

JURISPRUDENCIA

FALSEDAD EN INSTRUMENTOS NEGOCIABLES Y ESTAFA

Quien falsifica un cheque y lo usa según su propia ley de circulación sin empleo de adicionales maniobras engañosas, sólo responde por el delito de Falsedad y no por concurso de delitos entre ésta y la estafa. El cheque es un instrumento privado cuya falsedad no es punible sino uso, engaño y perjuicio al menos potencial. Estos son elementos de la falsedad documental privada y por consiguiente, el uso no puede tenerse en cuenta doblemente para configurar un nuevo delito contra la propiedad.

DR. JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA

“Los hechos que dieron lugar a la formación del sumario fueron fielmente resumidos por el señor juez a-quo * de la siguiente manera:

“El señor Dayro Antonio Valencia Betancur, que dijo obrar en representación de la firma “Estampados Glamour Ltda.” de esta ciudad, compareció ante la Inspección de Permanencia N^o 4 de esta ciudad, con el fin de denunciar la comisión de algunas ilicitudes que se venían presentando en esa factoría desde tiempo atrás, sin que pudiera señalar a persona determinada, pero supuso que los autores deben ser “. . . empleados de la misma empresa. . .” (Fls. 19). Añadió que el hecho más reciente tuvo ocurrencia el veintiseis de noviembre del año próximo pasado cuando le fue sustraído al señor Alfonso

* Se refiere el Honorable Tribunal al titular del Juzgado Primero Superior, a la fecha, octubre 21 de 1977, Dr. FERNANDO CORONADO RAMIREZ, hoy Magistrado del Tribunal Superior de Medellín.

Torres el cheque N° 408019 por valor de cuatrocientos cuarenta y nueve pesos con cuarenta y nueve centavos, el que obra en el expediente, girado a nombre de Mario Piedrahíta quien había autorizado al primero para reclamarlo en la fábrica. Ante esta situación se asesoraron de agentes secretos del F-2, quienes luego de algunas averiguaciones constataron que el título-valor había sido cambiado en una agencia de Envigado por Horacio de Jesús Colorado Colorado, empleado de esa misma empresa". (Fls. 37 y 38 del cuaderno duplicado.

El señor juez estimó configurado el delito de "falsedad en documentos" por fingimiento de firma en el endoso de un título-valor o instrumento negociable. Pero consideró, con razón, que esta infracción no concurría con el delito de "estafa", porque el agente se había limitado a utilizar el instrumento según su propia ley de circulación y sin el empleo de adicionales maniobras engañosas, medio típico de la estafa y sin la cual ésta no puede configurarse. Dijo el señor juez y lo admite la Sala:

"Se encuentra establecido, igualmente, que Colorado Colorado obtuvo, sin causa alguna, un beneficio pecuniario equivalente al daño sufrido por el denunciante. Estaremos en frente, además, de un delito contra la propiedad, de una estafa? Para la tipificación de este delito se requiere, como elemento esencial, que el agente determine la erogación por medio de engaños, de maquinaciones más o menos ingeniosas, de una mise en scene, en términos de la doctrina.

"No existe en nuestro medio un escrito que despierte más desconfianza, que llame más a cuidados que un cheque. "No se aceptan vales ni cheques", es una frase profusamente fijada en bares y cantinas de nuestras ciudades. Lo cierto es que pese a la gravedad de las penas con que el legislador ha tratado de proteger estos escritos llamados a reemplazar la moneda circulante, ni desde el punto de vista legal, ni en la consideración social ha logrado ese cometido, ni gozan del respeto y la confianza de los billetes oficiales. El instrumento, pues, más que inspirar confianza, llena de sobresaltos y cavilaciones al destinatario.

"Para obtener el cambio del título-valor el sindicado no se valió de aparato alguno, no desplegó conducta alguna con miras a llenar de confianza al cambiante, no hizo alarde de ocurrencia ni más ni menos aparatosa como sería el fingimiento de riqueza y buen crédito, el trocamiento de líneas telefónicas para suministrar datos falsos; era conocido del señor Pedro Nel Sánchez pero no puede afirmarse que las relaciones anteriores fueron predestinadas por Colorado C. para engañarlo en el caso de la especie.

"Recientemente el H. Tribunal Superior, con ponencia del H. Magistrado Dr. Juan Fernández Carrasquilla, resolvió un caso similar en los siguientes términos:

"...Nadie falsifica un cheque por falsificarlo sino precisamente para usarlo en el tráfico jurídico de bienes y servicios en procura de un provecho económico. Y aunque la ley asimila la penalidad de la falsedad que recae sobre documentos negociables a la que recae sobre documentos públicos, no cabe duda que el cheque sigue siendo en su estructura un documento típicamente

privado, pues en su elaboración no se advierte la intervención de ningún funcionario público en ejercicio de sus atribuciones. Y como no hay falsedad pura, sino que necesariamente el delito de falsedad requiere el uso y en los documentos privados este uso es representativo de un ilícito provecho económico, se tiene que el último elemento integrante del injusto contra la fe pública, al menos cuando se surte, produce o alcanza con el mero uso del instrumento, sin ninguna maniobra adicional de engaño. Es que la noción de falso documental comporta la idoneidad para engañar, como lo connotaba ya CARRARA, razón por la cual algunos autores piensan con muy buenas razones, que la falsedad en documentos privados no es más que una estafa especialmente reprimida que no concurre por tanto con la estafa genérica. Pero es dable admitir, frente a instrumentos negociables o títulos-valores, el concurso con el delito de estafa, pero sólo cuando además de los elementos fácticos de la primera ilicitud se dan en el caso los de la segunda. Como el cheque de sujetos desconocidos, y más aún el de los mal afamados, no despierta en el comercio sino desconfianza, es absurdo seguir presumiendo que tiene por sí sólo potencialidad estafadora. Pero si el sujeto se vale de especiales artificios, como ser la falsa identificación o las suplantadas referencias, para hacer entrar en circulación el espurio instrumento, entonces sí cabe predicar la configuración de ambas infracciones..." (Fls. 42 y 43, c.d.).

En realidad de verdad falta en este caso el medio típico de la estafa y por tal no puede tenerse el falso cheque porque es documento privado cuya falsedad no es punible sin uso, engaño y perjuicio al menos potencial. Siendo así que sin uso no hay engaño posible y sin engaño no puede haber perjuicio, estos tres elementos son integrantes del injusto de falso documental privado y no pueden tenerse en cuenta doblemente para configurar también un delito contra el patrimonio económico. Las dos figuras están en relación de género a especie y prevalece desde luego el tipo especial sobre el general. No puede haber concurso delictual si uno de los hechos se deja subsumir en el otro, o si uno de ellos es elemento constitutivo del otro. De otra parte, la asimilación legal entre instrumentos negociables y documentos públicos no es ni puede ser en cuanto a su esencia, pues la ley penal no puede transmutar la naturaleza de los hechos jurídicos por ella presupuestos o mentados. Tampoco hay asimilación en cuanto a la pena, porque las sanciones del artículo 233 son muy distintas de las del artículo 231, aunque allí mismo no mencione la falsedad en documentos públicos sin abuso de funciones por parte de un agente que es funcionario público o un particular. Esta parcial equiparación sólo responde a la ágil ley de circulación de los instrumentos negociables, cuyas firmas se presumen auténticas a fin de que cumplan su específica función mercantil. Pero es obvio que el público no tiene la misma fe en un cheque particular que en un documento público. Este es un dato real de cuya evaluación no puede prescindirse, al menos si se pretende que el derecho se acomode a la realidad y no a la inversa. Tan grave es la punición de la falsedad en instrumentos negociables, que bien puede pensarse que la ley ha subsumido en ella tanto la actividad falsaria (aspecto formal como sus eventuales resultados patrimoniales (aspecto material). Si se hubiera querido re-

primir por aparte el uso, así lo habría dispuesto el legislador, que sin embargo llamó sobre el particular. Si, en cambio, se agravó por el uso la responsabilidad del falsificador de un documento privado, esto no puede deberse sino a la consideración de que la pena del artículo 240 era insuficiente para reprimir adecuadamente todos los daños posibles.

En la actividad de administrar justicia son las teorías las que deben ser puestas al servicio de la justicia y no ésta al servicio de aquéllas. Si la justicia material ha de prevalecer sobre el tecnicismo, entonces al intérprete no le es dable, con meras construcciones hermenéuticas, agravar la penalidad de un hecho que de suyo está ya bastante gravemente reprimido. La justicia de la pena estriba en su necesidad y ésta depende de que sea proporcional al mal del delito. Una sanción exagerada no es necesaria ni por lo tanto justa. Y el juez, que es encarnación de la justicia material más que del formalismo legal, por más que esté limitado por el marco objetivo de la ley, no puede pretermitir la justicia so pretexto de interpretar técnicamente una disposición en desmedro de la debida proporción entre delito y pena. Otra cosa puede suceder cuando se presente la situación inversa, es decir, cuando la punibilidad resulte benigna y por tanto insuficiente para la represión del hecho y su subsiguiente control social, porque entonces la justicia ha de ser nuevamente un correctivo a través de la actuación judicial. Si así no fuera, entonces la labor del juez sería meramente silogística y mecánica, no valorativa y creadora, como hoy se admite sin discusión que es. Y la verdad es que si se comparan las penas establecidas en el Código Penal para diversos hechos, fácilmente se advierte que la punición de la falsedad en instrumentos negociables es muy drástica —sin duda por la importancia que invisten en el moderno tráfico jurídico— pues consiste en pena de presidio no inferior a dos años. En cambio, la estafa genérica, cuyos ardidés pueden ser en la práctica mucho más persuasivos y sutiles que la simple confección de un cheque por fingimiento de letras y firmas, está reprimida con un mínimo de un año de prisión, pena que se puede doblar si la cuantía fuere superior a diez mil pesos, pero que aún así doblada no equivale a dos años de presidio (pues éstos representan tres de prisión). Si, entonces, un sujeto pone en circulación un falso cheque de mil pesos, que él mismo falsificó, su pena será de dos años de presidio, incrementada en la proporción del artículo 33 si se atiende la tesis tradicional del concurso real, quedando así privado, entre otras cosas, del subrogado de la condena condicional. En cambio, el timador refinado, que se vale de aparatosos medios engañosos para lograr el ajeno error y tras éste la desposesión de la víctima, que emplea por tanto en el delito mayor esfuerzo, mayor capacidad y mayor laboriosidad, puede causar un perjuicio de diez mil pesos y su penalidad sería la de dos años de prisión, cuya naturaleza y duración no impide dicho subrogado. Si esto no es injusto, entonces no es fácil acordar en lo que sea tal. Esa injusticia, empero, es ahondada por la tesis tradicional del concurso real en los eventos de que se trata, la cual hace todavía más onerosa la penalidad de la falsificación de instrumentos negociables. Pero téngase en cuenta que esta argumentación es válida solamente en la medida en que la

ley no es clara ni expresa en la formulación del concurso, pues si de ello se tratara el juez no tendría solución distinta a la legal.

Es muy curioso que el uso del documento falsificado por el propio falsificador sea una agravante de la falsedad en documentos privados, delito de falsedad documental por tanto (artículo 242); que ese mismo uso de documento privado falso por quien lo falsificó pero conoce la inautenticidad, sea también un delito específicamente previsto de falsedad documental (artículo 241); que también el uso de falsas escrituras públicas, a sabiendas de su falsedad y por persona extraña a la actividad falsificadora, esté asimismo previsto como delito contra la fe pública (artículo 234); y que, en cambio, solamente el uso de un instrumento negociable por el falsario constituya un delito distinto e independiente, que sería el de estafa y no el de falsedad en documentos. Si algo se colige de esa secuencia de tipos y de ese contexto normativo, es que la ley quiso incluir como delito contra la fe pública, y no contra la propiedad, todo atentado contra los medios documentales de prueba, sea que el mismo consista en simple falsificación (documentos públicos) o en mero uso malicioso (falsedad por uso), o en falsificación más uso del documento falsificado por quien lo falsificó o por un extraño. Si el uso del cheque falso por el autor de la falsedad no está expresamente previsto, este "olvidó" del legislador, que sólo allí ocurrió, no significa que el hecho constituya estafa, sino que queda subsumido en el respectivo tipo especial de falsedad. Si es verdad que no se consuma el delito de falsedad documental sin un principio de uso, este principio de uso es requisito indispensable para la tipicidad y por tanto elemento integrante de la figura legal. Y si es verdad que no puede haber principio de uso de un cheque falso sin principio de engaño y sin principio de perjuicio, estos elementos hacen parte igualmente del tipo de falsedad y no pueden incriminarse separadamente sin violar el principio fundamental *nom bis in idem*, ni la regla jurídica indudable de que la ley especial prevalece sobre la general porque precisamente la subsume o consume, integra o absorbe. El principio de especialidad impone una prohibición de regresar la imputación de los tipos especiales a los generales, sea que esto suceda en forma total o parcial. Se puede ciertamente matar con una sola cuchillada, pero si se mata con dos esto no quiere decir que la otra represente un adicional delito de lesiones personales. La tesis tradicional lleva a esta situación, por cuanto al estimar la secuencia uso —engaño— perjuicio como constitutiva de "estafa", ha dejado el delito de falsedad integrado por la falsedad pura, esto es, por la falsedad sin la secuencia uso—engaño—perjuicio, y sin embargo todo el mundo acuerda en que una tal falsedad no existe como entidad punible. Quien adultera un cheque y lo guarda en su bolsillo, no es punible por delito contra la fe pública mientras no dé efectivo y cierto comienzo al uso. Y si este principio de uso integra el tipo de falsedad, no puede al propio tiempo integrar el principio de ejecución de un tipo distinto, tentativa de estafa, por ejemplo. Y si esto sucede en la tentativa, no tiene por qué ser diferente en la consumación. El que usa el cheque falso no está perpetrando un nuevo injusto, sino consumando el injusto contra la fe pública, y es claro que estando el perjuicio en el mismo orden lineal y causal del uso y del engaño, el resultado puede

ser más o menos grave, el peligro más o menos inminente, el daño más o menos alcanzado. Estos factores inciden sobre la magnitud del injusto y trascienden desde luego a la dosificación de la pena, pero no configuran una distinta e independiente ilicitud típica.

Concurso real de delitos no puede haberlo sino en presencia de varios acontecimientos típicos perceptibles, sea que estos acontecimientos se ocasionen con una o con varias acciones. El que falsifica y usa un instrumento negociable, o, en general, un documento privado, ha realizado por cierto dos actos, falsificar y usar, pero ambos están coligados por la unidad del fin en una sola acción y en todo caso constituyen un solo acontecimiento típico porque no hay falsedad sin un cierto uso. A veces un acontecimiento típico puede surtirse en el mundo sensible por una sola acción (matar de un disparo) o por varias acciones (matar por medio de un lesionamiento múltiple). A veces también varios acontecimientos típicos pueden ocurrir no obstante la unidad de acción (matar varias personas con el lanzamiento de un mismo explosivo), pero normalmente ocurrirán como el fruto de acciones diversas (matar hoy a uno y mañana a otro). No importan cuántas sean las acciones, pues para los efectos del concurso real es necesario que cada hecho reúna absolutamente todos los requisitos de la tipicidad para que no se viole el principio constitucional *nulla poena sine lege*. Lo que decide sobre la existencia del concurso material es la existencia de varias tipicidades completas, la multiplicidad de acontecimientos legalmente descritos, no la unidad ni la multiplicidad de los actos generadores. Pero si un acontecimiento no agota la figura legal contenida en el tipo, no es un delito en el sentido del artículo 33 del C.P. Y si un acontecimiento, para ser completamente típico, debe integrarse total o parcialmente con otro distinto, entonces solo entre los dos integran un tipo, aunque parcialmente un tipo distinto se entrecruce. La tipicidad parcial no es suficiente, no es tipicidad, no puede fundamentar la punibilidad. Empero, la tesis tradicional se ve abocada a deducir la tipicidad parcial de uno de los dos entes imputados: o es parcial la tipicidad de la falsedad, porque se integraría o daría ésta por consumada con independencia del uso (lo que no es en modo alguno correcto), o es parcial la tipicidad de la estafa, porque el perjuicio ya estaría incluido en la falsedad, que a su vez cubriría también el medio engañoso (lo que es asimismo ilógico).

Los planteos precedentes no conducen a sostener que en ningún caso se da la ocurrencia de las dos ilicitudes referidas, pero sí excluye la interpretación de que en todos los casos concurren. El concurso es posible sólo en el evento de que el agente realice las dos conductas típicas, es decir, de un lado falsifique el instrumento y lo use según su propia ley circulatoria, y, de otro, emplee para la inducción en error maniobras engañosas adicionales al documento mismo, de suerte que pueda afirmarse sin equívocos que el error de la víctima no provino únicamente de los caracteres externos del espurio cheque sino de maniobras complementarias.

La tesis que viene de esbozarse está por otra parte de acuerdo con la regulación jurídico-mercantil de los títulos-valores, pues sabido es que, según la doctrina dominante, estos no se perfeccionan con la simple emisión, sino

que la entrega es también indispensable. Si, pues, sin entrega no hay instrumento negociable auténtico, tampoco lo puede haber falsificado. La entrega, empero, es el uso normal del título-valor, su aplicación al destino que lo requiere y justifica en el tráfico jurídico. Es por ello insostenible que, en virtud de la supuesta equiparación "quod delicta" entre el documento público y el instrumento negociable, la falsedad de éste se perfeccione con la mera "editio falsi" (Romero Soto, *La Falsedad Documental*, 2ª ed., pág. 161), pues resulta que la "editio" perfecciona el documento público, pero la perfección del instrumento negociable, que es su propia existencia jurídica, requiere la entrega, esto es, la circulación o el uso. De allí que, como expresa el citado autor, "si alguien crea en su totalidad un título-valor, el delito de falsedad material solo se perfecciona cuando lo entrega" (Ib., 258). Es claro que la entrega es ya un uso del documento, una puesta en circulación del mismo, sea que cause el perjuicio o que tan sólo lo potencialice.

"Examinando ahora —escribe el mismo Romero Soto— en qué consiste el uso del documento falsificado, hay que decir que se trata de un uso jurídico, esto es, en que se utiliza el valor probatorio del documento, haciendo aparecer el escrito falso como si fuera verdadero, para conseguir engañar a otra persona. Pero ese engaño debe derivarse de aquel uso, sin que sea necesario echar mano de un elemento diverso al documento mismo, porque si esto ocurriera no estaríamos frente al delito de falsedad, ya que éste requiere en el documento la "vis descipiendi", es decir la facultad de engañar. Se tiene entonces que el delito de falsedad se anota con el solo uso del documento y que los fines del culpable se consiguen por este solo medio. Pero si tales fines superan el uso, es decir, si para conseguirlos el culpable tiene que hacer algo más que usar el documento, entonces habrá concurso de delitos". (Ob. cit., 243).

Octubre 21 de 1977.

Magistrados: Dr. Juan Fernández Carrasquilla, Fernando Gómez Gómez, Héctor Jiménez Rodríguez.

SALVAMENTO DE VOTO

DR. FERNANDO GOMEZ GOMEZ

Agosto 9 de 1978.

Con el acostumbrado respeto para los Honorables Magistrados compañeros de Sala, reitero mis puntos de vista en relación con la firme convicción que me sigue acompañando sobre la presencia de un concurso de delitos en casos como el presente y que ha servido al criterio mayoritario para deducir la existencia de una sola infracción.

En igual comportamiento, puntalicé mis opiniones en octubre veintiséis de mil novecientos setenta y siete, de la siguiente manera:

De los anteriores magistrados, el Dr. Fernando Gómez Gómez, no comparte la tesis del no concurso. Presentamos un salvamento de voto suyo, en proceso de fecha posterior.

"Precisamente por estribar la diferencia de las tesis propuestas en la puntualización estructural de la falsedad en títulos valores, lo que interesa es el examen sobre la atinencia de la real asimilación que se hace con la que recae sobre documentos públicos, bien para los efectos de la entidad delictiva, bien para los únicos de señalar igual pena; ello es, si la equiparación opera 'quoad delicta' o sólo 'quoad poenam'.

"Se ha sostenido que el título valor o el instrumento negociable es un documento privado en razón de las relaciones jurídico-privadas que rigen su función dentro del tráfico jurídico. Exactamente por eso, con la invocación de la conocida EQUIPARACION, no se quiere decir que se inmute o varíe la naturaleza de esos documentos, sino que simplemente 'SE DA POR IGUAL O EQUIVALENTE'. No es un juicio de identidad obviamente, que si lo fuera para nada requeriría tal estimación ni se tendría en cuenta esa elaboración doctrinaria si en la falsedad de ellos interviniera un funcionario público.

"Y son equiparables en cuanto a la estructura del delito, precisamente porque a la manera como el documento oficial se presume auténtico, el título valor también, y de ahí que NATURALMENTE merezca la fe del conglomerado, como la merece aquél y que la ley la tutele en idéntica e igual forma. Por el contrario, el documento privado por no suponerse auténtico requiere de reconocimiento de firma y sólo afecta relaciones enteramente privadas.

"Esa situación legal —enteramente legal— no se afecta con la consideración de que el título valor (especialmente el cheque) merezca hoy alta desconfianza por parte del ciudadano —extraña a su valor legal—, pero precisamente determinada por el abuso que de esa consagración han hecho los antisociales. Un acontecer criminal por reiterado que sea, no puede hacerle perder a la ley su general alcance, ni permitir el engrimiento de que la tutela del derecho ha perdido toda significación.

"Razón de esa equiparación o asimilación que la misma ley nutre en los delitos de falsedad en documentos públicos y títulos valores (Art. 233 del C. Penal), es la de que si el uso encarna un atentado contra la propiedad, el lesionamiento así perfilado a dos derechos tutelados en forma totalmente autónoma e independiente —fe pública (y ello es lo que consagra con la presunción de autenticidad) y propiedad—, genera el concurso real de delitos, en la forma que surge cuando para cumplir la bigamia se hace uso de un documento público o asimilado a público —si es eclesiástico— falso. Por lo mismo, una cosa es la elaboración de un documento falso —en los públicos o equiparados— con la intención de faltar a la verdad y con la conciencia y el conocimiento del peligro concreto que con él se crea y se quiere crear, y muy otra usarlo para lesionar otro derecho.

"La evidencia de que el "PERJUICIO" y la "INTENCION DE CAUSARLO" son elementos extraños a la estructura del delito de falsedad en documentos públicos y en los a ellos equiparados, surge diamantinamente con la simple lectura de los respectivos artículos (Arts. 231, 232 y 233), cuando exactamente son elementos o ingredientes dentro del cuadro típico de la falsedad en documentos privados (Arts. 240, 241 y 242).

"Pero es que para más ahínco en el significado de la falsedad en aquellos documentos —los públicos y los equiparados—, ni siquiera el uso aflora como elemento (Arts. 231 y 233). Por manera que el célebre principio de uso, creación doctrinaria y jurisprudencial —también tesis tradicional y de discutible incidencia en la estructura delictiva por aparecer extraña al contenido de la norma—, obedece a inquietudes enteramente diferentes a la esencia y a la ontología del delito; sólo se ha querido obviar con ese postulado el problema probatorio del dolo.

"Es cierto que éste no puede consistir en el sólo propósito de inmutar la verdad, pues la teoría de que el 'dolus inest in reipsa' ha sido abandonada, como lo fue la responsabilidad objetiva que con ella se defendía. Mas el abandono de ese formalismo sostenido por 'Impallomeni' y dentro del país por el Dr. Angel Martín Vásquez, permitió la construcción de la teoría subjetivista, mediante la cual en el delito de falsedad '... el agente debe darse cuenta que su acción ofende la fe pública, y, al mismo tiempo, que pone en peligro los intereses específicos salvaguardados por los medios probatorios', conforme a las palabras de Sylvio Do Amoral. Entre los múltiples autores que comparten esta enseñanza se encuentra el profesor Pietro Mirto y en el país el Dr. Romero Soto, quien puntualiza: '... sostenemos que el dolo en el delito de falsedad no consiste en la intención de alterar la verdad, sino que exige un propósito de DAÑO'. De no aceptarse esta tesis prohijada por la evolución de la doctrina, ciertamente se supondría el dolo que afrontaría el principio universal de la 'PRESUNCION DE INOCENCIA'.

"Pues bien: ¿Cómo se conoce de manera inequívoca ese propósito de daño o el consciente y querido peligro de los intereses específicos salvaguardados por los medios probatorios? Por un principio de uso en que se revele ese ánimo de DAÑO (no de perjuicio de un tercero). Pero no podrá sostenerse jamás que esa toma de posición por política probatoria, sea la única manera de comprobar el dolo, ni menos que haga parte de la estructura de la falsedad. Es el sólo propósito de poner en peligro esos intereses lo que estructura la infracción tras de la actividad material de la alteración.

"Pero por qué y de dónde concluir que después de la vulneración de la fe pública ya en esa forma perfecta, si es que el propósito ha quedado probado por cualquiera medio, el perjuicio que se cristalice contra otro —etapa y actividad posteriores— siga apenas conformando e integrando la falsedad? No estaba ya tipificado el delito al quedar evidenciado el peligro en que quedan los derechos tutelados por el legislador mediante la consagración pertinente?

"Tan nítido aparece que el legislador en la propia falsedad (contrafacción, imitación, alteración) de los predichos documentos dejó por fuera el uso, que al consagrar las conductas tipificantes de la falsedad por USO, estipuló hasta la del uso por el propio autor en los documentos privados, con todo y haber contemplado el 'PERJUICIO DE TERCERO' dentro del Art. 240 y en el 242. Fue acaso olvido, como se expresa en la ponencia? No podría suponerse ello tan alegremente en un proceso de preparación tan concienzudo como el que tuvieron los integrantes de la Comisión del C. Penal. Por tanto, al dejar

por fuera el uso por parte del propio autor en el documento público falso —así en el equiparado—, está indicando que si con él se atenta contra otro derecho específicamente tutelado, ha de entenderse que hay una lesión autónoma y que, por tanto, concurre con la falsedad.

“No podría olímpicamente sostenerse que son problemas de una legislación que se copió sin un adecuado examen previo, porque si así fuera —bajo el supuesto de que lo copiado fue el respectivo articulado del Código Español—, conforme al dicho de Eugenio Cuello Calón, en esa legislación, según el Tribunal Supremo, ‘...no debe considerarse que la falsedad desaparece y surge la estafa porque el delincuente obre con ánimo de lucro, pues se daría el contrasentido de que los meros falsificadores fueran penados con más severidad que los que a esa falsedad unieron el apoderamiento de los bienes ajenos’. A ello conduciría la presunta absorción y, conforme a las concepciones finalistas, antes que la falsedad sería sancionable la estafa; ahí concluye la representación en el agente de la conducta.

“Y ya que se insinuó la legislación extranjera, conviene de una vez acoger el concepto del gran Irureta Goyena. Al glosar este autor las apreciaciones del maestro Carrara con respecto a la absorción —no la única tesis desechada por la actual doctrina con respecto a las que sostuvo el insigne profesor sobre la falsedad—, expresa: ‘A mí me parece equivocada esta doctrina, de acuerdo con las normas de nuestra legislación —se verá luego que daría más apoyo a la absorción que la propia legislación colombiana—, cuando para cometer un delito se ejecuta otro, que guarda o no, respecto de ese delito, la relación de medio a fin, el sujeto comete dos delitos y le son aplicables salvo disposiciones especiales, las reglas de la concurrencia real, debiendo sufrir la pena correspondiente a la infracción más grave, aumentada en razón del número y calidad de las demás infracciones. En los casos anunciados, por consiguiente, siendo el delito más grave el de la falsificación se impondrá la pena, de ésta agravada en razón de la calidad de los otros delitos cometidos o que se proponía cometer el agente criminal’. Mas lo que refuerza el argumento que se viene sosteniendo es el Art. 420 del C. Penal Uruguayo que guiaba en esos instantes las conferencias del connotado profesor y que reza: ‘...el funcionario público o escribano, que en desempeño de su cargo y oficio hiciere un documento falso, en todo o en parte, o alterase un documento verdadero CON PERJUICIO POSIBLE DE TERCERO...’. Luego el ‘PERJUICIO POSIBLE’ o el ‘PELIGRO CONCRETO’ no puede subsumir el CONCRETO PERJUICIO que a un tercero se cause, además, del lucro percibido por el falsario.

“Pero reiterando cómo quiso el legislador nuestro dejar por fuera en la propia falsedad el perjuicio a un tercero y el correlativo lucro, a renglón seguido del artículo que origina las encontradas tesis dispuso: ‘EL QUE A SABIENDAS HAGA USO CON PROPOSITO DE LUCRARSE O PERJUDICAR A TERCEROS, DE UN DOCUMENTO FALSO, DE LOS ENUMERADOS ANTERIORMENTE (títulos valores o instrumentos negociables entre ellos), INCURRIRA...’. Deliberadamente —no con olvido— omitió el uso para el autor de la falsedad propia, simplemente porque con la sola confección o alteración

dolosa ya había incurrido en el delito. Y al que ‘A SABIENDAS’ lo usa encaminada su acción a la obtención de un ‘LUCRO’ —elemento ausente en el Art. 233— con perjuicio de otro, aunque estrictamente comete una estafa, lo sanciona el legislador por falsedad en razón del calificado artificio, pues que fuera de presentar el documento viciado, está apareciendo como un poseedor de buena fe y enseñándolo como título corriente. Pero en el propio autor de la falsedad no podría pretenderse una nueva falsedad —aunque no falta quien haya sostenido el concurso de falsedad— en un episodio así cumplido. Mas si como se desentraña de las propias normas, el uso es una actividad delictiva independiente de la propia falsedad, al cumplir ese uso el propio autor ya con un dolo determinado de obtener lucro y de perjudicar a otro, no incurre en nueva falsedad —por exclusión legal—, pero la evidente lesión al patrimonio ajeno con el correlativo provecho, mediante ardid calificado abonado por el aparato de una fingida buena fe que avala el curso normal de un cheque corriente y que determina la entrega del efecto por parte del agraviado, exige la valoración de una nueva conducta que no puede ser distinta a la ‘ESTAFA’.

“Si la falsedad es un tipo, si la falsedad por uso es otro tipo, cómo pretender que sólo opera en sus consecuencias legales cuando yo falsifico y mi amigo, a sabiendas de esa falsedad, cambia el título valor falsificado, para ubicarse éste dentro del tipo del Art. 234 y yo dentro del Art. 233? Pero si yo cumplo las dos conductas en virtud de qué respondo en forma igual por la sola conducta del 233? Si la falsedad por uso rudamente entendida, pudiera subsumirse por la falsedad creada antes que incurrir el tercero en un delito típico independiente; pero que cuando es uno solo el sujeto activo de ellas no tiene las mismas consecuencias que cuando es uno solo frente a las mismas conductas pero en documentos privados, en donde aparece enteramente lógico y adecuado porque se confecciona, adultera, etc., con el fin de causar perjuicios a tercero y se usa con ese mismo fin y con el de obtener lucro, elementos éstos que en la falsedad de documentos públicos y equiparados sólo cuentan en la de USO.

“Conviene por todo ello escuchar las voces del gran Soler sobre las consecuencias de la falsedad en unos y otros documentos: ‘La diferencia entre un documento público y uno privado con respecto a este punto, no reside en que toda falsedad de la primera clase entrañe un daño necesariamente, sino en que la existencia de la falsedad DEBE MEDIRSE DESDE EL MOMENTO DE LA PRODUCCION MISMA DEL DOCUMENTO, PRECISAMENTE PORQUE LOS DOCUMENTOS DE ESA CLASE SE CARACTERIZAN POR VALER EN SI MISMO, MIENTRAS LOS OTROS ESTAN DESPOJADOS DE ESE PODER Y SOLAMENTE ADQUIEREN VALOR Y SENTIDO SEGUN EL MODO EN QUE SE PRESENTAN Y EMPLEAN’.

“La ocurrencia de que el instrumento negociable o título valor se entiende sólo perfecto cuando se ha entregado —lo que también exigía la Ley 46 de 1923 en su Art. 19—, no impide en el derecho penal la consideración de su existencia desde que ha sido creado; adviértese con toda claridad que aquella es una exigencia (Arts. 625 del C. de Comercio —menos clara que la otra—)

que está por fuera de la estructura del documento que ya es idóneo de por sí para probar y, en consecuencia tras de afectar la verdad, en tratándose de uno falsificado, idóneo para poner en peligro los intereses salvaguardados. Tal la razón para que la H. Corte Suprema de Justicia haya expresado que "...el carácter documental de un escrito no debe juzgarse en derecho penal con el mismo rigor que se hace en el civil. Ya que el poder probatorio de un documento debe valorarse en derecho penal no con el mismo rigor que se hace en las normas civiles, sino con la amplitud que permiten las normas procesales penales". Por ello, más adelante puntualiza: "...el delito de falsedad existe si se puede aceptar razonadamente que el documento falso tiene aptitud para perturbar una relación jurídica, bien sea contribuyendo a negar un derecho a quien lo tiene o a atribuírselo a quien no lo tiene ya que en el campo de las relaciones entre particulares o bien en el éstos con el Estado".

"Fácil es concluir ante estas consideraciones y en orden a puntualizar que no es el principio de uso lo que puede acreditar el dolo —ni menos que sea la entrega elemento ontológico del delito de falsedad en instrumentos negociables—, que si un antisocial —y aunque no lo sea— es sorprendido con un cheque elaborado en su bolsillo a favor de 'Almacenes Exito', si se conoce su propósito, debe sancionársele; resultaría enteramente un agravio a la justicia que después de escuchársele en indagatoria su paladina confesión y de dar cuenta de su definido propósito de estafar con él, se le diga que nada ha hecho, como si el fundamento de la falsedad no fuera el peligro efectivo y concreto y el daño potencial inferido al derecho tutelado. Llegar a esa conclusión sería tan exagerado como la del otro lado si con sólo aparecer la falsedad —así obedezca a un error— se entrara a sancionar. Mas si en el caso propuesto antes, en obediencia a la ley ha de sancionarse a ese sujeto, cierto es que en el caso de haber logrado el efectivo daño o perjuicio a dicha entidad comercial y se hubiere lucrado, sería un contrasentido sancionarlo en la misma forma. Salta ahí de bulto el lesionamiento a dos derechos diversamente tutelados y, por tanto, la razón de la sanción debe ser el concurso real de delitos; de no proceder así, el objetivo resultado contra el patrimonio que ontológicamente nada tiene que ver con esa falsedad, caprichosamente quedaría por fuera.

"Sería, de otra parte, una rebeldía frente al armónico espíritu del legislador quien en el Art. 349 sanciona el 'RAPTO', delito en el cual es alma el propósito de satisfacer algún deseo erótico sexual con la raptada, pese a que si realmente se cumple el propósito y las realizaciones libidinosas generan de por sí otra infracción se sanciona independientemente, mediante el concurso real. La misma razón opera en los Arts. 145, 149, 208, etc., del C. Penal. Vese claro que en estas figuras el legislador exige un propósito definido y claro, lo que no ocurre en la falsedad de documentos públicos y equiparados, pues que en ellos no enuncia el propósito de un lucro o el causar un perjuicio a otro.

"Así, pues, dentro de la armonía legislativa, dentro de la interpretación lógica, contextual e histórica que esos aspectos inspiran, se respeta y secunda la ley con más seguridad y se acata más la equidad, aceptando el concurso?".

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PRIVADO Y USO DEL DOCUMENTO POR QUIEN LO FALSIFICÓ. INAPLICABILIDAD DEL ARTICULO 242 DEL C. P.

El código sanciona los diversos tipos de falsedad documental en una escala ascendente, que parte de tres a diez años de presidio, para la falsedad en documentos públicos, pasando por la falsedad en partidas de origen eclesiástico, hasta llegar al artículo 241 que trata del uso del documento privado falso por persona distinta a aquella que lo falsificó. Es una punibilidad descendente, en atención a la menor gravedad del atentado contra la fe pública. Empero, el artículo 242, de manera misteriosa y absurda incrementa la pena y llega a castigar la falsedad privada más gravemente que la falsedad en documento público. La injusticia que ello comporta, lleva a no tener en cuenta esa circunstancia agravante contemplada en el artículo 242.

DR. JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA

Hechos: Los narró así el Juzgado Noveno Penal del Circuito, en el auto que declinó la competencia. (Correspondió entonces el negocio, por reparto, al Juzgado Segundo Superior, quien llamó a responder en juicio por "Falsedad en documentos" y "Abuso de Confianza"):

"En la última etapa, pues ya lo había hecho en otras ocasiones, Luis Fernando Yepes Madrid laboró en Casa Agropecuaria (CASAGRO), establecimiento comercial domiciliado en esta ciudad de Medellín, por espacio de cinco años. Su desvinculación por renuncia voluntaria acaeció precisamente el 5 de octubre próximo pasado (f. 50).

"Durante ese lapso y más concretamente en los dieciocho meses finales, Luis Fernando se apropió en beneficio suyo de algunos dineros que debía entregar a su empresa y que al decir del experto contador totalizan \$ 146.805.93 (fs. 306 y 317). Empero, no sucedió ello de una sola vez. No. Aquel desempeñaba las funciones de agente vendedor y de cobrador en diversos municipios de los departamentos de Antioquia y Chocó, por lo cual debía realizar correrías periódicas, generalmente cada semana ("Cada ocho días y descansaba, sábado y domingo", f. 40 vto.). Al salir se le entregaban las facturas que debía cobrar y que alcanzaban a un importe promedio de setenta u ochenta mil pesos (f. 46 vto.), el mismo que debía entregar a su patrono al regreso de cada viaje; de lo contrario, tenía que devolverle las facturas no canceladas. Y ocurría, en efecto, que Luis Fernando al rendir cuentas devolvía algunas facturas con el pretexto de que no habían sido canceladas por cualquier razón (por ejemplo, no encontrarse el cliente deudor) y entregaba el dinero correspondiente a las otras canceladas. Sin embargo la verdad era otra: todas o