

EL CONCURSO FORMAL ENTRE FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO Y ESTAFA*

Dr. JAIME NANCLARES VÉLEZ**

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la vigencia del nuevo Código Penal (decreto-ley 100 de 1980), nada ha dado motivo a tanta controversia, en materia de falsedad en documentos como el problema relacionado con la solución jurídica que deba darse a los casos en que el uso de documento privado falso constituye medio de procuración de provecho económico ilícito, particularmente cuando el documento empleado es un título-valor; o sea, la cuestión de si es o no admisible el concurso de hechos punibles entre falsedad en documento privado y estafa. El asunto ha recibido dispares respuestas por parte de la jurisprudencia y la doctrina¹.

Entre las tesis planteadas a este respecto se destacan: las que afirman la existencia de un concurso aparente de tipos, que concluyen en la inaplicabilidad del tipo de estafa; las que defienden la “absorción” del perjuicio económico por el acto de uso del documento espurio, forma particular de presentar la tesis anterior; las que abstraen la figura del delito “complejo” de la descripción típica del art. 221 del Código Penal, comprensivo del binomio Falsedad en Documento Privado-Estafa, variante, también de las del concurso aparente de tipos; las que proponen de manera general y sin excepción alguna la concurrencia de los mencionados delitos cuando se genera el daño apreciable económicamente; y, finalmente, las que someten la posibilidad del concurso a la condición de aditamento de otra especie de maniobras engañosas al uso del documento falsificado, acción de por sí fraudulenta o engañosa.

* El presente trabajo tiene por finalidad terciar en la polémica que en torno al concurso entre falsedad y estafa plantean los doctores MARIO SALAZAR MARÍN y ALIRIO SANGUINO MADARIAGA en el núm. 31 de esta Revista. Dejamos a consideración de nuestros lectores los planteamientos aquí contenidos (Nota del Coordinador).

** Fiscal Octavo Superior. Profesor de Derecho Penal General de la Fac. de Derecho de la Universidad de Medellín.

¹ ALIRIO SANGUINO MADARIAGA, “¿Existe concurrencia delictual entre la falsificación y uso de documentos privados y la estafa? Controversia jurisprudencial”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 31, Bogotá, Edit. Temis, 1986.

Nos proponemos infundir claridad sobre el problema y emitir unas opiniones.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICO-LEGAL

El Código Penal derogado (ley 95 de 1936) tipificó las diferentes modalidades de la falsedad privada, en los arts. 240, 241 y 242. La primera disposición requería de la falsificación del documento, la producción de un perjuicio a tercero o la simple intención de causarlo. El daño podía ser de contenido económico o patrimonial, naturalmente. La segunda norma demandaba, además del uso del documento falsificado, el perjuicio de tercero o el ánimo de lucro, referencia subjetiva más específica que aquella amplia de la intención de ocasionar perjuicio.

Para estas especies delictivas era igual la obtención real del perjuicio que la ejecución de la conducta encaminada a producirlo y que efectivamente no lo alcanzara. El injusto típico tenía similar significación jurídico-punitiva, bien estuviera fundamentado en el desvalor del resultado, ora en el de la acción. Injusticia patente, pues a nadie escapa que no merece idéntico enjuiciamiento valorativo el hecho consistente en el uso de un cheque falso que irrogue daño material en el patrimonio ajeno, que aquel que no lo produjo. Y ello sin tener en cuenta que la afectación de intereses valubles económicamente está sujeta a cuantificación y gradación. La indistinción entre la valoración material y la del acto conducía a afirmar la equiparación del delito consumado con el "tentado", pues este contendría también todo el ilícito y por lo tanto no debía ser menos punible que el consumado. En otros términos, la tentativa de obtener provecho ilícito por medio de la falsificación o uso de documento privado falso era asimilada legalmente a la consumación por la procuración efectiva del daño. El legislador equiparó *quoad poenam* hechos ontológicamente distintos, pues si bien el aspecto interno de uno y otro permanecía invariable, olvidó que el injusto material se diferenciaba perfectamente, situación que obligaba, por el principio de la proporcionalidad de las reacciones penales, a establecer consecuencias punitivas consecuentemente diversas.

Importa precisar, además, que aquellos tipos contenían nítidas referencias a ciertos resultados (perjuicio) y a especiales elementos subjetivos de lo injusto en las expresiones "intención de causar perjuicio" y "propósito de lucrarse", para significar que lo ilícito se integraba con la falsificación y el uso del documento vinculados, bien a la efectiva producción del perjuicio, ya a la mera dirección de la voluntad hacia uno cualquiera de los citados objetivos.

El art. 242 establecía una circunstancia de agravación punitiva para el caso de que el usuario del documento falso a que se refería el art. 241 fuera el mismo falsificador.

El actual Código Penal describe en el art. 221 lo injusto de la falsificación de documento privado, en forma sensiblemente diversa de la contemplada en el Código de 1936. Esta disposición establece: "El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno a seis años". La unidad del delito descansa en la concurrencia de dos acciones autónomas y

diferenciables: la falsificación del documento y el uso ulterior del mismo. Se configura un tipo de doble actividad, cuya consumación se obtiene mediante la realización sucesiva de las conductas indicadas. Se introduce un elemento de carácter normativo-valorativo no explicitado en la legislación derogada: la capacidad probatoria del documento, el documento entendido como medio de prueba. Y se suprimen aquellas subjetividades especiales del propósito de lucro y la intención de ocasionar perjuicio, lo mismo que la referencia al resultado, consistente en el perjuicio o lucro efectivo. Indudablemente, el cambio no pudo ser más radical.

3. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

La solución de asuntos como el propuesto, radica exclusivamente en la determinación de los intereses o bienes jurídicos realmente protegidos por los respectivos tipos penales. Sin la clara elucidación de este aspecto previo, la presentación de cualquier tesis se nos antoja un simple ensayo azaroso.

La interpretación de la ley penal está íntimamente vinculada a la teoría del bien jurídico, pues ella "permea la interpretación de las normas penales, incide en los conceptos troncales de tipicidad y antijuridicidad materiales"², o, como lo afirma ESTRADA VÉLEZ, el bien jurídico tiene valor instrumental para la correcta interpretación de los tipos³.

El planteo es importante, porque de verificarse que un mismo hecho realiza el injusto típico de varias disposiciones penales, se abre la posibilidad del concurso de hechos punibles en virtud de lo dispuesto por el art. 26 del Código Penal, a no ser que se trate de un concurso aparente de normas.

Pues bien, ¿Cómo desentrañar el bien o los bienes jurídicos protegidos por la norma penal? En los códigos modernos la cuestión se soluciona con relativa facilidad, entendido que el interés jurídico es parámetro clasificatorio de los delitos y estos se titulan según el interés amparado. Empero, se entroniza la inquietud cuando un mismo tipo penal tutela varios bienes jurídicos y el legislador solo explicita alguno de ellos, generalmente el principal. O cuando la ley omite la mención del bien tutelado. Y puede presentarse divergencia entre el título del delito y el contenido del injusto típico, y por ello con el interés realmente amparado. En estas situaciones problemáticas se agita el tema de la interpretación de las normas penales, para cuya solución se acude a los llamados métodos de interpretación, tradicionalmente clasificados en gramatical, histórico, sistemático y teleológico, según sean los medios de que se sirva el intérprete. La interpretación, dirigida a auscultar el sentido de la supuesta voluntad histórica del legislador, constituye exégesis. Una actitud conservadora que mira hacia el pasado con el propósito de repensar el sentido pretendidamente originario de las normas, que el tiempo habría

² JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 171.

³ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986, págs. 178-179.

oscurecido y confundido, al igual que la voluntad del legislador histórico, también paulatinamente desvanecida por el correr del tiempo. Esta teoría subjetiva o de la voluntad coloca como meta última de la interpretación la indagación del querer de quienes participaron directa o indirectamente en el establecimiento de la ley. He aquí las razones por las cuales se investiga en elementos externos a la ley, esa voluntad histórico-sicológica, en las actas de las comisiones redactoras de los anteproyectos de códigos, exposiciones de motivos, etc., con el fin de afirmar, rectificar, restringir, ampliar o completar el texto.

A pesar de las críticas que merece esta modalidad del método exegético, no puede desconocerse la importancia que en ciertos casos puede tener la elucidación del real querer de los intervinientes en los procesos previos y coetáneos a la formación de la ley. Mas la indagación de esa voluntad no constituye la meta definitiva de la tarea interpretativa, pues las más de las veces los documentos auxiliares presuntamente portadores de aquella intención aparecen fragmentarios, ambiguos o expresan ideas inconciliables, hasta el punto que el jurista debe también someterse a su interpretación, produciéndose como una cadena de retorno al pasado. Cuando no es que los propósitos explicitados riñen con el contenido de las previsiones normativas, o se presenta error en la regulación normativa.

Por el contrario, una teoría objetiva o de la interpretación inmanente a la ley parte del postulado de que tan pronto comienza a regir, despliega una efectividad peculiar que va más allá de las pretensiones del legislador histórico, razón por la cual se independiza por completo de sus autores. Autonomía que se agiganta por el paso del tiempo y el cambio social, y que MAURACH recoge en su lapidaria afirmación según la cual los motivos pasan y las leyes permanecen. De modo que las opiniones del legislador histórico "no representan pauta alguna vinculante para el intérprete, quien más bien se ha de apartar de ellas no raras veces, porque las ideas normativas de los autores de la ley, por regla general, quedan rezagadas frente a las posibilidades de aplicación de la norma, incluso cuando no se apoyan de antemano en una evaluación equivocada de la situación normativa"⁴.

El objetivo de la interpretación trasciende la averiguación de una voluntad histórico-sicológica para situarse en el sentido inmanente a la ley en el momento actual, jurídicamente decisivo, el cual no puede alcanzarse sino por medio de una interpretación teleológica o finalista, una de cuyas reglas de oro es precisamente la de señalar la prevalencia de la *ratio legis* al momento de la aplicación, y no la de su establecimiento, como tampoco la voluntad de su autor.

¿A qué vienen estas precisiones? Se ha dicho que el legislador en 1980 quiso firmemente evitar el concurso de los delitos de falsedad en documento privado y estafa, particularmente cuando el documento utilizado es un título-valor. Y que a esa voluntad histórica estamos obligados en esta materia. La proposición no convence, no solo porque se detiene a mitad del camino interpretativo, como se ha dicho, sino además porque existen objeciones concretas que la desdibujan gravemente. No puede ocultarse, en efecto, que la regulación positiva no guarda

⁴ KARL LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed., Barcelona. Ed. Ariel, 1980, pág. 326.

correspondencia con los objetivos explicitados por los redactores o comisionados. En primer lugar, trataron concretamente la cuestión relacionada con los títulos valores, especie de documento privado, pero al momento de describir el tipo de injusto omitieron hacer referencia a esos instrumentos negociables, pues el art. 221 se refiere en sentido lato a "documento privado", sin distinguir los títulos-valores de los que no lo son. Y al intérprete no compete hacer esas distinciones. Además, semejante distinción no se justifica, ni siquiera partiendo del supuesto de la trascendencia económico-social de esos documentos en el tráfico jurídico, porque de todos es sabido que mediante el uso de una carta o una boleta, por ejemplo, también se puede inferir daño al patrimonio ajeno. Y en segundo término, si se pretendía evitar la concurrencia delictual de la falsedad y la estafa, debieron haber establecido un tipo verdaderamente comprensivo de todos y cada uno de los elementos constitutivos de este último hecho punible, hipótesis que no quedó plasmada en la ley, aunque se asegure lo contrario. Si es irrefutable que la estafa es delito de resultado, que requiere para su configuración típica de la producción de un perjuicio efectivo en el patrimonio económico de otro, ese mismo elemento debió consignarse en la descripción de la falsedad documental, cosa que no se hizo. Para ese efecto hubiera bastado insertar expresiones como "con perjuicio de tercero", "con provecho económico", "con lucro" o similares (resultados). O, al menos, hacerlo indirectamente acudiendo a las especiales subjetividades de "propósito de lucro" o "intención de causar perjuicio", que desde luego no implican los eventos dañosos. Nada de eso se plasmó en la ley, puesto que el art. 221 no contiene referencia alguna al perjuicio, al lucro indebido, al propósito de ocasionar daño, o al ánimo de aprovechamiento económico. Por vía de discusión podría proponerse que se trata de un olvido intrascendente del legislador. Empero la respuesta surge de inmediato. No pudo ser olvido porque el art. 227, dentro de la misma falsedad documental, sí requiere un "propósito de obtener provecho para sí o para otro" y "propósito de causar daño". ¿Cómo explicar, entonces, que el legislador incurrió en olvido si en unos tipos penales exige esas especiales subjetividades y en otros, los más, las omite, máxime que se parte del supuesto de que obraba con la firme proyección de evitar el concurso? Reparemos, de otro lado, que el legislador derogaba tipos penales que hacían nítidas referencias a resultados y a auténticos elementos subjetivos de lo injusto, situación que no podía correrle inadvertida.

Por todo esto, resultan sumamente tinosas las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia: "El nuevo estatuto punitivo, por lo demás, suprimió las exigencias del perjuicio a terceros y el ánimo de lucro, alternativamente enunciadas en el Código anterior para configurar la modalidad de falsedad en documento privado descrita en el art. 241, de tal manera que actualmente el delito de falsedad en documento privado que pueda servir de prueba no requiere de parte del actor, el ánimo de obtener ventaja lucrativa ni exige expresamente perjuicio real o potencial a terceros"⁵.

⁵ C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto de julio 7 de 1981.

¿Cómo llegar, por aquellas vías, a la conclusión de que el legislador histórico obró con la firme voluntad de impedir el concurso?

4. LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

La interpretación tiene que mostrar y desarrollar el contenido inmanente al sentido de la disposición jurídica que, en materia penal, no puede ser otro que el bien o interés tutelado. Por eso, toda interpretación es necesariamente teleológica.

No sobra recordar que "El delito de falsedad en cualquiera de sus manifestaciones tiene como núcleo el engaño, requisito esencial que comparte con muchos otros delitos. Se ha visto que en un principio no había diferencia alguna entre la falsedad, la estafa, la calumnia, las falsas acusaciones, el falso testimonio y aún la falsedad personal (que sigue siendo parte del capítulo de la falsedad en muchas legislaciones). De este núcleo se fueron desprendiendo e individualizando los distintos delitos, de modo que puede decirse que el engaño es el género y los delitos que a él se refieren, las especies.

"El delito más cercano a la falsedad, por el aspecto que se viene contemplando, es la estafa, ya que tanto la una como la otra consisten en una mentira, en un engaño, y lo mismo aquella que esta quebrantan la fe, la confianza recíproca de los asociados. A tal punto son semejantes estos delitos, que los romanos incluían la falsedad documental dentro del estelionato (estafa).

"La amplia noción de falsedad concebida en el derecho romano, fue recogida por el derecho intermedio y pasó a algunos códigos modernos, como el austríaco. Pero en el siglo XIX se comenzó a hacer la diferenciación entre los dos delitos mencionados. Uno de los primeros en consignarla (1871) fue el código penal alemán y en la actualidad esa diferencia de materias se encuentra en todos los códigos penales"⁶.

Si tal es la orientación moderna, la autonomía delictiva tanto de la falsedad en documento privado como de la estafa, no puede menos que afianzarse en la convicción prejurídica, luego corroborada dogmáticamente, de que aquella ofende determinados intereses fundamentales y esta, otros distintos, entendiéndose que el engaño, elemento común, no permitiría hacer la diferenciación. La nota distintiva se localiza en la especificidad del respectivo injusto.

Los títulos de los delitos nos explicitan que por medio de la estafa se salvaguarda el patrimonio económico. Y que la falsedad en documento privado representa ante todo un ataque contra la fe pública. Para lo que nos interesa establecer, sería innecesario entrar a fijar el contenido de este bien jurídico, que rotula el título VI de la parte especial de nuestro Código Penal.

Sin embargo, la falsedad en documento privado ostenta carácter pluriofensivo. En el Código derogado, conforme a la descripción del tipo de injusto, era "triplemente ofensiva" y abarcaba los elementos típicos de la estafa. Triplemente dañosa

de la fe pública, de los documentos en cuanto medios probatorios, y de los derechos o relaciones jurídicas a ellos vinculados. La descripción típica se refería, en efecto, a un resultado (perjuicio o daño a tercero) o a especiales ingredientes sicológicos (intención de causar perjuicio y propósito de lucro). La configuración delictiva de la falsedad se fundamentaba en la falsificación del documento privado, en su uso jurídico y en el perjuicio a otro (que podía ser de contenido económico), o también en las mencionadas referencias sicológicas. Se afirma que este concepto implicaba la estafa porque esta se fundamenta en el engaño y el perjuicio real económicamente apreciable, de modo que el uso del documento falso constituía las maniobras engañosas de la estafa, y el perjuicio a tercero se resolvía en el daño de contenido económico. Por ello, aunque estas formas delictivas gozaban de independencia y se distinguían por cuanto el tipo de estafa no tutela la fe pública ni los documentos en cuanto medios probatorios, como sí lo hace el de la falsedad en documento, no podían unirse en concurso de hechos punibles porque si esta involucraba todos los elementos típicos de la estafa, se originaba lo que se ha dado en llamar concurso aparente de tipos.

El Código Penal vigente regula la falsedad en documento privado en distinta manera. Establece un delito "doblemente ofensivo", atentado contra la fe pública y contra el documento en cuanto medio de prueba. Descarta el perjuicio a tercero y las especiales subjetividades de intención de ocasionar perjuicio y propósito de lucro. La omisión de estas referencias cambia sustancialmente la naturaleza del injusto. Por ello, hoy en día no puede afirmarse que el art. 221 sea de una riqueza descriptiva tal, que abarque la estafa pues uno de los elementos típicos de esta (el perjuicio real al patrimonio económico) no es ingrediente de la falsedad en documento privado. Por lo mismo, este tipo penal no protege, directa ni indirectamente, el patrimonio económico.

Ese entendimiento preside las siguientes afirmaciones del profesor ORTIZ RODRÍGUEZ al pronunciarse sobre la antijuridicidad en esta clase de delitos: "La seguridad en la autenticidad y veracidad del documento privado, la seguridad y fluidez del tráfico jurídico y la confianza de todos y cada uno de los asociados en esa prueba documental, son los intereses jurídicos tutelados por la ley. Mientras que la sola falsificación en el documento público lesiona o pone en peligro esos intereses, en el documento privado la falsificación solo ofende esos intereses cuando mediante el uso del mismo se causa ese daño"⁷. El patrimonio económico no es, pues, interés comprendido en la misión tutelar del tipo penal contemplado en el art. 221.

Por eso no podemos compartir las conclusiones de los planteamientos de los doctores PÉREZ y ROMERO SOTO: "Estructurar la falsedad sin colocar entre sus elementos el daño privado es volverse de espaldas a la realidad, ignorando que nadie altera la verdad por el solo propósito de alterarla, sino con una intención que trasciende hacia la búsqueda de un provecho distinto. Por lo tanto, no solo el perjuicio que la verdad sufre ni el que la fe pública padece son los únicos que hay que tomar en cuenta, sino también el daño de otros intereses, privados o públicos,

⁶ LUIS E. ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, 2ª ed., Bogotá, Ed. Presencia, 1976, págs. 30-31.

⁷ ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ, *Manual de derecho penal*, Colección Universidad de Medellín, 1983, págs. 304-305.

distintos de estos... En este punto estamos completamente de acuerdo con ANTOLISEI, al exigir que al lado del daño a la fe pública se produzca la puesta en peligro o el perjuicio de otros intereses. Entre estos deben destacarse el interés patrimonial, ya que quien es engañado con un documento falso no siente tanto el perjuicio que ha sufrido la verdad, ni el que padece la fe pública, como la mengua en su patrimonio o el peligro a que se haya visto expuesto”⁸.

La motivación expuesta en los apartes copiados es parcialmente válida. Nadie falsifica un documento como un fin en sí mismo, sino con un objetivo trascendente, si bien la falsificación de por sí es acción finalista. Como tampoco nadie mata a otro como un fin último, sino en relación con otro objetivo ulterior, y no por ello la conducta homicida deja de ser finalista. La vida biográfica se nos presenta como el encadenamiento de unos fines con otros subsiguientes. Y dentro de esta realidad de secuencia de finalidades, el legislador hace un corte para efectos de la regulación normativa, atendiendo a variables circunstancias y necesidades políticas y sociales. El legislador está sometido a la estructura lógico-objetiva de una acción humana finalista, pero dispone de entera libertad para seleccionar una cualquiera, o varias, de las finalidades posibles del actuar al momento de configurar un tipo penal, y así respeta la realidad ontológica.

Lo que sí ha de quedar claro es que la falsificación de un documento privado no se realiza con la exclusiva finalidad de obtener una ventaja patrimonial. El comportamiento puede estar orientado a un objetivo bien distinto. La meta no se limita arbitrariamente al perjuicio de contenido económico. De ahí que si el legislador hubiera querido sancionar la falsedad de documento privado en vista, exclusivamente, del perjuicio económico, no habría tenido inconveniente en disponerlo de ese modo positivamente. Como la ley omitió toda referencia al perjuicio, y ni siquiera expresó aquellas subjetividades especiales ya conocidas, deberá considerarse que aquel tipo de injusto se edifica en torno a la ofensa a la fe pública y al poder probatorio documental. Que no se trata de simple formalismo jurídico ni de interpretaciones a espaldas de la realidad, nos lo demuestran unos ejemplos. La concusión, la falsa denuncia, el incendio, el encubrimiento, la detención arbitraria, el aborto, constituyen hechos punibles estructurados sin referencia a determinados ingredientes teleológicos trascendentes, lo cual no significa que quien realice alguna de esas conductas no lo haga de manera finalista, ni que sirvan a la vez para alcanzar objetivos ulteriores, que la ley no los tiene en cuenta al describir el tipo de injusto.

Además, esas mismas consideraciones se proponían respecto de la legislación derogada y se trata ahora de imprimirles idéntico poder suasorio, con total olvido de que la estructuración típica del injusto de la falsedad en documento privado varió notablemente en el actual Código Penal.

5. EL USO

Como el art. 221 no exige ningún resultado lesivo del patrimonio económico, y ni siquiera menciona los ingredientes subjetivos de la intención de ocasionar per-

⁸ LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. IV, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág. 62.

juicio o ánimo de lucro, los recusadores del concurso de la falsedad en documento privado y estafa, para obviar ese obstáculo planteado respecto de la configuración típica, acuden al expediente de atribuirle al vocablo *uso* un significado distinto del empleado usualmente por la jurisprudencia y la doctrina. El “uso” siempre se ha entendido como el momento de actividad del documento, como su utilización funcional en el tráfico jurídico, por lo que se trata de un uso jurídico. Pero quienes impugnan el concurso opinan que el uso implica o abarca el daño real apreciable económicamente. El provecho económico ilícito no sería más que un componente del uso. Se sostiene, en efecto: “Muy circunstanciada y anecdótica se presenta la solución para poder encajar en el rigor de una tesis. Máxime cuando el concurso se monta, en el fondo, sobre un resultado: la obtención del provecho económico, como si el uso exigido en el citado artículo 221, no implicara, precisamente, este efecto y consecuencia”⁹.

La realidad es que el daño económico, en cuanto efecto o resultado, no ha sido, ni puede ser, elemento del uso. Este es el aspecto dinámico, la acción; aquel, la consecuencia, el cambio en el mundo exterior natural y social. La realidad práctica nos enseña que no siempre el uso del documento falso acarrea la producción de un daño. Si un individuo adultera un cheque y lo pone en manos del cajero del banco para el cambio, pero el fraude se descubre a tiempo y se rechaza el pago, no habrá duda alguna sobre la utilización del título-valor conforme a la ley de su circulación, pero tampoco de que el resultado pretendido por el agente no se produjo. Para él, en la ligazón de sus objetivos propuestos, podrá decirse que la conducta resultó fallida, que no es más que un conato. Para la ley, en cambio, esa conducta consume cabalmente el delito de falsedad en documento privado. Esa contingencia del resultado respecto del uso hace decir a HUNGRÍA: “... el delito se consume con el primer acto de utilización, aunque el agente no obtenga la ganancia buscada o no ocurra el perjuicio o el detrimento ajeno”¹⁰.

También podríamos presentar un argumento tomado de la ley misma. El art. 241 del Código Penal derogado diferenciaba nítidamente entre el uso (“haga uso”) y el resultado (“con perjuicio de tercero”); si aquel implicara este, ¿para qué repetir la exigencia del perjuicio? Entre uso y perjuicio económico existe la misma relación que entre conducta y resultado, entre causa y efecto, sin que lleguen a confundirse total o parcialmente los conceptos.

Por esto, resulta impropio afirmar que el uso de que habla el art. 221 supone o comprende el resultado del menoscabo al patrimonio económico.

6. EL DELITO COMPLEJO

Sostienen algunos intérpretes que la falsedad documental prevista por el art. 221 constituye un delito “complejo”, comprensivo de la descripción típica de la estafa, fenómeno impositivo del concurso de tales hechos punibles.

⁹ GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ y DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA. Salvamento de voto a la sentencia de la C. S. de J. de septiembre 15/83. Magistrado ponente: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO.

¹⁰ LUIS E. ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, 3ª ed., Ed. Carvajal, 1982, pág. 292.

Como la noción de delito complejo es problemática, trataremos de darle claridad al asunto.

La Corte Suprema de Justicia formula esta tesis al respecto: "De modo que el delito complejo solo existirá en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de esta o como circunstancia de agravación punitiva. ... En otras palabras, que solamente se dará el delito complejo cuando el legislador haya involucrado una descripción típica o sus características esenciales dentro de otra de mayor riqueza descriptiva"¹¹.

Si atendemos esta línea de pensamiento, serían delitos complejos, a título de ejemplo, los siguientes: concusión (art. 140), por cuanto por su mayor riqueza descriptiva comprende el constreñimiento ilegal (art. 276); violación de la libertad de cultos, por la misma razón; el homicidio por piedad (art. 326), porque implica el homicidio simple; el sabotaje (art. 291), porque abarca el daño (art. 370). Y, en general, los tipos especiales, necesariamente comprensivos del tipo básico o simple. Pero serían también complejos aquellos otros hechos punibles que contemplen como circunstancia de agravación punitiva otro delito, como el hurto calificado del art. 350, ord. 3º, cuyo agravante es el delito de violación de domicilio; el abandono de menores y personas desvalidas, por cuanto el homicidio se erige en circunstancia de incremento punitivo (art. 348). Según esta opinión, el delito complejo admite dos formas: primera, cuando un hecho punible prevea como circunstancia de agravación otro delito; y segunda, cuando un delito con mayor riqueza descriptiva abarque la descripción típica de otro.

Nosotros pensamos, en cambio, que esta segunda modalidad no constituye una forma particular de delito complejo, sino que se trata de la noción más amplia y general del problema conocido como *concurso aparente de tipos*. O sea que el concurso aparente de normas es el género, y el delito complejo, la especie. Como también serían especies los llamados delitos progresivos y la progresión criminosa. Se ha incurrido en el error de definir la especie por el género. Ahora, si el delito complejo no es más que una modalidad del fenómeno concurso aparente de tipos, deberá poseer una connotación peculiar que lo distinga dentro del género.

A ella se refiere RANIERI cuando plantea: "Hay delito complejo cuando varios delitos, previstos separadamente por otras normas penales, se manifiestan en un solo conjunto, con nexo causal entre sí y con unidad de motivo y de resultado final, y constituyen, por consideración de la ley, un solo delito, ya sea como elementos constitutivos, ya como elemento constitutivo uno y otro como circunstancia agravante"¹². De aquí surgen las auténticas modalidades del delito complejo, que el ilustre tratadista delimita de esta guisa: "La primera se tiene cuando los delitos particulares entran todos en ella como elementos constitutivos, con lo cual da lugar a un nuevo título delictivo". Por ejemplo, el delito de apoderamiento y desvío

¹¹ C. S. de J., Sala de Casación Penal, Sentencia de septiembre 15/83. Magistrado ponente: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO.

¹² SILVIO RANIERI, *Manual de derecho penal*, Parte general, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1975, págs. 130-131.

de aeronave (art. 281), que se integra con dos delitos distintos constitutivos, el constreñimiento ilegal (art. 276) y el hurto. O sea, reunidos el constreñimiento y el hurto generan un nuevo delito, una tercera figura criminosa distinta de cada uno de sus componentes. "La segunda se tiene cuando uno de los delitos particulares entra como elemento constitutivo y otro como circunstancia agravante, dejando sin modificación el título del delito-base, al cual solo se agrega la circunstancia que implica un aumento de la pena". Como en el caso ya citado del hurto agravado por la violación de homicidio (art. 350, ord. 3º).

También el profesor ESTRADA VÉLEZ, concretándose a la primera de las modalidades señaladas por RANIERI, anota: "... delito complejo o compuesto, que se da cuando dos delitos previstos como tales por otras normas penales incriminadoras, son reunidos en una sola figura por una norma tipificadora como elementos constitutivos de otra infracción penal"¹³.

Hechas estas precisiones, procede verificar si el delito de falsedad en documento privado constituye delito complejo frente a la estafa. En relación con la primera modalidad, cabe preguntar: ¿Reunidos los delitos de falsedad y estafa, configuran una tercera entidad delictiva, un tipo penal diferente? ¿El delito de falsedad en documento privado se integra con la unión de la estafa y otro delito? Evidentemente no. Por parte alguna surge un nuevo título de delito. Por el contrario, quienes defienden la figura del delito complejo afirman otra cosa: que el delito de falsedad absorbe al de estafa. El delito complejo, en la primera variante examinada, no supone la consunción de un delito por otro, sino la unión o integración de dos descripciones típicas autónomas para formar una tercera figura, comprensiva de aquellas dos, que serían sus elementos constitutivos. Según este punto de vista, la falsedad en documento privado no es delito complejo, porque su descripción típica no comprende la estafa y otro hecho punible, ni la unión de la falsedad y la estafa origina una tercera figura criminosa. De ahí que tampoco sean delitos complejos los ejemplos anteriormente citados de la concusión, violación de libertad de cultos, homicidio por piedad, sabotaje, porque no son tipos edificados con base en la unión de otras dos figuras criminosas.

Y respecto de la segunda modalidad, el asunto es todavía más claro, porque la ley penal en parte alguna instituye la estafa como circunstancia de agravación punitiva de la falsedad documental privada. Y a ningún intérprete se le ha ocurrido afirmar tal cosa.

No vemos, pues, como pueda sostenerse teóricamente la pretendida complejidad del delito de falsedad en documento privado.

7. EL CONCURSO FORMAL O IDEAL

Antes de fijar el contenido de este concepto debemos referirnos al denominado "concurso aparente de tipos o de normas penales", pues este es un fenómeno de

¹³ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *op. cit.*, pág. 65.

carácter general impeditivo de todo concurso real de delitos, tanto de carácter material como formal o ideal.

Habrà concurso aparente o ficticio de tipos penales cuando el contenido de ilícito de un hecho punible ya está comprendido en otro y, por lo tanto, el autor ha cometido una sola infracción de la ley penal¹⁴.

Se manifiesta el concurso aparente cuando un mismo hecho parece simultáneamente adecuarse a varios tipos, pero en verdad solo podrá inscribirse en uno solo de ellos, pues las disposiciones se encuentran en una relación tal, que unas implican a otras o poseen elementos comunes, de suerte que el hecho debe ser atribuido al tipo de injusto que abarque la totalidad de sus características. Si un empleado oficial constriñe a otro a darle dinero, abusando de su cargo o de sus funciones, por ejemplo, se plantea la cuestión de determinar si el hecho corresponde a un delito de concusión (art. 140), de constreñimiento ilegal (art. 276) o de extorsión (art. 355), pues en los tres casos existe un elemento común que es el constreñimiento a hacer alguna cosa. Además, en la concusión y la extorsión, según el ejemplo propuesto, se advierte otro elemento común: el propósito de obtener provecho ilícito. El asunto se resuelve en favor de la concusión, pues esta abarca las otras características del hecho examinado, vale decir, la calidad de empleado oficial del sujeto activo, elementos no exigidos en los otros tipos penales. Y por ello, su contenido de injusto comprende y excede el del constreñimiento ilegal y la extorsión.

Situación distinta constituye el concurso formal o ideal. En este, la totalidad de las características del hecho no se adecua a un solo tipo penal, sino simultáneamente a varios, sin que el uno implique al otro, como en el caso de que alguien acceda carnalmente mediante violencia a una hermana (arts. 259 y 298). El hecho comprende al propio tiempo los delitos de violación e incesto. Aunque existe unidad de acción (en este caso el acceso carnal), ninguno de los dos tipos recoge por sí solo íntegramente las características (completas) del hecho, sino ambos reunidos, y sin que una disposición penal implique la otra.

Son, pues, requisitos del concurso formal o ideal: la unidad de conducta (acción u omisión), la pluralidad de tipos realizados simultáneamente, y la no implicación de un tipo respecto del otro u otros. El fundamento legal de este concurso reposa en el art. 26 del Código Penal cuando se trata de una acción u omisión que infrinja varias disposiciones de la ley penal.

Entendemos que el hecho consistente en la falsificación y uso de documento privado, generador de un perjuicio de contenido económico, corresponde al fenómeno del concurso formal de los delitos de falsedad en documento privado y estafa. La acción usuaria constituye el elemento unitario o común de ambas especies delictivas, pero ninguno de los dos tipos penales abarca la totalidad de las características del hecho mencionado, porque la falsedad se agota en la falsificación y uso del documento (aunque no exige la causación de un daño de contenido económico), y la estafa en el ejercicio de las maniobras engañosas (uso del documento falso) y el daño patrimonial (pero no requiere para su configuración de la falsificación del documento). Con lo cual se demuestra, además, que el tipo de la falsedad no implica o supone el de la estafa.

¹⁴ ENRIQUE BACIGALUPO, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis-Ilanud, 1984, pág. 239.

En consecuencia, siempre que mediante la falsificación y uso de un documento privado se irroge a otro un perjuicio económico o patrimonial, se configura el concurso formal o ideal de falsedad en documento privado (art. 221) y estafa (art. 356), con fundamento en el art. 26.

Y no es indispensable que al uso del documento privado falso se agreguen otras maniobras engañosas para que pueda hablarse del concurso, pues esos actos adicionales no tienen otro objetivo que el de reforzar el engaño que se presenta como núcleo de la conducta a través del uso del documento espurio. Por lo tanto, la ausencia de esas maniobras accesorias o secundarias en nada afecta la existencia del engaño central y principal.

8. CONCLUSIONES

a) En el Código Penal de 1936, la falsedad en documento privado era triplemente ofensiva; de la fe pública, del documento en cuanto medio probatorio y de los derechos vinculados a él. En el actual, es doblemente ofensiva; de la fe pública y del documento en cuanto medio de prueba.

b) El tipo de injusto en la falsedad en documento privado en la ley derogada se fundamentaba en la falsificación del documento, en su uso jurídico y en el perjuicio a tercero (o en la simple intención de causarlo o en el propósito de lucro). El actual solo exige la falsificación del documento con poder probatorio y su uso jurídico. Se suprimen el perjuicio a tercero y los mencionados ingredientes subjetivos.

c) El uso *no* implica, ontológica *ni* jurídicamente, el resultado del perjuicio a tercero. Una cosa es la acción usuaria y otra el evento ocasionado. Este es contingente; puede o no subseguir al uso.

d) La ley penal no distingue entre los documentos privados, los títulos-valores. Ni les confiere una situación especial dentro de la regulación normativa de la falsedad documental. No solo mediante los títulos-valores se puede ocasionar daño valuable económicamente, pues otra clase de documentos privados sirven para el mismo objetivo.

e) La descripción típica de la falsedad en el documento privado en la ley derogada abarcaba la totalidad de los elementos constitutivos de la estafa, lo que impedía la formación de un concurso efectivo de tales delitos. Se agitaba en este caso el fenómeno del concurso aparente de tipos. El art. 221 del Código vigente no contiene la totalidad de las características estructurales de la estafa, pues esta requiere de un perjuicio económico real, exigencia que no pertenece al supuesto típico de la falsedad.

f) El hecho consistente en la falsificación de documento privado, su uso y la obtención de un provecho económico ilícito, origina el concurso formal o ideal de los delitos de falsedad en documento privado (art. 221) y estafa (art. 356).

g) Pero si el mencionado resultado no se produce efectivamente, no por ello habrá concurso entre falsedad en documento privado y tentativa de estafa, pues aquella sí implica a esta.

h) No se requiere de maniobras engañosas adicionales al uso del documento privado falso para estructurar el concurso entre falsedad de documento privado y estafa.