

# APUNTAMIENTOS SOBRE EL CHEQUE ENTREGADO POR EL AUTOR SIN IMITACIÓN DE LA FIRMA DEL TITULAR DE LA CUENTA CORRIENTE

JORGE ENRIQUE VALENCIA M.

Juez Tercero Superior de Cali. Profesor universitario

## I. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1. Poco o nada se ha discutido en nuestro medio acerca de la existencia de un concurso aparente de tipos en la hipótesis del sujeto, distinto del titular de una cuenta corriente que, idealmente y de propia mano, llena el esqueleto de un cheque con el fin de presentarlo en un establecimiento de comercio para obtener, con base en el fraude cualificado, la entrega de bienes, géneros o mercancías, e, incluso, dinero. Por fuerza de la tradición, o por simple indiferencia, o por ambas cosas a la vez, doctrinantes y jueces suelen admitir, con verdadera obsesión, la existencia de un concurso material entre la falsedad y la estafa, cuando otra muy distanciada parece ser la solución correcta.

2. Aquí, y a manera de paréntesis, una confesión personal: jamás la tesis nos convenció del todo. Al igual que otros colegas de judicatura, hemos repetido en proveídos y sentencias el trillado monólogo del concurso material, cuando, *in pectore*, abominábamos de su urdimbre y de sus lábiles fundamentos. La presión viene de arriba. Por experiencia personal sabemos lo difícil que es contradecir o ignorar las decisiones y la jurisprudencia de los tribunales o de la Corte. La jerarquía tiene sus imposiciones y no es fácil escapar a su aprisionamiento, cosa nada común entre quienes, por reportarles dividendos, gustan congraciarse y reverenciar el fuerte acento conminatorio de tales dictámenes, lo que no deja de ser elegantemente artificioso. Allá ellos. Para nosotros llegó la hora de reaccionar contra la abrumadora tendencia que domina y triunfa en la magistratura profesional, sin acierto de contenido ni de título. Por de pronto, vayan estos ligeros comentarios a manera de constancia y apartamiento del gravoso criterio en que se coloca el inculpado al deducirsele doble violación de la ley penal, cuando ni naturalística, ni legal, ni científicamente ello deviene posible.

3. El vocablo *falsificación* expresa —alguien lo ha dicho ya— la acción y el efecto de falsificar. En su sentido idiomático trasluce la idea de “adulterar”, “corromper”, “mixtificar”; no así en el lenguaje de la ley, obviamente

restrictivo, que tan solo significa “imitar”, “remedar” o “calcar”. Inútil parece decir que la acepción lingüística no tiene fatalmente por qué corresponder con el tecnicismo legal, y que, en no pocas acciones, aquella desvirtúa la comprensión que prevalece en los dominios del derecho. O, más exactamente, al revés. En la hermenéutica de la connotación aparece pues la clave de la controversia y la propia definición de la actividad falsaria al proyectarse al mundo valorativo del derecho penal.

## II. PREFERENCIAS DOCTRINALES

A) *Doctrina extranjera*.—4. Para CARRARA la imitación de la verdad es extremo importantísimo de la criminalidad del delito de falsedad documental. A tal fin enseña el maestro de Pisa: “Es cierto, según los principios científicos, que ningún acto externo, por perverso que sea, puede considerarse como delito, si carece de potencia para causar daño. Es cierto que ninguna falsedad tiene aptitud para causar perjuicio si carece de potencia para engañar. Y es cierto que ninguna falsedad tiene potencia para engañar si no imita la verdad. Luego es cierto que la imitación de la verdad es un elemento indispensable para que la falsedad documental sea criminosa. De este sorites no lograremos salirnos”<sup>1</sup>.

5. No menos importante es la opinión salida de la pluma de LOMBARDI, que en la misma línea argumental sostiene que “...la imitación de la verdad es el carácter natural de la falsedad material en la escritura, que sin la apariencia de ser genuina, no conseguiría engañar, y por lo tanto no tendría en la falsedad misma la capacidad de dañar a cualquiera. En la necesidad de que el falsario ejecute una obra que deje subsistir la apariencia de documento genuino y que, por lo tanto, conserva su capacidad para dañar, está precisamente la existencia de aquel elemento de hecho, que es la imitación”<sup>2</sup>. Acepta igualmente este punto de vista MAGGIORE, al entender que la imitación es elemento indefectible de la falsedad; y que si la ley no lo indica, es por ser tan inherente a la noción de falsedad, que el mencionarlo sería superfluo. Por lo demás, y con notable énfasis, confiesa el estupor que le causa advertir cómo la doctrina moderna pretende eliminar la imitación, elemento sin el cual no puede subsistir el delito<sup>3</sup>.

6. No suscribe MANZINI la buena doctrina, y en interpretación libre y posiblemente exagerada, rechaza radicalmente la idea de que la imitación sea elemento integrante del delito. Así, escribe: “...es necesario advertir para evitar fáciles equívocos, que la falsedad de que hablamos no requiere la imitación de la verdad, en el sentido material de la expresión. Este pretendido elemento de la falsedad, que la ley ni siquiera remotamente indica, es superfluo

<sup>1</sup> FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, vol. IX, 4ª ed., parte especial, Bogotá, Edit. Temis, 1978, pág. 310.

<sup>2</sup> Citado por LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1976, pág. 106.

<sup>3</sup> Cfr. GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal*, vol. III, parte especial, Bogotá, Edit. Temis, 1955, págs. 561 y 562.

si quiere designar la necesidad de que el falsario lleve a cabo una obra que presenta la apariencia de un documento genuino y es del todo inadmisiblesi con él se quiere hacer referencia a la imitación de la escritura ajena, que no es indispensable para el delito de falsedad”<sup>4</sup>.

7. En las obras de los tratadistas latinoamericanos —al menos las que tenemos a la mano— aparece netamente delineada, y casi sin oposición de fuste, la tesis carrariana de considerar la imitación como elemento intrínseco compositivo de la falsedad. Así HUNGRIA<sup>5</sup>, FONTÁN BALESTRA<sup>6</sup>, NÚÑEZ<sup>7</sup> y más recientemente ITURBE<sup>8</sup> y BORINSKY<sup>9</sup>. En contra, y sin insistir demasiado en el tema, se pronuncia el profesor español nacionalizado en Méjico JIMÉNEZ HUERTA<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> Citado por LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, ob. cit., pág. 106.

<sup>5</sup> NELSON HUNGRIA, *Comentarios al Código Penal*, t. IX, 2ª ed., Rio de Janeiro, Revista Forense, 1959, pág. 195: “La *imitatis veritatis* desprovista de capacidad lesiva no afectaría la incolumidad del sentimiento colectivo de confianza que, en especial, es protegido por la ley. Una contrafacción o alteración grosera, patente, fácilmente reconocible a ojo desnudo, no constituye materia de falsedad, y si, por alguna circunstancia excepcional, logra éxito, el delito que se cometería sería otro, por ejemplo, la estafa”.

<sup>6</sup> CARLOS FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal*, 8ª ed., parte especial, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, pág. 649: “En materia de documentos prevalece la idea de la *imitación de la verdad*, aun al través de la falsedad material, particularmente cuando se trata de cambiar en un documento auténtico, algo que podría constar en él, sin que con ella el documento en sí ofrezca al observador aspecto alguno que le haga aparecer como adulterado, porque no siempre existe un modelo original con el cual compararlo”.

<sup>7</sup> RICARDO C. NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. VII, parte especial, Buenos Aires, Lerner Editores, 1974, pág. 212: “Hacer en todo un documento falso es atribuir su texto a quien no lo ha otorgado. Otorgante del documento es la persona de quien procede intelectualmente su tenor. Si se trata de un instrumento privado la falsedad total del documento requiere la imitación de la firma, como otorgante, de una persona física o jurídica de existencia efectiva, pues, desde que únicamente esa firma representa un signo de autenticidad del documento, solo su imitación —y no una firma de una persona inexistente— le confiere a la falsificación documental privada la posibilidad de que, por sí misma, por su propio contenido perjudique a un tercero”.

<sup>8</sup> OCTAVIO ITURBE, “Falsificación de cheque”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. IX, Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, pág. 874: “Para falsificar, en sentido estricto, un documento, no hay otra manera de proceder que imitar los signos que individualizan al supuesto firmante. Así lo ha sostenido concisamente LOMBARDI en *Delitti contro la fede pubblica*, cuando dice que «la imitación de la verdad, sin la apariencia de ser genuina, no conseguirá engañar y por lo tanto no tendría en la falsedad misma la posibilidad de perjudicar». Es así por ello que la idea de falsificación e imitación, son sin duda alguna, ideas inseparables en esta materia. Cuando se dice u oímos que la firma de un cheque ha sido falsificada pensamos de inmediato que ha habido una imitación de la firma verdadera. La imitación de la verdad, es en sustancia, un elemento indispensable a la criminalidad de la falsedad documental...”.

<sup>9</sup> CARLOS BORINSKY, *Derecho penal del cheque*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1973, pág. 153: “Es nuestra opinión que quien libra un cheque suscrito en un formulario ajeno, sin imitar los rasgos caligráficos del titular, se trata de una firma imaginaria o, simplemente desconocida por el banco, no comete el delito de falsificación (arts. 292 y 297 del Cód. Penal), sino el previsto en el artículo 302, inciso 4º”. Ese tipo —agregamos nosotros— a que hace relación BORINSKY, en la legislación argentina corresponde al delito de libramiento de cheque en formulario ajeno.

<sup>10</sup> MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, *Derecho penal mejicano*, t. v, Méjico, Edit. Porrúa, S. A., 1980, pág. 229: “Quien en un documento público o privado pone una firma o rúbrica falsa, aunque sea imaginaria, engendra una mutación de la verdad; con su conducta falsea el documento para hacerle aparecer material e ideológicamente suscrito por persona ‘diversa de aquella en que él se obliga y con cuyo nombre o rúbrica debió quedar firmado’. Pero es preciso que el documento en que se estampa la firma o rúbrica falsa tenga relevancia jurídica, pues en otra forma no puede existir falsedad documental”.

8. Entre los autores españoles, PUIG PEÑA<sup>11</sup> explica satisfactoriamente el criterio sólido de la imitación. No así QUINTANO RIPOLLÉS<sup>12</sup>, que no participa de él.

B) *Doctrina nacional*.—9. Pasando revista a las opiniones de los autores colombianos tropezamos con ROMERO SOTO, quien examina en forma parca y superficial el punto referente a la imitación de la verdad. Tras recordar las encontradas posiciones científicas de CARRARA, FROSATI, LOMBARDI y MANZINI, considera que “difícil resulta del cúmulo de estas teorías contradictorias deducir un criterio general”<sup>13</sup> tomando partido por quienes consideran que la imitación no debe entenderse en un sentido material y, menos aún, como calco de un documento preexistente o de la escritura de otra persona. Imitación de la verdad —agrega— quiere decir apariencia verosímil, verosimilitud, en otras palabras: capacidad de engaño<sup>14</sup>.

Con dimensiones teóricamente iguales se pronuncia ARENAS: “No es esencial que en el instrumento negociable se haya imitado firmas, las cuales pueden corresponder a personas imaginarias, lo que excluye toda posibilidad de imitación. Lo esencial es, como dijimos antes, que el documento tenga, por su forma y contenido, las apariencias de un instrumento de esa clase, que parezca auténtico, aunque una o más firmas sean de personas supuestas”<sup>15</sup>. En forma asaz discreta por su escaso aporte personal escribe GUTIÉRREZ JIMÉNEZ que “un respetable número de expositores —a quienes ni señala ni identifica— considera que a la comisión del hecho debe concurrir un cuarto elemento, junto con los ya enumerados, que ellos denominan imitación dolosa de la verdad. Si se considera con toda atención esta nueva exigencia para que el delito exista, se llega a la conclusión de que en realidad no se trata de un elemento más

<sup>11</sup> FEDERICO PUIG PEÑA, *Derecho penal*, t. II, Barcelona, Imprenta Clarasó, 1946, pág. 152: “La doctrina entiende de un modo unánime que la falsedad documental, bien mediante la formación de un documento apócrifo bien mediante la falsificación del verdadero, tiene que imitar la verdad misma, lo cual no supone una imitación absoluta, basta que con ella se induzca a error, quebrantando por así decirlo, el crédito que todos los documentos de cualquier clase suelen encontrar en el público”.

<sup>12</sup> ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. IV, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, págs. 653 y 654: “La primera gestión que se plantea es la de si la imitación es o no condición necesaria de la usurpación, es decir, si la letra, firma o rúbricas usurpadas, pero no imitadas, pueden o no integrar la falsedad del tipo. Numerosas sentencias se pronuncian por la negativa, estimando que si no hay imitación no hay falsedad... (sents. 1º de julio de 1980, 6 de diciembre de 1905 y 23 de noviembre de 1922); no obstante alguna jurisprudencia más reciente (sents. 4 de mayo de 1954 y 26 de noviembre de 1956) estima que no es preciso que la firma falsificada sea imitación de la verdadera... contrahaciendo o no el acto es indubitadamente falsario ya que no respecto a la letra, firma o rúbrica, si al documento mismo como una totalidad, con responsabilidades penales idénticas... la veracidad del escrito no ha de interesar y si tan solo la genuinidad, por decirlo así, caligráfica del documento; en otras palabras: la conformidad objetiva del escrito como dato de indubitada atribución a una persona determinada y, sobre todo, como signo probatoriamente valorable”.

<sup>13</sup> Cfr., LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, ob. cit., pág. 107.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código Penal colombiano*, t. I, 2ª ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1964, pág. 286.

para su estructuración, puesto que la imitación dolosa de la verdad no es sino uno de los aspectos del daño real o posible, o sea, del segundo de los caracteres mencionados" (se refiere al daño real o posible, derivado del documento falsificado)<sup>16</sup>. Con lo que parecería que el prenombrado penalista se inscribiera en la tesis carrariana de la imitación de la verdad.

10. En valiosa y relevante opinión, y con la necesaria fuerza de expresión, PACHECO OSORIO admite la validez de la buena doctrina: "en cuanto a la falsedad en documento privado, el fenómeno de la imitación es distinto. La fe, efectivamente, que se tiene en los documentos privados radica en la autenticidad, real o aparente, de la firma y a veces de la rúbrica del verdadero o supuesto otorgante, o en la simple caligrafía del escrito, pues aquella no está amparada por formas o solemnidades especiales preestablecidas por el Estado. Para que se acepte, entonces, como acreditado este elemento del delito en la falsedad privada, es imprescindible la imitación de la firma, rúbrica o letra de la persona a quien se quiere atribuir el falso instrumento"<sup>17</sup>.

### III. INTERPRETACIÓN Y VALORACIÓN DEL SUPUESTO

11. Para que en sentido penal exista falsificación de la firma, debe esta constituir una imitación. Condición natural de la misma es la imitación de la verdad. El que falsifica debe por sobre todo querer falsificar. La firma acostumbrada del girador tiene que ser materia de calco o copia. Nada hay de libre en la imitación física de los trazos escriturales. La conducta del autor, tratándose de una falsificación, debe enderezarse, *stricto sensu*, a reproducir algo previamente existente, un modelo, un arquetipo, sin cuyo propósito imitativo no se concibe el tipo. La exigencia de una creación imitativa hace parte de su realidad óptica. El agente debe estar consciente del formaje verdadero, para que el acto refleje, a la observación primaria, similar valor al real. Tal la tesis prevalente desde antiguo y la científicamente exacta.

12. Si por desconocimiento de la identidad personal del librador, y de los signos, caracteres y rasgos que individualizan su modelo de escritura, el autor llena libremente el contingente del instrumento, ¿será acertado decir, sin inferir grave daño al principio de tipicidad incorporado a nuestra legislación penal (art. 3°), que falsificó su firma o que remedó sus cualidades escriturales, o que servilmente copió el perfil de sus grafías? Si al término "falsificar" se le otorga un amplio sentido o una significación excesivamente lata conforme a la terminología común, es claro que la respuesta será positiva. Pero si se le concede un entendimiento condicionado, técnico, dogmático, estrictamente penal, la réplica devendrá negativa. Bajo la primera perspectiva —insistimos— no subsisten los caracteres de la falsificación. ¿Dónde encontrarlos, si además

de una evidente falta de voluntad de imitar existe una absoluta imposibilidad para remedar los caracteres gráficos de la firma ajena?

13. Parece pues razonable entender que mientras no se imiten o reproduzcan los signos, formas, imágenes o trazos de la caligrafía de quien por medio de esta individualiza sus actos de voluntad, tal comportamiento no constituye título de falsedad, si bien la acción puede desplazarse a otra área de lo injusto típico. Quien desconociendo los caracteres morfológicos de la oposición auténtica crea idealmente un nombre supuesto, o coloca el suyo, desfigurando o no su propia caligrafía, o traza una firma indeterminada o de fantasía, sin imitación de lo auténtico, y en todo caso sin correspondencia con las notas esenciales de los signos verdaderos, no pretende falsificar y sí crear espuriamente condiciones tendientes a hacer incurrir en error a alguien. Cuando el autor no se preocupa por imitar acabadamente los signos individualizadores del otorgante en el título-valor y lo llena ficticiamente, induciendo en error al sujeto pasivo, el documento así exhibido tendrá todos los visos de una mentira, de un artificio engañoso, de un fraude criminal, subsumible dentro de los contornos clásicos de la estafa, pero jamás dentro de las previsiones típicas comportamentales de la falsedad. Debe por tanto descartarse este último título en todos aquellos eventos en que los signos de autenticidad de la rúbrica del librador no corresponden a los rasgos gráficos de quien antijurídicamente lo suscribe y llena.

14. Con arreglo a la filosofía dominante, el cheque dejó de estar asimilado jerárquicamente al documento público, para ser lo que por naturaleza ha sido siempre: documento privado. La atestación mendaz, intelectual o ideal, que se agota sobre el instrumento no quebranta en forma próxima el bien jurídico de la fe pública, ni altera el interés social que se debe por el ordenamiento jurídico a la seguridad de la prueba documental. La conducta activa —creación del título— debe calificarse como defraudación, como un engaño ardidoso, como una maniobra astuta, y nada más<sup>18</sup>; lo que debe motivar en tal sentido los criterios doctrinales y las decisiones judiciales. Por cierto que el perjuicio que experimenta el patrimonio de la víctima no surge del documento intrínsecamente considerado, cuya autenticidad y veracidad es casi que inexistente, sino del ardid y de las maniobras desplegadas por el agente. En tales eventos habrá siempre estafa, nunca falsedad.

Según piensa ZAFRA, "la falsedad que se comete, en instrumentos privados no vulnera, de modo inmediato, la fe pública, sino indirectamente, en cuanto el escrito lo utiliza el responsable para engañar a un tercero, creándole un juicio falso sobre determinado hecho, con el fin de perjudicarlo. Y en esa forma el documento, propiamente, viene a ser un medio o un modo en el proceso ejecutivo (*iter criminis*) del daño que primordialmente quiere causar el agente activo del delito. Por esta razón, la falsedad en escritos privados se reprime en mira más al fin perseguido por el agente que a una noción de amparo a

<sup>16</sup> LUIS GUTIÉRREZ JIMÉNEZ, *Derecho penal especial*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pág. 190.

<sup>17</sup> PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, t. I, 2ª ed., Bogotá Edit. Temis, 1972, pág. 462.

<sup>18</sup> En similar sentido GARRAUD, citado por ITURBE, ob. cit., págs. 885 y 886.

la fe pública”<sup>19</sup>. De tal criterio participa correctamente el maestro PÉREZ al opinar que “Si la persona que se hace aparecer con intervención en el acto, no existe, o no existió, ocurre lo mismo que con la simulación de calidades o condiciones personales; el hecho reúne una invención, *mise en scène* propia de la estafa. Allí no hay sustitución, sino creación de un hombre”<sup>20</sup>.

#### IV. ASPECTO SUBJETIVO

15. El elemento subjetivo, en su vertiente criminal, viene integrado por la voluntad consciente del autor de alcanzar un fin predeterminado por su saber causal, acción final de voluntad que matiza y sublima una conducta libremente elegida. Solo el aspecto final-subjetivo puede fundamentar el juicio de reproche. De no ser así, la voluntad de realización, dentro de la estructura total de la acción, se verá interferida por consideraciones y acontecimientos extraños al fin elegido. Si, como en el supuesto que manejamos, el agente medita anticipadamente el fin que persigue; si selecciona los medios, instrumentos, elementos o factores causales para ejecutar el acto; si el contenido subjetivo psicológico de su comportamiento se endereza a crear argucias, estratagemas, ardidés, y una atmósfera engañosa para viciar la voluntad y hacer incurrir a alguno en error; en una palabra: quiere engañar y no falsificar; y si todo esto permite predeterminar teleológicamente y en conjunto el fin de su conducta, llano es entender que su voluntad no se dirige a causar lesión al bien jurídico de la fe pública y sí al patrimonio.

Aceptar, pues, el tipo penal de la falsedad en las circunstancias precedentes, cuando la conducta del sujeto —se recalca— no tiene como finalidad vulnerar el bien jurídico allí resguardado, ni existe dirección específica de la voluntad para realizar tal conducta, ni hay conciencia en el autor de falsificar, es tanto como ignorar la función autónoma de la voluntad, su contenido potencialmente vital, el desvalor intrínseco de la actividad, la relación que existe entre la voluntad y la acción. Lo que haya querido el autor, el fin de su conducta, no es ni puede ser indiferente al derecho penal. Este no puede desembarazarse del examen de una actividad conscientemente dirigida a un fin prefijado para admitir meros “reflejos” causales que apenas se subsumen en el complejo total. El hombre es autor de una conducta final y no causal, de un querer que señala un acto particular de la voluntad de acuerdo con su esencia ontológica y no de resultantes accidentales provenientes de movimientos corporales o mecánicos. Todo intento por variar la función de la voluntad, su acción final, es arbitrario e inconsecuente.

Pertinente al punto es la cita de WELZEL: “Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las conse-

<sup>19</sup> LUIS ZAFRA, citado por LUIS CARLOS PÉREZ, en su *Tratado de derecho penal*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1969, pág. 599.

<sup>20</sup> LUIS CARLOS PÉREZ, ob. cit., pág. 608.

cuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, este, conforme a un plan, a la consecución de un fin, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externo y lo convierte, por tanto, en una acción dirigida finalmente; sin ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego”<sup>21</sup>.

16. Dentro de nuestras limitantes y a derechas, hemos expuesto las facetas científicas más notables de la problemática. Si alguien con mejor autoridad y mayor aportación dialéctica desarrolla el criterio sugerido, nos sentiremos satisfechos. El problema es académico y de justicia. En esto, como en todo, no hay torres de marfil.

<sup>21</sup> HANS WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1964, págs. 25 y 26.