la verdad en él; b) que dicha alteración se haya efectuado con intención criminal; y c) que haya ocasionado o pueda ocasionar un perjuicio...

"Haciendo la diferencia entre el perjuicio de ciertos delitos, como el homicidio, los atentados al pudor, el robo, el incendio, en los cuales existe siempre un daño, sostiene BLANCHE que la alteración de la verdad en un escrito no engendra por ella misma y fatalmente un perjuicio. «Así como algunas de estas alteraciones pueden causar perjuicio a otro, las hay que no tienen dicha consecuencia. En otros términos: como el acto físico que sirve de fundamento a la incriminación no toma el carácter de elemento delictivo sino a condición de perjudicar a otro, concluye, que entre las alteraciones de la verdad no pueden tenerse en cuenta sino las que llenan esta condición» es decir cuando sean o puedan ser perjudiciales a terceros...

"Del mismo parecer es GARRAUD, quien, como RAUTER, reconoce la solidez de las opiniones de BLANCHE así: el sujeto que con intención criminal altera la verdad en un escrito, pero de un modo que no ocasiona daño a nadie, está en las mismas condiciones que el que administra una sustancia inofensiva con el ánimo de envenenar, o de que, con el propósito de matar, golpea una víctima ya muerta. En estas hipótesis no solo no hay envenenamiento o muerte, sino ni siquiera tentativa... La alteración de la verdad de donde no pueda nacer algún perjuicio, tiene pues el carácter de un hecho al que falta una de las condiciones determinantes de la punibilidad. Desde este punto de vista, la noción del perjuicio posible entra

⁴⁰ MANUEL COBO DEL ROSAL, *Derecho penal*, Parte Especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 1988, págs. 227 y 230.

⁴¹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte Especial, ed. cit., págs. 476 y 477.

⁴² LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, ed. cit., pág. 644.

como elemento constitutivo del delito, puesto que no es suficiente el que la verdad haya sido alterada"⁴³.

Dadas las anteriores consideraciones y puntualizaciones doctrinarias, tenemos que las finalidades esenciales de los delitos de falsedad, son: a) finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico; b) finalidad de engañar; y c) finalidad de causar un daño o posibilidad de perjuicio; finalidades que deben estar presentes para configurar una verdadera acción de falsedad.

A evento singular, las finalidades mencionadas se apreciarán y valorarán concretamente en análisis de circunstancias objetivas y subjetivas allegadas al proceso. He ahí pues, los "para qué", "hacia qué", "propósitos" o "fines" de la acción de falsedad, los que no se quedan en la sola fase ideativa de la acción, sino que de alguna forma tienen su reflejo en la colocación en curso de la acción en el mundo material; objetividades en marcha de donde el juzgador extraerá los elementos de juicio necesarios y suficientes para una correcta apreciación y calificación legal.

E) Proceso de voluntad

En el acápite sobre la conducta humana en general expresamos, que aspecto esencial de la conducta humana en general y de la particular delictuosa es el factor y grado de voluntad, entendida esta como la capacidad y posibilidad de elegir y decidir libremente, externa e internamente, entre actuar y no actuar.

Pues bien, entendida así la voluntad, y en relación con los delitos de falsedad, recogemos lo expresado por ROMERO SOTO cuando dice que "permanece dentro del campo de la voluntad el acto material de formar un documento falso o de alterar uno verdadero; y como quiera que para que esos actos sean propiamente voluntarios deben tener un mínimo de reflexión, y ese mínimo consiste no solo en la voluntariedad del acto de escribir, sino también en la del significado inmediato de lo que se escribe, se tiene que el simple conocimiento de que se está haciendo algo contrario a la verdad, pero sin que haya un propósito ulterior, tampoco traspasa los límites de la voluntad...".

Y agrega: "De este mismo concepto es ANTOLISEI, para quien el autor de la falsedad debe tener no solo la conciencia de inmutar la verdad y la voluntad o intención de conseguir este resultado, sino también la conciencia de causar un daño en el cual no se limita al ocasionado a la fe pública sino que consiste esencialmente en poner en peligro «los intereses específicamente salvaguardados por los medios probatorios». No dice este autor expresamente que el falsario debe tener la intención de causar un daño, pero afirma que no es posible reducir el dolo a la mera volición del comportamiento, sino que debe comprender también la del resultado, de donde se deduce que la intención dolosa en la falsedad debe abarcar, no solo la mutación de la verdad, sino ir hasta el propósito de causar un daño a un interés jurídicamente protegido, distinto de la fe pública. De esta concepción se deriva, según el mismo autor, la afirmación de que el dolo es excluido cuando el agente cree erróneamente que la falsedad por él cometida es inocua"⁴⁴.

⁴³ LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, ed. cit., págs. 674 y 675.

⁴⁴ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, ed. cit., págs. 174 y 175.

Sobre la base doctrinaria, puntualizada entre otros por ZAFFARONI, de que "la voluntad implica siempre una finalidad, porque no se concibe que haya voluntad de nada o voluntad para nada"⁴⁵, podemos comprender que el proceso de voluntad en los delitos de falsedad no se circunscribe únicamente al acto material de alteración de la veracidad y/o genuinidad de un medio de prueba, sino que debe ir más allá y, referirse también a los propósitos o "fines esenciales" de la falsedad, como son los de a) finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico, del medio de prueba falsificado; b) finalidad de engañar; y c) finalidad de ocasionar un daño o posibilidad de perjuicio.

Por tanto, la voluntad en los delitos de falsedad debe ser, en nuestro concepto: a) voluntad de falsificación de un medio de prueba; b) voluntad de engañar; y c) voluntad de ocasionar un daño o posibilidad de perjuicio. Así las cosas, la voluntad debe estar presente en todo el proceso de acción falsario, proceso de acción finalístico, pues no se concibe un delito de falsedad en el que no hubiese voluntad de colocar en el tráfico jurídico el medio de prueba alterado en su veracidad y/o genuinidad; o en el que no hubiese voluntad de engañar; o en el que no hubiese voluntad de ocasionar un daño o peligro de daño. En tal sentido, la voluntad debe orientar, dirigir y acompañar todo el proceso finalístico falsario para configurar una verdadera acción dolosa.

De otra parte, en tratándose de un hacer voluntario, este debe ser libre, esto es, estar libre de fuerzas irresistibles coaccionantes, tanto externas como internas, constitutivas de las denominadas *vis absoluta* y *vis compulsiva*. La capacidad y posibilidad de elegir y decidir libre, externa e internamente entre actuar y no actuar es un requerimiento necesario en el proceso de formación voluntario de la falsedad.

4. DE LA FASE OBJETIVA EN LOS DELITOS DE FALSEDAD

La fase objetiva en los delitos de falsedad, tiene lugar en el mundo exterior-material, en el que se plasman acabada o inacabadamente, consumada o tentativamente, en hechos —resultados— los aspectos de la fase ideativa, considerados precedentemente.

A) Del momento consumativo de la falsedad

Sin detenernos *in extenso* en los diversos conceptos doctrinarios, tratantes del momento consumativo de la falsedad, hemos de señalar solo genéricamente que ellos varían y dependen de los criterios que se tengan respecto al bien jurídico tutelado en los delitos contra la fe pública.

Nuestra posición. Si partimos del supuesto teórico doctrinario de que el objeto jurídico tutelado en los delitos contra la fe pública está centrado en la protección dada a la veracidad y/o genuinidad de los medios de prueba funcionales en el tráfico jurídico; si partimos de una concepción real (mas no formal de los delitos de

⁴⁵ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, ed. cit., pág. 342.

falsedad) considerando y aceptando con fundamentos objetivos que es en el tráfico jurídico donde los medios de prueba se tornan funcionales, creando, modificando y/o extinguiendo derechos o situaciones jurídicas o intentando obtener dichos resultados relevantes jurídicamente, podemos captar que la consumación de la falsedad en documento público se cumple a partir de la presencia del elemento subjetivo de “finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico” y de la “funcionalidad real” —uso— en el tráfico jurídico para los medios de prueba privados —documentos privados— para la falsedad en documentos privados (lo que no ofrece dificultades ni controversias en tratándose de estos últimos).

Hemos sostenido que la “finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico” como aspecto subjetivo de la acción falsaria es esencial para afirmar la existencia dolosa de un delito de falsedad en documento público. Así, pues, si bien es cierto que dicha finalidad es fundamental, también lo es que como “intención”, “propósito” o “finalidad” debe manifestarse de alguna manera en el mundo exterior, para poder afirmar probatoriamente su existencia y por ende el delito consumado de falsedad en documento público. Dicha “finalidad” no puede ni imaginarse, ni suponerse, ni darse por sentada por el juzgador, sino que debe probarse.

En verdad el tema del momento tentativo y consumativo y de la falsedad en documento público es delicado, complejo y ampliamente controvertido; y todas las consideraciones al respecto tienen como punto de partida la visión que se tenga respecto del objeto jurídico tutelado en los delitos contra la fe pública y de la visión que se tenga sobre el concepto “fe pública”.

De nuestra parte, al sustentar en este modesto trabajo que el momento consumativo de la falsedad en medios de prueba públicos se erige es a partir de la presencia del elemento subjetivo de “finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico”, nos apartamos de las corrientes doctrinarias que tratan el tema y de las que, en desarrollo de una visión formalista, conciben el delito de falsedad en documento público independientemente de la capacidad o aptitud probatoria del documento, e independientemente de la finalidad de funcionalidad del medio de prueba en el tráfico jurídico.

Al elaborar nuestra posición en relación con el momento consumativo del delito de falsedad en documento público hemos partido de una apreciación concreta social y dinámica del objeto jurídico tutelado en los delitos contra la fe pública, y de una apreciación real y objetiva del concepto de fe pública, al que miramos no abstracta, ni etérea, ni privilegiadamente, ni como bien suprasocial, sino con un sentido dinámico-funcional-social, con reales repercusiones frente a la variedad de intereses jurídicos tutelados con los que la fe pública se relaciona y protege.

Conforme a lo expresado, no compartimos las posiciones doctrinarias⁴⁶ reiteradamente sostenedoras de que el momento consumativo de la falsedad en documento público se da con mera *editio falsi*, esto es, con el mero acto de crear un documento falso o alterar uno verdadero, con el mero acto consciente y voluntario de alterar la veracidad y/o genuinidad de un medio de prueba público, sin pararse en considera-

ciones acerca del destino finalístico de dicho medio de prueba alterado; y, de otra parte, dar por sentado —de por sí— que la alteración —en sí— ya constituye un daño o peligro de daño a la fe pública, dado que la “facultad pública de documentación es un atributo propio del Estado y que se deben máximo respeto y reverencia a esta clase de documentos por ser una emanación de este e independientemente de su capacidad probatoria”⁴⁷ y finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico.

Consideramos que no puede darse por sentado, por hecho ya acabado e incontrovertible, que la sola alteración consciente y voluntaria de la veracidad y/o genuinidad del medio de prueba, de por sí, ya constituye un daño o peligro de daño a la fe pública y que lesiona —de por sí— la facultad pública de documentación que tiene el Estado; y que ese daño o peligro de daño existe independientemente de la capacidad probatoria y de la finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico, pues ello significa darle a la fe pública un tratamiento abstracto, etéreo e intangible, esto es, no real, sancionando daños o peligros de daño que no existen en la realidad, sino que su existencia se imagina o presupone —porque sí—.

Consideramos que debe haber mayor peso y fundamento probatorio en las argumentaciones sancionatorias en lo que a esta clase de conductas se refiere, porque el “por sí”, “de por sí” del daño o peligro de daño no significa nada, sino que es algo más que fantástico, rayano en alucinatorio; como lo es el sostener y afirmar que algo existe, cuando en realidad no existe. El derecho penal moderno no puede dar lugar ni cabida a tesis y argumentaciones sin naturaleza probatoria real, sin coherencia ni base metodológica; las que a nuestro entender no tienen contenido, sino ficciones, y el derecho penal de hoy no sanciona ni debe sancionar ficciones sino realidades.

De otra parte, si el argumento, entre otros, es el de que la sola creación de un documento público falso o la alteración de uno verdadero lesiona la facultad pública de documentación que tiene el Estado, debemos expresar que dicha facultad de documentación es funcional de alguna manera, y no afuncional; entonces, por contrariedad, lo que se debe sancionar son las conductas que lesionan o atentan contra dicha facultad funcional, esto es, los medios de prueba públicos alterados que tienen finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico, y no los que carecen de ella o no van a tener de ninguna manera finalidad funcional en el dicho tráfico.

Quizá se podrá replicar que el centrar lo relativo a la consumación de la falsedad de documento público en la “finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico” es dar lugar a una brecha abierta para la “impunidad de los falsarios”, a quienes solo les bastaría afirmar que no tenían ni la intención, ni el propósito, ni el fin de colocar en el tráfico jurídico el documento público alterado o el falso creado; y que el probar una finalidad como la que nos ocupa tiene sus márgenes de dificultad, pues ello corresponde a las fases ideativas de la acción, las que por principio no son punibles y que, por consiguiente, al darse esas circunstancias de dificultad probatoria, el margen de impunidad será inmenso; y que por lo tanto, en evitación de

⁴⁶ Ver LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, ed. cit., págs. 184, 185, 188 y 190.

⁴⁷ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *ob. cit.*, pág. 184.

riesgos, es preferible dar por sentado —de por sí— la finalidad de funcionalidad y el daño o peligro de daño en la alteración del documento público.

Pues bien, a las hipotéticas réplicas o interrogantes que se puedan formular a la posición que sostenemos, debemos contestar que bien es sabido que los “propósitos”, “intenciones” o fines de la acción en general, de la acción delictuosa en particular y de la acción falsaria en especial, no son un imposible probatorio, pues dichos fines de alguna manera tienen su expresión en el mundo material de colocación en marcha del curso causal en el mundo exterior, de donde el juzgador los captará, apreciará y valorará jurídicamente.

Los elementos subjetivos del tipo penal, como el “ánimo de lucro o propósitos de obtener un provecho” en el hurto (art. 349 del C. de P. P.); el *animus injuriandi* en la injuria (art. 313); el “propósito de obtener un provecho para sí o para un tercero” en la extorsión (art. 355); el “fin de hacer uso de la cosa” en el hurto de uso (art. 352); el “ánimo de apropiarse o derivar un provecho” en la usurpación de tierras (art. 365); el “ánimo de piedad” en el homicidio por piedad; o el “ánimo solo de lesionar y no de matar” en el homicidio preterintencional (art. 325), etc., no son imposibles probatorios, ni imposibles de exteriorización de alguna forma en el mundo material.

Los elementos subjetivos o “fines de la acción” o finalidades de la acción hacen parte esencial y finalística de la acción en general, de la acción delictuosa en particular; y el delito o delitos de falsedad no son un acaso excepcional a la presencia esencial y fundamental de dichos fines o finalidades, como es la finalidad de colocación funcional en el tráfico jurídico del medio de prueba falso que se crea o del verdadero que se altera.

Hemos expresado que el destino finalístico se deberá apreciar y valorar concretamente en análisis real —mas no puramente imaginativo, supositivo o presuntivo— de circunstancias objetivas y subjetivas allegadas al proceso. En efecto, dicho destino finalístico podrá apreciarse y valorarse, por ejemplo: del número y cantidad de medios de prueba públicos falsificados; de la infraestructura mecánica o industrial, como sustancias, materias primas, máquinas o instrumentos encontrados en el lugar donde reposan los medios de prueba públicos (conductas que el C. P. español sanciona particularmente en sus arts. 314 y 315 como actos preparatorios de falsedad); de la relación que tenga el contenido del documento público alterado en su veracidad y/o genuinidad con una situación o situaciones particulares del sujeto o sujetos falsarios; de los posibles efectos, beneficios, perjuicios que para sí o para un tercero se obtendrían al colocar ese documento en el tráfico jurídico, etc.

Es claro que en toda reflexión juridicopenal se debe tener como punto de referencia la particular concepción típica de los delitos; concepción legal o principio de tipicidad que con su fuerza normativa consagra expresamente la presencia o no presencia de elementos subjetivos. En efecto, ni el Código Penal colombiano, ni el Código Penal español en sus articulados consagran expresamente la presencia del elemento subjetivo “finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico”, lo que a primera vista puede constituir un argumento legal en contra de la posición que

sustentamos, pero si miramos con verdadero y profundo sentido doctrinario y juridicopenal, podremos ver que tal dificultad no se da.

En efecto, al sostener por nuestra parte que el momento consumativo de la falsedad en documento público se erige a partir de la presencia del elemento subjetivo “finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico” no estamos en contravía de los imperativos legales, ni estamos exigiendo la presencia artificiosa de un “elemento subjetivo” que el Código no consagra. Todo lo contrario, estamos dando desarrollo tanto a los principios de la teoría finalista de la acción como a los de la teoría del delito, que tratan de los procesos subjetivos, mentales, anticipatorios o finalísticos del actuar. Quiere decir lo anterior que, en tratándose de falsedades de documento público, el sujeto actuante por lo menos debe representarse anticipadamente la finalidad que pretende darle al documento sobre el que ha proyectado su actuar. De tal suerte que si la finalidad anticipatoria es la de “incorporar el medio de prueba en el tráfico jurídico”, una vez alterado el documento consciente y voluntariamente en su veracidad y/o genuinidad, el delito se ha consumado; pero si no hay presencia de ese elemento subjetivo de “finalidad funcional”, repetimos, no es dable hablar de acción de falsedad, porque no hay un accionar falsario doloso con pretensiones delictuosas, de daño o peligro de daño.

En igual sentido, el hecho de que los códigos (en este caso el colombiano y el español) no consagren expresamente la exigencia de dicho elemento subjetivo, no quiere decir que sin la presencia de dicho elemento subjetivo de finalidad funcional —pensamos— se pueda afirmar la existencia de una acción de falsedad en documento público; porque, como hemos expresado anteriormente, eso sería aplicar criterios de responsabilidad objetiva, esto es, sancionar conductas, resultados desprovistos de finalidad delictual, de subjetividad dolosa; y, de otra parte, en materia de antijuridicidad, desprovistos del daño o peligro de daño o posibilidad de perjuicio.

Para los eventos en que el sujeto no ha concurrido en la falsificación del documento público, es claro que el delito se consuma con el uso, previo conocimiento de la falsificación del documento que usa (arts. 222 del C. P. colombiano y 304 del C. P. español).

Igualmente, en tratándose de falsedad en documentos privados, para efectos de consumación se requiere del uso por parte del falsificador (art. 221 del C. de P. C.) (art. 307 del C. P. español). El Código Penal español, en relación con la falsedad de documentos privados, en su art. 306 sanciona la falsificación de acuerdo con las modalidades del art. 302, siempre que estén presentes los elementos subjetivos “perjuicio de tercero” o “con ánimo de causárselo”.

B) Del momento tentativo de la falsedad

El delito de falsedad en documentos públicos, como en documentos privados, posee un *iter criminis* en el que procesos subjetivos (de conocimiento, ideación, motivación y finalidad) y objetivos (de exteriorización de conductas en el mundo exterior) tienen ocurrencia y desarrollo.

En tal sentido, si el momento consumativo de la falsedad en documento público se desenvuelve a partir de la presencia de “la finalidad funcional en el tráfico

jurídico" del medio de prueba alterado consciente y voluntariamente, ya en su veracidad y/o genuinidad; y en tratándose de falsedad en documentos privados, a partir de la "funcionalidad real" —uso— del medio de prueba en el tráfico jurídico, es de consecuencia teórico-reflexiva pensar que el momento tentativo de la falsedad en documentos públicos tiene lugar con las expresiones que inician la alteración de la veracidad y/o genuinidad del medio de prueba, con la presencia de la finalidad funcional; y para la falsedad en documento privado, con las expresiones que dan inicio al logro del objetivo —uso— del documento privado ya alterado en su veracidad y/o genuinidad.

Las teorizaciones alrededor del momento tentativo de la falsedad —al igual que del momento consumativo— tienen como punto de referencia la comprensión que se tenga sobre el objeto jurídico tutelado en los delitos contra la fe pública, y de la comprensión que se tenga sobre el concepto de fe pública; comprensiones sobre las que de alguna forma nos hemos referido en párrafos anteriores y sobre las que hemos fijado nuestra posición.

Así las cosas, sobre el supuesto teórico de que el delito de falsedad no es de peligro sino que, por el contrario, es un delito de resultado, en el que se requiere que efectivamente se haya causado un daño o peligro de daño a la fe pública —porque de lo contrario se cae en la concepción de falsedades inocuas—, tenemos que en los delitos de falsedad también tiene lugar el *iter criminis* o recorrido criminal y que no se perfeccionan con un solo acto, esto es, con la mera alteración de la veracidad y/o genuinidad del medio de prueba cuando se trata de documentos públicos.

Consideramos que en los delitos de falsedad los actos anteriores a los momentos consumativos a que nos hemos referido, para efectos penales, son relevantes en la medida en que encuadren dentro de la estructura de la tentativa, esto es "la voluntad manifestada contraria al derecho"⁴⁸, la que, al decir de JESCHECK, "para ella lo decisivo es por tanto, no la real puesta en peligro del objeto de acción protegido, sino lo injusto de la acción realizado en el propósito criminal manifestado"⁴⁹ y, además, que a consecuencia de esa voluntad dirigida al delito "pueda resultar minada la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico y resulten dañados el sentimiento de seguridad jurídica y con él la paz jurídica (teoría de la impresión)"⁵⁰.

La tentativa de la falsedad en documento público y privado —al igual que en sus fases consumativas— requiere la presencia de un actuar doloso, en sus fases de conocimiento y voluntad, ausentes de factores negativos. No hay tentativas de falsedad por imprudencia o por error o culposas, pues en estos eventos se excluye el elemento subjetivo esencial de la falsedad como es el "engaño-fraude".

De otra parte, en la tentativa de falsedad en documento público —al igual que en su momento consumativo— debe tener presencia el elemento subjetivo de

"finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico"; y en tratándose de falsedad en documento privado, deben estar presentes los elementos subjetivos anímicos iniciadores de la conducta —uso—.

En relación con el aspecto objetivo de la tentativa en los delitos de falsedad, resaltamos lo expresado por JESCHECK cuando dice: "Como elemento objetivo exige la tentativa que el autor «de principio inmediatamente a la realización del tipo». Dar principio inmediatamente es comenzar una actividad que debe conducir, sin pasar por ninguna otra fase intermedia, a la realización del tipo. Para saber cuándo este es el caso hay que acudir al plan imaginado por el autor, es decir, a la «representación que se haya hecho el autor del hecho». Decisiva es, por consiguiente, la valoración objetiva de la proximidad de la acción al hecho en base a la representación que el autor se haya hecho del modo y forma de llevar a cabo su decisión de cometer el delito"⁵¹.

Los eventos de tentativa de falsedad, no solo de documentos públicos sino también de documentos privados, habrán de analizarse muy detalladamente y en cada caso concreto, en los que, como hemos expresado, debe estar presente —inequívocamente— la "finalidad de funcionalidad en el tráfico jurídico" del documento público que, con consciencia y voluntad libre contraria a derecho, se comienza a alterar en su veracidad y/o genuinidad; y en tratándose de documentos privados, debe estar presente —inequívocamente— la consciencia y voluntad contraria a derecho de dar inicio a la conducta de uso del documento privado en el tráfico jurídico.

Los momentos consumativo y tentativo de los delitos de falsedad no son un acaso diferente de los momentos consumativo y tentativo de los demás delitos; momentos que en sus fases subjetivas y objetivas, habrá necesidad de analizar y valorar pormenorizadamente a efecto de una adecuada y certera calificación jurídica.

Consideración final

Con las anteriores reflexiones, el tema "del tipo subjetivo en los delitos contra la fe pública" no se agota. Todo lo contrario, de seguro existen reflexiones y construcciones doctrinarias de muchísima mayor trascendencia y profundidad que las desarrolladas en este modesto trabajo, en el que como aspiración tenemos la ilusión de haber contribuido mínimamente en la comprensión del delito "esfinge de la falsedad", como en algún momento lo calificara el maestro CARRARA.

⁴⁸ H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, vol. II, ed. cit., pág. 701.

⁴⁹ H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, vol. II, ed. cit., pág. 701.

⁵⁰ H. H. JESCHECK, ob. cit., pág. 702.

⁵¹ H. H. JESCHECK, ob. cit., pág. 704.