

¿EXISTE CONCURRENCIA DELICTUAL ENTRE LA FALSIFICACIÓN Y USO DE DOCUMENTOS PRIVADOS Y LA ESTAFA?: CONTROVERSIA JURISPRUDENCIAL

DR. ALIRIO SANGUINO MADARIAGA *

1. INTRODUCCIÓN

No existió en vigencia del Código Penal de 1936, ni ha existido desde que empezó la del 80, consenso jurisprudencial en torno al tratamiento jurídico que ha de concedérsele a los eventos en que se utiliza un documento privado falso para el logro de un provecho ilícito, para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno; es decir: si de conformidad con la redacción del art. 221 del Código Penal que consagra la "falsedad en documento privado" y el uso como elemento tipificante del mismo, puede afirmarse la existencia del concurso delictual con la estafa; o si, por el contrario, la contingencia de la causación del perjuicio, y este resultado efectivo, es inherente a la noción de uso que exige el art. 221, quedando la estafa absorbida en el tipo legal de falsedad.

La Revista *Nuevo Foro Penal* dedicará en lo sucesivo, y cuando sea necesario, su sección de JURISPRUDENCIA a analizar temas de continua controversia en los altos tribunales de justicia, tal como lo hace en esta oportunidad.

2. REGULACIÓN POSITIVA EN EL CÓDIGO DE 1936

El Código de 1936, en sus arts. 240 a 242¹, consagraba las diferentes modalidades de falsedad en documentos privados. En la primera norma se aludía a la

* El autor se desempeña en la actualidad como Juez 44 de Instrucción Criminal en la ciudad de Medellín y como profesor de Derecho Probatorio en la Universidad de Medellín.

¹ *Código Penal de 1936, art. 240*: "El que con perjuicio de tercero con intención de causarlo, cometa en documento privado alguna de las falsedades enumeradas en el art. 231, incurrirá en prisión de dos a ocho años...".

Ibidem, art. 241: "El que, a sabiendas de su falsedad, haga uso, con perjuicio de terceros o con propósito de lucrarse, de uno de los documentos a que se refiere el artículo anterior, incurrirá en prisión de uno a cinco años...".

Ibidem, art. 242: "Si el que usare de los documentos a que se refiere el artículo anterior, fuere el mismo que los ha falsificado, la sanción será la establecida en el artículo 233, aumentada en una tercera parte a la mitad".

persona que elaborara o alterara un documento privado, "con perjuicio de tercero o con intención de causarlo", incluyendo de esta manera en la descripción comportamental un ingrediente de tipo subjetivo, o sea, la finalidad hacia donde apuntaba la realización de la conducta que atentaba contra la fe pública. En el segundo se regulaba la conducta de quien, sin haber falsificado el documento, hiciera uso de él "con perjuicio de terceros o con propósito de lucrarse". En el último se establecía una agravante punitiva para cuando quien lo usaba fuere el mismo que lo había falsificado.

Es importante advertir que en tal regulación existían documentos que, a pesar de ser esencialmente privados por su naturaleza, por su importancia, la ley les otorgaba, tanto para fines probatorios como para los penales, el carácter de públicos. Tal es el caso de los "instrumentos negociables" (art. 233), hoy denominados "títulos-valores". La asimilación que se hizo era solo para fines de penalidad (*quoad poenam*) y no para todos los efectos (*quoad substantiam*); respecto de su contenido y naturaleza, continuaban siendo privados.

3. REGULACIÓN POSITIVA EN EL CÓDIGO DE 1980

Con relación a los documentos privados, el Código del 80 consagró dos tipos penales autónomos, que son los contemplados en los arts. 221 y 224², o sea la falsedad en documento privado y la destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado. Se estructuró el delito de falsedad en documento privado como un ilícito de doble comportamiento, en el sentido de exigir una primera conducta consistente en la falsedad de documento; y una segunda actividad sicofísica que se concreta con el uso del documento, predicable necesariamente o atribuible a la misma persona que ha querido dolosamente quebrantar el Código Penal.

Con la vigencia del nuevo Código, los títulos-valores volvieron a ser considerados, para efectos punitivos, como documentos privados.

Seguidamente expondremos las tesis que se debaten en torno al controvertido tema objeto de estudio, planteando las distintas posiciones jurisprudenciales esbozadas en vigencia del actual Código, sin desconocer el pensamiento que sobre la materia, guió a los altos tribunales de justicia en vigor del Código del 36.

4. TESIS JURISPRUDENCIALES

Las tesis que han sido debatidas por la jurisprudencia, pueden ser clasificadas en 4 grupos, así:

Primera: Afirma que la falsificación y el uso comprenden la afección al bien jurídico que el falsario se propone vulnerar mediante la utilización del medio documental viciado. En tales condiciones se tiene que la *estafa* como maniobra engañosa

² Código Penal de 1980, art. 221: "El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno a seis años".

para causar detrimento patrimonial queda absorbida por el segundo acto descrito en el tipo legal de falsedad en documento privado. Gráficamente podría ser expresada: FALSEDAD + USO = FALSEDAD, aunque exista provecho económico.

Segunda: Sostiene que el uso de un documento falso por parte de quien lo falsificó, casi siempre esta encaminado a otro hecho que generalmente corresponde al supuesto de un tipo legal. No puede escindirse el uso de un documento privado que el sujeto activo ha falsificado, del delito de *estafa*, cuando es este precisamente el medio engañoso utilizado por aquel para inducir en error al sujeto pasivo. En estos casos se configura un concurso aparente de tipos, que se resuelve en favor del tipo que protege el bien jurídico más importante: el de *estafa*. Gráficamente se tiene: FALSEDAD + USO = ESTAFA, si existió provecho económico.

Tercera: Considera que al falsificarse un documento privado, que luego se usa, configura un concurso de delitos siempre que el uso se adecúe a una cualquiera de las descripciones típicas del ordenamiento penal. Se puede resumir de la siguiente manera: FALSEDAD + USO = CONCURSO: FALSEDAD-ESTAFA, si existiere provecho económico.

Cuarta: Fundamenta la posibilidad del concurso entre los delitos de falsedad en documentos privados y *estafa*, siempre que el uso que el actor dé al documento por él falseado configure al propio tiempo *maniobra engañosa*, con la cual obtenga provecho económico para sí o para un tercero con el correspondiente perjuicio ajeno. Esquemáticamente tenemos: FALSEDAD + USO y MANIOBRAS ENGAÑOSAS = CONCURSO: FALSEDAD-ESTAFA, si existiere provecho económico.

4.1 *Primera tesis* (FALSEDAD + USO = FALSEDAD), aunque exista provecho económico).

4.1.1 *Durante la vigencia del Código Penal de 1936.* Durante la vigencia del Código del 36 se consideró que si en una misma persona se reunían las calidades de autor del escrito mentiroso y usuario de la falsedad, se hacía inaplicable el art. 240, por cuanto la doble conducta quedaba encuadrada en el tipo complejo del art. 242. De tal manera que si con el uso del documento privado falso, se infería un agravio económico con el consiguiente provecho del autor, no se configuraba el delito de *estafa* porque los elementos constitutivos de esta infracción se encontraban subsumidos en la figura compleja del art. 242; significando con ello que la *estafa* no podía concurrir con la *falsedad privada*, pues la norma últimamente citada, fuera de llenar las exigencias del art. 408 (hoy 356), contenía una agravación precisamente para la mayor nocividad de las acciones³.

Así, en casación de 28 de abril de 1970, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del dr. ÁLVARO LUNA GÓMEZ, anotó:

"No sucede lo mismo con la falsedad en documentos privados, pues si quien los usa, siendo al mismo tiempo el autor de la falsedad, causa perjuicio a tercero y el correlativo beneficio económico ilegítimo, que son los elementos tipificadores del delito de *estafa*, están subsumidos en la definición de la falsedad y se contrariaría el principio *non bis in idem* si se admitiera la concurrencia. Además, porque en

³ Cfr. LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. III, Bogotá, Ed. Temis, 1978, pág. 733.

en el art. 242 se reúnen como en un solo delito las dos infracciones, la falsedad y la estafa, y cuando allí se dice que *si el que usare de los documentos a que se refiere el artículo anterior, fuere el mismo que los ha falsificado*, la sanción será la establecida en el art. 233, aumentada de una tercera parte a la mitad, precepto este que impide, en consecuencia, señalar una concurrencia de delitos que esa norma suprime.

''La falsedad documentaria en el caso del art. 242, que necesariamente se relaciona con el 240, es un delito complejo, pues en dicha infracción la ley considera como elementos constitutivos y como circunstancia calificante de agravación hechos que, reunidos y considerados aisladamente, podrían tipificar la estafa. Tal acontece con el *perjuicio de terceros* que tiene la equivalencia correlativa del provecho propio, y con el uso de documento falsificado, que implica la inducción en error por el artificio. Hallándose incorporados a la estafa, en la forma que se deja anotada, esta infracción contra la propiedad, que es de menor entidad, no coexiste con aquella, pues se subsume en el delito más grave (la falsedad), observando los principios jurídicos de primacía de las normas especiales (para el caso de los arts. 240 y 242) y de la ya enunciada no doble imputación de un mismo hecho (*non bis in idem*).

''De otra parte, en varias oportunidades la Corte ha llegado a la misma conclusión de que no se puede dar el concurso de falsedad en documento privado y estafa, cuando el autor de la falsedad en esa clase de documentos es la misma persona que al hacer uso de él causa perjuicio económico a tercero''⁴.

Hablando del *concurso aparente* entre los tipos de *falsedad privada* y *estafa*, apuntó esta corporación el 29 de abril de 1980, con ponencia del dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA:

''a) Una persona comete falsedad en documento privado «con perjuicio de tercero o con intención de causarlo», en cuyo caso su comportamiento encuadra solamente en el tipo legal previsto por el art. 240 del Código Penal.

''b) Una persona, con perjuicio de terceros o con propósito de lucrarse, usa documento privado que otra ha falsificado; tal comportamiento encaja plenamente en el tipo legal descrito por el art. 241 del Código Penal, dispositivo este que se diferencia del anterior no solo por la naturaleza de la conducta sino por la diversidad de agentes.

''c) La persona que usa el documento privado falsificado por otra, lo utiliza como ardid, como parte de una *mise en scène* y en virtud de su engaño orientado hacia otra persona, obtiene provecho económico en perjuicio ajeno, surge en este caso concurso aparente entre los tipos de falsedad y estafa, colisión que ha de resolverse mediante la aplicación del principio de consunción, en virtud del cual el tipo de mayor contenido jurídico absorbe al de menor riqueza descriptiva; en esta hipótesis el tipo de falsedad (art. 241) subsume al de estafa (art. 408) porque

mediante él tutela el legislador el bien jurídico de la fe pública de mayor trascendencia social que el de la propiedad privada amparado por el de estafa; y porque siendo este un tipo cerrado (circunstancia modal) y de resultado (obtención de provecho) y aquel, abierto y de mera conducta, es capaz de absorber dichas circunstancias y resultado, como que el uso del documento falso constituye de por sí engaño y la simple obtención del provecho buscado es evento natural del ardid.

''d) La misma persona que falsifica el documento privado lo usa; tal uso, como quiera que está referido por el art. 242 del Código Penal al art. 241 *ibidem* ha de reunir los requisitos de esta última figura. En este caso hay concurso aparente entre estos dos tipos legales (C. P., arts. 240 y 242) que se resuelve por mandato del propio legislador mediante la aplicación del segundo de ellos, en la medida en que, además de comprender la conducta descrita en el artículo 240, le adiciona nuevo comportamiento que consiste, como ya se vio, en utilizar el documento falso.

''...

''e) La misma persona que falsifica el documento privado, lo emplea en maniobra artificiosa para engañar a otro y lograr por esta vía ventaja patrimonial indebida. Como quiera que la única diferencia entre esta hipótesis y la distinguida con el literal c) es la de que aquí el mismo agente que falsifica el documento lo utiliza fraudulentamente y en el caso del art. 241 otro es el falsario, y como en ambos casos se usa el documento para inducir en error a otra persona y en virtud de tal maniobra se obtiene provecho económico, el conflicto planteado es idéntico y ha de resolverse, consecuentemente, de la misma manera; significa esto que también se da en esta situación un concurso aparente de tipos con predominio del de falsedad (art. 242) sobre el de estafa (art. 408)''⁵.

Obsérvese que la Corte considera que es indiferente la "calidad" del uso que se dé al documento privado, ya se emplee en "maniobra artificiosa para engañar a otro" o no; de todas maneras, uso con ventaja patrimonial o sin ella, no trasciende del mero concurso aparente.

Lo anterior para significar que a pesar del anterior planteamiento de la Corte, esta sostuvo en otra oportunidad "que no siempre que con posterioridad a la elaboración de un documento privado falso y con utilización del mismo se produce un engaño que causa el desplazamiento de la propiedad o posesión de un bien mueble o inmueble, es decir, se estructura un delito de estafa, se da el fenómeno de la absorción delictuosa, esto es, la desaparición de una de las figuras delictivas por subsumirse sus elementos en otra"; tal como se resaltará más adelante⁶.

En el seno de la Corte Suprema de Justicia y en vigencia del Código del 36, se consideró que la falsedad en "instrumentos negociables" (equiparados a los documentos públicos) y su empleo posterior como medio engañoso, así hubiera sido por

⁵ C. S. de J., casación de 29 de abril de 1980. Magistrado ponente, dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 102, Bogotá, junio de 1980, pág. 397.

⁶ C. S. de J., casación de 23 de noviembre de 1978. Magistrado ponente, dr. ÁLVARO LUNA GÓMEZ, en *Jurisprudencia y Doctrina*, núm. 85, Bogotá, enero de 1979, págs. 2 y 3. Cfr. nota núm. 22.

⁴ C. S. de J., casación de 28 de abril de 1970. Magistrado ponente, dr. ÁLVARO LUNA GÓMEZ, en *Gaceta Judicial*, t. CXXIV, págs. 272 y 273.

el mismo que le dio vida, para obtener en perjuicio de otro un provecho económico, era indispensable proclamar el concurso de dos delitos, uno de *falsedad* y otro de *estafa*, sin que por 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 el primero es la fe pública y el segundo el patrimonio"⁷.

En forma explícita sostuvo la Corte, con ponencia del dr. GABRIEL CARREÑO MALLARINO, en sentencia de 14 de mayo de 1959, sobre la falsedad y uso de instrumentos negociables:

"Distingue, pues, la ley entre documentos públicos e instrumentos negociables, sin crear desde luego con estos un género aparte del conocido con el nombre de documentos privados. La equiparación que aquí hace la ley entre documentos públicos e instrumentos negociables se contrae al solo efecto de la penalidad.

"...
"Pero, ¿qué pasa si el que falsifica el instrumento negociable es el mismo que lo usa, incurriendo en otro delito?

"a) ¿Se considera tal uso del instrumento por el mismo falsario, como delito o hecho punible distinto de la falsificación? ¿Hay o no hay concurso material de este delito con el de estafa, por ejemplo, cuando es autor de ambos un mismo sujeto y cuando hay o pudo haber un número plural de víctimas como secuela de tal uso?

"b) Si no hay concurso sino más bien absorción del segundo delito por el de falsificación, seguiríase que quien a la vez resulta ser autor de esta y aprovechador del instrumento negociable apócrifo, tendría igual pena que la imponible al que no ha hecho otra cosa que falsificar el instrumento negociable. Y por si esto fuera poco, el que a la vez sea falsario y, por ejemplo, estafador respecto del documento privado no negociable, quedaría, como ya se ha visto, reprimido con mayor severidad (2 a 8 años de presidio con un aumento de 1/3 a 1/2; cfr. art. 242 del C. P.) que el que comete los mismos delitos en cheques y letras de cambio.

"c) Si por el contrario, no hay tal absorción, ¿qué artículo del Código Penal se le aplica al autor de ese concurso de falsedad y del otro delito? ¿Se le aplica el 33 en armonía con el 233 (falsificación de instrumentos negociables) y el 408 (estafa por medio del mismo)? ¿O se le reprime mediante la norma del concurso especialísimo del art. 242 *ibídem*.

"d) Aplicándole al que ha incurrido en la doble actividad criminal de que trata la letra c) precedente, las normas de los arts. 33 (que se refiere al concurso material de delitos), 233 y 408 del Código Penal, la pena imponible es la de 2 a 8 años de presidio con un aumento (art. 33) de cero más uno «hasta otro tanto»

⁷ C. S. de J., casación de 26 de abril de 1961. Magistrado ponente, dr. SIMÓN MONTERO TORRES, en *Gaceta Judicial*, t. xcv, pág. 621.

de la base; al paso que si el precepto aplicable es el art. 242 *ibídem*, la pena base es la misma (2 a 8 años de presidio), pero el aumento no puede bajar de la tercera parte, como mínimo, ni exceder de la mitad, como máximo. En la primera hipótesis no hay límite mínimo para el aumento; en la segunda, ese límite es la tercera parte. En cambio, el máximo del aumento en la primera hipótesis es otro tanto de la base, y en la segunda solo llega a la mitad.

"Todos los interrogantes que hasta aquí ha presentado la Sala respecto al caso del que habiendo falsificado un cheque, acaba por hacerlo efectivo en provecho propio, se resuelven, dentro de un criterio de rigurosa interpretación sistemática de la ley, mediante la aplicación del concurso material de falsedad y estafa (arts. 233, 408 y 33 del Código de las penas) (subrayas nuestras)⁸.

La anterior transcripción, para apuntar que a pesar de la posición unánime de la Corte, sobre el concurso entre la falsedad en "instrumentos negociables" y la estafa, el dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, magistrado del Tribunal Superior de Medellín, en providencia del 21 de octubre de 1977, se apartó de la anterior línea de pensamiento, y sostuvo:

"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 art. 233 son muy distintas de las del art. 231, aunque allí mismo no mencione la falsedad en documentos públicos sin abuso de funciones por parte de un agente que es el funcionario público o un particular. Esta parcial equiparación solo 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 reprimir por aparte el uso, así lo habría dispuesto el legislador, que sin embargo calló 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 art. 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 esta al servicio de aquellas. Si la justicia material ha de prevalecer sobre el tecnicismo, entonces al intérprete no le es dable, con

⁸ C. S. de J., Casación de 14 de mayo de 1959. Magistrado ponente dr. GABRIEL CARREÑO MALLARINO, en *Gaceta Judicial*, t. xc, págs. 733 y 734. Cfr. igualmente los siguientes fallos: LXVI, pág. 484, 1949; LXXXV, pág. 182, 1957; xc, pág. 1054, 1959; xci, pág. 596, 1959; xcv, pág. 621, 1961; ciii-civ, págs. 413 y s., 1963.

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 esta 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 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 estos representan tres de prisión). Si, entonces, un sujeto pone en circulación un falso cheque del mil pesos, que él mismo falsificó, su pena será de dos años de presidio, incrementada en la proporción del art. 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 este 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 (art. 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 (art. 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 (art. 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 esta secuencia de tipos y de este 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 'olvido' del legislador, que solo 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 consume 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 igualmente parte del tipo de falsedad y no pueden incriminarse separadamente sin violar el principio fundamental *non 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 de 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 en una o 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 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 a 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 art. 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 esta 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 así mismo 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 solo 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"⁹.

⁹ T. S. de M., providencia de 21 de octubre de 1977. Magistrado ponente, dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 2, Medellín, Ed. Acosta, enero-febrero-marzo de 1979, págs. 79 a 85. Integraron la Sala, además, los dres. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ y FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ, quien salvó el voto. En ese entonces el dr. FERNANDO CORONADO RAMÍREZ, Juez Primero Superior, quien actuaba como *a quo*, anotó: "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

4.1.2 *Durante la vigencia del actual Código Penal*. En vigencia el Código Penal del 80, la jurisprudencia mayoritaria de la Corte y de los tribunales superiores, ha sido la de aceptar la concurrencia delictual entre la falsedad en documentos privados y la estafa, situación que no ha impedido el planteamiento de importantes conclusiones en contrario, la mayor parte de ellos, mediante salvamento de voto. Así:

El dr. MARINO A. RODRÍGUEZ M. en providencia de 29 de enero de 1982, actuando como ponente en el Tribunal Superior de Bogotá, afirmó:

"La adecuación típica del comportamiento ampliamente conocido del inculpatado, es el motivo de discrepancia. El *a quo* consideró que la confección del título-valor falso y el perjuicio que de su uso se desprendió para el denunciante con el consiguiente provecho ilícito del agente activo, permitía deducir la existencia de dos conductas delictuales: falsedad y estafa, en concurso. El ilustre inicial ponente, doctor ABELARDO RIVERA LLANO, tomando en consideración que el ordenamiento jurídico nuevo radicó el cheque entre los documentos privados al eliminar su equiparación a documento público prevista expresamente en la ley anterior, y mediante la interpretación racional que el juzgador debe hacer de la norma vigente, de acuerdo con incontrovertibles derroteros de vieja data trazados por la doctrina, descartó el concurso, para dar por configurada únicamente en el caso de estudio la estafa.

"La mayoría de la Sala está de acuerdo en que la conducta investigada repercute en el campo penal con un solo perfil delictual, pero considera que la denominación que corresponde es la de falsedad y no de estafa. (...).

"En esta oportunidad, resultan convenientes otras citas del tratadista nacional (dr. LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO), que concurren a clarificar de una vez por todas la cuestión motivo de análisis: «De otro lado, cuando el solo uso del documento produce un provecho o causa un daño, *sin necesidad de una actuación posterior* (se destaca) tanto aquí como este quedan integrados en el concepto de uso y hay más que un delito: la falsedad por uso». Criterio personal que el autor apunta

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, 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 X pero no puede afirmarse que las relaciones anteriores fueron predestinadas por Y para engañarlo en el caso de la especie".

El 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 esta no puede configurarse. (Ibidem, pág. 80).

natural. Y en tales condiciones, se tendrá que la estafa como maniobra engañosa con este pronunciamiento de la Corte: «hallándose incorporados a la falsedad, en la forma que se deja anotada (los elementos de daño, provecho y uso, n. b.) esta infracción contra la propiedad, que es de menor entidad, no coexiste con aquella (la estafa, n.b.) pues se subsume en el delito más grave (la falsedad) observando los principios jurídicos de primacía de las normas especiales (para el caso de los arts. 240 y 242) y de la ya enunciada no doble imputación de un mismo hecho (*non bis in idem*)».

“Queda claro, entonces, que en tratándose de documento privado, la contingencia de la causación del perjuicio, y este resultado efectivo, es inherente a la noción de uso. Y el delito de falsedad que en tales circunstancias surge, no puede desfigurarse al punto de hacer que de él se desprenda otro para dar cabida al concurso, en atención a los contornos de la conducta que *procedió* a ese uso, cuyos efectos se produjeron «sin necesidad de una actuación posterior».

“Y vale la pena agregar que si se deja de lado el aspecto cuantitativo para atender al puramente cualitativo, como corresponde en el campo jurídico, el delito de falsedad es siempre de mayor entidad que el de estafa, pues, el interés jurídico que protege aquel (la fe pública) prevalece sobre el patrimonio económico tutelado por los delitos contra la propiedad.

“El llamamiento a juicio procede, en consecuencia, únicamente por el delito de falsedad; y esto quiere decir que basta con modificar el calificadorio de primera instancia en tal sentido, puesto que no se produce modificación alguna en cuanto a la competencia”¹⁰.

El dr. MANUEL CORREDOR PARDO, magistrado del Tribunal de Bogotá, sostuvo el 13 de julio de 1982:

“a. *La fe pública es un bien jurídico pluricomprendido*: los debates que la doctrina y la jurisprudencia han recogido sobre la naturaleza del bien jurídico de la fe pública, permiten llegar a un concepto moderno, eminentemente funcional que atienda al contenido material del concepto dentro del tráfico jurídico y no al puramente formal. Así, la fe pública se estructura como objetividad jurídica sobre tres aspectos básicos que son: a.i) la confianza colectiva que se tiene en determinados signos y formas externas de uso social en las relaciones jurídicas, especialmente cuando tales formas externas se hallan legalmente reguladas por un acto del Estado; a.ii) la tutela del derecho a la prueba, que comprende la protección de la integridad, la autenticidad y la veracidad de los medios de prueba, que lo tienen fundamentalmente las personas cuyo interés particular se vincula al medio de prueba en cada caso individualizando, y secundariamente la colectividad interesada en el correcto desarrollo del tráfico jurídico sobre la base de la función que en

ella cumplen los medios de prueba; a.iii) el derecho subjetivo a que se refiere cada uno de los medios o formas documentales en concreto, pues siendo evidente que la falsedad es un delito medio por excelencia, se tendrá que admitir que la represión penal de ella no se oriente exclusivamente a la salvaguardia de las pruebas en sí mismas, como simples formas externas, sino que alcanza su verdadero sentido y funcionalidad jurídica en la adecuada defensa de los intereses particulares que en cada caso pueden ser vulnerados.

“La posición contraria, que ve en la fe pública un concepto protector de la verdad formal por sí misma, es de alcance restringido, que quita toda funcionalidad jurídica al bien objetivamente protegido por el legislador, y por sobre todo que no se amolda a la materialidad misma de los fenómenos. Es una concepción más rígida de la fe pública, que lleva a la consideración de que la sola *editio falci* configura un delito contra dicho bien jurídico.

“b. Dicho lo anterior, se convendrá que si el bien jurídico protegido es *pluricomprendido*, es decir, que se integra por los tres aspectos ya enunciados, se tendrá que aceptar que la consecuencia será la de tener las conductas de falsedad como igualmente pluricomprendidas, en la mayoría de los casos.

“c. De manera que si el delito, por corresponder al bien jurídico de la fe pública así entendida, es pluriofensivo en el sentido de afectar diversos objetos jurídicos protegidos, abarcará en sí tanto el quebranto a la confianza colectiva como a los medios de prueba, y a los derechos de particulares relacionados con tales medios probatorios. Esto es especialmente marcado en la falsedad documental privada, y con fuerza incontrastable si la legislación respectiva considera el uso como parte integrante de la conducta típica del *falsum* privado, como ocurre en nuestro art. 221 del Código Penal. Comparando los textos legales del capítulo de falsedad en documento, se puede observar claramente una diferencia ostensible entre los tipos legales que se refieren a la falsedad documental pública y la privada. En la primera la protección penal parece extenderse hasta el aspecto de la tutela de la integridad, la autenticidad y la veracidad de los medios de prueba documentales públicos, de acuerdo con la redacción empleada por el legislador en este tema. Mientras que en la privada, el esquema típico mismo nos indica que el legislador quiso prolongar y extender la tutela más allá de la simple forma del medio probatorio, cuando agrega como elemento del tipo el uso del documento, que constituye evidentemente un plus no solamente en la descripción típica sino en cuanto a la necesidad y la intención de proteger un contenido que supera la simple condición formal del medio de prueba. Esa extensión de la protección jurídica, derivada de la agregación del uso en el esquema típico, no es otra cosa que la tutela de los intereses particulares que a cada medio de prueba se refieren.

“d. Estos argumentos nos llevan a decir que la falsedad privada, consagrada en el art. 221 del Código Penal colombiano sobre la base de una conducta típica desenvuelta en dos actos; el de falsificador y el usar el medio, comprende la afección del bien jurídico que el falsario finalmente se propone vulnerar mediante la utilización del medio documental viciado, dentro del marco de su utilización propia y

¹⁰ T. S. de B., providencia de 29 de enero de 1982. Magistrado ponente, dr. MARINO A. RODRÍGUEZ M., en *Estudios sobre el cheque*, Bogotá, Colección Pequeño Foro, 1983, págs. 111 a 118.

para causar detrimento patrimonial queda absorbida por el segundo acto descrito en el tipo legal de falsedad en documento privado.

''e. *El significado de la expresión usar*: es cierto que el esquema típico del art. 221, del Código Penal empleó una expresión que no figuraba en la legislación del Código derogado de 1936, y que sustituyó a los elementos subjetivos que los arts. 240 y 241 de tal obra traían. En estas disposiciones se estructuraba el tipo legal de falsedad privada con los aspectos subjetivos que se describen así: «... con perjuicio de tercero o con intención de causarlo...» en el art. 240, y «con perjuicio de terceros o con propósito de lucrarse» en el 241, y de tal redacción típica se consideró, en la mejor interpretación según nos parece, que ella absorbía el delito fin, especialmente en el campo de las defraudaciones patrimoniales, impidiendo el concurso de falsedad privada, y estafa. En el tipo legal actual no se hace mención del elemento subjetivo referido, que ha sido reemplazado por el segundo acto estructural de la falsedad privada, o sea por el uso del documento falso. Pero ello no modifica en forma sustancial el esquema legal, pues el uso del medio falsificado es la manera en que se exterioriza y concreta en el mundo de lo fáctico el *animus* de obtener un provecho o el de causar un perjuicio, en detrimento de bienes jurídicos radicados en cabeza de un tercero. Antes bien nos parece que el legislador actual, siguiendo doctrina universalmente aceptada, amplió la descripción típica de la falsedad privada para exigir no solamente el ánimo de perjudicar a terceros, sino la conducta objetiva que realmente pudiera, naturalísticamente, causar el daño final perseguido por el autor. De manera que en lugar de insertar en el tipo legal una exigencia subjetiva del autor, el legislador incluye un comportamiento concreto —el uso— que lleve a la efectivización de dicho ánimo, con lo que se advierte claramente que se quiso recoger en la descripción la motivación última del sujeto agente y la modalidad comportamental que finalísticamente lo persiga en el mundo de lo físico. Este planteamiento unido al hecho de que el uso debe ser entendido como el empleo que jurídicamente corresponde al medio documental de que se trate, es decir, que se concreta en el uso jurídico del documento, nos lleva a pensar que si el autor se limita a *usar jurídicamente* sin agregar actividad diversa a su modalidad de acción, ni acompañar dicho uso con medios diversos a los normales en el campo del derecho, estará simplemente usando para los efectos de la consumación de la falsedad documentos privados. Dicho en otros términos, si se reprime por vía del tipo legal el uso jurídico, igualmente se abarcará la consecuencia última de dicho uso, que será una defraudación patrimonial como en nuestro caso, o cualquiera otra eventual consecuencia vinculada íntimamente con el empleo del medio falso.

''La consecuencia, para nuestro caso, será la de que la estafa queda absorbida por el uso jurídico de los documentos falsificados, incluido el daño patrimonial efectivo que pudiera producirse, siempre que tal uso no vaya acompañado de otra actividad diversa para reforzar el engaño, pues en tal caso sí cabría la imputación de un hecho punible concurrente sobre un elemento naturalísticamente diverso del simple uso.

''f. Por ello no nos parece correcto decir que el uso a que se refiere el texto del art. 221 del Código Penal, se limita a aquel en que no se causa quebranto

en bien jurídico diferente. Ello es una interpretación que no se deduce del texto, ni siquiera bajo el amparo de una consideración sistemática del problema, y que depende solamente del criterio personal del intérprete. De otra parte ello olvida que el bien jurídico es pluricomprendivo y que por lo mismo el hecho resultará lesionando o vulnerando varios objetos jurídicos tutelados, lo que no es extraño en la falsedad documental en donde siempre se busca por el autor un resultado final ulterior a la falsificación *per se*.

''2. *Nuevas argumentaciones al respecto*: pero aún pueden darse otros argumentos para rechazar la tesis de quienes sostienen doctrinaria y jurisprudencialmente la posibilidad del concurso de la estafa con la falsedad documental privada. Ellos son: a. *Si el elemento subjetivo significó «la finalidad» hacia donde apuntaba la realización del comportamiento que atentaba contra la fe pública, en la legislación anterior dicho elemento subjetivo fue reemplazado por el uso como elemento que concretaba dicha finalidad, en la legislación actual, será evidente que el fin de la acción va ínsito en dichos elementos del tipo (el subjetivo de la codificación anterior, y el uso como segundo acto en el actual)*. Por ello el fin, que puede consistir en un detrimento patrimonial perseguido por el falsario —no se olvide que la falsedad es un delito medio por excelencia—, está comprendido dentro del esquema típico del art. 221 del C. P. vigente. b. *El uso es la acción y el efecto del usar y emplear un instrumento cualquiera, por lo que cuando el legislador lo exige dentro de un marco típico será evidente que quiere el efecto propio del empleo del instrumento que es usado*. Por ello la doctrina penal ha determinado que el uso en estas materias, es el que corresponde al «uso jurídico que es propio del documento», por lo que igualmente se dirá que en él va involucrado esencialmente el efecto jurídico connatural al instrumento que se usa. En los documentos que pueden producir cambios patrimoniales, pues será dicho efecto el propio al uso de los mismos, y por ello las defraudaciones patrimoniales no pueden concurrir con el *falsum* privado. c. *Si existen casos en que no se produce detrimento patrimonial, por la naturaleza del documento, y apenas se produce un engaño sin trascendencias sobre otro bien jurídico distinto a la simple credibilidad general como fenómeno sociológico, se tendrá que admitir que estamos ante una falsedad inocua por no dañar un bien jurídicamente tutelado por el decreto, visto que la sola credibilidad general en abstracto no es un bien jurídico en sí mismo, y por sí solo, sino en la medida en que se afecten los medios de prueba en orden a los intereses jurídicos vinculados a tales medios probatorios, falsificados*. Así por ejemplo quien quisiera ostentar riquezas que no tiene, podría elaborar una carta privada enumerando valiosos bienes de fortuna como suyos con lo cual consiguiera engañar a todo el conglomerado, y por los mismos habría afectado la credibilidad general escribiendo una medida. Y ciertamente habría que convenir en que se ha usado el documento, pero ello no es relevante jurídicamente mientras tal uso no afecte un bien jurídico diverso de la simple credibilidad general. Ello ocurre porque la credibilidad o confianza colectiva en los documentos no constituye por sí mismo el bien jurídico de la fe pública, sino que él es comprensivo de otros valores jurídicos distintos, que le dan más alcance que la simple creencia colectiva. En esta hipótesis, mal puede

afirmarse que el legislador quiso, al establecer el uso como parte de la falsedad privada, y como es criterio de brillantes juristas, solucionar el problema de la falsedad inocua, pues aún con el uso en muchas ocasiones se producirá la inocuidad del *falsum* si no se vulnera algo distinto y que está más allá de la confianza colectiva en los medios escritos. *d.* En cuanto al argumento de incoherencia entre las penas de la falsedad privada, y la del usuario del documento falso que no ha participado en la elaboración del medio que será reprimido a título de estafador (C. P., art. 356), ello es objeción que vale para el legislador pero no para el intérprete, si los textos legales contienen los elementos claros y precisos de la descripción típica, que en modo alguno pueden ser extendidos de modo tal que quiebren el principio del *non bis in idem*, pues que si se toma un elemento que absorbe una hipótesis típica autónoma para estructurar un determinado tipo legal distinto, significaría la creación de un tipo legal complejo, lo cual está reservado a la facultad del legislador exclusivamente. Además, ello es lo natural en el campo de la falsedad documental, si se tiene una noción moderna y científica del bien jurídico de la fe pública, entendida como un fenómeno complejo que comprende la credibilidad general en las formas externas, la capacidad probatoria de los documentos, y la protección del interés de terceros que se vincula a cada medio probatorio individualizado y concreto.

"3. *No cabe el concurso*: por manera que no es factible concursar los dos hechos punibles, el de falsedad documental privada y la estafa, como lo consideró el señor juez de primera instancia al modificar el auto de detención, por lo que la Sala reformará la calificación provisional de falsedad y estafa para señalar que solo existe falsedad documental privada. Naturalmente que cuando la acción se desdobra no solo en el mundo síquico del autor, sino en el mundo de la realización física en dos actos diversos, uno de los cuales pueda significar engaño para lograr un detrimento patrimonial, es factible el concurso de tales infracciones punibles, pero no es el caso que estudia la Sala.

"Por tanto, en el caso sometido al estudio de la Sala, se tendrá que existen varios hechos punibles de falsedad privada, en concurso material de infracciones, pero sin que con ellos concorra delito contra el patrimonio económico como se dejó analizado"¹¹.

Los dres. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ y DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA, en reiteradas oportunidades, rechazaron la posición mayoritaria de la Corte que sostiene el concurso *falsedad-estafa*. He aquí los planteamientos del salvamento de voto:

"A grandes rasgos presentamos nuestro disentimiento, que tiende a eliminar la posibilidad del concurso de delitos de «falsedad en documentos» y «estafa», cuando se altera la verdad en un título-valor y mediante esta maniobra se obtiene el provecho económico que era propósito de esa acción.

"Estos son los motivos del desacuerdo:

¹¹ T. S. de B., providencia de 13 de julio de 1982. Magistrado ponente, dr. MANUEL CORREDOR PARDO, en *Estudios sobre el cheque*, citado, págs. 132 a 140.

"1. Los delitos pluriofensivos o la conducta delictiva múltiple suelen vulnerar a más de un bien jurídicamente tutelado. Ese desplazamiento sicofísico encuentra como primera y fácil solución la de advertir que se trata de un concurso de hechos punibles, institución reglada en los arts. 26 a 28 del actual Código Penal.

"2. Razones de política criminal, para evitar una represión excesiva, o de justicia retributiva, que busca impedir la violación del *non bis in idem*, llevan a la doctrina y a las legislaciones a restringir humanitariamente las formas concursales y establecer como *un solo delito*, conductas plurales que en sentido general darían lugar a varios delitos independientes, o como *una sola conducta* con efectos múltiples, también susceptibles de ser tomados como varias infracciones autónomas. De allí las denominaciones de delito continuado, delito compuesto y delito progresivo, etc., y de ahí también los criterios de especialidad, consunción y subsidiaridad ideados para darles sustento a los mismos y para explicar que no se trata propiamente de varios delitos, aunque esta sea la inicial valoración, porque en el fondo se tiene es un concurso aparente de tipos;

"3. La forma como discurre la ponencia de la cual nos apartamos, en su primera parte, sirve tanto para sus propios fines como para la tesis que se sostiene en este salvamento. Porque entendemos que la reforma penal de 1980 representa, en el campo de la falsedad, una enmienda profunda de efectos acentuados, más allá de aspectos meramente corticales, afirmamos que, en lo relacionado con los títulos-valores, se quiso descartar la tradicional tesis de los concursos delictuales; porque aceptamos el delito complejo (en estricto o lato sentido), como fenómeno jurídico de aplicación y creación doctrinarias en nuestro medio forense, también aseveramos que el mismo pueda resolver satisfactoriamente el problema planteado, mediante los criterios de la consunción o de la especialidad, y, finalmente porque el «uso», como elemento del tipo (C. P., art. 221), interpretado con exactitud y rigor, esto es, en toda su extensión consecuencial, viene a constituir los actos propios de la estafa, resultando querido y propiciado con la alteración de la verdad en el título-valor;

"4. No debe olvidarse, entonces, que los problemas inherentes a los concursos de delitos suelen desaparecer bajo el peso de una enmienda legislativa, así esta pueda aparentar desapego de la técnica jurídica. Y esto es lo sucedido en el actual Código Penal.

"Antes, a expensas de la asimilación del título-valor a documento público, la falsedad cometida en estos tenía virtualidad delictiva así se omitiera su uso. En virtud de tal equivalencia se desplazaba la tesis del concurso (por el uso), dominante en el documento público propiamente tal, al instrumento negociable, originando también el uso de este plurales entidades delictivas de ordinario falsedad y estafa. Pero eso se debía a la ausencia de una norma que reprimiera, dentro de la propia órbita del delito de falsedad, la conducta de quien habiendo falsificado el documento público igualmente lo usaba. Tanto que ese comportamiento, referido al documento privado, si estaba sancionado como modalidad agravada de falsedad, con la obvia exclusión del concurso con la estafa (C. P. de 1936, art. 242).

"En el nuevo estatuto se tuvo el cuidado de subsanar ese vacío estableciendo como circunstancia de agravación punitiva del delito de «uso de documento público

falso» el hecho de que su autor hubiese sido también el de la falsificación (art. 222, inciso segundo). Y respecto del uso en el documento privado el tratamiento que le dio el legislador fue el de erigirlo en elemento del tipo, con los alcances ya analizados (art. 221).

»De tal manera que no hay razón para hacerle desempeñar al uso papel diferente del que el propio Código le asigna, en clara manifestación de la voluntad de reglamentarlo íntegramente dentro del ámbito del delito de la falsedad.

»5. Conviene repetir que, desaparecida la asimilación del título-valor a documento público y requiriéndose el uso del documento privado para poder estructurar la falsedad, la interpretación lógica de este cambio legislativo debe estar del lado de la eliminación del concurso. 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 adulterados, 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, que en el párrafo siguiente destacaremos más nítidamente, 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, mediante los concursos, con los títulos-valores (ver decr. 1135 de 1970 y lo que a su turno establece el capítulo 4º, título 14, libro 2º del C. P.). Pero además convierte una definición general y científica, que debiera obedecer a esquemas doctrinarios, en interpretación subjetiva y variable de las circunstancias. En efecto parece que poco vale como artificio y engaño, la cuidadosa adulteración de un cheque, con su presentación personal e identificación de su ilícito girador, porque este uso se quedaría en mera falsedad documental; 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 la estafa.

»Muy circunstanciada y anecdótica se presenta la solución para poder encajar en el rigor de una tesis. Máxime cuando el concurso se monta en el fondo sobre un resultado: la obtención del provecho económico como si el uso exigido en el citado art. 221, no implicara, precisamente, este efecto y consecuencia.

»6. Coincidimos con la decisión mayoritaria en afirmar que la reforma legislativa, en este tema de la falsedad de títulos-valores, tiene características sustanciales y no simplemente corticales. Basta reproducir el criterio expresado por la Comisión de 1979, la última que se ocupó de preparar el actual Código Penal. La simple transcripción denota cuán lejos está el contenido y consecuencias de este estatuto de la doctrina que nos merece este disenso.

»«Doctor ESTRADA VÉLEZ: El artículo del proyecto final, 'uso de documento falso', me parece importante siempre y cuando cambiemos la redacción del mismo.

Precisamente, esta norma evitará los conflictos de interpretación jurisprudencial que han venido surgiendo hasta ahora en materia de fiscalización de documentos públicos y uso de documentos públicos falsificados según se trate del autor de la falsedad u otra persona.

»«Entonces si contemplamos un tipo especial por el cual establecemos la falsedad agravada para el evento de que el autor de la falsedad en documento público sea el mismo que lo usa, evitaremos el concurso de delitos. Igualmente, si establecemos un tipo especial de falsedad para la persona que usa un documento público falsificado, aunque no haya concurrido a la falsificación, estaremos precisamente guardando la fe pública. Por consiguiente, este artículo se debe referir al uso de documento público falso. Hecho diferente es el uso de documento privado falsificado por persona que no concurrió a la falsificación y que no debe ser tenido en cuenta dentro del texto de este nuevo artículo. Por consiguiente, propongo el siguiente texto: 'Uso de documento público falso. El que sin haber concurrido a la falsificación hiciere uso de documento público falso que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos a ocho años'. Inciso. 'Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior, fuere el mismo que lo falsificó, la pena se aumentará hasta en la mitad'.

»«Doctor GIRALDO MARÍN: Señor presidente, con el texto propuesto quiere usted decir que si una persona falsifica un documento público y lo usa con el propósito de cometer una estafa, no habría concurso de falsedad y estafa. En ese sentido me gustaría dejar una constancia en el acta.

»«Doctor ESTRADA VÉLEZ: Efectivamente, constituirá ese evento un delito agravado de falsedad contemplado en este artículo a aprobar. En consideración el texto propuesto.

»«El secretario informa que el nuevo texto propuesto por el doctor ESTRADA VÉLEZ es aprobado por unanimidad y da lectura al nuevo artículo aprobado.

»«Artículo 270: *Uso de documento público falso*. El que sin haber concurrido a la falsificación hiciere uso de documento público falso que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos a ocho años.

»«Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior fuere el mismo que lo falsificó, la pena se aumentará hasta en la mitad'. (...).

»«Doctor ESTRADA VÉLEZ: El artículo 302 del proyecto final se refiere a la falsedad en título-valor.

»«Me parece importante buscar un texto más simple porque el del proyecto final es demasiado casuístico y, precisamente, en los textos que hemos aprobado se ha eliminado, en lo posible, las enumeraciones. Soy partidario de establecer y otorgar un margen amplio para que el juez juegue según la cuantía del ilícito. No me convence la escala de las penas que establece ese artículo a pesar de que se puede fundamentar en que se trata de un documento de extraordinaria movilidad comercial. Pero el bien jurídico tutelado de manera prioritaria es la fe pública, aun tratándose de un delito pluriofensivo.

»«Doctor GIRALDO MARÍN: Precisamente, porque el bien jurídico tutelado prioritariamente es la fe pública, la comisión encargada del proyecto final colocó este

artículo en el presente título. Sin embargo, 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.

»»Doctor ESTRADA VÉLEZ: En principio, estoy de acuerdo con usted; porque no es lo mismo falsificar una escritura de hipoteca por cincuenta millones de pesos que una por diez mil pesos. Entonces, si el máximo de la pena imponible en los delitos de falsedad en documento público cometido por empleado oficial, es de diez años, resulta injusto imponer doce años por la falsedad en 'título-valor'. 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. Teniendo en cuenta, obviamente, la cuantía del título-valor falsificado, además de los factores establecidos en la parte general del Código. *De otra parte, establecemos un tipo especial de falsedad en título-valor precisamente para evitar el concurso de delitos y que se tome este tipo de conducta como una falsedad agravada.* En consecuencia, propone el siguiente texto: 'El que falsifique un título-valor, si lo usa, incurrirá en prisión de uno a diez años'. Inciso: 'En la misma pena incurrirá el que destruya, suprima u oculte un título-valor'. De esta manera protegemos el título-valor en su sentido amplio y dentro de un tipo especial porque simplificamos el primer inciso del texto del proyecto final y tenemos en cuenta el tercero. *No así el segundo inciso, porque el uso de un documento privado falso por quien no lo falsifica o constituye un elemento de estafa, un ardid o forma de engaño.* En consideración el nuevo texto propuesto.

»»El secretario informa que la Comisión aprueba el texto propuesto por el doctor ESTRADA VÉLEZ, con voto negativo del doctor GIRALDO MARÍN, y da lectura al nuevo artículo aprobado:

»»'Artículo 276. *Falsedad en título-valor.* El que falsifique un título-valor, si lo usa, incurrirá en prisión de uno a diez años.

»»'En la misma pena incurrirá el que destruya, suprima u oculte un título-valor'». (Actas del nuevo Código Penal colombiano —parte especial, arts. 11 a 322—, volumen II, Acta núm. 20, págs. 355-358. Colección Pequeño Foro, Edición dirigida por el doctor Luis Carlos Giraldo Marín).

»7. Los casos que se pretende arbitrar como contra argumento a la tesis del no concurso y que en concepto de la mayoría constituirían problemas insolubles si no se aplica su criterio, no pueden merecer tan significativa valoración, porque o bien no deben resolverse acudiendo al concurso, o bien pueden permitirlo sin que por esto lo relacionado en forma específica para los títulos-valores también se les aplique. Sobre este último particular tendría que observarse la relación económica que alimenta la falsedad del título-valor y su consiguiente aprovechamiento, lo cual no se aviene con la adulteración de un registro público de matrimonio con la consecuente bigamia o engaño sexual, posibilidades últimas que, además, involucran otros distintos actos de naturaleza bien diferente, sobre los cuales si

descansa con firmeza el concurso. Y así podría continuarse el razonamiento sobre esa ejemplificación, pero no es oportunidad para hacerlo extensamente''¹².

También el Tribunal Superior de Medellín ha participado de esta tesis. El dr. JAIME TABORDA PEREÁÑEZ, en providencia de 5 de septiembre de 1984, apuntó al respecto:

«... y como en estas maquinaciones: nombre supuesto, presentación de una cédula de ciudadanía de otra persona haciendo creer que él era el dueño del documento; la firma que estampó... en el documento que autentificaba la firma, se logró inducir en error al hacer la suplantación de una persona, y se obtuvo un provecho económico, no son tales ardidés constitutivos del delito de estafa como se dedujo en la primera instancia y lo admite el distinguido colaborador fiscal. Tales tretas, ni más ni menos, las absorbe la falsedad personal, ilícito que no puede concurrir con el de estafa a un mismo tiempo...''¹³.

Por último, el dr. MARIO SALAZAR MARÍN, magistrado del Tribunal Superior de Medellín, en salvamento de voto de 27 de enero del presente año (1986), afirmó:

«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 anexos 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 C. P. Al punto precisa el tratadista alemán HANS-HEINRICH JESCHECK:

»«Solo cabe afirmar que hay que estimar *consunción* cuando el contenido del 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».

»Y complementa la honorable Corte Suprema en valioso fallo:

»«El delito complejo, en cuanto a su estructura, no es una suma, sino una síntesis de varios delitos que pueden conformarse por la unidad del motivo determinante (ánimo de

¹² C. S. de J., salvamento de voto de los dres. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ y DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA, en *Estudios sobre el cheque*, citado, págs. 156 a 164.

¹³ T. S. de M., providencia de 5 de septiembre de 1984. Magistrado ponente, dr. JAIME TABORDA PEREÁÑEZ.

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 un pluralidad de infracciones, que no pierden su individualidad, pero sí su autonomía jurídica... necesariamente tiene que ofender una pluralidad de intereses jurídicos».

''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 llegar a violar el principio *non bis in idem*, toda vez 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. 3°), 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 debe respetarse el espíritu de la ley claramente manifestado en ella o en la historia fidedigna de su establecimiento, regla subjetiva de hermenéutica en mi opinión insoslayable cuanto 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 jurídicos 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 fé 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 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 pretencioso objetivo de este trabajo, pero sí he de precisar por lo pronto que la fe pública está principalmente asida —en homenaje a la concreción— a las formas escritas que tienen la virtud de probar un derecho.

''Ahora: el titular del derecho prueba este mediante el documento y de ahí por qué la ley protege este último. 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

documento. Por eso el autor citado precisa con acierto indudable que mientras la legislación anterior (C. P. de 1936) consagraba un concepto abstracto o hierático 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 bajo el prisma de fe pública no puede consistir únicamente en la confianza que la colectividad les otorga a las formas escritas, sino que debe extenderse a los derechos públicos o privados que por ese medio se prueban. Se dirá empero que en la falsedad en documento público 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 empero 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, entendiendo 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 de menoscabo, pues un injusto que se quede en los marcos de la mera violación a la norma (antijuridicidad formal), esto es, en la mera desobediencia a la ley, será 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 castigaría 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 frente a documentos privados, mucha razón tienen quienes afirman, entre ellos ANTOLISEI y ROMERO SOTO, que la acción falsaria no comporta un fin en sí misma por tratarse de un medio para lograr más allá un fin, que es muchísimas 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 homenaje 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 eso estafa (criterio teleológico), o falsedad y estafa (criterio de medios y 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) 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, la calumnia, la injuria, la falsedad personal, falsas imputaciones, fraude procesal, 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 en cuestión 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 *iure condendo*. El acuerdo en este punto es un clamor del foro nacional para que el caos jurisprudencial que ya despunta no haga más difícil, y sobre todo más diverso e inequitativo, el tratamiento de estas conductas”¹⁴.

4.2 *Segunda tesis FALSEDAD + USO = ESTAFA, si existió provecho económico*. Es la pregonada, entre otros, por el dr. ABELARDO RIVERA LLANO, en salvamento de voto a la providencia del Tribunal Superior de Bogotá de 29 de enero de 1982, en la cual actuó como ponente el dr. MARINO A. RODRÍGUEZ M. Allí se anota:

“Debe el suscrito magistrado, consignar las razones de su desacuerdo con la decisión mayoritaria de la Sala, acordada en este proceso. Para ese efecto, me permito hacer las siguientes puntualizaciones de orden estrictamente *jurídico y doctrinario*, que parten de *conceptos* opuestos a los que han guiado la decisión citada, la cual, desde luego, es jurídica y coherente con principios igualmente respetables que informan nuestra disciplina jurídico-penal. Luego la discrepancia se centra en el rechazo, por parte de la Sala que se impuso de orientaciones acerca de la teoría del delito, pregonadas por un respetable sector de la doctrina penalística contemporánea, las cuales hacen parte de una convicción *científico-filosófica* del suscrito, que posiblemente puede estar equivocada, pero, que, a no dudarlo, es susceptible y tiene que serlo tratándose del mundo del derecho, de controversia y polémica. Destacados los liminares anteriores, expongo:

”1. A la teoría «naturalística» o «causalista», tradicional en el campo penal, representada entre otros por VON LISZT se ha opuesto la llamada *teoría final de la acción*, la cual introduce radicales modificaciones a aquella, en la forma de *concebir, atender y explicar* el fenómeno «delito». Parte esta corriente del concepto basilar de la acción, definiéndola como una conducta del hombre dirigida conscientemente a un *fin*.

”2. Dicho concepto final de acción requiere de algunas aclaraciones, en orden a evitar equívocos y, sobre todo, para poder captar su logicidad y estructura medular. Ellas son:

¹⁴ T. S. de M, salvamento de voto del dr. MARIO SALAZAR MARÍN, a la providencia de 27 de enero de 1986. Magistrado ponente, dr. EUCARIO PALACIO PALACIO.

”a) La acción es conducta final. Ambos términos tienen igual significación para el derecho;

”b) A la acción, en su aspecto exterior, pertenece el movimiento corporal del agente, pero no su resultado, pues este, cuando lo hay, es la consecuencia de la acción y,

”c) A la acción, en su aspecto subjetivo (síquico) pertenece la *finalidad* y *esta consiste* en la voluntad de realizar el hecho mediante la dirección del suceder causal externo desde el fin propuesto y gracias a la capacidad del agente para supradeterminar ese suceder causal de acuerdo con su experiencia. Así, pues, la finalidad no es lo mismo que la *voluntariedad*, vacía de contenido y dirección, que la mencionada *teoría causal* coloca a la base de la acción. La finalidad, por lo tanto, es voluntad de realización y, por lo mismo, está llena de *contenido y dirección*.

”3. Como consecuencia de lo anterior, la finalidad es la voluntad de realización misma, expresándose en acto, es decir, operando sobre el mundo exterior para la realización del fin cuya elección fue, precisamente, el resultado de la motivación del sujeto agente: es decir, en otras palabras, que para proponerse un fin es necesario conocer previamente, sino el *objeto* final en sí mismo, al menos los datos que lo identifican lo más aproximadamente posible. Incluso, es necesario conocer la causalidad física en general, dado que sobre su previsión se montará la finalidad en la conducta voluntaria. De ahí por qué en el finalismo no puede olvidarse, como lo enseña WELZEL, que el «proponerse el fin» y «elegir los medios con el conocimiento general de la causalidad», son *aspectos internos* de la conducta humana.

”4. Como corolario de lo anterior, la conducta, dentro de esta sistemática, no ofrece «elementos», sino «aspectos» que, con el objeto de analizarlos los divide la Escuela en comento, en «externos» e «internos» (actividad y voluntad) y «manifestación de voluntad». Por esto se insiste y llama la atención, para no confundir los conceptos *óntico* y *ontológico* (teorético), porque allí radica lo erróneo de las teorías causalistas, pues en el nivel óntico (el ser conducta) no hay elementos, partes o pedazos, ni capítulos, sino que hay una *conducta como totalidad*.

”Ahora bien. Sentados los principios teórico-conceptuales anteriores, indispensables para la fundamentación de mi actitud frontal disidente, es preciso destacar la *dinámica* del comportamiento atribuido al procesado S. P. Dice el recuento fáctico-histórico que dicho individuo, al realizar la compra de autos, dio en pago de la misma un cheque por el valor allí escrito, el cual, al ser consignado por su beneficiario, le fue devuelto, pues no obstante pertenecer a la cuenta corriente al supuesto girador, la numeración de esta fue alterada, viniéndose a establecer, a través de la pericia grafológica, que el autor de la adulteración formal en mención, era el imputado en referencia.

”Se sabe, igualmente, el comportamiento anterior y concomitante que desarrolló y observó hábilmente el referido sujeto, para no solo crear la atmósfera indispensable que le permitiera cometer el fraude planteado, sino inducir en error a la víctima del reato. Se demostró, en efecto, que concurrió primero al almacén de autos a indagar por la mercancía, pidiendo cotizaciones; regresó después de medio

día y trajo consigo una cédula de ciudadanía que afirmó pertenecía a su patrón, quien lo había enviado para realizar la compra correspondiente a la cotización solicitada horas antes y mientras esto ocurría un cómplice llamó al empleado del almacén, diciendo, además, que había enviado para ello a su empleado con su cédula, que rogaba no se la fueran a extraviar y, finalmente, que no lo demoraran.

''Significa lo anterior que el imputado S., como *fin de su conducta*, buscó el fraude patrimonial descrito en el art. 356 del C. P. y, para ello, preordenó los medios que consideró, no solo idóneos, sino indispensables y viables, para lograr el propósito que lo animaba, o sea, en términos propios de la concepción que sustento y defiendo, que *el acusado seleccionó los medios, desde el fin, conforme a la previsión de la causalidad*. Por esta potísima y elocuente razón, enseña el finalismo que el dolo es finalidad que se individualiza en el tipo en atención a ella misma y *no por el modo de su realización*. Su intención no fue, pues, causar lesión al bien jurídico de la fe pública y el uso que hoy se le imputa es absorbido en uno de los medios modales de su acción final buscada y lograda, lo que da *totalidad* a la acción cumplida.

''Es innegable que, desde un marco *legal-formal*, es implicado realizó el tipo de estafa que le dedujo el *a quo*. También es verdad que, dentro de la misma óptica conceptual deductiva, como lo expresa la providencia de la Sala a que me refiero:

''«... que si se deja de lado el aspecto cuantitativo para atender al puramente cualitativo, como corresponde en el campo jurídico, el delito de falsedad es siempre de mayor entidad que el de estafa, pues, el interés jurídico que protege aquella (la fe pública) prevalece sobre el patrimonio económico tutelado por los delitos contra la propiedad».

''No obstante el planteamiento lógico, racional y, por lo tanto jurídico, de la conclusión precedente, ella, frente a la corriente que sustento en orden a afirmar que el delito imputable al enjuiciado, es solamente el de estafa, nunca, como coincidió la Sala, en concurso, ni mucho menos, para mí, el falsario por el *uso* del documento utilizado para la concreción del delito. Para ello me afianzo en lo expuesto en el ámbito de referencia teórico, consignado en el punto número dos de este escrito, especialmente en su literal c), al cual me remito, pues, valga la redundancia, la finalidad es la voluntad de realización misma, expresándose, como enseñan, entre otros connotados tratadistas, MEZGER, MAURACH, NISE, etc., que, expresándose en acto, o sea, *operando sobre el mundo exterior* para la realización del fin cuya elección fue precisamente, el *resultado de la motivación*, produjo el resultado buscado y perseguido por el agente delictuoso.

''Pero es más, yendo al fondo de la cuestión doctrinaria, planteada y que robustece mi posición insular, conviene aclarar que la *finalidad no solo abarca el fin último que el sujeto agente se ha propuesto, sino también todas las consecuencias que este se haya representado como necesarias o posiblemente vinculadas a la obtención del objetivo*. Esto, desde luego, siempre que, además, haya aceptado la realización de esa posibilidad en su voluntad. Siendo consecuentes con este plan-

teamiento, fácilmente se infiere que carece de fundamento la crítica *causalista* conforme a la cual la finalidad abarca solo el dolo directo y no al de las *consecuencias necesarias o al dolo eventual*.

''Resulta indiscutible que el imputado de autos, como se dijo antes, al concebir, deliberar y decidirse (acto volitivo), a cometer el delito fin (inducir en error a su víctima), predispuso (acto preparatorio), los medios necesarios e idóneos a ese objeto buscado y entre ellos preordenó lo relativo a la mutación del número de la cuenta corriente que, efectivamente, pertenecía a su titular, el señor J. F. C., pero ello, siguiendo la teoría finalista en mención, hace parte de *un solo acto* que, como he reseñado (núm. 4), integra una *conducta total* que, al fraccionarse, siguiendo la postura causalista (tradicional), conduce a resultados o, de fraccionar aquella (de ahí la decisión tomada por el *a quo*), o ya, como lo hizo la Sala de mayoría a ubicarla en el reato falsario, dado el uso, desestimando la *actitud interna* y la posición vertical del implicado frente a su meta que logró, sin mayor dificultad (dada la potencialidad y habilidad de su comportamiento y de los medios idóneos de que se valió), que no fue otra que la de lesionar, injustamente, el patrimonio económico del sujeto pasivo del hecho punible cometido. La posición causalista aplicable en este asunto, se limita a castigar *medios, no fines*, identificando, de esta manera, la «voluntariedad» con la «finalidad» (ver literal c, núm. 2) siendo inconsecuente con la exigencia filosófico-sicológica en que la ciencia penal debe ubicar al hombre, la cual rescata, exige y proclama el finalismo, pues no en vano sus soportes conceptuales se nutren de todo el acervo que estas disciplinas le han suministrado al derecho, especialmente a partir del neokantismo, tales como la fenomenología de HUSSERL y SCHELLER, la filosofía de HARTMANN, etc., que ocupan, en esta corriente moderna, bastiones decisivos. Por todo lo anterior, me parece pertinente y oportuno concluir estas líneas explicativas de mi actitud, trayendo a colación enseñanzas de uno de los más conspicuos representantes del pensamiento finalista, HANS WELZEL, quien afirma:

''«Lo característico de la acción finalista es la finalidad que la dirige. El hombre conoce la relación causal que liga a los fenómenos entre sí. Ese conocimiento le permite intervenir en dicha relación, ordenando los acontecimientos conforme a su voluntad autónoma. Así, escogida la meta cuya realización se requiere, puede el individuo, 'desde allá' 'supradeterminar el suceder causal', de suerte que la relación fatal, de causas y efectos (basta analizar los *medios* finales de que se valió el encartado S. P. para deducir la logicidad de la doctrina que se expone), se ordene conforme a la dirección deseada para la obtención de la meta propuesta. *Esta intervención de la voluntad humana es lo que caracteriza a la acción y la diferencia de dicho acontecer causal, elevándola a un plano existencial superior*». Y agrega el ilustre autor: «*La causalidad es ciega; la finalidad, vidente*» (*Teoría de la acción finalista*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1951, traduc. de Fontán Balestra). Lo subrayado es mío¹⁵.

¹⁵ T. S. de B., salvamento de voto del Dr. ABELARDO RIVERA LLANO, a la providencia de 29 de enero de 1982. Magistrado ponente, dr. MARINO A. RODRÍGUEZ, en *Estudios sobre el cheque*, citado, págs. 119 a 125.

4.3. Tercera tesis (FALSEDAD + USO = CONCURSO: FALSEDAD-ESTAFA, si existiere provecho económico). Propala esta tesis que al falsificarse un documento privado y el uso que a continuación se haga de él, agota la conducta descrita por el art. 221 del Código Penal, independientemente de que se haya o no lesionado o puesto en peligro otro bien jurídico; por ello, existirá un concurso de delitos, siempre que el uso se adecúe a una cualquiera de las descripciones típicas del estatuto punitivo.

El Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia del dr. HERNÁN URREA GIRALDO, en proveído de 12 de marzo de 1982, dijo:

"Es indudable que el art. 221 del Código vigente consagra un tipo de peligro y no de daño, puesto que no exige resultado posterior alguno y, por tanto, si del uso que se haga del documento privado falso se sigue o un daño o perjuicio o se obtiene un provecho no es parte, aplicando el principio de tipicidad, del tipo consagrado en el art. 221, sino que entra a hacer parte de otro tipo penal, que lo contemple como tal, en este caso la estafa, que lo exige para que se dé un provecho ilícito. Resulta claro entonces que cuando mediante el uso de un documento privado falso se obtiene un provecho ilícito, se vulneran dos normas distintas, el tipo de falsedad en documento privado y el de estafa, en concurso ideal, porque es mediante la misma acción como se logra quebrantar ambas formas, la una de simple peligro y la otra de daño o resultado"¹⁶.

Poco después, el dr. JAIME BERNAL CUÉLLAR, magistrado del mismo Tribunal Superior (Bogotá), en fallo de 31 de julio de 1982, sostuvo:

"Conforme a la nueva legislación, comportamientos como los aquí investigados, han dado origen a la estructuración de diferentes tesis jurídicas tendientes a determinar si de acuerdo a la redacción del art. 221 del Código Penal, que consagra la falsedad en documento privado y exige para que haya relevancia jurídica que se haga uso del documento apócrifo, puede afirmarse la existencia de concurrencia delictual con el delito de estafa o si por el contrario esta última infracción hace parte como elemento integrante de la falsedad.

"De las varias tesis formuladas sobre el tema jurídico enunciado, la que pregona el concurso de delitos se ajusta a la estructuración del Código Penal de 1980, por las siguientes razones:

"La legislación de 1936, en sus arts. 240 a 242, consagraba las diferentes modalidades de falsedad en documento privado; la primera de estas normas se refería a quien elaborara o alterara un documento privado, con perjuicio de tercero o con intención de causarlo, incluyendo en la descripción comportamental un ingrediente subjetivo, o sea, la finalidad hacia donde apuntaba la realización del comportamiento que atentaba contra la fe pública.

"Se regulaba asimismo la conducta de quien, sin haber falsificado el documento, hiciera uso de él con perjuicio de tercero o con propósito de lucrarse; y, por último, se establecía una agravación punitiva para cuando quien lo usaba era la misma persona que lo había falsificado.

¹⁶ T. S. de B., providencia de 12 de marzo de 1982. Magistrado ponente, dr. HERNÁN URREA GIRALDO, en LUIS FERNANDO TOCORA, *Protección penal de cheque*, Bogotá, Ed. Temis, 1983, págs. 111 a 112.

"De lo anterior se infieren dos conclusiones, que en el sentir de la Sala, son fundamentales; la primera, el haber utilizado el legislador en los arts. 240 y 241 un ingrediente subjetivo predicable del sujeto activo y que tenía como razón de ser el evitar sancionar lo que lo tradicionalmente se denominaba la falsedad inocua, porque se requería el perjuicio de tercero o al menos el propósito de causarlo; en segundo lugar, la previsión legislativa de incremento punitivo del art. 242, en la mayoría de casos permitió sostener la inexistencia de concurso, al menos con algunas infracciones atentatorias de la propiedad.

"La nueva legislación hizo cambios fundamentales en el capítulo de la falsedad y en especial en tratándose de documento privado. Con relación a esta clase de documento consagró dos tipos penales autónomos, que son los arts. 221 y 224, o sea la falsedad en documento privado y la destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado. De esta manera puede concluirse que no existe regulación de la falsedad ideológica en documento privado, aunque algunos sostienen que dentro del concepto genérico establecido en el art. 221, se comprende tanto la falsedad material como la ideológica; tampoco encuentra previsión normativa en este capítulo la utilización de documento privado falso por persona que no haya concurrido a su elaboración o alteración, sin que ello signifique que se haya despenalizado la conducta, sino que simplemente, encuentra adecuación típica en otras normas, como por ejemplo el delito de estafa; por último, se suprimió la causal de agravación para el evento de que sea la misma persona quien falsifica y usa el documento, y esto obedece al hecho de la nueva redacción consagrada en el art. 221 del Código Penal.

"El nuevo Código estructuró el delito de falsedad en documento privado, de acuerdo a lo que han denominado ilícitos de doble comportamiento, en el sentido de exigir una primera conducta consistente en la falsedad de documento y, una segunda actividad sicofísica, que se concreta con el uso del mismo, predicable necesariamente o atribuible a la misma persona que ha querido dolosamente quebrantar el Código Penal.

"Con base en lo anterior, cabe, entonces, preguntar: ¿qué quiso el legislador al exigir dos actos como conductas humanas, dentro de la descripción del ya mencionado tipo penal? La Sala considera que el segundo comportamiento exigido, 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 pluriofensivo, en cuanto al número de bienes jurídicos que se pretenden proteger.

"El art. 221 solamente protege el bien jurídico de la fe pública, o sea, que, conforme a la clasificación aceptada por la doctrina, con base en el objeto jurídico que se tutela, podemos ubicarlo como un tipo penal simple o mono-ofensivo, lo que implica que al ser falsificado un documento privado y a continuación hacer uso de él, queda agotada la conducta, independientemente de que se haya o no lesionado o puesto en peligro otro bien jurídico.

"Si se ha afirmado que se trata de un tipo penal simple o mono-ofensivo, quiere significar que la consumación de la infracción no requiere demostrar que

con el uso se logró detrimento económico en los bienes de un tercero o cualquier otra clase de infracción, sino que, por el contrario, ese uso, como parte integrante del art. 221, puede realizarse sin quebrantar bien jurídico diferente al de la fe pública; piénsese en el caso de alterar o elaborar un documento que contenga una recomendación con la cual se logra ocupar un determinado cargo; en este evento solamente hubo una lesión a la credulidad o fe pública.

"Luego, 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 otros u otros bienes jurídicos protegidos legalmente por el legislador.

"Se ha dicho que no es factible el concurso de delitos en ciertos casos, teniendo en cuenta la naturaleza del documento falsificado y el uso normal que de él pueda hacerse; se cita como ejemplo el falsificar una letra, un cheque, un pagaré, etc., documentos que, por su naturaleza, contienen un aspecto de orden económico y que, en consecuencia, su uso implica una finalidad económica o patrimonial, lo que necesariamente permite sostener que, si a través de ese documento se menoscaban los bienes de un tercero, solamente puede juzgarse por una sola infracción. Esta tesis daría margen para afirmar que el art. 221 es un tipo penal complejo o pluriofensivo, lo que, en el sentir de la Sala, no corresponde al querer legislativo; y, de otra parte, tendría que concluirse que la concurrencia delictual depende exclusivamente de la naturaleza del documento y su contenido y no de la finalidad que le asista al sindicado o de los grados de culpabilidad que se demuestren, como presupuestos de la responsabilidad.

"Lo que ocurre es que, si bien el nuevo Código no reguló en forma independiente lo que la legislación anterior denominaba concurso ideal o formal, no significa ello que dicha institución jurídica haya desaparecido, sino que quedó comprendida en la forma genérica de concurso a que se refiere el art. 26 del C. P. y bien puede denominarse, como lo hace la doctrina tradicionalmente, como un concurso heterogéneo simultáneo.

"La culpabilidad en estos casos es plural, en el sentido de que al sindicado le asisten dos intenciones criminales que realiza a través de un solo comportamiento y que están orientadas a quebrantar la fe pública y otro bien jurídico, que bien puede ser la propiedad.

"Por último, desde el aspecto punitivo resultarían favorecidas las personas que falsifican un documento privado y al usarlo defraudan económicamente a un tercero, por varios millones de pesos, porque en ese caso la pena sería la prisión de uno a seis años mientras que la persona, sin haber concurrido a la falsedad, lo usa para defraudar, la pena sería de 1 a 10 años, a más de la sanción de carácter económico y el incremento punitivo por razón de la cuantía, llegándose a establecer una sanción hasta de 15 años, lo que no sería justo si se interpreta el Código dentro de una concepción sistemática"¹⁷.

¹⁷ T. S. de B., providencia de 31 de julio de 1982. Magistrado ponente, dr. JAIME BERNAL CUELLAR, en *Estudios sobre el cheque*, citado págs. 127-132.

4.4 Cuarta tesis (FALSEDAD + USO y MANIOBRAS ENGAÑOSAS = CONCURSO: FALSEDAD-ESTAFA, si existiere provecho económico). Se considera que la falsedad en documentos privados, concurre con otro ilícito, en la medida en que el uso del documento sea el medio comisivo para la estructuración de otro tipo legal; por ello, si el falsario, además del uso, recurre a maniobras engañosas y obtiene provecho ilícito económico para sí o para otro con el correspondiente perjuicio ajeno, se configura el concurso entre *falsedad* y *estafa*.

A partir del año de 1983 (septiembre), la Corte ha sostenido que ningún uso, por sí solo y de manera inequívoca corresponde a la típica descripción que de la *estafa* hace el art. 356 del Código Penal. Dicho "uso" apenas podrá llegar a constituir un "medio engañoso", pero en momento alguno la plenitud de la figura de "estafa"; en otros términos, la posibilidad del concurso depende de que el uso configure al propio tiempo *maniobra engañosa* con la cual se obtenga provecho económico en perjuicio ajeno.

Esta tesis ha sido pregonada en los siguientes fallos de nuestra más alta corporación de justicia:

Con ponencia del dr. LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, dijo la Corte, en casación de 15 de septiembre de 1983:

"Durante la vigencia del Código Penal de 1936 la falsedad en instrumentos negociables, ahora denominados títulos-valores, estaba tipificada en el art. 233. A pesar de que estos instrumentos son documentos privados se les dio una regulación específica, habida cuenta de su importancia en la vida comercial y de la presunción de autenticidad que les otorga el derecho privado; por ello para la estructuración del ilícito no se requería el uso de documento y, en caso de que se presentare, podía dar lugar a la comisión de delito diferente.

"Por tal motivo la Corte en forma reiterada dijo: «El delito de falsedad en instrumentos negociables, conforme a lo dispuesto en el art. 233 del Código Penal, 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 por 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 el primero es la fe pública y en el segundo el patrimonio» (Cas., abril 26 de 1961, xcv, 621).

"La calificación que se dio a los hechos a que se refiere este proceso fue acertada, pues la falsedad se estructuró con el fingimiento de una firma en un cheque y la estafa con la defraudación patrimonial cumplida en el uso de ese título en detrimento de los intereses del sujeto pasivo, para lo cual se acudió además al

empleo de las maniobras engañosas puntualizadas por el señor agente del ministerio público.

''A juicio de la Sala dentro del sistema consagrado a partir de la vigencia del decreto 100 de 1980, cuando se falsifica un documento privado y luego se usa, existirá un concurso de delitos siempre que el uso se adecúe a una cualquiera de las descripciones típicas del nuevo ordenamiento. Las razones en que se apoya este planteamiento son las que a continuación se enuncian:

''a) Se ha presentado en Colombia un reciente cambio de legislación con modificaciones no simplemente corticales en la concepción del hecho punible y en la tipificación de algunas conductas delictivas. Esto significa que no siempre son de recibo, frente a la nueva codificación, las apreciaciones doctrinales y jurisprudenciales que se hacían con relación a la legislación penal de 1936. Precisamente uno de los capítulos que fue modificado sustancialmente es el que consagra la falsedad documental, pues no solo su estructura es diversa de la del Código derogado, sino que los tipos en particular están concebidos en distinta forma.

''b) El llamado delito complejo ciertamente elimina la posibilidad del concurso de hechos punibles, pues en últimas el delito complejo es un concurso aparente de tipos, que debe resolverse a través de los criterios de la especialidad, de la subsidiaridad y de la consunción. Empero, para que pueda hablarse de concurso aparente es necesario conocer previamente su sentido y alcance.

''Se presenta el concurso aparente de tipos penales cuando una misma conducta parece adecuarse a la vez en varios tipos penales que se excluyen. Se trata de la apariencia de un concurso de delitos, pues realmente solo una de las disposiciones está llamada a ser aplicada: tal sería el caso de la madre que da muerte a su hijo fruto de acceso carnal violento, por cuanto esta conducta se adecúa, en principio a los preceptos de los arts. 323, 324 y 328 del Código Penal, pero solo este sería aplicable en virtud del principio de la especialidad. Así mismo, los delitos de concusión, detención arbitraria y otras se adecúan al delito de abuso de autoridad, serán de aplicación preferente en razón del principio de la subsidiaridad.

''La ley colombiana no contiene una disposición que regule el llamado delito complejo que en últimas es una forma de concurso aparente de tipos que debe resolverse en virtud del principio de la consunción; sin embargo ello no impide que ese principio sea aplicable entre nosotros, pues representa una universal norma de hermenéutica basada en la regla fundamental del *non bis in idem* que no permite que una misma infracción dé lugar a doble imputación, y en el principio de que *lex primaria derogat legi subsidiarie* que exige que solo se aplique la sanción correspondiente al delito complejo.

''De modo que el delito complejo solo existirá en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de esta o como circunstancia de agravación punitiva. Sin embargo, lo anterior merece algunas precisiones, pues en los casos en que un tipo contenga un ingrediente subjetivo, la materialización posterior de este elemento no eliminará el concurso si su realización representa de suyo delito independiente. De otra parte solo podrá hablarse de delito complejo cuando dentro de una descripción típica aparece otra que inequí-

vocamente corresponda a la contenida en distinto tipo (tal el caso del hurto agravado por la violación de domicilio, num. 3° del art. 350, o del fraude electoral con falsificación de registros electorales; art. 254). En otras palabras, que solamente se dará el delito complejo cuando el legislador haya involucrado una descripción típica o sus características esenciales, dentro de otra de mayor riqueza descriptiva.

''En este mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia del 3 de septiembre de 1971, con ponencia del h. magistrado doctor LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ ('G. J.', t. CXXXIX, núms. 2346 a 2351, pág. 355).

''c) En la legislación vigente se emplearon fórmulas legislativas completamente diversas a las del Código de 1936 (arts. 240, 241, 242), para reprimir la falsedad en documento privado. En el actual art. 221 se sanciona a quien falsifique documento privado que pueda servir de prueba, siempre que lo use. Esta última expresión «si lo usa» puede llevar a afirmar que en ella se halla descrito el delito de estafa y nada más contrario a la realidad, pues ningún uso, por sí solo y de manera inequívoca corresponde a la típica descripción que de esta figura delictiva hace el art. 356 del nuevo ordenamiento.

''El uso apenas sí puede llegar a constituir un medio engañoso, pero en momento alguno la plenitud de la figura de estafa. Quizá en estas condiciones podría también afirmarse que la falsedad está subsumida en la estafa, pero tampoco esta hipótesis puede ser acertada por cuanto en momento alguno se señala expresamente el empleo de documentos falsos como medio engañoso. Los medios engañosos de la estafa pueden ser de cualquier índole, pero en caso de que por sí constituyan delito, no podrá ser descargada la existencia del concurso.

''d) El art. 221 del Código Penal, es uno de los llamados tipos de varios actos, por cuanto la disposición señala que el sujeto debe falsificar el documento y además hacer uso de él. La exigencia de que el sujeto haga uso del documento privado que ha falsificado en momento alguno representa la creación de un delito complejo, pues como ya se dijo, el uso de una cosa que se ha falsificado solo está descrito como delito de falsedad. Esta exigencia tiene otro sentido pues con ella se obvió el problema de las llamadas falsedades inocuas, ya que resultaba exagerada la punición de hechos intrascendentes en la vida de relación; esto es, demasiado severo castigar la conducta de quien falsifica documento privado que jamás utiliza. Si alguien falsifica un documento privado y lo guarda, no habrá consumado el agravio contra la fe pública; el delito de falsedad, y solo el delito de falsedad, se consuma con el uso.

''e) Ahora bien, el delito de falsedad que como ya se dijo se consuma con la falsificación y su uso, puede concurrir con otro ilícito, en la medida en que el uso del documento sea el medio comisivo para la estructuración de otro ilícito. En caso contrario no habrá concurso.

''Si alguien falsifica unas calificaciones de un colegio particular y las emplea para ingresar a otro colegio, solamente responderá de falsedad. En cambio si falsifica un documento privado (un cheque, por ejemplo) y valiéndose de él defrauda, es obvio que habrá cometido dos ilícitos diferentes, pues realizó dos comportamientos naturalísticamente diversos, que a distintas descripciones típicas se adecúan y por cuanto además se presenta la vulneración de varios bienes jurídicos.

”f) En el orden de la punibilidad existe un argumento que descarta la tesis del delito complejo en este caso. El art. 221 del Código Penal, tiene prevista una pena de uno a seis años de prisión, mientras que el art. 356 establece pena de uno a diez años de prisión y además multa de mil a quinientos mil pesos, fuera de la agravante por cuantía. De aceptarse la tesis del delito complejo se llegaría al contrasentido lógico de que para el delincuente que cometa estos dos delitos, materialmente diferenciables, solo le sería aplicable la pena menor.

”g) Finalmente y para abundar en razones podrían citarse algunos ejemplos que contribuyen a reafirmar la posición que se sustenta. Un individuo falsifica partida eclesiástica de nacimiento (documento privado), con el fin de contraer nuevamente matrimonio estando vigente un vínculo anterior. Nadie negará la existencia de un concurso entre falsedad y bigamia si se contrae nuevo matrimonio, así como nadie lo negará si el uso que se da a la partida es el de medio engañoso para cometer estupro. Tampoco se podrá desconocer la existencia de un concurso en caso de que alguien falsifique una nota amenazante para extorsionar. En todos estos casos hay concurso de hechos punibles, por la elemental razón de que el uso de documento falso es un medio para la comisión de un delito distinto de la falsedad.

”En el caso presente es incuestionable que se lesionó el bien jurídico de la fe pública en cuanto se atentó contra la capacidad probatoria de un título-valor y, de otra parte, se menoscabó el patrimonio económico del sujeto pasivo del ilícito. De modo que, como por razones de favorabilidad era imperiosa la aplicación de las disposiciones de la legislación vigente en la actualidad, le asiste razón al impugnante pues si se cometieron los delitos de falsedad y estafa y solo se condenó por este último dejaron de aplicarse las disposiciones que tipifican la falsedad en documento privado y aquellas que regulan el concurso de delitos”¹⁸.

El 24 de enero de 1984, actuando como ponente el dr. FABIO CALDERÓN BOTERO, apuntó:

”El contenido del art. 221 del Código Penal indica la posibilidad del concurso entre los delitos por los cuales se profirió sentencia en este asunto, hipótesis que se concretará a través de la prueba, como en el caso presente, porque si no se discute la autoría del procesado en la falsedad, la condición «si lo usa» es equívoca porque el uso puede alterar la verdad sin causar detrimento económico como en los casos referidos al estado civil de las personas, tratándose de documentos de origen eclesiástico, o puede derivar en un provecho económico. En el primer evento se ha perfeccionado el delito sin consecuencias patrimoniales, y en el segundo concurso con el de estafa, si además se dan los elementos que estructuran este delito.

”En este proceso se dieron aquellos elementos que integran el delito contra el patrimonio económico, porque no solamente se emplearon las maniobras reseña-

¹⁸ C. S. de J., casación de 15 de septiembre de 1983. Magistrado ponente, dr. LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, en *Derecho Penal y Criminología*, (Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia), núm. 25, Bogotá, enero-abril de 1985, págs. 141 a 144.

das en precedencia, sino que se valió del nombre de persona de reconocida solvencia económica y moral de la localidad, haciéndola aparecer como la giradora y aceptante del documento, aprovechando su calidad de tío.

”La apariencia de legalidad del documento apócrifo, apto para el tráfico jurídico y por tanto idóneo para inducir en error a un público de comprensión tenida como normal según el criterio que en el medio cultural se tiene por tal que, utilizado por el falsario, recurriendo a maniobras engañosas, produzca un ilícito provecho económico para sí o para un tercero con el subsiguiente perjuicio ajeno, estructura el concurso de los delitos de falsedad en documento privado y el de estafa”¹⁹.

Con ponencia del dr. FABIO CALDERÓN BOTERO, dijo esta corporación el 18 de abril de 1985:

”Y desde luego que si el falsario *recurre a maniobras engañosas* y obtiene provecho ilícito económico para sí o para otro con el correspondiente perjuicio ajeno, trátase de falsedad material o de la ideológica en documento privado, se estará además, en presencia del delito de estafa conforme al art. 356 del mismo estatuto (C. P.)” (Subrayas nuestras)²⁰

Por último, en fallo de abril 23 de 1985, la Corte, con ponencia del dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA señaló:

”El art. 221 del Código Penal sanciona a la persona que falsifica documento privado que pueda servir de prueba y lo usa; es este un tipo penal compuesto de dos actos positivos o de acción, el primero de los cuales consiste en la alteración material o ideológica de un documento privado apto para demostrar jurídicamente su propio contenido (alteración objetiva del texto original y auténtico o confección de uno que no corresponde a lo acordado por las partes), y el segundo que apunta a su utilización, es decir, su penetración en el tráfico jurídico de acuerdo con su naturaleza y destino. Como quiera que el tipo que describe la falsedad documental del art. 221 del C. P. no distingue entre las modalidades ideológica y material y puesto que una y otra son naturalísticamente posibles, en cuanto se puede alterar físicamente el contenido de un documento privado con valor probatorio, lo mismo que consignar en él hechos que no correspondan a la verdad para demostrar que realmente no ocurrió, ha de concluirse que en tal tipo penal pueden subsumirse tanto la especie de falsedad documental material como aquella de carácter ideológico, siempre que en uno y otro casos, el actor haga uso del documento así falsificado.

”Obsérvese al respecto que en la exposición de motivos del nuevo Código Penal se reconoce que el verbo rector «falsificar» utilizado en los tipos de falsedad documental comprende el empleo de cualquier mecanismo alterador de la verdad con aptitud para vulnerar el interés jurídico de la fe pública y que, pese a que el tipo de falsedad ideológica en documento público (art. 219) se emplea la expresión «consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad», esta no es más

¹⁹ C. S. de J., casación de 24 de enero de 1984. Magistrado ponente, dr. FABIO CALDERÓN BOTERO, en *Jurisprudencia penal, año 1984*, Medellín, Editora Jurídica de Colombia, págs. 163-164.

²⁰ C. S. de J., casación de 18 de abril de 1985. Magistrado ponente dr. FABIO CALDERÓN BOTERO, en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 26, Bogotá, mayo-agosto de 1985, págs. 255 a 256.

que una forma de falsificar el documento. Por lo demás, en la descripción típica del uso de documento público falso (art. 222) se sigue utilizando el verbo «falsificar» en sentido amplio, vale decir, comprensivo de sus modalidades material e ideológica.

”Por manera que la falsificación del documento privado a que se refiere el art. 221 del C. P. comprende, como ya se indicó, cualquier mutación de la verdad real, sea que ella se haya logrado mediante alteración del escrito, o en virtud de su creación integral, siempre que en cualquiera de tales casos el documento así alterado se utilice probatoriamente.

”Cuando este último acto consolide apenas la vulneración del interés jurídico de la fe pública se estará frente a un solo delito; *pero cuando tal uso es simple artificio para inducir en error y obtener por esta vía incremento patrimonial indebido*, además de aquella lesión se ha producido otra de carácter económico en condiciones tales que ese complejo comportamiento del actor se subsume a la vez en los tipos de falsedad y estafa en concurrencia simultánea y heterogénea, como la prevé el art. 26 del estatuto punitivo nacional. Así lo ha venido sosteniendo mayoritariamente esta Sala en providencias del 15 de septiembre de 1983 y 24 de enero de 1984”²¹.

Es importante destacar en este punto la posición de la Corte Suprema, la cual, a pesar del consenso en torno a la no concurrencia delictual de falsedad privada y estafa, en vigencia el Código del 36 (cfr. apartado 4.1.1.), sostuvo en alguna oportunidad el *concurso* cuando existieren elementos comportamentales distintos a la directa e inmediata utilización del documento.

Con ponencia del dr. ÁLVARO LUNA GÓMEZ, sostuvo en sentencia de 23 de noviembre de 1978:

“Aduce el demandante que por tratarse de un documento privado falso su uso no comporta un nuevo delito ni puede existir concurso entre la elaboración del mismo y su utilización sino que esta absorbe a la primera o, en todo caso, quedan comprendidas en una misma conducta delictuosa.

”Sobre el particular debe advertirse que no siempre que con posterioridad a la elaboración de un documento privado falso y con utilización del mismo se produce *un engaño* que causa el desplazamiento de la propiedad o posesión de un bien mueble o inmueble, es decir, se estructura un delito de estafa se da el fenómeno de la absorción delictuosa, esto es, la desaparición de una de las figuras delictivas por subsumirse sus elementos en otra.

”Para que el uso de un documento privado falso por parte de la persona que lo ha elaborado quede íntegramente subsumido en la figura descrita por el art. 242 del Código Penal, es necesario que la utilización del documento sea el único medio para producir la estafa, esto es, que el agente se haya limitado a presentar el escrito falsificado sin agregar ningún otro elemento comportamental distinto a la directa e inmediata utilización del documento.

²¹ C. S. de J., casación de 23 de abril de 1985. Magistrado ponente, dr. ALFONSO REYES ECHAN-
OTA, en *Jurisprudencia penal, año 1985*, Medellín, Editora Jurídica de Colombia, págs. 336-337.

”Cuando quiera que el actor ha tenido que valerse de otros medios bien sean palabras, gestos, actuaciones, etc., para producir o reforzar el efecto engañoso de su conducta e inducir en error a un tercero, desaparece la unidad delictiva de sus actos para dar lugar a tantas figuras jurídicas como partes separables y subsumibles en otras tantas normas se den en el episodio criminal.

”Es esto lo que ha sucedido en el presente caso, pues si bien el procesado hizo uso del documento falso no fue ese el único elemento del engaño, ya que en forma concomitante con él actuaron la amistad del procesado con el occiso, el hecho de haberseles visto juntos antes de que este desapareciera, etc. En todo caso no fue el *uso* del documento falso el único elemento causal del engaño sino solo un mero factor concomitante.

”De ahí por qué no pueda alegarse absorción de la conducta falsaria con la posterior para tratar de hacerlas aparecer como un solo episodio delictivo inescindible, pues, por el contrario, y según lo dicho, admitía división no solo por el aspecto de la sucesión cronológica de los actos sino también por la naturaleza de los mismos”²².

5. *Comentario*. De las cuatro tesis jurisprudenciales reseñadas, creemos que la última compagina adecuadamente los lineamientos jurídicos establecidos por el legislador, al estipular los presupuestos punitivos de los delitos que atentan contra la fe pública y el patrimonio económico; específicamente, los ilícitos de falsedad en documentos privados y estafa.

El Código Penal de 1980, estructuró la tipificación de la falsedad en documento privado, en la actividad sicofísica, que se concreta con el *uso* del mismo. Este *uso*, como dice MIRTO, “es el momento de «actividad» del documento, esto es, el momento en que este viene a ser operativo para conseguir los fines de que es capaz. Por consiguiente, mientras el documento permanece inerte y no despliega ningún efecto propio, no se puede hablar de *uso*”²³.

Atendiendo a los parámetros fijados por el art. 221 del Código Penal, la ejecución del delito de falsedad en documento privado no se materializa con la sola falsificación, sino que es necesario que se *use* el documento; constituyéndose tal *uso* en elemento tipificador de la conducta delictuosa.

No es cualquier *uso* el que la ley exige, sino el *uso jurídico*, “o sea el que se le asigna al documento para que produzca efectos en las relaciones individuales y colectivas, el que tiene una virtud demostrativa determinada según la obra de que se trate”²⁴.

Usar jurídicamente un documento privado, para efectos del art. 221, es utilizarlo funcionalmente en el tráfico jurídico, vale decir, otorgar a un tercero la posibilidad de tomar conocimiento de un documento no auténtico o falsificado. Este *uso*, así definido, es el que tipifica la falsedad en documentos privados, es decir, “sin agregar

²² C. S. de J., casación de 23 de noviembre de 1978, citada.

²³ Citado por LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, 3ª ed., Bogotá, Edit. Carvajal, 1982, pág. 278.

²⁴ LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, IV, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág. 87.

actividad diversa a su modalidad de acción sin acompañar dicho uso con medios diversos a los normales en el campo del derecho”²⁵.

Evidentemente, tipificada la conducta ilícita con este uso, abarcará las consecuencias últimas de tal acto, que puede ser una defraudación de índole patrimonial, o cualquier otra eventual consecuencia vinculada íntimamente, con el uso jurídico del documento. Si el uso referido envuelve una defraudación patrimonial, no podrá hablarse de estafa porque esta exige comportamientos timadores que exceden la interpretación del uso exigido para la falsedad del documento privado, por ello, no cabe afirmar “que la estafa queda absorbida por el uso jurídico de los documentos falsificados”, pues el ilícito contra el patrimonio no existirá, si el uso no ha sido acompañado de medios diversos a los normales, es decir, a los que naturalísticamente le corresponden.

¿En qué momento surge la concurrencia delictual? Cuando la conducta trasciende de la secuencia falsedad-uso; y trasciende cuando el uso se acompaña de otra actividad diversa, para reforzar el engaño propio del uso de la falsedad; es decir, cuando el agente ha tenido que valerse de otros medios como palabras, gestos, actuaciones, mecanismos artificiosos capaces de convencer a la víctima, que le permitan obtener la seguridad y confianza en el manejo de la concreta situación creada para consumir el engaño y obtener por tal vía el provecho económico hacia el cual se orienta toda su actuación. Por ello se dijo en forma correcta en casación de 23 de noviembre de 1978, citada, que “para que el uso de un documento privado falso por parte de la persona que lo ha elaborado quede íntegramente subsumido en la figura descrita por el art. 242 (hoy 221) del Código Penal, es necesario que la utilización del documento sea el único medio para producir la estafa, esto es, que el sujeto se haya limitado a presentar el escrito falsificado sin agregar otro elemento comportamental distinto a la directa e inmediata utilización del documento”.

Corroborando lo anterior, la jurisprudencia al anotar que la expresión “si lo usa” “puede llevar a afirmar que en ella se halla descrito el delito de estafa, y nada más contrario a la realidad, pues ningún uso, por sí solo y de manera inequívoca corresponde a la descripción que de esta figura delictiva hace el art. 356 del nuevo ordenamiento. El uso apenas si puede llegar a constituir un medio engañoso pero en momento alguno la plenitud de la figura de estafa... los medios engañosos de la estafa pueden ser de cualquier índole, pero en caso de que por sí constituyan delito, no podrá ser descargada la existencia del concurso”.

En forma clara y precisa ha dicho el profesor ROMERO SOTO que “cuando el que ha falsificado un documento privado se limita a hacer uso de él, sin agregar ningún otro comportamiento se comete solo falsedad, pero si ha tenido que ejecutar otros actos que configuren otro ilícito penal, existe concurso entre falsedad y ese otro delito, v. gr. cuando, para apoderarse de un bien ajeno ha tenido que falsificar un documento y, además, emplear artificios o engaños”²⁶.

²⁵ T. S. de B., salvamento de voto del dr. MANUEL CORREDOR PARDO, citado.

²⁶ ROMERO SOTO, ob. cit., pág. 210.

Un ejemplo de pluralidad de comportamientos —según el mismo autor— que daría lugar al concurso de falsedad en documento privado y estafa, sería el de un individuo que se presentara a una casa comercial con una carta falsa en la que se pidiera, a nombre de una firma conocida, la entrega de mercancías a tal persona, y además exhibiera tarjetas firmadas con el nombre de dicha firma, hablara en forma convincente de sus vinculaciones con ella y hasta llevara otras personas que reforzaran sus afirmaciones²⁷.

Concluyendo con ROMERO SOTO, creemos que esta es la tesis más aceptable, pudiéndose afirmar “que hay concurso entre falsedad en documento privado y otro delito cuando fuera del uso del documento falso, el actor ha ejecutado otro acto tendiente a inducir en error al sujeto pasivo y que si se ha limitado al simple uso, sin añadir ningún otro comportamiento engañoso, solo hay falsedad”²⁸.

²⁷ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, 2ª ed., Bogotá, Ed. Presencia, 1976, pág. 160.

²⁸ ROMERO SOTO, ob. cit., 3ª ed., pág. 212. Al respecto anotó el dr. EUCARIO PALACIO PALACIO, en proveído de 27 de enero de 1986: “Resulta evidente que ese hecho punible (falsedad en documento privado) atentatorio contra la fe pública, concurre (C. P., art. 26) con la figura descrita en el artículo 356 del mismo estatuto como «estafa», puesto que para introducir el espurio cheque al torrente circulatorio, fue necesario el empleo malicioso de artificios y engaños que indujeron en error a X para la obtención del provecho ilegítimo buscado... el hecho realizado por Y, encuadra en dos tipos delictivos, con una sola objetividad o resultado, pero con causación de una doble violación o lesión jurídica: la fe pública y el patrimonio económico. Y aunque se han presentado opiniones encontradas en torno a la concurrencia de las ilicitudes de falsedad en documentos privados y estafa, en casos como el presente, pues mientras unos autores la niegan, otros la aceptan, ya la jurisprudencia tiene establecido que cuando el sujeto ejecuta las acciones típicas de ambos hechos punibles, llevando a cabo maniobras engañosas adicionales al uso normal o natural del cheque falso, si se presenta tal concurso, porque el agente fuera de usar el documento induce en error con otras maquinaciones”. (Conformaron la Sala, además, los dres. HUMBERTO RENDÓN ARANGO, y MARIO SALAZAR MARÍN, quien salvó el voto).