

SOBRE LA POLÉMICA DEL CONCURSO ENTRE LA FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO Y LA ESTAFA*

DR. MARIO SALAZAR MARÍN**.

En el derecho penal actual hay múltiples aspectos problemáticos que trascienden con más o menos frecuencia a la jurisprudencia, la cual se convierte algunas veces, en sentido amplio, en un conjunto de criterios encontrados que llevan a la confusión y que a la postre no es instrumento que le sirva a la justicia sino a la desigualdad. Uno de los temas que en este país ha traído más dificultades a jueces y tribunales —con repercusión diaria en la sociedad por la frecuencia de esas conductas— es el de la “falsedad”, unida, bien o mal, a la “estafa”.

Voy a terciar en esta polémica y para ello dividiré mi trabajo en tres partes:

- I. Tratamiento dado al problema por el Código Penal de 1936 y consiguiente evolución de la jurisprudencia.
- II. Tratamiento que le otorga el Código Penal de 1980 y el subsecuente desarrollo jurisprudencial.
- III. Propuesta que se plantea.

I. Tratamiento dado al problema por el Código Penal de 1936 y consiguiente evolución de la jurisprudencia.

Este estatuto penal consagraba, como se sabe, en forma independiente, la “falsedad en documentos” y la “estafa”. En cuanto a la primera, hacia las siguientes distinciones: falsedad en documentos públicos por naturaleza (C. P., art. 231), o sea aquella en la cual incurría “el funcionario o empleado público abusando de sus funciones”; falsedad en documentos públicos por equivalencia, donde se incluían los llamados “instrumentos negociables”, hoy “títulos-valores” (C. de Co., art. 821), como el cheque, la letra de cambio, el pagaré y otros (C. de Co., arts. 619 y 621), en la que podía incurrir un particular o un funcionario o empleado sin abuso de funciones (C. P., art. 233); falsedad en documentos privados por naturaleza, donde el legislador de entonces distinguía entre tipos de conducta de mera acción

* Rogamos a nuestros lectores complementar la lectura del presente trabajo con la *sección de jurisprudencia*, en la cual encontrarán un estudio sistemático de las más recientes decisiones de nuestros tribunales, con su respectivo comentario, dedicado a la temática del presente escrito.

** El autor es magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín y profesor de Derecho Penal de la Universidad de Medellín.

falsificadora (art. 240) y tipos de conducta de mero uso (art. 241); además aquel Código contemplaba otros tipos especiales de falsedad como por ejemplo los descritos en los artículos 235, 237, 238, 239, 243, 244, etc.

Como las normas citadas separaban claramente las conductas falsificadoras de las conductas del uso, se tenía claro que el delito de falsedad en documentos era *formal* y bastaba por consiguiente la sola *editio falsis* para su consumación. Por consiguiente quien falsificaba el documento y además lo usaba violaba dos normas, así se hicieran entonces comentarios en cuanto a la probable inaplicabilidad del art. 242 que sancionaba el uso del documento privado falso por parte de quien lo falsificaba, pues si el art. 240 exigía el perjuicio o por lo menos el propósito encaminado a producirlo, se decía que tal cosa solo tendría efecto mediante el uso. Sin embargo, en cuanto a los "instrumentos negociables", como cheques, letras de cambio y pagarés, no había problema en este punto por su equiparación a documentos públicos, en los cuales bastaba la conducta falsaria para que se consumara la ilicitud. No se requería, pues, un daño a un bien jurídico distinto de la fe pública, cuyo menoscabo se entendía en sentido formal y abstracto. No era por eso raro que si alguien falsificaba un cheque y lo usaba en perjuicio económico de otro, este daño se considerara "estafa", pues se decía —no sin razón frente a la ley de entonces— que tanto la fe pública como el patrimonio económico estaban tutelados independientemente por el Código Penal, al consagrar en ese caso tipos de conducta autónomos e independientes. Esto era claro ante los preceptos que se vienen de citar y ante el art. 408 de ese estatuto, descriptivo del tipo básico de "estafa".

Y aunque hubo algunos intentos por sostener que no había concurso en estos casos, porque nadie falsificaba un documento sin ningún objetivo, ya que siempre se buscaba a la postre usar el escrito falso para lograr el fin, generalmente de carácter económico, se podrá entender fácilmente por qué la jurisprudencia sostuvo mayoritariamente que en tales episodios había concurso entre "falsedad" y "estafa". No por otra cosa la Corte Suprema de Justicia sostuvo ese punto de vista en diversas decisiones. Así se aprecia, por ejemplo, en sentencia del 26 de abril de 1961, donde dijo la alta corporación:

"El delito de falsedad en instrumentos negociables, conforme a lo dispuesto en el art. 233 del C. P., se equipara al de falsedad en documentos públicos, lo que quiere decir que participa del carácter formal que corresponde a estos últimos y entonces, como es lógico, no necesita para su configuración, que su autor logre el provecho que pudo determinar su conducta de falsario. De ahí que si el instrumento, luego de ser falsificado, se emplea como medio engañoso, así sea por el mismo que le ha dado esa vida, para obtener en perjuicio de otro un provecho económico, es indispensable proclamar el concurso de dos delitos, uno de falsedad y otro de estafa, sin que con ello se viole el principio *non bis in idem*, puesto que, de un lado, la acción que integra la falsedad, tanto en el orden síquico como en el orden físico, es distinta de aquella otra que viene a culminar, con la denominación de estafa, en el atentado contra el derecho de propiedad y, del otro, los bienes jurídicos

que se lesionan también son distintos, ya que en el primero es la fe pública y en el segundo el patrimonio"¹.

También sobre el particular expresó lo siguiente el 9 de julio de 1966:

"La equiparación... determina que la falsedad en instrumentos negociables participe del carácter formal que tiene ese delito cometido en instrumentos públicos; ...fácil se comprende que el delito de falsedad alcanzó su meta consumativa sin absorber la estafa, cuya consumación se produjo al hacer efectivos los cheques adulterados, ni ser absorbido por esta; ...esos delitos obran en concurso material porque, aunque enlazados en sus fines de lucro indebido, se integraron a través de pluralidad de acciones y de propósitos, lesionando el de falsedad, la fe pública y, el de estafa, la propiedad"².

Este pensamiento lo mantuvo en muchas otras decisiones suyas en vigencia de la anterior legislación.

II. Tratamiento que le otorga el Código Penal de 1980 y subsecuente desarrollo jurisprudencial

El propósito que impulsó al legislador de 1980 fue, si no me equivoco, zanjar esta controversia y unificar el tratamiento de estas conductas, afirmación que hago con base en dos argumentos bien definidos:

a) El modelo de comportamiento descrito en el art. 221 del Código Penal actual, cuyo texto reza: "El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno a seis años", es un tipo de conducta complejo que se integra con dos acciones, cada una de ellas ontológicamente independiente y espacio-temporalmente ubicable, pero de todos modos concurrentes para que alguien pueda incurrir en ese comportamiento típico. No basta pues la acción falsaria que inmuta la verdad, sino que es menester también el uso del falso por parte de quien falsifica (sin perjuicio, lógicamente, de los principios y normas que gobiernan la coautoría y la participación), ambas acciones obviamente presididas de dolo, por ser refractaria esta figura a la modalidad culposa. Si alguien, entonces, falsifica dolosamente un documento privado, v. gr. un cheque o una letra de cambio, y le es encontrado en su bolsillo por la policía antes de usarlo, no habrá infracción a la referida norma, ni siquiera a título de tentativa, por resultar siempre necesario el concurso de la segunda fracción del tipo. El uso del documento impone, según eso, la conclusión de que el usuario se exhibe como el creador del título o como su legítimo tenedor, en ambos casos inmutando la verdad e incrementando la negación que a ella ocasiona la primera parte del precepto mediante la acción falsificadora. Luego si a esta última (antes por sí sola constitutiva de infracción penal —arts. 233 y 240 del C. P. del 36—) agregó el actual Código el uso, resulta evidente que la intención del legislador de 1980 fue incluir el uso y sus consecuencias dentro de la falsedad, evitando así el concurso. La diafinidad es tal que cabe entenderlo

¹ Gaceta Judicial, t. xcv, núm. 2329, 1961, pág. 621.

² Gaceta Judicial, t. cxvii, núm. 2282, 1966, pág. 468.

así incluso y sin forzamientos mediante la interpretación declarativa, que es la manera más sencilla, pero a la vez más clara y contundente, como se concibe una ley, pues basta entender el sentido natural de las palabras para darse cuenta de la "exacta correspondencia entre el espíritu y la letra de la ley, sin dar a la fórmula un significado más restringido, ni más amplio", según expresa LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, refiriéndose a esta clase de interpretación³.

b) Así lo dijeron expresamente los señores comisionados, como prueba irrefragable de ese ánimo legislativo, no obstante que la actual codificación no cuenta con el necesario registro sobre la historia de su establecimiento, pues la Comisión revisora de 1978, por ejemplo, no dispone de actas.

Sin embargo, con lo existente es más o menos suficiente para comprobarlo. Así, pues, en la Comisión de 1974 se observó una clara tendencia a exigir en materia de falsedad en documentos privados y en el ámbito del tipo, los dos presupuestos citados de la acción falsaria y el uso del falso documento. Expresa por eso el art. 243 del referido proyecto: "*Falsedad material en documento privado*. El que elabore un documento privado falso o altere uno verdadero, que pueda servir de prueba, será sancionado, si hiciere uso del documento falso, con prisión de dos a seis años". De otra parte, se quiso consagrar una *norma especial* para los títulos-valores, pensando en su enorme importancia comercial y social, para asegurar un exacto y claro tratamiento legal. De ahí el siguiente texto: "El que ejecutare los hechos descritos en los artículos anteriores, en relación con un título-valor, incurrirá en prisión de dos a ocho años"⁴.

En la Comisión de 1978 se mantuvo la misma orientación en sus dos frentes: la consagración en términos generales, en punto a la falsedad en documentos privados, de la acción falsificadora y uso del falso, de una parte; y manejo especial de los títulos-valores con esa misma doble exigencia en el tipo, de la otra, especialidad consistente en determinar las penas con arreglo a la diversidad de cuantías, o sea según la magnitud del daño económico, sin modificar el *nomen iuris* de falsedad y conjurando de paso el concurso con la "estafa"⁵.

Más aún. Así ocurrió también en la Comisión de 1979, en la cual el profesor FEDERICO ESTRADA VÉLEZ criticó el casuismo del art. 302 de 1978, al fijar penas de acuerdo con la cuantía de los falsos títulos-valores. Allí dijo él a tal propósito: "No me convence la escala de las penas que establece ese artículo a pesar de que se pueda fundamentar en que se trata de un documento de extraordinaria movilidad social. Pero el bien jurídico tutelado de manera prioritaria es la fe pública, aun tratándose de un delito pluriofensivo, ...será mejor establecer un mínimo y un máximo con la clara constancia de que dentro de ese margen se moverá el juez en la imposición de la pena... De otra parte, establecemos un tipo especial de falsedad en título-valor

³ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. II, 4ª ed., Buenos Aires, Ed. Losada, 1977, pág. 457.

⁴ Cfr. LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, *Actas del nuevo Código Penal colombiano*, vol. II, Bogotá, Col. Pequeño Foro, págs. 94 y 96. Consúltese acta núm. 81.

⁵ *Ibidem*, pág. 221.

precisamente para evitar el concurso de delitos y que se tome ese tipo de conducta como una falsedad agravada". Con fundamento en esta proposición se aprobó el siguiente texto: "*Falsedad en título-valor*. El que falsifique un título-valor, si lo usa incurrirá en prisión de uno a diez años"⁶.

Hasta aquí resulta suficiente para hacer refulgir dos aspectos: en primer término, que el legislador quiso firmemente evitar el fenómeno del concurso, sancionando dentro del mismo tipo de conducta tanto la agresión a la fe pública como el daño ocasionado al patrimonio, incrementando la punición en la medida en que el menoscabo a este último fuese aumentando. Y en segundo lugar, que buscó darle un tratamiento especial, siempre con la doble perspectiva, cuando estos comportamientos estuvieran referidos a títulos-valores.

Pero como al mismo tiempo se buscó darles un *tratamiento especial* a otros comportamientos, atinentes también a la fe pública, por ejemplo la falsedad en registros técnicos, tarjetas de crédito, documentos de identidad, despachos postales y telecomunicados y falsedad en documentos privados, entre otros, se evidenció una falta de técnica legislativa debido al casuismo que entonces se iba a entronizar, peor que el de 1936, y cuyo remedio se estaba tratando de lograr. A tal punto, que esa tendencia a especificar dichas conductas quedó reducida a la postre a su mínima expresión y se impuso la descripción técnica y omnicompreensiva de todos esos comportamientos mediante el actual art. 221.

Se puede asegurar, empero, por el anterior rastreo y porque el uso del falso privado no está consagrado como conducta típica y autónoma de falsedad, que el perjuicio económico quedó integrado en la falsedad y uso del citado documento. Luego no cabe concluir en el concurso, particularmente en el de falsedad y estafa, que es el caso más problemático y que fue el que con mayor interés trató de precaver o evitar el legislador, seguramente porque ha sido el talón de Aquiles de la jurisprudencia. Por cierto que en esta, en vigencia del actual estatuto, han surgido opiniones contrarias, esto es, orientadas a sostener el referido concurso, cuyos fundamentos me parecen deleznable.

Por ejemplo el Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia del magistrado JAIME BERNAL CUÉLLAR, sostuvo —en providencia de julio 13/82— que el art. 221 del Código Penal no consagra un tipo complejo o pluriofensivo, porque ese no fue el querer legislativo, afirmación infundada, según lo visto, porque el propósito fue ese precisamente⁷.

Se dijo allí igualmente que la segunda fracción del tipo, o sea el uso, "solo tuvo por finalidad resolver el discutido problema de la falsedad inocua, o en otros términos considerar como irrelevante, jurídicamente, el comportamiento de falsificar únicamente el documento privado, sin que se hubiera hecho uso del mismo; pero en ningún momento se pretendió dar origen a una norma o tipo penal pluriofen-

⁶ *Ibidem*, pág. 357. Consúltese acta núm. 20.

⁷ JORGE ENRIQUE VALENCIA, *Estudios sobre el cheque*, Bogotá, Col. Pequeño Foro, 1983, pág. 131.

sivo”⁸. Este argumento también aparece en la decisión de la Corte de septiembre 15 de 1983, en la cual se defiende el concurso⁹.

Pero tal afirmación constituye un paralogismo, porque si bien la falsedad inocua puede presentarse sin el uso, también emerge frecuentemente con este, como ocurre frente a documentos burdamente elaborados que carecen de idoneidad o aptitud para engañar. De forma que el uso no puede tener por única finalidad, como se expresa allí, “resolver el discutido problema de la falsedad inocua”, pues entonces no se entendería por qué habiendo uso subsiste el tema de la inocuidad, que constituye un asunto ya discutido y resuelto que no incide decisivamente en esta polémica. Cabe recordar, por cierto, que “la falsedad inocua no solamente abarca los casos de falsedad burda, sino que comprende todos aquellos en que la falsedad no puede causar daño, cualquiera sea la causa”, como sería en efecto el caso de quien elabora el falso y no lo usa¹⁰.

El uso, pues, es la segunda conducta del tipo que describe el art. 221 del Código Penal, y forzoso es que tenga su propia significación y su evidente e insoslayable trascendencia en el mundo externo. El uso tiene el fin específico de obtener el lucro económico y es posible que pueda darse sin lograrlo, como sería cuando alguien, observando la ley de circulación de los títulos-valores, entrega un cheque, esto es, lo usa jurídicamente (que es lo que debe entenderse por “uso jurídico”) sin lograr el beneficio pecuniario buscado, gracias a una diligente averiguación sobre su procedencia por parte de quien lo recibe, así esté bien elaborado aparentemente. Pero obtenido el provecho no tiene por qué resultar una infracción más a la ley penal (“estafa”, por ejemplo), porque esa finalidad lograda queda incorporada en el uso, por ser su lógica y forzada consecuencia y porque *eso fue lo que el legislador quiso y buscó*, que sin duda es la razón principal. Lo que sucede es que en este caso la gravedad del hecho punible es mayor y entonces el juez debe incrementar la pena con arreglo al correspondiente factor dosimétrico (C. P., art. 61), pues no es lo mismo dañar un derecho que dañar dos. Es efectivamente un tipo pluriofensivo y, de contera, un delito complejo.

Sobre el punto vale la pena reproducir lo expuesto por los doctores Gustavo Gómez Velásquez y Darío Velásquez Gaviria (q.e.p.d.), magistrados de la Corte Suprema, en salvamento de voto a providencia de casación, con ponencia del doctor LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, en la cual se defiende la tesis del concurso. Expresa el citado salvamento.

“El uso, obviamente, debe representar una significación delictiva (v. gr. la estafa), porque vale tanto un uso inocuo inocente, neutro, sin repercusiones en el ámbito penal, como el no uso. Luego la consideración que hace el art. 221 del “uso” *tiene que referirse*, en la esfera de los títulos-valores, a la *estafa*, finalidad propia y directa de la mutación de la verdad en esos instrumentos negociables, realizada en perjuicio del banco o de un tercero. Esa es la concepción de ese uso. De donde no se entiende muy bien que el uso delictivo de los títulos-valores adultera-

⁸ Cfr. en esta misma revista la sección de *Jurisprudencia*, pág. 110.

⁹ Ídem, pág. 113.

¹⁰ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, 3ª ed., Bogotá, Ed. Carvajal, 1982, págs. 128 y 130.

dos sirva simultáneamente a dos necesidades: a la de estructurar, hacia atrás, la falsedad documental, y conformar, hacia adelante, la estafa... La tesis de la mayoría *desatiende este sesgo legislativo*, ...así como la tendencia de los últimos tiempos, que ha buscado precisamente la efectividad de la represión de esta clase de ilícitos, *concentrando en una sola figura criminal* los varios aspectos que puedan tener relación... con los títulos-valores”¹¹.

En la providencia citada del Tribunal Superior de Bogotá también se argumenta, sugestivamente, que “si es posible consumir el delito de falsedad en documento privado, sin lesionar ningún otro bien jurídico, no resulta lógico dar el mismo tratamiento punitivo a quien usando el documento no solamente afecta la fe pública sino otro u otros bienes jurídicos protegidos legalmente por el legislador”¹². Se olvida sin embargo el querer legislativo y la previsión suya en este punto: “Precisamente porque el bien jurídico tutelado *prioritariamente* es la fe pública —decía el comisionado LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN en 1979—, la Comisión encargada del *proyecto final* colocó este artículo en el presente título (refiriéndose al art. 302 de la Comisión de 1979, que contemplaba diversas sanciones de acuerdo con la cuantía del título-valor falsificado); ...por razón de su importancia comercial se previó diferente forma de punibilidad, porque no es igual falsificar un cheque de quinientos pesos, que falsificar uno de dos millones de pesos”¹³. Y se olvida, asimismo, que a la fe pública se unen otros bienes jurídicos tutelados, especialmente cuando de documentos privados se trata, dada además la consagración legislativa sobre el particular.

Se aprecia igualmente que la Corte Suprema en la ameritada decisión expresa que “ningún uso, por sí solo y de manera inequívoca corresponde a la descripción típica del artículo 356 del Código Penal, puesto que apenas si puede llegar a constituir *un medio engañoso*, pero en momento alguno la plenitud de la figura de estafa”¹⁴, explicación que hace parte de la sustentación encaminada a sostener el concurso cuando el uso va acompañado de otras maniobras. Al respecto se observa esta réplica de los magistrados que salvaron el voto: “parece que poco vale como artificio y engaño la cuidadosa alteración de un cheque, con su presentación personal de su ilícito girador, porque este uso se quedaría en mera falsedad; pero si se aparenta solvencia económica (vestido, vehículo, amistades, etc.), entonces sí se da el concurso porque la conducta se adecúa a un tipo penal más enriquecido, o sea el de estafa. Muy circunstanciada y anecdótica se presenta la solución para poder encajar en el rigor de una tesis”¹⁵.

Anecdótica sí, porque el vicio del consentimiento que exige el art. 356 del Código Penal surge por un engaño que puede resultar de las más variadas y multifacéticas formas de conducta, que no deben ser previamente cuantificadas, ya que

¹¹ En sección de *Jurisprudencia* cit., pág. 98.

¹² Ídem, pág. 112.

¹³ LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, *Actas* cit., pág. 358.

¹⁴ En sección de *Jurisprudencia* cit., pág. 120.

¹⁵ Ídem, pág. 100.

el error depende del modo como se niegue la verdad, cuya eficacia se mide por la calidad y no por la cantidad. El falso documento que se usa es el *medio engañoso* por antonomasia, toda vez que las demás maniobras, cuando existen, simplemente acceden a él. Para que en el caso examinado los arts. 221 y 356 se entiendan integrados, el intérprete no puede detenerse a mirar formalmente el tipo de "estafa". Más aún: Tan vulnerables se exhiben los puntos de vista que sostienen el concurso, que el mismo ejemplo que se viene de citar puede servir aun para negar el concurso, para ver de veras cuán anecdótica es la decisión de la Corte que marcó esta pauta, pues ha habido otras en igual sentido. Si un hombre que suele estar bien presentado llega en su flamante vehículo a un establecimiento comercial a adquirir un costoso artículo —donde es conocido de vista—, y por su distinción se le acepta el falso cheque que elabora y rubrica allí mismo, a ese únicamente se le sancionaría por la falsedad con el argumento de que no empleó maniobras engañosas *adicionales*. Pero si un desarrapado llega a hacer lo mismo, a este, por su condición, no se le va a recibir el cheque sin preguntársele nada; lo interrogarán por el lugar donde trabaja, el nombre de su patrono, su dirección y teléfono, las personas que lo conozcan, sus documentos de identificación, de dónde viene y para dónde va. Este, que por su endeblez social habrá de someterse a toda suerte de preguntas para que le reciban el cheque, será sancionado por falsedad y estafa, con lo que el derecho penal se estaría prestando para hacer una chocante discriminación y para sancionar en forma más severa e injusta al hombre más pobre. Si la norma penal es general e igualitaria, deberá ser aplicada por igual para que no siga siendo instrumento de control social injusto, sino medio para dispensar justicia en todas las ocasiones y en todas partes. Lo malo no radica en que el derecho penal sea una herramienta institucional de control social; *lo dañino estriba en su utilización para un control social injusto.*

Ahora bien. Tanto se niega la verdad mediante la falsedad, como a través de la estafa, de donde surge explicable y claro por qué el legislador, ante conductas conformadas o constituidas por una misma esencia (negación de la verdad), haya creado una figura compleja formada por dos fracciones que se sustentan en una misma materia. Solo que consagró un modelo de conducta *que niega más intensamente la verdad.*

También repara la decisión mayoritaria de la Corte que sería un contrasentido sancionar solo hasta con seis años de prisión a quien falsifica y estafa, y en cambio se le impongan hasta diez años a quien simplemente estafa, según las escalas punitivas establecidas en los arts. 221 y 356 del estatuto penal. Pero este razonamiento no resulta suficiente para negar la existencia del delito complejo, puesto que se funda simplemente en los parámetros de la punibilidad, aspecto en el cual nuestro creador de leyes muchas veces —y no apenas aquí— peca por exceso o por defecto. No parece que estas interminables fallas de improvidencia legislativa sirvan de mucho para fundar una tesis, puesto que debe propenderse mejor a su corrección. Obsérvese que existe el criterio objetivo de entender que la gravedad de un delito se mide por los límites mínimos y máximos de la pena, por ser ese precisamente el juicio político del legislador. Y pese a que la estafa tiene un mínimo igual al de la falsedad en documento privado, registra un máximo mucho mayor. Sin embargo, la doctrina

tiene dicho que la fe pública es un bien jurídicamente tutelado de mayor importancia que el patrimonio, porque en fin de cuentas radica en la comunidad toda.

De igual manera la Corte plantea en esa decisión, como también en las despachadas el 24 de enero de 1984 y el 23 de abril de 1985, para defender una vez más el concurso, que hay eventos en los cuales resulta innegable la presencia de las dos infracciones, como sería falsificar una partida eclesiástica con la cual se contrae un segundo matrimonio (falsedad y bigamia), "por la elemental razón de que el uso del documento falso es un medio para la comisión de un delito distinto de la falsedad"¹⁶.

Pero fuera de que en el ejemplo propuesto el uso jurídico del documento no coincide con el rito matrimonial, distinto de lo que sucede con el uso del título-valor, particularmente en el caso del cheque, importa recordar que el propósito del legislador fue crear una norma especial mediante el art. 221 que incluyera los injustos contra la fe pública y el patrimonio, intención que no desaparece así se hubiera prescindido a la postre de crear esa y otras normas especiales en materia de falsedad, tal como se señaló atrás, por las razones allí indicadas. Se diría entonces que si esa disposición consagrara un tratamiento especial para los títulos-valores, conservaría esa condición en todos los casos, lo que es cierto en la medida en que el uso implique un daño patrimonial, por ser idéntica la razón, pero falso si se lesiona un derecho diverso, como en los episodios referidos a la bigamia, alteración o suposición del estado civil y otros, en los cuales el legislador no quiso integrar el doble daño dentro de la figura del delito complejo, entre otras cosas porque el segundo daño no es obligada y necesaria consecuencia del uso, sino un medio —junto a la acción falsaria— para cometer otro delito. Si la ley buscó que en esta materia a la lesión a la fe pública se agregara el deterioro económico, ambos daños dentro del contexto del "tráfico jurídico", no veo un razonamiento sólido para desconocer ese objetivo. Entonces si alguien, por la recomendación y uso de una falsa carta de un amigo, entrega un bien, será paciente de falsedad mas no de estafa.

Ha habido también en Colombia una corriente de opinión que está de acuerdo en negar el concurso en algunos casos, pero que concluye en la "estafa" únicamente. Estos episodios están referidos a la creación de documentos mediante conductas que no comportan imitación, o sea cuando no se tienen puntos de referencia o patrones de comparación, como sucede cuando alguien, que no es cuentacorrentista, expide un "cheque", "compra" bienes y engaña a alguien. Es de observar cómo recientemente el colega de Cali, magistrado JORGE ENRIQUE VALENCIA, sostiene, en algunos apartes con dureza inútil, fundado en un sector de la doctrina —que para él es el mejor en este punto—, que cuando no hay imitación no puede haber falsedad, afirmación que engarza, si mal no le entiendo, en dos argumentos centrales. Uno es que el término falsificación no debe tener una significación lingüística, por cuya amplitud "no tiene fatalmente por qué corresponder con el tecnicismo legal", al cual solo le da alcances jurídicamente restringidos, puesto que la palabra falsificación "debe enderezarse... a reproducir algo previamente existente, un mode-

¹⁶ *Ibidem*, pág. 116.

lo, un arquetipo, sin cuyo propósito imitativo no se concibe el tipo"¹⁷. Y el otro está fundado en el concepto final de acción, conforme al cual se explica el fin predeterminado por el sujeto, que en tal caso es el de lograr un lucro económico por medio de un timo, fundado en un documento sin punto de referencia.

En cuanto al primer argumento, el término "falsificar" no puede tener una significación diversa de la que etimológicamente tiene, pues no se le ha de dar un alcance lingüístico y otro técnico-jurídico desde el punto de vista del derecho penal. Si algo regula este es precisamente conductas humanas, dentro de las cuales la falsedad ocupa un renglón de importancia. Por algo decía CARRARA que las formas como se violaba la ley penal se resumían en dos grandes clases llamadas violencias y falsedades, "pues si se examina a fondo su *elemento material*, la mayor parte de las infracciones penales las cometen los delincuentes, ya por medios engañosos (o sea, la falsedad), ya por medio de la fuerza (o sea, la violencia)"¹⁸.

Si falsificar es negar la verdad mediante un documento, no entiendo cómo pueda hacerse una convincente diferencia entre falsedad en sentido lingüístico y falsedad en sentido jurídico. La validez material de la norma jurídica depende de su armonía con la naturaleza de las cosas, llamadas por cierto "estructuras lógico-objetivas" en el lenguaje welzeliano¹⁹. Si del concepto de acción final se trata, habrá que convenir con el alcance lingüístico del término "falsificar", dado que esta escuela parte de la conducta humana prejurídicamente entendida. Por eso para ella son también acciones los comportamientos lícitos, como caminar, pintar, jugar, pasear, etc.

De otra parte, el pensamiento según el cual si no hay imitación no hay falsedad arranca desde CARRARA, para precisar por lo menos un límite bibliográfico, puesto que de ahí hacia atrás se desdibuja tremendamente el material doctrinario. No se pierda de vista que los prácticos hablaban ya de *imitatio veritatis* (imitación de la verdad) y que el cambio de ese término por el de *immutatio veritatis* (inmutación de la verdad) se debió a una evolución de los juristas que entendieron la necesidad de ampliar el primero por su sentido restringido, así los defensores de esa primera expresión digan que *no debe ser comprendida en sentido material*, que será, v. gr., cuando alguien hace un documento parecido a otro que le sirve de muestra. Cuando se habla de *imitatio veritatis*, dicen, debe entenderse que se habla de un documento de *apariencia verosímil*, vale decir, que tenga la apariencia de verdad; dicho de otro modo, que niega la verdad pero que la aparenta, y que por consiguiente tiene la virtualidad de engañar²⁰.

Se olvidan sin embargo estas razones: la primera es que todas las conductas del hombre son finales o teleológicas, fuera o dentro del ordenamiento jurídico,

¹⁷ JORGE ENRIQUE VALENCIA, *Estudios cit.*, págs. 48, 52, 55 y 56.

¹⁸ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, trad. de Jorge Guerrero y José J. Ortega Torres, vol. III, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1974, pág. 269.

¹⁹ HANS WELZEL, *Nuevo sistema del derecho penal*, 4ª ed., trad. de José Cerezo Mir, Barcelona, Ed. Ariel, 1960, págs. 14 y 15.

²⁰ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *Falsedad cit.*, pág. 130.

y de ahí por qué el concepto final de acción, con su concepción prejurídica, deba ser el que se acoja para los fines del derecho penal, si bien no en el sentido welzeliano que la despoja del desvalor de injusto, sino en el propio y cabal sentido del fin. O sea que acción no es apenas la consciente y voluntaria predeterminación de la parte objetiva o material de la propia conducta, sino además la conciencia de la injusticia que esa acción comporta. En esto el acierto de algunos autores, como KLAUS ROXIN en Alemania²¹ y JUAN FERNÁNDEZ en Colombia²², es ontológicamente inexpugnable en mi opinión.

De manera que no hay que darle alcances restringidos al término falsificar, pues la imitación —en el sentido que le es propio— es una de sus tantas formas, junto a la alteración, la destrucción, la ocultación, la supresión, la creación integral, el fingimiento, etc. De allí por qué deba emplearse el término amplio de *immutatio veritatis*, aspecto en el cual puede apreciarse la siguiente contribución de ANTOLISEI:

"Sobre esta impunidad se está generalmente de acuerdo (se refiere a la que genera la falsedad burda) pero por exactitud es oportuno poner de relieve que la opinión concordante no justifica, en lo absoluto, la opinión de aquellos autores que consideran la *imitación de lo verdadero (imitatio veri)* como un requisito de la falsedad punible. En efecto, no puede excluirse la hipótesis de que aun sin la imitación de lo verdadero subsista la posibilidad de engañar al público, como por ejemplo en el caso de que se falsifique una firma o aún una escritura en relación con las cuales no existen términos de referencia (de confrontación). En realidad, la imitación de lo verdadero *es apenas una condición práctica* para que en la mayor parte de los casos la falsedad sea eficaz"²³. Es la llamada falsedad *ex novo*, o sea, sin patrón de comparación.

Por eso encuentro contradictorio que el magistrado JORGE VALENCIA defienda el concepto final de acción para sustentar su tesis de que el sujeto que elabora un documento por la vía del fingimiento, sin punto de referencia, creando "idealmente un nombre supuesto, o coloca el suyo, desfigurando o no su propia caligrafía, o traza una firma indeterminada o de fantasía, sin imitación de lo auténtico"²⁴ no comete falsedad sino estafa, y en cambio mantenga el pensamiento de la imitación como requisito *sine qua non* de la falsedad. Pues si se va a aceptar el concepto final y prejurídico de acción, los verbos rectores que emplea el legislador habrán de tener su cabal significado lingüístico. Más aún, si hubiera sido consecuente con la "imitatio" como "apariencia verosímil" habría concluido en falsedad y no en estafa.

Podría, empero, hasta cierto punto defenderse la idea de la estafa, con la sola aseveración de que la predeterminación y la búsqueda del fin pecuniario permiten

²¹ KLAUS ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Edit. Reus, 1976, págs. 93, 94, y 95.

²² JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 208, 257 y 258.

²³ FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte speciale, t. II, 8ª ed., Milano, Dott. A. Guiffè, 1982, págs. 567.

²⁴ *Estudios cit.*, pág. 53.

entenderlo así. Este mismo criterio lo expone el magistrado del Tribunal Superior de Bogotá ABELARDO RIVERA LLANO, a propósito de un salvamento de voto a una providencia en que la mayoría se inclinó por la falsedad²⁵. No obstante, los magistrados VALENCIA y RIVERA han pasado por alto el dolo de los medios y de los fines, que impide dejar de lado la falsedad, cuya función tutelar no está limitada a la fe pública²⁶. No puede ser, pues, estafa este comportamiento, ya que si discutible fuere el concurso de ella con la falsedad, el legislador no lo ha querido así, punto en el cual cabe mencionar esto que dice RODRÍGUEZ DEVESA, así su pensamiento deba recibirse con beneficio de inventario, habida cuenta de que son esos conceptos prejurídicos precisamente los que tantos avances al derecho penal han propiciado: "se puede hablar entonces de un concepto ontológico de la acción. La pretensión de subordinar el concepto del delito a esos conceptos prejurídicos o metajurídicos conduce a dificultades sistemáticas sin cuento, porque la elección de los módulos legales está teñida de arbitrariedad *poniendo el acento a veces en los componentes, y otras, en los finales*. En realidad esos intentos son fruto de la propensión de los juristas (lo que me parece bien) de anclar metajurídicamente su *ius* sin reparar que al optar por el *principio de la legalidad* en derecho penal, se relativizó el concepto de delito, abandonando toda pretensión de construirlo al margen de la ley, ...el concepto de la acción guarda estrecha relación con la ley penal y en ella ha de apoyarse"²⁷. En el mismo sentido se pronuncia FERNANDO BAYARDO BENGOA²⁸.

Estos autores en verdad exageran su punto de vista, pues un jurista no puede limitarse a ser un simple leguleyo. Por algo jamás me ha podido convencer que la dogmática penal mantenga como punto de partida la norma legal, cuyos principios o fundamentos no puede ignorar el método dogmático, el cual no debe a su vez entregarse enteramente al positivismo jurídico, porque eso implicaría una absoluta e invariable omnipotencia legislativa con la secuela del abuso incontrolado y el olvido de la validez material de la ley, que ciertamente deberá respetar la naturaleza de las cosas, a fin de que el derecho penal no sea mero instrumento de un control social injusto, sino y más que eso un dispensador de justicia material. En lugar entonces de arrancar del ordenamiento, examinar su sistematización y llegar a la crítica "a través del puente escabroso y difícil de la investigación exegética", como decía ROCCO²⁹ para conjurar la crítica fácil, que no por eso resulta equivocada, me parece mejor, para evitar la abstrusería en que viene cayendo la dogmática, hacer un examen dialéctico entre el principio y la norma, o entre ella y sus fundamentos, porque de esta manera se unen mucho más fácil el principio, la norma (sistema) y su crítica. Más aún: puede

²⁵ Cfr. sección de *Jurisprudencia* cit., providencia de enero 29/82.

²⁶ HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, 11ª ed., trad. de Juan Bustos y Sergio Yáñez, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1976, págs. 54, 55, 98 y 99.

²⁷ JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, 8ª ed., Madrid, Artes Gráficas Carasa, 1981, págs. 349.

²⁸ FERNANDO BAYARDO BENGOA, *Dogmática jurídico penal*, Montevideo, Edit. Amalio Fernández, 1983, pág. 38.

²⁹ ARTURO ROCCO, *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, trad. de Rodrigo Naranjo, Bogotá, Edit. Temis, 1978, pág. 33.

darse una mejor y más clara interrelación entre el derecho penal, la criminología y la política criminal, algo que recientemente viene buscando la dogmática a fin de "hallar el justo medio entre (el) pensamiento problemático y (el) pensamiento sistemático", según feliz expresión que repite HEINZ ZIPF³⁰, porque lo que teóricamente se ve apodíctico, a veces pragmáticamente resulta controvertible. Sobre el tema véase también a ENRIQUE BACIGALUPO en reciente e interesante monografía³¹.

RODRÍGUEZ DEVESA y BAYARDO BENGOA, sin embargo, tienen razón en el sentido de que el principio de legalidad es por regla general irrebalsable, porque de él fundamentalmente dependen la seguridad jurídica y la protección a las libertades individuales como baluartes de un derecho penal demoliberal.

Obsérvese que en el punto objeto del debate el legislador puso el acento en la fe pública, y esa decisión debe respetarse no solo por eso sino porque también resiste una interpretación objetiva y progresiva de la norma, si se dijera que en materia de hermenéutica no basta la voluntad del legislador. Más aún: esa decisión del creador de la ley también debe respetarse por algo que vamos a decir en torno al bien jurídico aquí tutelado.

La segunda razón por la cual no puede defenderse exclusivamente la *imitatio*, es que hay falsedades en las cuales no se imita la verdad material y sin embargo hay falsedad, como cuando se falsifica un documento para probar un hecho verdadero, lo que suele llamarse "falso veraz".

En buena parte la confusión doctrinaria ha surgido porque se ha venido hablando en idiomas diversos. Resulta que CARRARA al referirse a los elementos de la falsedad en documentos, válidos tanto para los públicos como para los privados porque los cita dentro de las reglas generales —requisitos llamados por él "criterios esenciales"—, menciona no solo la imitación sino también la mutación, fuera del dolo y el daño. Así que tanto la *imitatio* como la *mutatio* concurren, según este enfoque del jurista toscano en la falsedad. Por cierto, en torno a la mutación se refirió en los siguientes términos, como prueba irreductible de que para él no fue un concepto ajeno a esta materia: "La mutación de lo verdadero es tan ingénita de la falsedad, que casi hace parecer superfluo el enumerarla como elemento esencial de este delito".

Y al ocuparse de la imitación él le dio una plural connotación, así: "Debe advertirse que la averiguación acerca de la imitación de la verdad puede desempeñar *doble papel* en los procesos criminales, pues a veces presenta las características de un mero *elemento material*... y otras veces entra en los cálculos del *elemento moral*. Cuando alguien le hace un agregado a un documento, sin imitar la letra con que está escrito, sino empleando abiertamente la propia caligrafía, el no haber intentado imitar la letra puede suministrar una razón que excluye el dolo"³², este

³⁰ HEINZ ZIPF, *Introducción a la política criminal*, trad. de Miguel Izquierdo Macías, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1979, pág. 8.

³¹ ENRIQUE BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, Madrid, Ed. Civitas, 1983, págs. 13 y ss.

³² FRANCESCO CARRARA, *Programa* cit., t. IX, 3ª ed., 1974, pág. 305.

último otro de sus componentes esenciales y que viene a ser al mismo tiempo, según su planteamiento, el "elemento moral" de la imitación. Una extraña amalgama entre esta y el dolo, o una confusión entre la imitación material misma y el propósito de llevarla a cabo.

"El elemento material —continúa CARRARA para mayor incertidumbre— presupone que el falsario, al proceder con intención de engañar (he ahí el dolo) *ha intentado imitar la verdad en el documento*, pero con medios que no conseguirán engañar a nadie. Esta es la hipótesis que aquí se examina, para determinar si de ella surge el título de falsedad documental o solamente el de fraude"³³.

Débase, en fin, clarificar que el maestro italiano quiso condicionar la existencia del concepto de imitación (y de la falsedad por consiguiente), con el nombre de "elemento material", a su eficacia para engañar, algo en mi opinión caprichoso, según se aprecia en estas frases adicionales suyas: "...Es cierto que *ninguna falsedad tiene aptitud para causar perjuicio* si carece de potencia para engañar. Y es cierto que *ninguna falsedad* tiene potencia para engañar si no imita la verdad. Luego es cierto que la imitación de la verdad es un *elemento indispensable* para que la falsedad documental sea criminosa"³⁴. Quiso entonces significar que la falsificación burda no es punible a título de falsedad por su falta de idoneidad para engañar, aunque es curioso que sin tenerla se pueda transigir, como lo hizo él, por el "fraude consumado o intentado, si ha logrado o podido lograr su efecto", como si mediante algo que no sirve para engañar se pueda defraudar³⁵.

Así que frente a su inocuidad desaparecía entonces el daño, llamado hoy antijuridicidad material, o sea el último elemento esencial de la falsedad, según el autor que se viene citando.

Pero aparte de que esa particular estructura del delito de la falsedad está hoy resentida por la vetustez, dados los inmensos avances de la dogmática producidos desde entonces, tampoco resulta ser hoy lo suficientemente persuasiva para afirmar que solo mediante la imitación se puede cometer falsedad.

Nótese, además, que se queda en la oscuridad por qué CARRARA mantuvo juntas dentro de la falsedad la *imitación* y la *mutación*, sabiendo que esta última por su mayor amplitud puede comprender a la primera.

Luego no entiende uno por qué solo subsiste la falsedad si hay imitación, pero no surge si se presentan las demás formas. La única explicación podría ser que la imitación que él mencionaba estaba referida a la mutación, pero saltaría de nuevo el interrogante: ¿por qué ambas son, según él, elementos esenciales de la falsedad? Resulta entonces que falsificar es mutar o inmutar la verdad, negándola, alterándola, fingiéndola, imitándola, destruyéndola, ocultándola, etc. No se ve, pues, por qué una negación de la verdad mediante un documento íntegramente falso tenga que llamarse estafa, puesto que es una forma de faltar a la verdad que el legislador quiso llamar falsedad y no estafa. Podría, con todo, admitirse

³³ Ídem. pág. 310.

³⁴ Ob. cit., pág. cit.

³⁵ Ob. cit., pág. 311.

que ese pensamiento enderezado a sostener en tal caso la estafa sería válido frente al Código Penal de 1936, porque a pesar de la casuística que ese ordenamiento registraba en materia de falsedad solo permitía los verbos rectores de *contrahacer* (o imitar) y *fingir*, referidos a letra, firma o rúbrica. Luego quien "giraba" un "cheque" ajeno con su propia firma o rúbrica se decía por la jurisprudencia, y aun por la doctrina, que como no imitaba ni fingía firma o rúbrica no incurría en falsedad sino en estafa.

Aunque se olvidaba la posibilidad de la falsedad integral del documento con base en el fingimiento de letra y de la integridad del texto como corolario, cierto fue en todo caso que la mayor opinión, en exagerado homenaje al principio *nullum crimen sine lege*, se orientó por la denominación de estafa. Pero ante la ley penal de hoy surge clara la tesis de que el autor falsificó integralmente el documento, puesto que fingió ser el cuentacorrentista y dio lugar a la creación de un "cheque" sin estar facultado para ello por no haber celebrado contrato de cuenta corriente, en el evento específico, con la casa bancaria. Y como el estatuto actual se refiere ampliamente al verbo "falsificar" y el fingimiento constituye uno de los modos para hacerlo, me parece que la salida correcta es la falsedad y no la estafa. (C. de Co., arts. 714 y 821). Si se objetara sin embargo que un documento de tal naturaleza fuese algo así como una letra de cambio auténtica, o un vale que implique una obligación, resulta indudable que para el ofendido era un cheque (causa determinante de su aceptación) y que el propósito fue falsificarlo como tal para lograr el fin de lucro.

III. Propuesta que se plantea

Después de las anteriores precisiones no será difícil darse cuenta que no comparto el concurso de la falsedad y la estafa cuando de títulos-valores se trata, o de documentos privados cuyo uso logra o busca un injusto provecho económico. Mi tesis de la "falsedad en documento privado", y nada más, en tales eventos, está resumida en los siguientes puntos: a) el art. 221 del Código Penal es una norma que consagra un delito complejo; b) el bien jurídicamente tutelado de la fe pública tiene anejos otros derechos; y c) cuando se amplían las maniobras engañosas se está simplemente frente a una negación más intensa de la verdad que repercute en la gravedad del hecho punible, dadas las modalidades, y por consiguiente en la dosis de la pena.

a) *El art. 221 del Código Penal es una norma que consagra un delito complejo.* Este es un modelo de conducta que comprende dos o más comportamientos legal e independientemente descritos como infracciones a la ley penal, pero que se consagran, en otra norma, como componentes de un solo hecho punible o como circunstancias de agravación punitiva. Tales conductas componentes se abrazan por virtud del principio de la consunción, que es criterio adecuado para resolver en este caso el concurso aparente de los tipos previstos en los arts. 221 y 356 del Código Penal. Al punto precisa el tratadista alemán HANS HEINRICH JESCHECK:

“Solo cabe afirmar que hay que estimar consunción cuando el contenido de injusto y de culpabilidad de una acción típica, *alcanza, incluyéndolo*, a otro hecho o a otro tipo, de suerte que la condena basada en un solo punto de vista jurídico ya expresa, de forma exhaustiva, el desvalor de todo el proceso; ...lo típico de la relación existente entre el hecho (falsedad, para el caso) y el hecho posterior (uso del falso) consiste aquí en que, normalmente, el autor también ha de cometer el hecho posterior para que el principal pueda tener para él algún sentido”³⁶.

Y complementa la Corte Suprema en valioso fallo de 1978:

“El delito complejo, en cuanto a su estructura, no es una suma, sino una síntesis de varios delitos que puede conformarse por la unidad del motivo determinante (ánimo de ilícito aprovechamiento económico, por ejemplo, aclaro) que estimula la conducta delictiva; ...la concepción del delito complejo elimina la hipótesis del concurso de delitos, ...en el delito complejo se está en presencia de una pluralidad de infracciones, que no pierden su individualidad, pero sí su autonomía jurídica, ...necesariamente tiene que ofender una pluralidad de intereses jurídicos³⁷.

Para negar el delito complejo no basta afirmar que en Colombia no existe una norma expresa que lo prevea como institución, pues cuando la ley penal específicamente consagra normas cuyos elementos estructurales o circunstancias agravantes son de por sí hechos punibles, pero en tal caso reunidos en una unidad jurídica diversa, se trata de definiciones legales de delitos complejos, cuya aplicación por orden perentoria del legislador no puede desdeñarse a cambio del concurso, pues técnico-jurídicamente ello puede llevar a violar el principio *non bis in idem*, ya que en el caso concreto esos hechos solo registran un *nomen iuris*. Así, v. gr., sería desconocer la ley y por consiguiente el delito complejo en el hurto calificado por la “violación de domicilio” (C. P., arts. 349 y 350, ord. 3º) si el juez optara por el concurso, solución completamente heterodoxa y violatoria del ordenamiento.

Si frente a los arts. 221 y 356 del Código Penal la voluntad del legislador fue reunirlos en un delito complejo, cuando el uso del falso título-valor está enderezado al ilícito lucro económico, no habrá duda alguna que la interpretación deberá consultar el art. 27 del Código Civil, según el cual habrá de respetarse el espíritu de la ley claramente manifestada en ella o en la historia fidedigna de su establecimiento, regla subjetiva de hermenéutica en mi opinión insoslayable cuando al mismo tiempo la interpretación progresiva de la norma no la hace contraria.

b) En materia de falsedad hay aún serias dificultades doctrinarias para lograr consenso en cuanto al bien o bienes jurídicamente tutelados. Del pensamiento que se tenga sobre el particular depende que exista o no concurso entre falsedad y estafa en el caso problema. Sin terciar por ahora en el fondo del debate sobre el por qué de la existencia o no de la fe pública, parto simplemente del supuesto de que la ley la impone pese a las consideraciones que se enderezan a negar su

entidad. Pero debo al mismo tiempo dejar claro que la controversia se plantea porque el concepto de fe pública, por sí solo, sin conexión alguna con otros intereses o derechos, no dejará nunca de ser abstracto y de ahí el misterio y la logomaquia que han rodeado siempre el concepto. A tal punto, que se ha convertido en una figura de difícil manejo, porque la diversidad de opiniones ha creado una torre de babel y un caos en las ideas en este campo. Creo que al respecto resulta necesario un criterio claro y sólido que sirva de norte o brújula en torno al cual se expongan ideas más sencillas y contundentes, sin perjuicio de la profundidad. Ese desde luego no es el objetivo de este trabajo, pero sí he de precisar por lo pronto —en homenaje a la concreción— que la fe pública está principalmente asida a las formas escritas que tienen la virtud de probar un derecho.

Ahora: su titular lo acredita mediante el documento y de ahí por qué la ley protege tal instrumento. Pero la protección penal de los documentos —como expresa ROMERO SOTO— no se detiene en ese interés probatorio, sino que se extiende al derecho mismo cuya prueba es en cada caso particular un determinado documento³⁸. Por eso el autor citado precisa con acierto indudable que mientras la legislación anterior (C. P. de 1936) consagraba un concepto abstracto de documento ya que protegía la sola forma, obviamente con prescindencia de su contenido, la nueva legislación (C. P. de 1980) exige que el documento sirva para probar algo. Luego lo que la ley tutela dentro del concepto de “fe pública” no puede consistir únicamente en la confianza que la colectividad le otorga a las formas escritas, sino que debe extenderse a los derechos públicos o privados que por ese medio se prueban.

Se diría empero que en la falsedad en documentos públicos simplemente se atacaría la confianza de los asociados en esos documentos, quedando así la antijuridicidad en la abstracción frente a lo que se ha entendido por la nuda fe pública. No podrá perderse de vista sin embargo que la falsedad atenta contra lo que hoy se denomina “tráfico jurídico”, expresión que comprende no solo ese sentimiento colectivo de creencia en las formas escritas, sino también su fuerza probatoria (auténtica y veraz) y los demás derechos que por su medio se constituyen y prueban.

La falsedad, pues, ataca el tráfico jurídico y de contera las relaciones jurídicas que gobiernan el complejo mundo de la documentación. Claro que mientras en la falsedad en documentos públicos generalmente se lesionan la creencia colectiva en las formas escritas y su eficacia probatoria y pocas o raras veces otros derechos, en la falsedad en documentos privados se atacan todas esas cosas. Pero en todo caso el juez deberá siempre concretar el daño para que se le rinda homenaje al principio rector de la antijuridicidad, que deberá ser no solo formal sino también material, entendiéndose esta última como el daño real o potencial al bien jurídico. Naturalmente que el daño potencial, muy común en la falsedad de documentos públicos, no podrá ser tan abstracto hasta resultar inasible el concepto del menoscabo, pues un injusto que se quede en los marcos de la sola violación a la norma (antijuridicidad formal),

³⁶ HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Parte general, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Edit. Bosch, 1981, pág. 1038.

³⁷ JAIRO LÓPEZ MORALES, *Jurisprudencia Corte Suprema*, Bogotá, Ed. Lex, 1979, págs. 115, 117, 118 y 119.

³⁸ *La falsedad cit.*, pág. 36.

esto es en la mera desobediencia a la ley, sería una tiranía del derecho penal y del Estado, puesto que a los ciudadanos se les sancionaría así por conductas que no ocasionan un daño, lo que lleva de la mano a un derecho penal peligrosista, con cuyo pretexto se castiga a las personas más por lo que son que por lo que hacen y más por lo que quisieron hacer que por lo que efectivamente hicieron.

En este tema de la falsedad documental, y particularmente con respecto a documentos privados, mucha razón tienen quienes afirman, entre ellos ROMERO SOTO³⁹ y ANTOLISEI⁴⁰, que la acción falsaria no comporta un fin en sí misma por tratarse de un medio para lograr más allá un fin, que es, las más de las veces, un provecho de carácter patrimonial. Por eso nuestro legislador no quiso sancionar en materia de documentos privados a quien únicamente falsifica sin usar el instrumento, rindiéndole tributo precisamente al injusto material y desechando el incienso a la mera protección de formas. Ha querido solo sancionar a quien cumple las dos acciones de falsificar y usar, incluyendo en la última el menoscabo económico que su contexto encarna. Que el creador de la ley debió llamar a eso estafa (criterio teleológico), o falsedad y estafa (criterio de medios y de fines), pero no falsedad únicamente, puede ser un argumento respetable de *lege ferenda*, pero el juez debe sujetarse a los precisos parámetros de la ley, puesto que la legalidad, y por consiguiente la previa y exacta descripción de las conductas, es el principio vertebral del derecho demoliberal que gobierna nuestros pueblos.

c) Ahora bien, tanto en la falsedad como en la estafa se niega la verdad, aun en el "falso veraz", porque ya en el extremo se niega la forma o la manera de presentar la verdad y el legislador resueltamente ha tipificado el comportamiento. Se niega la verdad en el falso testimonio, en la calumnia, en la injuria, en la falsedad personal, en las falsas imputaciones, en el fraude procesal, en la falsificación de moneda, de sellos, marcas y efectos oficiales, supresión, alteración o suposición del estado civil, etc. etc. Entonces ¿por qué no admitir que el caso de que se trata simplemente está referido a una negación más intensa de la verdad, particularmente cuando se amplían las maniobras engañosas, donde el legislador ha puesto el rótulo de "falsedad en documento privado"? Pienso que es una negación de la verdad que ha sido tratada como *delito complejo*, así en el fondo y teóricamente sean permisibles otras corrientes de pensamiento por la vía del *uis condendum*. El acuerdo en este punto es un clamor del foro nacional para que el caos jurisprudencial que ya despunta no lleve a hacer más difícil y sobre todo más diverso e inequitativo el tratamiento de estas conductas.

³⁹ Ídem, pág. 24.

⁴⁰ FRANCESCO ANTOLISEI, Ob. cit., págs. 559 y ss.

ASPECTOS JURÍDICOS DE LA EXPERIMENTACIÓN HUMANA*

DR. CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA**

1. INTRODUCCIÓN

Gracias a la investigación realizada en los campos de la medicina y de las ciencias biológicas, el hombre ha ido adquiriendo un grado de bienestar¹ cada vez mayor, así como unas expectativas de vida más dilatadas. En su conjunto, todo ello redundará, por lo general, en una mejor "calidad de vida" del individuo².

Bien es verdad que la investigación requiere casi siempre, en último término —tras los oportunos estudios de laboratorio y la experimentación en animales—, para determinar sus efectos y eficacias reales en el hombre, la comprobación en este de los métodos, técnicas o sustancias nuevas que están siendo objeto de estudio y las cualidades terapéuticas o beneficiosas para la salud humana que se les atribuyen. Es entonces cuando se plantea la cuestión de que ciertas personas —sanas o enfermas— se conviertan en sujetos de la experimentación, con todos los riesgos y peligros que puedan derivarse, aunque no necesariamente, para aquellas personas. Es igualmente sabido que cada paciente reacciona hasta cierto punto de forma distinta a un mismo tratamiento, y que se afirma por tal motivo que toda acción curativa, aun la más insignificante, implica un carácter "experimental", por este factor de incertidumbre que le acompaña.

Nos encontramos así con la posibilidad de una colisión de intereses o valores de suma importancia: la necesidad de investigar, en atención a las evidentes ventajas de las que se beneficia la sociedad y, en su caso, el propio individuo sujeto de la experimentación, para lo cual parece imprescindible en la mayoría de las ocasiones servirse de seres humanos; y el derecho de estas personas a no sufrir ningún

* Trabajo presentado para el homenaje al profesor LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, en el decimoquinto aniversario de su fallecimiento, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y llevado a cabo en Madrid, del 14 al 16 de noviembre de 1985.

** Profesor titular de Derecho Penal, Universidad de Zaragoza, Zaragoza (España).

¹ Precisamente, en este sentido amplio fue definida la salud por la Organización Mundial de la Salud, en su carta constitucional, como un "estado de completo bienestar físico, mental y social".

² Sobre la significación actual, complejidad y problemática de esta noción, véase a A. ESER. *Entre la "santidad" y la "calidad" de la vida*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1984, págs. 747-783, y a D. GRACIA. *Ética de la calidad de vida*, S. M. Ed., Madrid, 1984.