

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE
PARTICULARES ART. 327 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, LEY 599 DE
2000**

DAISY JENNIFER BURBANO MORA

HUGO ARMANDO MEDINA CHAVES



**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
SAN JUAN DE PASTO
2009**

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE
PARTICULARES ART. 327 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, LEY 599 DE
2000**

DAISY JENNIFER BURBANO MORA

HUGO ARMANDO MEDINA CHAVES

Trabajo de grado para optar los títulos de Abogados

Director

**JOSÉ ANTONIO ALABA VITERI
FISCAL DELEGADO ANTE EL TRIBUNAL**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
SAN JUAN DE PASTO
2009**

Nota de aceptación

Aprobado por el Comité Curricular en cumplimiento de los requisitos exigidos por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño para optar el título de Abogado.

JOSÉ ANTONIO ALABA VITERI
DIRECTOR

GUIDO MAURICIO RAMOS TORRES
JURADO

ORLANDO JULIÁN PATIÑO MEZA
JURADO

San Juan de Pasto, Agosto 25 de 2009.

AGRADECIMIENTOS

Expresamos nuestros más sinceros agradecimientos a:

Nuestros Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño y a todo su cuerpo Administrativo.

A nuestro Director de Tesis Dr. José Antonio Alaba Viteri por su grandiosa colaboración y asesoramiento.

A nuestros Jurados por ser ellos en quienes depositamos nuestro esfuerzo y dedicación.

*A la compañía de mi Familia,
A los enormes esfuerzos de mi Madre,
A mis camaradas: compañeros que desde
trincheras y utopías crean senderos en el sueño
de una Patria.
A Hugo, amigo de alegrías y tristezas.
A la Universidad lugar de mis libertades.
A Luis mi Compañero de rojos pentagramas.*

Jennifer Burbano

*A Dios centro y fuente de mi vida,
Al ángel que guía y bendice mi camino: Mi
Madre, a su memoria, su vida, su ejemplo, su
amor y esfuerzo.
A mi familia por ser mi mayor tesoro.
A mi Universidad porque en ella aprendí a ser
libre.*

Hugo Medina

CONTENIDO

	Pág.
GLOSARIO	
RESUMEN	
ABSTRACT	
INTRODUCCIÓN	16
TÍTULO	19
1. MARCO JURÍDICO	19
1.1 ANTECEDENTE JURÍDICO	19
1.2 ANTECEDENTE FÁCTICO	22
2. LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO Y EL FUNCIONALISMO DEL DERECHO PENAL	24
2.1 LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO	24
2.2 LAS RAZONES DE POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO PRESENTES EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES	25
2.3 EL FUNCIONALISMO DEL DERECHO PENAL	28
2.3.1 El derecho penal del enemigo de Gunther Jakobs	28
• El derecho penal del ciudadano	29
• El derecho penal del enemigo	29
• Unión de las tendencias	32
2.3.2 El enriquecimiento ilícito de particulares es una manifestación de la teoría del derecho penal del enemigo.	33
3. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES	36
3.1 ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL TIPO	36
3.1.1 Sujeto Activo	36
3.1.2 Sujeto Pasivo	37
3.1.3 Objeto material	37
3.1.4 Bien jurídico tutelado	38
3.1.4.1 De la tranquilidad y la seguridad ciudadana	38
3.1.4.2 De la salubridad pública	39
3.1.4.3 La moral social	39

❖ La moral Social en el salvamento de voto de la Sentencia C-319 de 1996.	39
3.1.5 La Conducta	43
3.1.5.1 El enriquecimiento ilícito de particulares como delito comisivo y no complejo	43
3.1.6 el Nexo causal	44
3.2 INGREDIENTE NORMATIVO DEL TIPO	45
3.2.1 Incremento patrimonial no justificado.	46
3.2.2 Ingrediente normativo de actividades delictivas	46
❖ El ingrediente normativo en el salvamento de voto de la Sentencia C-319 de 1996.	47
3.3 CARACTERÍSTICAS DEL TIPO	48
3.3.1 Tipo penal de carácter especial y autónomo.	48
3.4 Posibilidades en la configuración del tipo	49
3.4.1 El enriquecimiento ilícito de particulares como delito continuado	49
4. PRINCIPALES PROBLEMAS EN LA ADECUACIÓN TÍPICA DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES.	51
4.1 TIPO PENAL DE CARÁCTER ESPECIAL Y AUTÓNOMO	51
4.1.1 Rastreo jurisprudencial	51
4.1.2 El enriquecimiento ilícito de particulares no es un delito autónomo.	58
4.2 EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES EN CONCURSO CON CONDUCTAS PUNIBLES DE LA MISMA ENTIDAD	61
4.2.1 EL Narcotráfico	61
4.2.1.1 Antecedente jurídico	61
4.2.1.2 El Narcotráfico en concurso con el Enriquecimiento ilícito de particulares	62
4.2.2 La captación habitual y masiva de dinero	63
4.2.2.1 Antecedente jurídico	63
4.2.2.2 El ánimo de lucro presente en el Delito de Captación de Dineros.	65
4.2.2.3 El Delito de Captación de Dineros en concurso con el enriquecimiento ilícito de particulares	66
4.2.3 El lavado de activos	67
4.2.3.1 Antecedente jurídico	67
4.2.3.1 El lavado de activos en concurso con el Enriquecimiento ilícito de particulares.	68
4.3 PROBLEMAS EN LA ADECUACIÓN TÍPICA	71
4.3.1 No es posible que el delito de enriquecimiento ilícito de particulares concurse con delitos cuya finalidad sea el acrecentamiento patrimonial porque se viola el principio del <i>non bis in idem</i>	71
4.3.2 El Concurso aparente	72

5. EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES VS ALGUNOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	75
5.1 CONCEPCIÓN DE PRINCIPIOS	75
5.1.1 Definición de principios	75
5.1.2 Los principios como límites al poder punitivo del Estado	76
5.2 PRINCIPIO QUE DESCONOCE EL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES	77
5.2.1 El debido proceso	77
5.2.1.1 Principio de la presunción de inocencia	77
- Antecedente jurídico	77
- Consecuencias jurídicas de la presunción de inocencia	79
• La Carga de la prueba le compete al Estado	80
❖ La Carga de la prueba en el tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares.	82
❖ Los medios probatorios en el delito de enriquecimiento ilícito de particulares.	83
• Prohibición de la Confesión	89
❖ La prohibición de la confesión en el enriquecimiento ilícito de particulares.	90
• In dubio pro reo	90
❖ El in dubio pro reo en el Delito de enriquecimiento ilícito de particulares	91
5.2.1.2 Principio del Non Bis In Idem	92
❖ El desconocimiento del <i>non bis in idem</i> .	93
5.2.2. Principio de no auto incriminación.	94
5.2.2.1 Antecedente jurídico	94
5.2.2.2 La no Auto Incriminación dentro del Tipo penal de Enriquecimiento Ilícito de particulares.	95
6 EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA	97
6.1 ARGENTINA	97
6.2 PUERTO RICO	98
6.3 BOLIVIA	99
6.4 COSTA RICA	100
6.5 EL SALVADOR	101
7 CONCLUSIONES	102
8 RECOMENDACIONES	105
BIBLIOGRAFÍA	107

LISTA DE TABLAS

Pág.

Tabla 1. El delito de Enriquecimiento ilícito de particulares Art. 327 es un tipo penal de carácter autónomo o derivado?	57
---	----

GLOSARIO

BIEN JURÍDICO TUTELADO: Intereses, valores y derechos del individuo, la comunidad y Estado protegidos y determinados en la Constitución Política y la ley. Por ejemplo: La vida y la integridad personal, el derecho a la libertad se ven protegidos como bienes jurídicos con la descripción típica de conductas tales como el homicidio, las lesiones y el secuestro.

CONDUCTA PUNIBLE: conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por una norma penal que puede ser delito o contravención y puede realizarse por: - acción: cuando se realiza lo que la norma describe. - omisión: cuando teniendo el deber de impedir el resultado de una conducta punible, no se hace estando en posibilidad de hacerlo se aplicará la pena contemplada en la respectiva norma penal.

CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES: fenómeno jurídico en el cual se realiza por parte del Agente una sola acción con varios resultados típicos, o en una misma unidad de tiempo el Agente realiza varias acciones que generan varios delitos. Doctrinariamente se divide en concurso real o material y en concurso ideal o formal.

CONCURSO IDEAL O FORMAL: Es cuando con una acción o un mismo sujeto produce varios resultados, teniendo por consecuencia jurídica la agravación de la pena sobre la base de la aplicación de la pena del delito que merezca la mayor.

CONCURSO REAL O MATERIAL: Surge cuando existe la posibilidad que con varias acciones un mismo sujeto dañe varios bienes jurídicos con lo que se van actualizar diversas hipótesis jurídicas que nos trae como consecuencia la acumulación de penas contempladas para los diversos delitos cometidos

CONCURSO APARENTE: una misma situación de hecho desplegada por el autor pareciera adecuarse a las previsiones de varios tipos penales, cuando en verdad una sola de estas normas es aplicable al caso en concreto, atendiendo razones de especialidad, subsidiaridad o consunción que las demás resultan impertinentes por defectos en su descripción legal o porque las hipótesis que contienen van más allá del comportamiento del justiciable.

DELITO: la palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. En sentido estricto, es definido como una conducta, acción u omisión típica (tipificada por la ley), antijurídica (contraria a Derecho), culpable (juicio de reproche) y punible (pena o sanción).

DERECHO PENAL: conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma un pena o sanción.

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: teoría propuesta por el Alemán Gunther Jackobs en la que sustenta el carácter funcionalista del Derecho penal, utilizado por el Estado con fines de represión, persecución y eliminación y que se traduce en un Derecho Penal y Procesal Penal en donde se desconocen las mínimas garantías.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES: delito consagrado en el Art. 327 de la ley 599 de 2000 actual Código Penal y que reza: *“El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”*

GUNTHER JAKOBS: autor de la Teoría denominada “derecho penal del enemigo” en donde expone la tesis del derecho penal funcionalista. Nació el 26 de julio de 1937, en Mönchengladbach, es un Jurista Alemán, especializado en Derecho penal, Derecho procesal penal y Filosofía del Derecho. Estudió leyes en Colonia, Kiel y Bonn, y en el año 1967 se graduó en la Universidad de Bonn con una tesis sobre derecho penal y doctrina de la competencia.

INGREDIENTES DE LA CONDUCTA PUNIBLE: explican o complementan el tipo penal, pueden ser:- Normativos: Cuando las expresiones contenidas en el tipo penal se encuentran en otra parte del ordenamiento jurídico o por fuera de el. - Subjetivos: Ánimos especiales que deben acompañar la conducta.

IUS PUNIENDI: expresión latina utilizada para referirse a la facultad sancionadora del Estado. Se traduce literalmente como *derecho a penar* o *derecho a sancionar*. La expresión se utiliza siempre en referencia al Estado frente a los ciudadanos.

JURISPRUDENCIA: se entiende por jurisprudencia las reiteradas interpretaciones que hacen los Tribunales de justicia en sus sentencias sobre las normas jurídicas, y puede constituir una de las Fuentes del Derecho. También puede decirse que es el conjunto de fallos firmes y uniformes dictados por los órganos jurisdiccionales del Estado. Esto significa que para conocer el contenido cabal de las normas vigentes hay que considerar cómo se vienen aplicando en cada momento.

OBJETO DE LA CONDUCTA PUNIBLE: persona, cosa o fenómeno natural o jurídico, sobre el que recae la acción u omisión.

PENA: Sanción aplicada por el Derecho Penal al sujeto activo de la conducta punible

POLÍTICA CRIMINAL: conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción.

PRINCIPIOS: consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución. Para Robert Alexy son mandatos de optimización y normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas.

PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO: El debido proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez. El término procede del derecho anglosajón, en el cual se usa la expresión "*due process of law*" (traducible aproximadamente como "debido proceso legal").

PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM: locución latina que traduce "no dos veces por la misma causa" y que indica que no se puede juzgar a una persona dos veces por los mismo hechos. Es un principio constitucional y legal.

PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: entendido como derecho fundamental de aplicación inmediata que no requiere para su observancia de reglamentación legislativa. Garantía constitucional que implica que: "*toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable*" se convierte en una presunción universal *juris tantum* que significa que no admite prueba en contrario. En esta medida tiene la categoría de derecho fundamental y de derecho humano.

PRINCIPIO DE LA NO AUTO INCRIMINACIÓN: principio y garantía constitucional en virtud de la cual "*nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo...*"

RATIO DECIDENDI: es una expresión latina, que significa literalmente en español "*razón para decidir*" o "*razón suficiente*". Hace referencia a aquellos argumentos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que constituyen la base de la decisión del tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento.

SUJETO ACTIVO: se entiende por sujeto activo a la persona que realiza la conducta típica, quién realiza el verbo rector, o quién vulnera el bien jurídico, en fin se puede concebir como el autor. Persona natural que realiza la conducta, puede ser:- *Singular:* Una persona puede realizar la conducta punible.- *Plural:* La conducta punible debe ser realizada por varias personas. - *Determinado:* La conducta punible solo puede ser realizada por persona que posea una determinada calidad o se encuentre en una determinada situación.- *Indeterminado:* La conducta puede ser realizada por cualquier persona.

SUJETO PASIVO: persona natural o jurídica titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Puede ser: *Singular:* Una persona natural o jurídica puede ser titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. - *Plural:* varias personas naturales o jurídicas deben ser titulares del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Puede ser: - *Determinado:* La conducta punible solo puede recaer sobre persona natural o jurídica que posea una determinada calidad o se encuentre en una determinada situación. Por ejemplo: Empleado oficial, ascendiente, descendiente. - *Indeterminado:* La conducta punible puede recaer sobre cualquier persona natural o jurídica.

TIPO PENAL: descripción precisa de las acciones u omisiones que son considerados como delito y a los que se les asigna una pena o sanción

RESUMEN

El delito de Enriquecimiento ilícito de particulares es una manifestación de la Teoría del derecho penal del enemigo propuesta por Gunther Jackobs y que se traduce en un derecho penal eficientista y funcionalista que en aras de justificar la política criminal del Estado termina por desconocer derechos y principios constitucionales.

Dicho tipo penal estructuralmente es inadecuado porque tutela un bien jurídico vago y gaseoso, su literalidad lleva consigo el desconocimiento de principios como el debido proceso consagrado en el Art. 29 Constitucional ya que presume la ilicitud del patrimonio, invierte la carga de la prueba, desconoce la garantía del *in dubio pro reo* y viola el principio de no auto incriminación del Art. 33 Constitucional.

Contrario a la tesis de la Corte Constitucional es un tipo penal que no goza de autonomía y por ente no se lo puede concursar con otras conductas de la misma entidad porque se violaría el principio del *non bis in idem*.

Es un tipo penal que desde su origen ha transitado por la vía de la inconstitucionalidad cuya consecuencia inmediata debería ser su desaparición dentro del ordenamiento jurídico o su reestructuración normativa

ABSTRACT

The crime of illicit enrichment of particular consecrated in the Article 327 of the Penal Code Colombian, is a demonstration of the theory of the penal right of the enemy proposed by the German Gunther Jackobs that translate in a penal right efficientista in protection of the politics criminal of the State

Is a garbled and inappropriate crime because it goes against of constitutional principles like the *owed process* consecrated in the Article 29 of the National Constitution when boasting the illicit of the heritage, the investment of the load of the proof and the use of the indagatoria. Equally goes against of the principle of *no auto incriminación* consecrated in the Article 33 of the national Constitution because it forces to the person to justify the origin of his heritage. To difference of the thesis proposed by the Constitutional Court is a crime derived therefore it is not possible that this crime contest with other crimes.

From his origin this crime has been contrary to the constitution and his immediate consequence has to be his elimination inside the penal law Colombian

INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo, se ha querido realizar un análisis crítico del Tipo penal consagrado en el Art. 327 de la Ley 599 de 2000 que tipifica el delito de Enriquecimiento ilícito de particulares y que actualmente consagra: *“ El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”*

Dicha iniciativa radica en que el ordenamiento jurídico penal Colombiano consagra una serie de delitos como el enriquecimiento ilícito de particulares que queriéndolos encausar dentro de la política criminal del Estado muchas veces terminan por sacrificar los derechos y garantías constitucionales ganadas por el ser humano y que se devuelven contra él colocándolo en un estado de indefensión frente al poder excesivo del Estado.

Cabe recordar que el delito dentro de la dogmática del Derecho Penal cumple una de las más importantes funciones encomendadas a la actividad jurídica dentro de un Estado Social de Derecho: la protección de los derechos fundamentales frente a la función punitiva estatal.

La Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que *“los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, (se refiere a los derechos fundamentales) y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y, en general, el bloque de constitucionalidad.”*¹

¿Que sucede entonces, cuando la política criminal del Estado obedece más a aspectos u acciones políticas y coyunturales que a fines de prevención del delito? o que dicha política criminal deviene de cierta incapacidad del Estado de prevenir aquellas conductas desestabilizadoras? Pues convierte al derecho penal como puro instrumento al servicio de intereses políticos coyunturales y en función a

¹ Sentencia C-939 de 2002. Sala plena de la Corte constitucional. MP Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT . Referencia: expediente R.E 119. Revisión constitucional del Decreto 1900 de 2002 “Por el cual se adoptan medias en materia penal y procesal penal contra las organizaciones delincuenciales y se dictan otras disposiciones”. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil dos (2002).

estos se tipifican delitos que queriéndolos sumergir dentro del marco constitucional terminan por sacrificar las garantías constitucionales y procesales.

El funcionalismo del derecho penal pro hijado por el coyunturalismo de la política Criminal del Estado convierte al derecho penal en un instrumento residual, pragmático e instrumental, dirigido a solucionar problemas sociales particulares, castigando conductas desestabilizadoras de la sociedad que terminan por convertirlo en un derecho penal del enemigo, dicha teoría es propuesta por el Alemán Gunter Jackobs y que se sintetiza en un derecho penal que en procura de controlar los males sociales vulnera las mínimas garantías a los ciudadanos dejando atrás el postulado del derecho penal como última ratio.

Es por ello que en el segundo capítulo, se analizarán los aspectos de política criminal del Estado presentes en el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, desentrañando los motivos que dieron origen al Decreto legislativo 1895 de 1989 dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias que la constitución de 1886 le otorgaba al Presidente de la República para conjurar el estado de sitio y que posteriormente fue introducido como legislación permanente en virtud del Decreto 2266 de 1991 acogiéndose al Art. 8 transitorio de la nueva constitución de 1991.

La particularidad de este delito radica en que al ser dictado en virtud de un “estado de Sitio” obedeció a una política criminal del Estado Colombiano incapaz e impotente de controlar a los particulares que se enriquecían de las actividades ilícitas como el narcotráfico y que incrementaban sus patrimonios de manera exuberante sin justificación alguna, es una figura jurídica que nació de la tensión entre una política criminal del Estado por punir o castigar y la necesidad de responder penalmente ante aquellas conductas desestabilizadoras de la sociedad.

Como objetivo se ha propuesto derivar el enriquecimiento ilícito de particulares de la teoría expuesta por el Alemán Gunther Jackobs, para ello se estudiarán las diferentes tendencias de esta teoría en aras de desentrañar los puntos de encuentro o afinidad.

En el tercer capítulo, se estudiarán los elementos estructurales que componen a este tipo penal como el sujeto activo, el sujeto pasivo, el bien jurídicamente tutelado, la conducta y el nexo causal, así mismo las características del tipo y las posibilidades que surgen en su configuración de acuerdo a la literalidad del reato penal.

En el cuarto capítulo, se realizará un estudio sobre la tesis de la “autonomía” propuesta por la Corte Constitucional y que actualmente es aceptada por esta corporación como por los tribunales y las demás Cortes, lo que origina que este delito concurse con conductas de la misma entidad como el narcotráfico, el lavado de activos, la captación masiva y habitual de dineros, el hurto, la estafa, entre otras.

En este capítulo paralelamente a la exposición de esta teoría reseñada por la Corte Constitucional se determinarán las contradicciones, confusiones y errores en los que recae la Corte exponiendo en casos hipotéticos como se resolvería el concurso de conductas punibles y la adecuación de estas al fenómeno del concurso aparente.

En el capítulo quinto, se realizará un análisis concreto del delito de enriquecimiento ilícito de particulares a la luz de los principios constitucionales y legales determinando en qué medida este tipo penal desconoce tales garantías. Se hará énfasis en el desconocimiento del debido proceso y del principio de no auto incriminación. Así mismo se expondrá uno de los temas que más suscita controversias en la adecuación y práctica de este tipo penal: la inversión de la carga de la prueba y la violación al principio del *non bis in idem*.

En el capítulo sexto se acogerá el derecho comparado y se expondrán el tratamiento que se le da al delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos en ciertos ordenamientos jurídicos.

Bajo este análisis este delito tipifica una conducta que necesita de prevención general y que atenta contra la sociedad, pero su tipificación no puede desconocer derechos humanos ni principios constitucionales, mucho menos en estados garantistas fundados en la dignidad humana y en el respeto a los derechos humanos propio de un Estado Social de Derecho consagrado por Colombia en la Constitución de 1991, es por ello que en un último acápite se desarrollarán unas recomendaciones en aras de eliminar del ordenamiento jurídico este tipo penal o de cambiar su redacción.

TÍTULO

Análisis crítico del Tipo Penal de Enriquecimiento ilícito de particulares Art. 327 del Código Penal Colombiano, ley 599 de 2000.

1. MARCO JURÍDICO

1.1 ANTECEDENTE JURÍDICO

El Delito de enriquecimiento ilícito de particulares, tipificado en el Art. 327 del Actual Código Penal Colombiano Ley 599 de 2000, tiene como antecedente legal el tipo penal de enriquecimiento ilícito de Servidores Públicos. Esta figura aparece en nuestro ordenamiento jurídico en el proyecto del código penal presentado bajo el decreto 416 de marzo de 1972, por la comisión redactora, comisión a la que el Presidente de la República solicitó dar prelación en lo relacionado con los delitos que atentan contra la Administración Pública.

Sin embargo esta figura aparece redactada por primera vez en anteproyecto de Código Penal de 1974 como resultado de los Decretos 2447 y 2597 donde se convoca a una nueva comisión redactora del Código Penal la cual elaboró el llamado anteproyecto del 74, esta comisión en el capítulo VI del Título III del libro 2 Art. 171 presentó un proyecto del artículo del enriquecimiento ilícito, dicho artículo formaba parte del capítulo de “negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas” extraído del Art. 268 (2) de la codificación penal Argentina cuyo texto consagraba:

ARTÍCULO 171.- “el funcionario o empleado público o el trabajador oficial que obtenga para sí o para un tercero incremento patrimonial no justificado durante el ejercicio de su cargo incurrirá en prisión de (1) a (8) años y multa de un mil a quinientos pesos.”²

Posteriormente, la comisión del anteproyecto de 1976 complicó la redacción del tipo penal haciéndola confusa y por lo tanto inaplicable, en efecto la propuesta presentada por el Dr. Gustavo Gómez Velásquez en su Art. 179 consagraba al respecto:³

² Anteproyecto de Código Penal colombiano, edición Oficial, Ministerio de Justicia, Bogotá 1974, acta 82. Citado por FERREIRA DELGADO Francisco José. Delitos contra la Administración Pública. Tercera Edición. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A 1995. Pág. 119.

³ Anteproyecto del Código Penal, Edición del Ministerio de Justicia, Fondo Rotatorio, Bogotá, 1976. Citado por FERREIRA DELGADO Francisco José. Delitos contra la Administración Pública. Tercera Edición. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A, 1995. Pág. 119-120.

“ARTÍCULO 179.- enriquecimiento ilícito: el empleado oficial que durante el ejercicio de su cargo o en los dos años siguientes a la dejación del mismo obtenga para sí o para un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebida por razón de su cargo o por influencia del mismo y siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de uno a ocho años y multa de mil a quinientos pesos.”

“se presume que se encuentra en el caso previsto en el inciso anterior, el empleado oficial que durante el ejercicio de su cargo en los dos años siguientes a la dejación del mismo obtuviera para sí o para un tercero incremento patrimonial no justificado o hiciera gastos que no guardan proporción con sus ingresos lícitos. Para los efectos previstos en este artículo, la Procuraduría o el funcionario de instrucción podrán investigar el patrimonio de terceros enriquecidos por el empleado o el de aquellos con quienes este pretende ocultar el delito. La acción penal solo podrá iniciarse por la procuraduría de la Nación.”

Fue de este anteproyecto que modificado por la misma comisión dio origen al anteproyecto de 1978 que fue presentado al Senado por el Ministro Cesar Gómez Estrada. Durante el proyecto de la Ley No. 12 de 1978 se presentó ante el Congreso Colombiano los trabajos de la comisión que en su capítulo sexto del Título III del Libro Segundo en el Art. 183 regula la conducta del enriquecimiento indebido reiterando los defectos de redacción del proyecto de 1976.

Posteriormente, mediante la llamada “Comisión Asesora Final” designada por el Gobierno Nacional en virtud de precisas facultades extraordinarias recibidas de la ley 5 de 1978 mediante Decreto ley 100 de 1980, se desarrolló el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos consagrado en el Art. 148 del código penal que sostenía:

“ARTÍCULO 148. - Enriquecimiento ilícito. El empleado oficial que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de uno (1) a ocho (8) años, multa de veinte mil a dos millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a diez (10) años. En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.”

Con la expedición del Decreto 1038 de mayo 1º de 1984, que reguló el estado de sitio en ejercicio de las facultades conferidas por el Art. 121 de la constitución 1886 se abrió un camino a la legislación de excepción y fue entonces que para conjurar la grave situación del orden público producida por la acción de los grupos narcotraficantes y armados al margen de la Ley, se expidió el Decreto legislativo 1895 de 1989 Art. 1 donde se penalizaba el enriquecimiento ilícito de particulares, sin embargo como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional “ el Decreto 1895 de 1989 dejó de regir el día de entrada en vigencia de la Constitución de 1991; pero en virtud del artículo 8º transitorio de la nueva Carta Fundamental, se prorrogó su vigencia por noventa días, lapso dentro del cual el Gobierno lo

incorporó a la legislación permanente, mediante el decreto 2266 de 1991, que no fue improbadado por la Comisión Especial legislativa.”⁴

La misma jurisprudencia constitucional ha señalado que: *“En efecto, cuando el decreto No. 1895 de 1989 fue examinado por la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio del control automático previsto en el artículo 121 de la Constitución de 1886, entonces vigente, esa Corporación lo declaró constitucional, mediante Sentencia del 3 de octubre de 1989, pero bajo el entendido de que las “actividades delictivas” allí mencionadas eran únicamente el narcotráfico y delitos conexos, pues la articulación existente entre el decreto y los motivos que llevaron a la declaratoria del estado de sitio así lo exigían. Posteriormente, al haber sido demandado ante la Corte Constitucional, entre otros, el artículo 10° del decreto 2266 de 1991, esta Corporación lo declaró exequible (Sentencia C-127 de 1993, M.P., Dr. Alejandro Martínez Caballero), e hizo la aclaración de que la “expresión ‘de una u otra forma’, debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas” Es decir, que ya no se limitaría al delito de narcotráfico y conexos sino a cualquiera otro.”*⁵

Posteriormente, mediante la Ley 190 de 1995 conocida como el “Estatuto Antiterrorista” en su Art. 26 se estableció el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos como uno de los delitos que atentan contra la Administración Pública y se aumentó la pena de que trataba dicho delito que sería de dos (2) a ocho (8) años de prisión, multa equivalente al valor del enriquecimiento e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

En 1999 en el Gobierno de Andrés Pastrana Arango que en 1998 bajo la bandera de la “Gran alianza” se conservó la denominada justicia de excepción que pasó a denominarse “justicia especializada” de la ley 504 de 1999 donde se determinó que la justicia regional dejaría de funcionar el 30 de junio de 1999 para dar paso a la justicia especializada, la que funcionaría hasta el 25 de junio de 2007, con esta justicia especializada se crearon los Jueces Penales del Circuito especializados a quienes se le asignaron el juzgamiento de ciertos delitos, dentro de ellos el de enriquecimiento ilícito de particulares y de funcionarios públicos.

Finalmente con la promulgación de la ley 599 de 2000 Nuevo Código Penal, sancionado por el Presidente de la República el 4 de julio de mismo año y manteniendo la misma línea trazada desde el Decreto 1895 de 1989 incorporado al Código Penal en cumplimiento del mandato constitucional del Art. 34 se

⁴ Sentencia C-319 de 1996. Referencia: Expediente D-1253. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 148 del Código Penal y 1° del Decreto Ley 1895 de 1989. Magistrado Ponente. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996)

⁵ *Ibíd.*,

consagró el Art. 327 dentro del Capítulo V del Título X del Libro Segundo, que con las últimas reformas se aumentaron las penas por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004 a partir del 1o. de Enero de 2005 y que actualmente consagra:

“ARTICULO 327. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

1.2 ANTECEDENTE FÁCTICO

La década de los ochentas fue una de las épocas más oscuras y conflictivas de la historia Colombiana, signada por una crisis institucional generalizada, la intensificación de la guerrilla, la respuesta paramilitar, la pérdida de la legitimidad del sistema político, la deuda externa, la corrupción, la violencia y la entrada de un nuevo actor: el narcotráfico como catalizador principal de la crisis.

En esta década Colombia enfrentó la lucha contra los carteles de droga, el acuerdo de paz firmado con las FARC entre 1985 y 1987 y la creación de la Unión Patriótica como brazo político de las fuerzas de izquierda y su posterior exterminio, así como de los magnicidios a Ministros, candidatos presidenciales y líderes sociales.

La crisis de los ochenta se debió en gran medida a la debilidad del Estado Colombiano incapaz de controlar y hacer presencia en las regiones más apartadas del territorio y que dio origen a los cultivos ilícitos de droga y con él la expansión y consolidación de los carteles del tráfico apoyadas en formas ilegales de enriquecimiento económico y de acumulación de capital

Las mafias del narcotráfico se convirtieron en una fuerza equiparable a la del Estado Colombiano que retaron el precario orden social y mediante la corrupción y la violencia buscaron formas de inserción política, económica y social y bien se puede afirmar que en su lucha contra la legalidad como en el caso de la extradición, los cárteles y mafias del narcotráfico contribuyeron a la descomposición del Estado y la sociedad.

De ahí que el Constituyente de 1991 quiso darle fundamento constitucional a todas las figuras legales que en su mayoría obedecían a Decretos dictados en estados de excepción y que en la década de los ochentas habían servido para controlar el narcotráfico y por ente el enriquecimiento patrimonial económico y exacerbado de los particulares tal es el caso del Art. 34 Constitucional que

establece la extinción de dominio sobre los bienes obtenidos por enriquecimiento ilícito porque tal conducta atenta el Tesoro Público y la moral social.

Como lo resalta la jurisprudencia constitucional:

“En el caso colombiano, lo que llevó al Constituyente de 1991 a darle fundamento constitucional al delito de enriquecimiento ilícito fue el proceso de grave deterioro de la moral pública y de los valores éticos que ha venido padeciendo nuestra sociedad en las últimas décadas, y que ha adquirido dimensiones verdaderamente alarmantes, fenómeno que se ha traducido en una desenfrenada corrupción, no sólo a nivel de la administración pública en general sino también de los particulares. En ambos casos, ha sido evidente la incidencia funesta del narcotráfico y su enorme poder corruptor, que ha penetrado de manera ostensible en casi todas las esferas de la sociedad colombiana”⁶.

⁶ Sentencia C-316 de 1996.

2. LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO Y EL FUNCIONALISMO DEL DERECHO PENAL

“Ahora bien, una vez que se tiene al infractor se cambia al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal, como si se tratara de un homicidio por despecho o de conflictos ciudadanos parciales de estas características. Por lo tanto se declara al autor persona para mantener la ficción de la vigencia Universal de los Derechos Humanos.”⁷

Gunther Jakobs.

2.1 LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO

La política criminal del Estado es definida por la Corte Constitucional como “*el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción*”⁸, sirve de fundamento al diseño de los procedimientos sobre los cuales se erige la sanción y represión al delito.

La jurisprudencia constitucional ha definido así mismo que la política criminal del Estado es el resultado de una “*multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección, la variedad y complejidad de algunas conductas criminales, así como los imperativos de cooperación para combatir la impunidad y la limitación de los recursos con que cuentan los Estados para responder a la criminalidad organizada*”⁹.

En virtud de la Cláusula general de competencia consagrada en los Artículos 114 y 150 de la Constitución de 1991, le “*corresponde al Congreso trazar la política criminal y por ente es el legislador, quien en ejercicio de sus atribuciones es el encargado de establecer los nuevos hechos punibles, y determinar la jerarquía de los mismos, así como, establecer las sanciones y los procedimientos aplicables a los hechos punibles.*”¹⁰

⁷ Derecho Penal del Enemigo.” Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Editorial Thomson Civitas. Edición Primera. Bogotá D, C. 2005. Pág. 39.

⁸ Sentencia C-646 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

⁹ *Ibíd.*,

¹⁰ Sentencia C-301 de 1999, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Cabe aclarar que el derecho penal y por ende las penas señaladas por los tipos penales obedecen a dicha política criminal, y solo se acude al derecho penal como último recurso, pues en un Estado democrático sólo tiene justificación como la ultima ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de su gravedad, la cual es cambiante conforme a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado.

Sin embargo tal configuración legislativa no es absoluta, pues al Legislativo le compete crear el tipo penal dentro del marco jurídico, criminal y punitivo y determinar los procedimientos que deben seguirse para el juzgamiento tanto de los delitos como de las contravenciones, “observando las garantías propias del debido proceso, como también de los cánones constitucionales, especialmente aquellos que plasman derechos y garantías fundamentales”¹¹

En este sentido, la política criminal del Estado, debe respetar las garantías penales, erigidas en las Constitución Política como inviolables aún en estados de excepción; en procura de la protección del individuo como titular de la dignidad y de la sociedad, pero no en desmedro de los derechos individuales, sino protegiendo a estos del poder estatal, siendo conscientes que la sociedad merece protección frente al delincuente y que a su vez el delincuente por ser una persona igualmente merece el respeto de su dignidad cuando es objeto de una investigación y de un juicio, por ello la ley penal debe atacar el crimen pero protegiendo al individuo frente al poder del Estado mediante la ejecución de los principios del derecho, los derechos humanos internacionales y los derechos fundamentales constitucionales.

2.2 LAS RAZONES DE POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO PRESENTES EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES.

Las causas que dieron origen a la tipificación del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares se remonta al “estado de sitio” declarado mediante las facultades extraordinarias que la Constitución de 1886 le otorgaba al Presidente de la República para conjurar la grave situación social por la que atravesaba Colombia en la época de los 80. Se dio origen entonces al Decreto No. 1038 de 1984, por el cual se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional.

¹¹ Sentencia C-116 de 2003. Referencia: expediente D-4618. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 269 (parcial) de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”. Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS Bogotá D. C., veinticinco (25) de noviembre del año dos mil tres (2003). Sala Plena de la Corte Constitucional.

En efecto, en la parte considerativa del Decreto en mención se señala que:

“Que dicho decreto señaló como una de las causas de turbación del orden público, la acción persistente de grupos armados y de organizaciones relacionadas con el narcotráfico, orientada a desestabilizar el funcionamiento de las instituciones;

“Que la acción de esos grupos y de esas organizaciones vinculadas al narcotráfico ha producido el incremento patrimonial de diferentes personas;

“que en la medida que se combata ese incremento patrimonial injustificado de personas vinculadas directa o indirectamente a dichos grupos, podrá atacarse esta actividad delictiva y lograrse el restablecimiento del orden público.

En virtud de la declaración del Estado de Sitio, se expidió el Decreto 1895 de 1989 en virtud del cual se configuró como delito el enriquecimiento ilícito de particulares dirigido exclusivamente a sancionar el enriquecimiento ilícito de actividades ilícitas provenientes del narcotráfico.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Nacional de 1991 este tipo penal debió de desaparecer¹² pero producto de la consagración del Art. 8 transitorio de la constitución de 1991¹³ se prorrogó su vigencia por 90 días más con la posibilidad de ser convertido en legislación permanente y fue con base en ello que el 4 de octubre de 1991 mediante decreto 2266 Art. 10 se adopta como legislación permanente el Art. 1 del Decreto 1895 de 1989, con las limitaciones a la libertad y a las garantías con las que fue promulgada por primera vez y las cuales aún perviven en el código penal de 2000. Decreto que fue declarado exequible mediante la Sentencia C-127 de 1993, en donde la Corte sostuvo que el enriquecimiento ilícito de particulares no solo debe entenderse como fruto exclusivo del narcotráfico sino el que se deriva de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas.

Ya con la constitución de 1991, el tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares de acuerdo a la Jurisprudencia Constitucional se deriva directamente del Art. 34 constitucional al tutelar como bien jurídico la “moral social” convirtiéndolo en un delito de carácter autónomo y especial.

En efecto, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional las causas que dieron origen a que el Constituyente de 1991 le diera fundamento constitucional a este delito, ha sido como se señala en la Sentencia C-319 de 1996, *“el proceso de grave deterioro de la moral pública y de los valores éticos que ha venido*

¹² Pues su fundamento jurídico el Art. 121 de la Constitución política que consagraba el estado de sitio y que permitía la limitación de ciertos derechos en el mismo

¹³ Art. 8 Transitorio de la Constitución de 1991.

padeciendo nuestra sociedad en las últimas décadas, y que ha adquirido dimensiones verdaderamente alarmantes, fenómeno que se ha traducido en una desenfrenada corrupción, no sólo a nivel de la administración pública en general sino también de los particulares. En ambos casos, ha sido evidente la incidencia funesta del narcotráfico y su enorme poder corruptor, que ha penetrado de manera ostensible en casi todas las esferas de la sociedad colombiana.”

Sin embargo, el tipo penal de Enriquecimiento Ilícito de Particulares es una figura jurídica que nació de la tensión entre una política criminal del Estado por punir o castigar conductas y la necesidad de responder penalmente ante aquellas conductas desestabilizadoras de la sociedad, queriendo enmarcarlas en el campo constitucional de los principios y de los derechos humanos, a tal punto que dicho tipo penal termina por favorecer la política criminal del Estado en detrimento de los derechos fundamentales sacrificando igualmente las libertades y garantías constitucionales.

Desde su origen dicho tipo penal obedeció a una política criminal del Estado Colombiano incapaz e impotente de controlar a los particulares que se enriquecían de las actividades ilícitas como el narcotráfico y que incrementaban sus patrimonios de manera exuberante sin justificación alguna

En el salvamento de voto de la Sentencia C-319 de 1996, Carlos Gaviria Díaz sostiene que: *“En Colombia, las decisiones político criminales no han obedecido a criterios en perspectiva del sistema penal y fundados en valoraciones también empíricas y ajustadas a realidades muy particulares, sino que han obedecido a criterios coyunturales de la política, sobre todo reactivos: criterios de ocasión en la acción política han sustituido la construcción ponderada de criterios de política criminal, siendo su consecuencia más radical, el sacrificio de libertades y garantías. Tanto más grave aún: el coyunturalismo se ha traducido, en la práctica, en un pragmatismo instrumental que convierte el derecho, y sobre todo el derecho penal, en un instrumento de regulación de toda clase de problemas que sólo de manera residual o en todo caso no en forma prioritaria y absoluta a él le corresponden.”*

En efecto, el Estado justificó este delito mediante la bandera de la “lucha contra la corrupción”, sin embargo, tal justificación obedece en realidad a una política instrumentalizadora que busca al derecho como medio de represión y que termina por crear bienes jurídicos “ad hoc” o coyunturales y que terminan sacrificando en aras de la protección a esos bienes jurídicos idealizados los derechos constitucionales.

El Tratadista Pedro Pablo Camargo sostiene que: *“ en algunos Estados que han venido a adoptar recientemente el Derecho Penal autoritario con fines eminentemente represivos con el fin de combatir fenómenos temporales como el terrorismo, el crimen organizado, existe la tendencia a suprimir la garantía del in*

*dubio pro reo por su negación, in dubio pro societatis, siendo esto algo abominable.*¹⁴

El bien jurídico tutelado por este delito de acuerdo a la Corte Constitucional es “la moral social”, bien jurídico que si bien se consagra en la Constitución, no por ello debería ser el tutelado por este delito, porque es un bien jurídico de carácter “ad hoc” fruto de la política criminal coyuntural que tiene sus raíces en el “estado de sitio”, bien jurídico inexistente dentro del ordenamiento jurídico, considerado como vago, gaseoso y difuso, fundado en la moral y en una clara confusión entre el derecho, la ética y la moral.

2.3 EL FUNCIONALISMO DEL DERECHO PENAL

EL coyunturalismo de la política criminal del Estado, convierte al derecho penal en un instrumento residual, pragmático e instrumental, dirigido a solucionar problemas sociales particulares, castigando conductas desestabilizadoras de la sociedad, cuyo uso instrumental pertenece más un derecho penal premoderno, inquisitorial, y con una vocación eficientista a ultranza en el cual prima la eficacia sobre los derechos fundamentales y que terminan por convertirlo en un derecho penal del enemigo, dicha teoría es propuesta por el Alemán Gunter Jackobs y que se sintetiza en un derecho penal que en procura de controlar los males sociales vulnera las mínimas garantías a los ciudadanos dejando atrás el postulado del derecho penal como última ratio, teoría que guarda gran afinidad con el tipo penal de Enriquecimiento ilícito de particulares.

2.3.1 El derecho penal del enemigo de Gunther Jakobs. Para desarrollar el estudio de esta teoría, se ha tomado como fuente el ensayo titulado “*el Derecho penal del Enemigo*” realizado en el año 2005 por el Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, dirigido por el Director Eduardo Montealegre Lynett, de la Universidad Externado de Colombia y que recoge la discusión planteada por el Alemán Gunther Jakobs Catedrático Emérito de Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la Universidad de Bonn (Alemania) y Manuel Cancio Melia Profesor Titular de Derecho Penal En la Universidad Autónoma de Madrid.

En este ensayo Gunther Jakobs propone en su teoría, la posibilidad de unificar dos “esferas aisladas del derecho penal” como parte de demostrar dos tendencias en un solo contexto jurídico, estas tendencias son: el derecho penal que se aplica a la persona que comete un delito o derecho penal del ciudadano y el derecho

¹⁴ CAMARGO Pedro Pablo. El Debido Proceso. Segunda edición. Bogotá-Colombia. Editorial Leyer.2002. Pág. 145.

penal del enemigo que trata a la persona como enemigo frente al peligro que representa al orden jurídico.

- El Derecho penal del ciudadano:

La primera tendencia concerniente al “derecho penal del ciudadano” se explica sobre la base de las teorías filosóficas relacionadas con el contrato social, es decir, aquel contrato en el que los ciudadanos entregan parte de su libertad al estado con el propósito de que este regule las relaciones sociales, pasando en palabras de Kant de un Estado natural en el que no hay normas sino libertades ilimitadas a un Estado de ciudadanía en donde hay un ordenamiento jurídico que permita vivir en comunidad, por lo tanto, quienes hacen parte de un Estado tienen unos derechos y unas obligaciones que cumplir, el no cumplimiento de estas obligaciones es lo que para el ordenamiento jurídico conllevaría a la comisión de un delito.

Para Jakbos, el ciudadano es la persona y entiende que *“solo es persona quién ofrece una garantía cognitiva suficiente de su comportamiento personal y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para ser real”*.

En el estado de ciudadanía se castiga a través del Derecho Penal la comisión de un delito ya realizado, es decir, se produce un hecho antijurídico y se aplica la pena. No se castiga la preparación de hechos futuros y el tratamiento que se le da a la persona que delinque consiste en aislarla de la sociedad a través de medidas de aseguramiento, pero reconociéndole los derechos humanos y conservándole la calidad de persona.

- Derecho penal del Enemigo.

La segunda tendencia es la denominada como “derecho penal del enemigo” frente a la cual manifiesta Jakobs: *“el derecho penal del ciudadano es de todos, el derecho penal del enemigo, el de aquellos que forman contra al enemigo; frente al enemigo, es solo coacción física hasta llegar a la guerra” (...)* *“el derecho penal del ciudadano, mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo combate peligros”*.

Significa entonces, que el Derecho penal del enemigo, es aquella tendencia que busca tipificar conductas que puedan poner en peligro futuro la estabilidad y la legitimidad del establecimiento y del ordenamiento jurídico, por lo tanto la persona

que atente contra dicho establecimiento deberá tratársele como “enemigo”¹⁵ y no como ciudadano, por lo tanto el trato que debe aplicarse sobre estos sujetos tendrá que ser según Kant la desaparición de los mismos de la sociedad.

Jakobs, sostiene, que lo que puede convertir a una persona en “enemigo” es el conocimiento de la ilicitud de su conducta y que conociendo de su ilicitud la realiza con fines de atentar contra el ordenamiento jurídico, a lo que Jakbos llama el elemento “cognitivo” por lo tanto sostiene que *“quien no preste una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.”*

Al ponerse en peligro futuro el establecimiento del Estado, contra el infractor, ahora “enemigo” se adelanta una represión o coacción que realiza el Estado que se traduce en la pena misma. Por eso Jakobs, sostiene que *“la coacción¹⁶ es la respuesta a un hecho, el hecho sería la conducta de una persona racional que conociendo la norma la desautoriza, la pena significa entonces “que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones.” (...) la pena entonces, pasa a ser un medio para el mantenimiento de la vigencia de la norma a serlo de la creación de la vigencia de la norma.”* Es decir, la pena no solo es el medio para demostrar que la norma violada es vigente y aplicable sino que crea vigencia, de tal manera que por sí solo la norma no regula ni previene la comisión del hecho, lo que evita entonces la comisión del hecho es la ejecución de la pena.

Puede resumirse de una forma más clara el planteamiento de Jackobs de la siguiente manera: el poder del derecho penal debe ser utilizado con el fin que ha definido como prevención-integración; es decir, la fuerza del derecho penal debe ser utilizada para mantener la vigencia de la norma, pues la norma se configura como la expectativa que espera la sociedad del individuo, y cuando ésta es defraudada con la comisión de un delito, se hace necesario un instrumento simbólico como la pena que reafirme las convicciones en los individuos demostrando “que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad. Siguiendo los planteamientos del mismo autor, la actitud psicológica que posea el individuo para mantenerse fiel a la norma determina su grado de peligrosidad hacia la sociedad. Por esta razón, el autor citado hace una diferenciación entre el trato que debe dársele a una persona de la cual no se

¹⁵ Sostiene Jakobs que el enemigo es “un individuo que no admite ser obligado a entrar en un Estado de ciudadanía, no puede participar del beneficio del concepto de persona.” Y por lo tanto es persona quien se somete a entrar en un estado de ciudadanía dentro del contrato social, quién no lo haga será un “enemigo”.

¹⁶ La coacción “es la creación de un orden del derecho a mantener un orden”

espera que respete las expectativas sociales y el trato que se le debe dar a una persona que sí cuenta con esa capacidad.

De acuerdo con esto, Jackobs hace una clasificación de un derecho penal para ciudadanos, es decir, busca corregir las defraudaciones al modelo social y el derecho penal para los enemigos, que es aquel dirigido a eliminar peligros. La conclusión a que llega este planteamiento es que hay materias tan graves, o tipos de delitos tan graves, en los cuales los fines de prevención dirigidos a eliminar el peligro deben desconocer la calidad de persona del delincuente, para mantener la confianza de los individuos en la sociedad.

A diferencia del trato que se le da al ciudadano, en el derecho penal del enemigo, al “enemigo” hay que destruirlo.

En este sentido Manuel Cancio Melia, en su ensayo sobre el “derecho penal del enemigo” propuesto por Jackobs, si bien parte de la existencia dogmática de este derecho, manifiesta que dicha teoría no debe ser tomada como parte del “derecho penal”, el autor contradice esta teoría ya que es una teoría inacabada en el sentido de que al tratar a una persona como peligrosa y de tildarlo como “otro” no supone eliminarlo del pacto social, sino que se está reconociendo el potencial riesgo que esa persona causa para el Estado, aparte de que no solo es el “hecho” o la conducta la que le confiere el carácter de “enemigo a una persona” sino varios elementos que le generan dicha calidad, tal es el caso de un grupo terrorista como lo es ETA, o que en el actual caso colombiano son los paramilitares y la guerrilla a quienes se les ha conferido la calidad de terroristas.

Sin embargo, Manuel Cancio Melia afirma la existencia del “derecho Penal del Enemigo” como resultado del fenómeno actual de la “expansión del derecho”. El autor propone que en la actualidad son muchos los tipos penales que se han tipificado y que se han cambiado como del endurecimiento de las penas frente a ciertos delitos, los que generan como consecuencia inmediata la criminalización previa del delito y la afectación a bienes jurídicos tutelados. A este derecho se lo conoce como “el derecho penal de la puesta en riesgo.”

El Derecho Penal del enemigo es fruto entonces del “derecho penal simbólico” y del “resurgimiento punitivo”. Se entiende por el primero aquel derecho que genera en la sociedad la apariencia de un legislador atento y decidido a tipificar conductas y por ende delitos que atentan en un futuro o que constituyen un peligro latente para la sociedad. (Tal es el caso del enriquecimiento ilícito de particulares). Sostiene el citado autor que los elementos simbólicos son parte de la esencia del derecho penal que generan una identidad social.

Sin embargo, de nada sirve un “derecho simbólico” si no se le aplica a la figura de la pena o sanción, que Jackobs denomina coacción. Por lo tanto el derecho penal no se agota en lo simbólico sino en consagrar tipos penales que en verdad sean

aplicados y sancionados. El autor propone que existe un “clima punitivo” en virtud del cual el Derecho penal pasa a ocupar un papel importante como fórmula criminalizadora y discriminalizadora de delitos, tal es el caso de una izquierda política que mira de acuerdo a sus principios la eliminación de ciertos tipos penales como es el caso del Aborto porque discriminaliza los derechos de la mujer, y la derecha política que propende por la criminalización de conductas y que en ultimas estas dos tendencias miran al derecho penal como medio para alcanzar un matiz político.¹⁷

- Unión de las tendencias:

Jakobs, une estas dos tendencias del Derecho penal, bajo el análisis, de que el “enemigo” es persona y donde las personas son tratadas como potenciales enemigos. Sostiene que en la actualidad existe una corriente en todo el mundo que plantea un orden mínimo, jurídicamente vinculante en el sentido de que no se deben vulnerar los derechos humanos fundamentales, independientemente de donde ocurran y que necesariamente se debe reaccionar frente a tales vulneraciones mediante una intervención y por lo tanto una pena.

De tal manera, que frente a los autores de vulneración a derechos humanos, de por sí está permitido todo lo que sea necesario para asegurar el ámbito “comunitario legal” es decir el Estado y la sociedad, y que en aras de mantener dicho ámbito comunitario-legal se vulneran derechos fundamentales, en efecto sostiene Jakobs “ *y esto es lo que sucede, conduciendo primero una guerra, no enviando como primer paso a un policía para ejecutar una orden de ejecución... una vez se tiene al infractor se cambia el Código penal y el Código de procedimiento Penal como si se tratará como de un homicidio por despecho...se declara al autor persona para mantener la ficción de la vigencia universal de los Derechos humanos. Sería más sincero separar esta coacción en la creación de un orden del derecho a mantener un orden.*”

Jakobs, en su escrito retoma el planteamiento de Capeto quién sostiene: “*como es evidente no me dirijo contra los derechos humanos, con vigencia universal, pero es que su establecimiento es algo distinto que su aseguramiento. Si sirve al establecimiento de una constitución mundial, comunitario legal, habrá que castigar a los que vulneran los derechos humanos; pero eso no es una pena contra*

¹⁷ “Derecho Penal del Enemigo.” Gunther Jakobs Catedrático Emérito de Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la Universidad de Bonn (Alemania) y Manuel Cancio Melia Profesor Titular de Derecho Penal En la Universidad Autónoma de Madrid. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Editorial Thomson Civitas. Edición Primera. Bogotá D.C. 2005. Pág. 48-49.

*personas culpables sino contra enemigos peligrosos, y por ello debería llamarse la cosa por su nombre: derecho penal del enemigo.*¹⁸

2.3.2 El enriquecimiento ilícito de particulares es una manifestación de la teoría del derecho penal del enemigo. De acuerdo a los planteamientos señalados, concluimos que de la teoría del “derecho penal del enemigo” propuesto por Jackobs, surge como una postura teórica en la dogmática penal que justifica la existencia de un derecho penal y procesal penal sin las mínimas garantías¹⁹, cuyo mentor fue el Alemán Gunther Jakobs. Este derecho penal del enemigo nace como una salida a la criminalidad organizada (carteles de droga, criminalidad de inmigración, tráfico de armas y terrorismo) donde lo que sucede no es que se dirijan con prudencia y comuniquen con frialdad operaciones de combate, sino que se desarrolla una cruzada contra “enemigos” personas y ciudadanos que por su conducta pierden tal calidad y son tratados como “enemigos” por causar un riesgo latente al Estado.

Justamente el tipo penal como el del Enriquecimiento ilícito de particulares es una manifestación de la imposición de penas privativas de la libertad y de la flexibilización de los principios político criminales y de las reglas de imputación.

Al consagrarse este tipo penal dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el Estado buscó la forma de prevenir este delito mediante su tipificación, de tal manera que se considera que el particular que llegue a incrementar su patrimonio “injustificadamente” se constituirá en un potencial riesgo al que habría que eliminarse por completo al afectar bienes jurídicos tutelados como “la moral social”.

No se mira al particular como un ciudadano normal pues como lo expone Jackobs, ya no puede tratárselo como tal al constituirse como un riesgo a la sociedad, sino que de plano se presumiría que el particular es un “enemigo” porque su conducta puede afectar el bien protegido por el Estado. No importa entonces, como lo propone Jackobs, que instrumentos deba utilizar el Estado con el fin de prevenir y sancionar al “enemigo” ni si flexibiliza derechos constitucionales en aras de

¹⁸ Derecho Penal del Enemigo.”Gunther Jakobs Catedrático Emérito de Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la Universidad de Bonn (Alemania) y Manuel Cancio Melia Profesor Titular de Derecho Penal En la Universidad Autónoma de Madrid. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Editorial Thomson Civitas. Edición Primera. Bogotá D.C. 2005. Pág. 39.

¹⁹ Luigi Ferrajoli en “derecho y razón” sostiene: el Estado de derecho que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema del poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad en el plano jurídico de un sistema de vínculos transpuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos del ciudadanos.

proteger su política criminal, pues al potencial enemigo hay que eliminarlo por completo.

Como lo sostiene Cancio Melia ya citado, al Estado ya no le interesa hablar con sus ciudadanos, por el contrario en delitos como el enriquecimiento ilícito el Estado amenaza a sus “enemigos”, el estado simbólicamente y punitivamente le está diciendo al particular que si no explica como obtuvo su incremento patrimonial será sancionado a futuro, y el particular reconoce en sí mismo que tiene una amenaza por parte del Estado.

De la literalidad del tipo como más adelante se estudiará, le está generando al reo la violación a su principio de presunción de inocencia, pues de plano se sostiene que si el particular incremento su patrimonio, lo hizo como fruto de actividades ilícitas hasta que el no pruebe lo contrario, generándole al reo la obligación de probar su inocencia, sin que sea el Estado quién primeramente deba de desvirtuar la presunción de inocencia, lo que se traduce en la inversión de la carga de la prueba, que en un Estado social de derecho como el Colombiano, no encuentra asidero alguno.

Pero ello no es todo, la causa que dio origen a la tipificación de este delito, se convierte en sí mismo, en una constante actividad del Estado por desplegar todo su aparato judicial en aras de suprimir por completo la “corrupción y la lucha contra el terrorismo” y que termina por sacrificar derechos y garantías constitucionales, lo que termina en últimas por convertirse en un “derecho penal del enemigo” como aquel que viola el principio del debido proceso y su fundamento normativo internacional y constitucional.

Sin duda alguna el tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares es una manifestación de la teoría propuesta por Jackobs, en virtud de la cual se trata al particular como un individuo peligroso y existe por medio del tipo penal un adelantamiento punitivo, penas desproporcionadas y garantías procesales relativizadas y suprimidas. No se trata tampoco de desconocer que su punibilidad es explicable en sistemas como el Colombiano, pero el actuar del Estado no puede sobrepasar la barrera de los derechos constitucionales.

En suma puede afirmarse que el delito de enriquecimiento ilícito de particulares del Artículo 327 del código Penal Colombiano de 2000 tiene una evidente afiliación a la corriente del derecho penal del enemigo, porque en él se da la violación de todas y cada una de las garantías liberales, que hacen parte de la esencia del proceso penal y que se han erigido como el límite a la potestad punitiva del estado, se puede resumir que este tipo penal desconoce:

- La presunción de la ilicitud de enriquecimiento patrimonial y como consecuente la violación a la garantía de la presunción de inocencia.

- Desconocimiento del *in dubio pro reo* como elemento integrador de la presunción de inocencia.
- El desconocimiento de la garantía de no auto incriminación bien por pasiva o por activa.
- Desconocimiento del principio *non bis in idem* por la declaratoria de la autonomía del tipo penal.
- La apelación a un bien jurídico tan “gaseoso” como la moral social desconociendo que la misma obedece al fuero interno y que no puede ser regulada por el derecho.

3. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES

“la seguridad de los ciudadanos no son amenazas únicamente por los delitos, sino también y generalmente en mayor medida por las penas excesivas y despóticas, por los arrestos y los procesos sumarios, por los controles de policía arbitrarios e invasores, es decir, por aquel conjunto de intervenciones definidos como “justicia penal”, la que tal vez en la historia de la humanidad ha costado más dolores e injusticias que todos los delitos cometidos.”²⁰

Álvaro Orlando Pérez

El Art. 327 del Código Penal establece:

“ARTICULO 327. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

3.1 ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL TIPO

3.1.1 Sujeto Activo. Se entiende por sujeto activo a la persona que realiza la conducta típica, quién realiza el verbo rector, o quién vulnera el bien jurídico, en fin se puede concebir como el autor. En la Sentencia C-319 de 1996, la Corte Constitucional determinó que se trata de un tipo penal de sujeto activo indeterminado, es decir, el delito puede ser cometido por cualquier persona sin características especiales.

En relación con el sujeto activo, no existe dificultad alguna para entender su campo de acción, en cuanto que en dicha conducta puede incurrir todo aquel que se enriquezca ilícitamente. Es clara la diferencia que existe frente al delito de enriquecimiento ilícito de servidores públicos, pues en este último se trata de sujeto activo cualificado.

²⁰ Álvaro Orlando Pérez citado por Juan F. Carrasquilla, “Delito y error prospectivo político criminal” Editorial Temis. 1990. Pág. 68.

Este sujeto activo puede ser mono subjetivo si está compuesto por una sola persona o pluri subjetivo si está compuesto por más de una persona. El autor de este tipo penal puede ejecutar la conducta típica por sí mismo o por interpuesta persona y según sea el caso se denomina autor material, autor mediato, autor inmediato, autor intelectual o partícipe.²¹

En el tipo penal sub-examen se contempla la posibilidad de la autoría mediata con la expresión de: “*manera directa o por interpuesta persona*”, de donde se infiere que el autor del ilícito puede ejecutarlo, valiéndose de otra persona, bien sea colocando sus bienes en otra persona (testaferrato) o en el peor de los casos de un inimputable.

3.1.2 Sujeto pasivo. El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico afectado, aún cuando la Corte Constitucional se muestre partidaria de la teoría de que el bien jurídico tutelado sea la “moral social”, como bien jurídico perteneciente a la sociedad, se plantea que la sociedad no posee personería jurídica y solo las personas pueden ser sujeto pasivo de delitos. Por ello para el caso del enriquecimiento ilícito de particulares, el sujeto pasivo de la conducta es el Estado por ser este el titular del bien jurídico que se tutela con la tipificación de ese reato penal, cuales son, la Fe pública, la moral y el tesoro público, el sujeto perjudicado con la acción típica también puede ser mono subjetivo o pluri subjetivo, según sean una o varias las personas afectadas con el actuar delictivo.

Se hace necesario hacer diferenciación entre el sujeto pasivo y el sujeto perjudicado con la acción típica, pues como ya se dijo, el sujeto pasivo de la conducta es el Estado titular del bien jurídico tutelado, sin embargo, puede ser que ese enriquecimiento ilícito sea producto de un hurto, o una estafa, caso en el que la persona víctima del hurto, o de la estafa, debe tener una calidad en el proceso, lo que termina por fundamentar que con este delito el Estado en procura de dar sosiego termina por abrogarse la calidad de perjudicado con el delito porque siempre este delito atenta contra el régimen jurídico operante en el Estado.

3.1.3 Objeto material. Entendemos por este los bienes por los cuales recae o con los que se concreta la vulneración del interés jurídico que la norma pretende tutelar con la consagración de la conducta como típica y sobre la cual recae la conducta del agente o sujeto activo, Alfonso Reyes Echandía, lo define como “*aquello sobre lo cual se concreta la vulneración del bien jurídico que el legislador intenta tutelar en cada tipo y hacia el cual se orienta la conducta del agente.*” Para Vicencio Manzini es “*aquel elemento constitutivo de un hecho delictivo con*

²¹ Luz Amparo Yépez, “El delito de enriquecimiento ilícito de particulares” Editorial Leyer septiembre de 2001. Pág. 73

*relación al cual tiene lugar la violación de un interés protegido y que representa la entidad material principal (cosa o persona) a la que se refiere la acción o la omisión.*²²

Para el caso concreto del delito del enriquecimiento ilícito el objeto material de la conducta más que el incremento patrimonial como tal, lo constituyen los bienes o activos que el agente haya a adquirir a título traslativo de dominio, o sea, los bienes que configuran el incremento patrimonial no justificado siempre que ellos se deriven de una u otra forma de actividades ilícitas.

Se entiende por bienes susceptibles de ser objeto material de la conducta de enriquecimiento ilícito, las cosas corporales o incorpóreas, indeterminados pero determinables, al momento de estudiar los pasivos y los activos propiedad del sujeto activo de la conducta muebles o inmuebles, tangibles o no tangibles, así como documentos o instrumentos ilegales que acrediten propiedades u otros derechos sobre los mismos siempre que sean apreciables en dinero, por ejemplo, escritura pública de compraventa, de arrendamiento financieros, de valores de depósitos, de custodia documentaria, de operaciones bancarias, etc. Bienes estos que en últimas servirían para determinar el valor del incremento patrimonial obteniendo por el imputado una vez se comparece con el patrimonio anterior, bienes estos que para ser objeto material de la conducta de enriquecimiento ilícito debe obrar siquiera prueba sumaria de que provienen de actividades ilícitas.

3.1.4 Bien jurídico tutelado. Se entiende por bien jurídico el interés que el legislador pretende tutelar con la tipificación del tipo penal en mención el cual resulta vulnerado con la ejecución de la conducta típica y se acomoda a la descripción típica.

Debe tenerse en cuenta como se ha mencionado que este reato penal nació del Estado de Sitio para tutelar bienes jurídicos como la tranquilidad, la seguridad ciudadana, la fe pública, la moral social y el tesoro público, se estaría ante una pluralidad de bienes jurídicos tutelados.

3.1.4.1 De la tranquilidad y de la seguridad ciudadana. Este bien jurídico adquiere protección mediante el decreto 1895 de 1989 por las consideraciones que se hicieran en su momento en lo relacionado con las causas que mantenían al estado de zozobra y la perturbación de la tranquilidad *“por la acción persistente de los grupos armados y de las organizaciones relacionadas con el narcotráfico orientada a desestabilizar el funcionamiento de las instituciones.*

²² VICENCIO MANZINI, citado por Luz A Ruiz Yépez, *“El delito de enriquecimiento ilícito de particulares”* Editorial Leyer, Segunda Edición, Bogotá 2001. Pág. 64.

3.1.4.2 La salubridad pública. Toda vez que el delito del cual debía de provenir los dineros ilícitos que eran el objeto material de la conducta eran producto del tráfico de estupefacientes y este causaba grave deterioro de la salud de quienes consumían estas drogas prohibidas, también se atentaba con esta conducta contra el orden económico pues el ingreso de estos dineros al sistema económico creaba una desproporción inflacionaria que terminaba descompensando la economía nacional y todo el sistema económico.

3.1.4.3 La moral Social. Para la Corte Constitucional el bien jurídico perseguido por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares es el mismo que el de funcionarios públicos, y por tal razón, el bien jurídico protegido por esta norma es, ante todo, la moral social. Dicho bien jurídico encuentra su fundamento en el Art. 34 constitucional que prevé la extinción de dominio:

Artículo. 34 “No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social

Afirma la Corte constitucional que es un *“bien jurídico objeto de expresa tutela constitucional. Se trata, de un delito que lesiona gravemente este valor, que el Constituyente de 1991 buscó preservar y defender, no sólo a través del precepto constitucional citado, sino de otros varios que se encuentran igualmente consagrados en la Constitución Política.”*

En este sentido la Corte Constitucional ha señalado que para el caso colombiano *“lo que llevó al Constituyente de 1991 a darle fundamento constitucional al delito de enriquecimiento ilícito fue el proceso de grave deterioro de la moral pública y de los valores éticos que ha venido padeciendo nuestra sociedad en las últimas décadas, y que ha adquirido dimensiones verdaderamente alarmantes, fenómeno que se ha traducido en una desenfadada corrupción, no sólo a nivel de la administración pública en general sino también de los particulares.”*

La “moral social” como bien jurídico amplió el marco del bien tutelado, toda vez que se determinó que el incremento patrimonial ya no solamente provenía de las conductas de narcotráfico, conductas que atentan contra los bienes jurídicos antes mencionados, sino, cualquier conducta delictiva ya que todos los delitos atentan contra la moral social, así lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia C -123 de 1993 cuando dijo que *“la expresión de una u otra forma debe entenderse como incremento patrimonial no justificado de actividades delictivas en cualquier forma que se presentes estas...”*

❖ **La moral Social en el salvamento de voto de la Sentencia C-319 de 1996.**

Para apoyar nuestra tesis, es necesario traer los argumentos expuestos por el Ex magistrado de la Corte Constitucional Carlos Gaviria Díaz en el salvamento de voto de la Sentencia C-319 de 1996 en virtud de la cual se declaró exequible el Tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares. Son estos los argumentos principales que se exponen:

- Del artículo 34 de la Constitución política se deduce el fundamento constitucional del tipo penal de enriquecimiento ilícito, pero se lo liga, dándole un valor absoluto, a la alusión que hace la norma constitucional sobre la "moral social", recayendo en un error de interpretación al querer derivar como bien jurídico tutelado la "moral social", pasando de la Constitución Política al derecho penal, en una deducción automática, donde el error interpretativo reside en la falsa idealización de la "moral social."
- Constituyéndose la "moral social" como un valor ya idealizado y con efectos sobre la función punitiva estatal, de él se deduce en consecuencia un bien jurídico supuestamente tutelado por el enriquecimiento ilícito. La "moral social" como bien jurídico no existe dentro del ordenamiento jurídico, sino que es construido como recurso "ad hoc" funcional o de instrumentalización del derecho dentro de la política criminal del Estado.
- Convertida la "moral social" como bien jurídico Ad hoc como recurso criminalizante más allá de toda lógica jurídica, se derivan interpretaciones contradictorias de las normas como en el caso de los particulares, al ser concebido su enriquecimiento injustificado como un delito autónomo, y que de acuerdo a la literalidad del mismo este es un tipo penal "derivado" sin embargo la Corte Constitucional expresa contradictoriamente que es un delito "autónomo" que no se deriva de ningún otro delito.
- La "Moral Social" como bien jurídico tutelado es una mezcla entre la moral y el derecho, pues en la sentencia la Corte Constitucional expone en su punto 3º que el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos es "*un tipo penal doloso que se manifiesta en el incremento patrimonial del servidor público, sin causa que lo justifique de acuerdo con la ley y la ética...*". De esta manera, lo injustificado de un patrimonio no es evaluado como un elemento de antijuridicidad que puede invadir la esfera de la tipicidad, o simplemente como un elemento de tipicidad, sino que es transferido al universo de las leyes éticas.
- La "Moral Social" es un bien jurídico vago, gaseoso y difuso, fundado en la moral, dando origen a un derecho penal instrumental que discrimina moralmente las conductas de sus actores, concepción propia de un derecho penal premoderno, inquisitorial, y con una vocación eficientista a ultranza en el cual prima la eficacia sobre los derechos fundamentales; es decir,

prima la eficacia sobre la legitimidad: la pura razón instrumental, sobre la razón valorativa.

Expuestas la Tesis de la Corte Constitucional en Sentencia C-319 de 1996 y en el salvamento de voto de la misma, nos es posible afirmar desde la óptica de la defensa a los derechos y principios constitucionales, que este tipo penal no es autónomo simplemente porque el Art. 34 Constitucional lo mencione, por el contrario tal como lo señala el Art. 327 del Código Penal, es derivado porque solo hay enriquecimiento ilícito si deviene de una actividad ilícita previa, menos aún que la “moral social” sea el bien jurídicamente tutelado por esta conducta, simplemente porque el Art. 34 constitucional la mencione y que el carácter autónomo de este tipo penal no está determinado por el bien jurídico que se tutela.

Si bien compartimos en parte la postura expuesta en el salvamento de voto sobre el equivocado análisis que se hace de la “moral social” lejos del campo de la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, para trasladarla al universo de las leyes éticas, nos apartamos en cuanto a la afirmación de que la “moral social” no existe dentro del ordenamiento jurídico Colombiano, porque esta si es reconocida por la Jurisprudencia constitucional definiéndola como:

“(...) la moral social es considerada un valor superior que compromete a toda la comunidad, y como tal, es de interés general. Consiste en el mantenimiento de una conducta, no ya solamente individual, inmanente, sino colectiva, que se ajuste a ciertos principios éticos y a lo que esa sociedad considera deben ser reglas de conducta que conduzcan a una convivencia armónica, al mutuo respeto entre los asociados y, en última instancia, al logro de la paz tanto a nivel interno como a nivel colectivo”²³.

La moral social refiere, entonces, al mínimo comportamiento ético común aceptado por el conjunto de una sociedad dentro de las reglas del verdadero pluralismo democrático, que impone a sus miembros actuar de cierta manera. Dicho en otros términos, es la conducta “que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia (...)”²⁴.

Entendida entonces como un ideal o aspiración de conducta, en ella convergen diferentes proyectos morales de los individuos, a tal punto define la jurisprudencia que el Legislador y el Juez al momento de aplicar e interpretar el derecho no deben apartarse de la “moral social” porque esta nutre los motivos para el caso del Legislador por los cuales puede llegar a tipificar una conducta y para el Juez los motivos por los cuales puede llegar a tomar una determinada decisión judicial.

²³ Sentencia T-620 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁴ Sentencia C-224 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

Sostenemos que el problema reside en la equivocada justificación y en el error de interpretación que se hace de este concepto. Solo tiene cabida si se entiende que cuando se tipifica esta conducta la sociedad Colombiana aspiraba éticamente a erradicar el narcotráfico y producto de esta la corrupción y la violencia.

Lógicamente, que el enriquecimiento obtenido producto de una actividad que llega a atentar contra la sociedad misma, no era el ideal de conducta que aspiraban los Colombianos, pero este ideal no puede ser directamente el bien jurídicamente tutelado, porque este debe tutelar un interés específico como puede ser el patrimonio económico, la vida, el sistema financiero, la salubridad pública, entre otros. Tutelar la “moral social” implicaría un análisis más subjetivo que objetivo, y puede llegar a ser utilizada como justificación para perseguir a un individuo por una determinada conducta criminal. Es más, de admitirse la como bien tutelado, se debería resolver el siguiente cuestionamiento: que delito entonces, no tutela la moral social? Y la respuesta es sencilla, todo delito es resultado de una aspiración de conducta social, razón por la cual todos llegarían a tutelar la moral social.

Sin lugar a dudas la “moral social” nutrió y motivo la tipificación del tipo penal de Enriquecimiento ilícito de particulares, pero, se la debe diferenciar entre los muchos aspectos que llevaron a la tipificación de esta conducta con el interés jurídico que busca el Estado y con el objeto material que persigue el tipo penal.

Analicemos el caso del enriquecimiento obtenido producto del hurto o de la captación de dineros, el objeto material que persigue esta conducta puede ser un bien mueble que entró al patrimonio de una persona y por haber entrado fruto de una actividad ilícita este particular se enriqueció ilícitamente porque sabiendo de la ilicitud de la conducta previa acepto los bienes muebles y se enriqueció. De tal manera que el delito de enriquecimiento ilícito perseguirá el objeto material: bien mueble.

Lo mismo sucede con el bien jurídicamente tutelado, si el delito de captación de dineros o el hurto tutelan el patrimonio económico, el enriquecimiento ilícito tutelaré entonces este mismo bien jurídico, porque la naturaleza derivada de este tipo penal así lo exige, de donde surge entonces tutelar la “moral social”?. Este tipo penal atentó contra el patrimonio económico o en ciertos casos como el de la captación de dineros contra el sistema financiero, lo que es cierto, es que incluso el delito de enriquecimiento ilícito carece de autonomía en el bien jurídico que tutela porque este dependerá por su carácter derivado del bien tutelado por el delito fuente o madre.

Sin lugar a dudas la “moral social” como bien jurídico tutelado, es una manifestación de la teoría del Derecho penal del enemigo, en la medida de que pese a la ambigüedad del concepto, a la confusión entre derecho, ética, política y moral, el Estado realiza una justificación inadecuada e impropia con la finalidad de mantener un tipo penal preservando una política criminal coyuntural del Estado,

así como lo afirman los Magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero en el salvamento de voto, la política criminal del Estado se convierte en simple política, el interés jurídico del Estado terminará por instrumentalizar al Derecho penal como recurso criminalizante, y donde el ciudadano ahora delincuente es tratado como enemigo por la ambigüedad del concepto y por la justificación jurídicamente inaceptable.

3.1.5 La conducta. Diferentes son las teorías que se han planteado a cerca de si este es un delito de comisión, de omisión o un delito complejo.

- Una posición ve lo constitutivo del ilícito en el acto comisivo por el cual el “funcionario” se enriquece siendo la falta de justificación posterior una condición objetiva de punibilidad.
- Otra posición lo ve como un delito de omisión siendo lo constitutivo del delito el “no justificar” el enriquecimiento.
- Y una tercera tesis intermedia según la cual el tipo penal es complejo integrado tanto por la conducta que conduce al enriquecimiento como por la omisión posterior²⁵.

Por decisión jurisprudencial de la sentencia C-319 de 1996 en estudio, se le dio el carácter de conducta compuesta, en atención a que era comisiva porque el tipo penal se configuraba con el incremento patrimonial injustificado, y que la no justificación se tenía como un ingrediente posterior del tipo penal configurándose la omisión posterior de “no justificar”

3.1.5.1 El enriquecimiento ilícito de particulares como delito comisivo y no complejo. En contravía a la jurisprudencia constitucional, sostenemos que frente a estas tesis propuestas la más adecuada es la de concebir al tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares como un delito comisivo por consumarse con la comisión de la conducta enriquecedora y que la falta de justificación se convierte simplemente en una condición objetiva pues aún cuando el sujeto activo de la conducta “justificare” el enriquecimiento ilícito, si este es proviene de un delito no hay forma de justificarlo, así como tampoco habría delito cuando el sujeto activo de la conducta no justificare la misma ya sea por imposibilidad para hacerlo o por no querer hacerlo, pues si ese incremento sin justificación no proviene de una actividad delictiva no hay forma de imputarle delito alguno.

Así mismo consideramos que la no justificación en nada influye en la consumación del tipo en atención a que este se consuma con el simple incremento patrimonial y el poner el reo la obligación de justificar la conducta, antes que ser un

²⁵ MARCELO A, Sancinetti. “Delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos: un tipo penal violatorio del Estado de Derecho.

ingrediente posterior del tipo, es un atentado contra el principio de la carga de la prueba, porque el sindicado por cuestiones propias de la redacción de la norma, está llamado a justificar el incremento obtenido, sin que obre prueba del ilícito, siendo que es la administración de justicia la que debe investigar la procedencia de los dineros y así probar que son producto de un ilícito.

Ahora bien, el hecho mismo de que el acusado deba “justificar” traslada la carga de la prueba o invierte la carga de la prueba, sistema incompatible en el Estado Social de Derecho en donde tal obligación le compete al ente acusador que es la Fiscalía General de la Nación.

Frente a la inversión de la carga de la prueba la Corte Constitucional en sentencia C-319 de 1996 dispuso que en el tipo penal de enriquecimiento ilícito no se invierte la carga de la prueba *“pues es al Estado a quien corresponde en última instancia probar el hecho típico, antijurídico y culpable, de conformidad con los medios de prueba existentes y los elementos de juicio aportados al proceso. Se reitera que la explicación que brinde el imputado en relación con el presunto incremento patrimonial injustificado corresponde a un acto propio del ejercicio del derecho de defensa, como quiera que en las instancias procesales debe permitírsele al sindicado explicar su conducta”*

No nos queda más que sentar nuestra posición contraria a tales consideraciones, por considerar que el hecho de hacer de la justificación una condición objetiva de punibilidad, en nada mitiga el atentado contra la garantía de que corresponde al Estado probar los hechos que imputa al reo en el proceso penal y en segunda medida la defensa no es una obligación, sino un derecho y el ejercicio de los derechos no son obligatorios, por lo cual no se puede castigar al titular que no la ejerza así como las obligaciones no están sujetas a la voluntad del obligado sino a lo dispuesto en el documento que las contiene por cuanto esta parte del tipo penal sobra, ora porque en nada impide la configuración del tipo o porque el obligar al reo a hablar y presentar prueba viola su derecho de no auto incriminarse.

3.1.6 Nexo causal. La exigencia de que el incremento patrimonial se derive de una u otra forma de actividades delictivas se constituye en un elemento estructural y en una condición sin la cual no puede adecuarse el tipo.

Cuando el código penal de 2000 en el Artículo 327 consagra que el incremento patrimonial debe ser derivado de cualquier forma de una “actividad delictiva”, contempla la posibilidad de que este se presente de forma directa, es decir, que el autor del delito de enriquecimiento ilícito sea el mismo que cometió el delito previo que dio origen a los dineros ilícitos, lo que permite que cuando la conexión entre los diversos delitos sea tan íntima que si faltare uno de ellos el otro no se puede cometer, se consideran todo el complejo delictivo como una unidad delictiva y no como delitos diferentes,

También existe la posibilidad de que ese incremento patrimonial se genere de forma indirecta, por ejemplo aquel que sin tener parte en la comisión del delito se enteró del mismo y en pago a su silencio se lucra con los dineros producto del ilícito o aquel que simplemente conociendo el origen ilícito de los bienes los acepta.

Es necesario para que se dé la consumación del delito de enriquecimiento ilícito la necesidad de una unión entre el “enriquecimiento” y las “actividades delictivas” cualquiera que sean estas y no solo el narcotráfico como lo señala la sentencia C-319 de 1996.

Entendiendo como antecedente la actividad delictiva que dio origen a los dineros o bienes ilícitos que entraron al patrimonio del sujeto activo de la conducta y como consecuente el incremento sufrido por el patrimonio en el que se concreta la conducta de enriquecimiento ilícito de donde el nexo causal obligatoriamente deberá ser un ilícito pues si en el medio hay un hecho lícito que rompa el nexo causal entre la conducta delictiva y el incremento patrimonial no podrá hablarse de enriquecimiento ilícito, lo que hace exigible al existencia del nexo entre la conducta de enriquecimiento y el resultado, esto es el enriquecimiento ilícito.

Cabe aclarar que en virtud del nexo de causalidad no todo incremento patrimonial es punible, ni siquiera aquel que carece de justificaciones de tipo contable o financiero, porque este puede tener una causa legal no probable y mas en un estado como el colombiano con una economía del mercado capitalista en donde la eficiencia de una persona se mide por la capacidad de producir dinero y por las propiedades que esta posea lo que constituye la búsqueda de la riqueza casi en un mandamiento.

3.2 INGREDIENTE NORMATIVO DEL TIPO

Debe entenderse que los ingredientes normativos no son propiamente elementos del tipo porque corresponden a expresiones que pueden predicarse de cualquiera de ellos y buscan cualificar a los sujetos activo o pasivo o al objeto material, o pretenden precisar el alcance y contenido de la propia conducta o de una circunstancia derivada de la misma, correspondiéndole al juez penal en todo caso, examinar su ocurrencia; es decir, valorar la conducta como delictiva.

De acuerdo a la Jurisprudencia Constitucional el Ingrediente normativo que contiene el enriquecimiento ilícito de particulares es que el incremento patrimonial debe ser “derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas”.

Es necesario entonces aclarar que debe entenderse por “incremento patrimonial” para comprender el ingrediente normativo del tipo penal.

3.2.1 Incremento patrimonial injustificado. Es posible que tienda a confundirse el elemento estructural del tipo que es el incremento patrimonial con el objeto material de la conducta, es decir los bienes sobre los cuales se concreta la conducta que en últimas vendrían a configurar el patrimonio a aumentar y en este caso se trata de un elemento estructural del tipo y no de un ingrediente que califique al objeto material, elemento que diferencia la conducta delictiva de la atípica.

Se presenta pues el incremento patrimonial como un “elemento configurador” del tipo penal en mención. Sin embargo no debe olvidarse que el enriquecimiento se establece por la comparación del patrimonio del posible ilícito en dos momentos distintos. Lo que lo constituye este, en un delito de resultado, puesto que el enriquecimiento ilícito no se concreta si no en el momento en que real y materialmente se obtiene el incremento patrimonial, es decir, cuando los bienes objeto material ingresa al patrimonio del sujeto activo de la conducta lo que haría imposible que en este tipo penal se diera la forma inacabada del tipo penal en el grado de tentativa.

La conducta se puede cometer en favor propio y lo será en los eventos en que el sujeto activo de la conducta la lleve a cabo para incrementar su patrimonio, sin embargo puede también ser cometida a favor de un tercero en el caso en que con los dineros provenientes de un ilícito se hacen regalos a otra persona que no ha tomado parte en la comisión del delito, caso en el cual el patrimonio aumentado no es el patrimonio del autor del delito sino el patrimonio del tercero, pues los bienes entran materialmente a engrosar el patrimonio de otro, un tercero, el cual para no tener la calidad de partícipe, autor, o coautor del delito de enriquecimiento debe desconocer que esos dineros entraron a hacer parte de su patrimonio o que sabiéndolo desconocen su procedencia.

3.2.2 Ingrediente normativo de “actividades delictivas”. Cuando la jurisprudencia determina que el ingrediente normativo del tipo es el “derivado, *en una u otra forma, de actividades delictivas*” se hace alusión a que con él se configure un incremento patrimonial producto de actividades ilícitas. Frente al punto cabe aclarar:

“En efecto, cuando el decreto No.1895 de 1989 fue examinado por la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio del control automático previsto en el artículo 121 de la Constitución de 1886, entonces vigente, esa Corporación lo declaró constitucional, mediante Sentencia del 3 de octubre de 1989, pero bajo el entendido de que las “actividades delictivas” allí mencionadas eran únicamente el narcotráfico y delitos conexos, pues la articulación existente entre el decreto y los motivos que llevaron a la declaratoria del estado de sitio así lo exigían. Posteriormente, al haber sido demandado ante la Corte Constitucional, entre otros, el artículo 10° del decreto 2266 de

1991, esta Corporación lo declaró exequible (Sentencia C-127 de 1993, M.P., Dr. Alejandro Martínez Caballero), e hizo la aclaración de que la “expresión ‘de una u otra forma’, debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas” (subrayados fuera de texto). Es decir, que ya no se limitaría al delito de narcotráfico y conexos sino a cualquiera otro.”

En relación con el enriquecimiento ilícito frente a particulares, en providencia de 14 de junio de 1996-, sostuvo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“El ingrediente normativo que contiene el tipo, según el cual el incremento patrimonial debe ser ‘derivado de actividades delictivas’, entendido según la sentencia de revisión constitucional como de narcotráfico, no puede interpretarse en el sentido de que debe provenir de una persona condenada por ese delito, pues el legislador hizo la distinción refiriéndose únicamente a la ‘actividad’, y dejando en manos del juzgador la valoración sobre si es delictiva o no, independientemente de que por ese comportamiento resulte alguien condenado.”

❖ **El ingrediente normativo en el salvamento de voto de la Sentencia C-319 de 1996.**

Para apoyar nuestra tesis, es necesario traer los argumentos expuestos por el Ex magistrado de la Corte Constitucional Carlos Gaviria Díaz en el salvamento de voto de la sentencia C-319 de 1996 en virtud de la cual se declaró exequible el Tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares. Son estos los argumentos principales que se exponen en el salvamento de voto frente al tema:

- De acuerdo a la norma el incremento patrimonial debe derivar "de actividades delictivas", para el caso del particular, la penalización del simple incremento patrimonial que no sea justificado por la persona frente a un requerimiento del Estado, implicaría realmente una inversión de la carga de la prueba y una violación de la presunción de inocencia (CP. art. 29) y de la buena fe (CP. art. 83). En efecto, en una economía de mercado una penalización tal no encuentra asidero constitucional, por cuanto cualquier aumento de patrimonio debería ser justificado por el ciudadano, con lo cual el ordenamiento estaría estableciendo una presunción de ilicitud del mismo.
- Por regla general en materia penal, sólo es punible la conducta preterintencional o culposa cuando así esté expresamente prevista por la ley (Código Penal art. 39), por lo cual es indudable que el enriquecimiento ilícito del particular requiere de dolo para que sea punible. Por ello, un elemento central es demostrar el dolo en la conducta, como elemento

inescindible del delito, de tal manera que le corresponde al funcionario judicial, por obligación legal y constitucional, analizar todo los elementos allegados al juicio sobre la base de la existencia de una conducta dolosa.

- El tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares, exige una declaración judicial sobre una actividad delictiva respecto de la cual deriva el enriquecimiento su carácter derivado, pero no es cualquier declaración: se habla de la sentencia en forma definitiva. Se enlazan entonces los dos elementos: de un lado, la actividad delictiva y una declaración judicial que la determine; del otro: la sentencia judicial en firme como aquella declaración judicial exigida para producir las consecuencias. La existencia de una sentencia judicial previa para el delito del cual deriva el enriquecimiento ilícito, suscita dilemas que enfrenta no sólo el juez constitucional, sino que están presentes en la comunidad jurídica, ello obedece que de la literalidad de la Sentencia de la Corte el delito de enriquecimiento ilícito no es Autónomo sino derivado, contrario a lo que palmariamente manifiesta en que el tipo penal goza de ser “autónomo”.
- Como decimos, con esta posición, ni siquiera hay cabida para pensar en cómo se estructuran dos conductas derivadas; en cómo obra la conexidad entre ellas; en qué tipo de declaraciones judiciales se requieren para deducir los efectos de una conducta sobre la otra; entre pronunciamientos contradictorios en términos de responsabilidad para distintos sindicatos, etc.
- hay excepciones eventuales a la sentencia judicial en firme, pues para iniciar el proceso por enriquecimiento ilícito, no se exigiría que el delito anterior haya sido establecido judicialmente mediante sentencia en firme. Si no se ha iniciado el proceso por el delito previo, el juez adelantará lo pertinente frente a las autoridades competentes, para que se inicie. Si por alguna razón no es posible acumular los dos procesos, el juicio por enriquecimiento ilícito queda aplazado hasta que no haya una declaración judicial definitiva sobre el otro proceso. En todo caso la condena por enriquecimiento no puede tener lugar si primero no se ha reconocido judicialmente como existente, en todos sus elementos esenciales de acuerdo a la aplicación estricta del principio de “demostrabilidad”, el delito precedente.

3.3 CARACTERÍSTICAS DEL TIPO

3.3.1 Tipo penal de carácter especial y autónomo. En un capítulo especial se tratará con mayor detenimiento y profundidad sobre esta característica del tipo penal, pero para efectos metodológicos basta con resaltar que la Corte

Constitucional en reiteradas sentencias ha señalado el carácter especial y autónomo del delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

Señala la Corte que es un delito especial por cuanto tiene un fundamento constitucional derivado del Art. 34 Constitucional que tutela la moral social. Así mismo que es un delito autónomo en la medida de que no necesita para su configuración de otro tipo penal principal o básico y que goza de plena autonomía probatoria.

En este sentido, sostenemos que este tipo penal no es de carácter especial ni autónomo y que las Cortes desconocen la naturaleza subsidiaria del mismo en la medida de que para su configuración si necesita de un delito madre o principal y que al conservarle su naturaleza de “autonomía” se generaría la posibilidad de realizar el concurso de conductas punibles de la misma entidad como el narcotráfico, el lavado de activos, la captación masiva y habitual de dineros, el hurto, la estafa, etc., violándose el principio del *non bis in idem*.

3.4. POSIBILIDADES EN LA CONFIGURACIÓN DEL TIPO

3.4.1 El enriquecimiento ilícito de particulares como delito continuado. El delito continuado es aquel que se realiza mediante dos o más acciones homogéneas en momentos diferentes, análogas que afectan el mismo bien jurídico, con identidad del sujeto activo, en el cada una de las acciones constituye de por si un delito consumado pero que valoradas por el juzgador constituyen un solo delito.

Nos parece de vital importancia presentar así sea de manera superficial esta postura en atención a la posibilidad que se desprende en la práctica y configuración de este tipo penal, bajo la premisa de que este delito se consuma con el incremento patrimonial y que por lo tanto no es un delito de ejecución instantánea, es decir, que se tiene perfeccionado con un solo e indivisible acto, el cual colma las exigencias de la consumación.

¿Que sucede cuando se pretende indilgar cada acto que contribuya al enriquecimiento como una conducta delictiva diferente? Para ello ponemos el siguiente caso hipotético:

“Juan entre los años 1995 y 2000 obtiene un incremento patrimonial de \$100.000.000 mediante 10 cheques de \$10.000.000 cada uno derivado de actividades ilícitas, en el año de 2001 es condenado por un incremento patrimonial de “90.000.000 de los cuales hay como pruebas 9 cheques girados a su nombre entre los años de 1995 y 2000, una vez cumplida la sentencia aparece un nuevo cheque girado a nombre de Pedro por valor de 10.000.000 con fecha del año

1997. ¿Podrá acaso endilgarse de Juan un nuevo enriquecimiento ilícito siendo que todas esas acciones correspondían a una sola unidad delictiva?"

Consideramos, que no, en atención a que como el delito continuado hace parte de una muy especial construcción normativa penal en la que existiendo una pluralidad de acciones se vulnera un mismo bien jurídico, acciones entendidas como movimientos que están encaminados voluntariamente todas a la consecución de un mismo objetivo, sin embargo debe pues descartarse que el delito se puede cometer con una o con varias acciones u omisiones y estas estar compuestas por varios movimientos del agente sin que por ello cada uno constituya por separado con autonomía un tipo penal diverso cerrándose la posibilidad del concurso.

4. PRINCIPALES PROBLEMAS EN LA ADECUACIÓN TÍPICA DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES.

“... Sólo de esos hombres podemos esperar en la vida práctica la tutela que en abstracto nos promete la ley. Sólo si estos hombres saben pronunciar la palabra de justicia, podremos asimilar que el derecho no es una sombra vana.”

Calamandrei

Son dos los problemas principales que surgen en la adecuación del este tipo penal: 1.- No se pueden concursar tipos penales cuya finalidad sea el acrecentamiento patrimonial con el enriquecimiento ilícito de particulares porque se viola el principio del *non bis in idem* al sancionarse la finalidad que persigue la conducta con la conducta en sí misma. 2.- al aceptarse la autonomía del tipo y concursarlo con delitos de la misma entidad se configura un concurso aparente que se resuelve por el principio de la consunción.

Para abordar estos problemas de adecuación típica es necesario estudiar el carácter especial y autónomo que la Corte Constitucional le confirió a este delito y el desconocimiento de la naturaleza subsidiaria del mismo y bajo un ejercicio académico concursar el tipo penal del enriquecimiento con conductas punibles de la misma entidad tales como el lavado de activos, el narcotráfico, la captación ilegal de dineros, el hurto, la estafa, entre otros, en aras de determinar cómo se presenta el concurso aparente y como debe de resolverse dicho fenómeno.

4.1 TIPO PENAL DE CARÁCTER ESPECIAL Y AUTÓNOMO:

Frente al cuestionamiento de si el delito de Enriquecimiento ilícito de particulares es un tipo penal “autónomo” o “derivado”, son continuos los cambios jurisprudenciales que la Corte Constitucional ha realizado sobre este tema, se trata de determinar cuál es el sentido que la Corte Constitucional le da la ingrediente normativo “*derivado, de una u otra forma, de actividades delictivas*” contenido en el tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares y cuya inmediata consecuencia es que se concurse este tipo penal con otras conductas de la misma entidad.

4.1.1. Rastreo Jurisprudencial:

(I) Sentencia Hito. C-127 del 30 de marzo de 1993.

MP. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO,

- HECHOS:

Los ciudadanos Reinaldo Botero Bedoya y María Consuelo del Río Mantilla en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad demandaron la inexecutable del Decreto 2266 de 1991, por medio del cual adquirieron el carácter de normas permanentes varias disposiciones contenidas en Decretos de excepción dictados desde 1986 hasta 1991. El Decreto incorporó varias normas penales dictadas en ejercicio de las facultades del Estado de Sitio declarado por el Decreto 1038 de 1984, entre ellas las que consagraban los tipos penales de terrorismo, instigación o constreñimiento para ingreso a grupos terroristas, y homicidio con fines terroristas, contenidas en el llamado "Estatuto para la Defensa de la Democracia", y el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, tipificado originalmente en el Decreto 1895 de 1989.

- RATIO DECIDENDI:

"La expresión "de una u otra forma", debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales."(Subrayado fuera del texto)"

- DECISIÓN:

Declarara EXEQUIBLE el Decreto 2266 de 1991 y por ende el Decreto 1895 de 1989 que consagro el delito de Enriquecimiento ilícito de particulares.

(II) Sentencia Hito: C-319 de 18 de julio de 1996
MP. VLADIMIRO NARANJO MEZA

- HECHOS:

El ciudadano Jaime Gaviria Bazzani, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad demandó la inexecutable de los artículos 148 del Código Penal y 1º del decreto ley 1895 de 1989. La primera norma consagra el tipo penal

de enriquecimiento ilícito de servidores públicos y la segunda, el tipo de enriquecimiento ilícito de particulares.

- **RATIO DECIDENDI:**

“El enriquecimiento ilícito de particulares guarda relación directa con los principios que dieron origen a la tipificación de la conducta punible de los servidores públicos. Sin embargo, presenta algunas diferencias estructurales: En primer lugar, se trata de un tipo penal de sujeto activo indeterminado, es decir, el delito puede ser cometido por cualquier persona sin características especiales; en segundo lugar, y como consecuencia de la calidad del sujeto, el tipo penal condiciona la punibilidad del enriquecimiento no sólo a que éste sea injustificado, sino que además provenga de “actividades delictivas”; en tercer lugar, se trata de un delito especial y autónomo, como quiera que describe un modelo de comportamiento al que puede adecuarse en forma directa o inmediata la conducta del actor, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal, ni a otro ordenamiento jurídico”. (...) “en manera alguna debe interpretarse en el sentido de que deba provenir de un sujeto condenado previamente por el delito de narcotráfico o cualquier otro delito. No fue eso lo pretendido por el legislador; si ello hubiera sido así, lo hubiera estipulado expresamente. Lo que pretendió el legislador fue respetar el ámbito de competencia del juez, para que fuera el quién estableciera, de conformidad con los medios de prueba y frente a cada caso concreto, la ilicitud de la actividad y el grado de compromiso que tuviese con la ley el sujeto activo del delito.” (Subrayado fuera del texto).

- **DECISIÓN:**

Declarar EXEQUIBLE el artículo 1o. del decreto 1895 de 1989.

- **SALVAMENTO DE VOTO:**

Los magistrados Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz salvaron el voto en escrito conjunto; también salvó el voto el magistrado Jorge Arango Mejía.

- Salvamento de voto de CARLOS GAVIRIA DÍAZ:

“De un lado, se precisa entonces, que el incremento patrimonial debe derivar “de actividades delictivas”. Eso es lo que justifica la norma, por cuanto, en el caso del particular, la penalización del simple incremento patrimonial que no sea justificado por la persona frente a un requerimiento del Estado, implicaría realmente una inversión de la carga de la prueba y una violación de la presunción

de inocencia (CP. art. 29) y de la buena fe (CP. art. 83). En efecto, en una economía de mercado una penalización tal no encuentra asidero constitucional, por cuanto cualquier aumento de patrimonio debería ser justificado por el ciudadano, con lo cual el ordenamiento estaría estableciendo una presunción de ilicitud del mismo”.

(III) SENTENCIA SU-1300 DE 2001.
MP. MARCO GERARDO MONROY CABRA

- HECHOS:

La Sala de Selección Número Seis, a través de auto del 15 de junio de 2001 decidió seleccionar para revisión el Expediente No. T-463299, que contiene la acción de tutela interpuesta por el doctor Rodrigo Garavito Hernández contra el Juez Regional de Bogotá, el Tribunal Nacional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

- RATIO DECIDENDI:

“ La Sala estima que el párrafo de la Sentencia C-127 de 1993, en el que se hace alusión al delito de enriquecimiento ilícito de particulares y se dice que el incremento patrimonial no justificado debe derivarse de actividades delictivas, y que las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas para no violar el debido proceso, ni el artículo 248 de la Constitución Política, no constituye la ratio decidendi de la constitucionalidad de la norma que contiene dicho tipo penal, por las siguientes razones: En primer lugar porque no se trata de una constitucionalidad condicionada, sino de una constitucionalidad simple. En segundo lugar, porque es la misma Sala Plena de la Corporación, la que así lo ha afirmado en dos oportunidades. La primera, en la misma sentencia C-319 de 1996, en la que se precisó la jurisprudencia anterior, y la segunda, en la sentencia SU-047 de 1999, con ponencia de los Magistrados Alejandro Martínez y Carlos Gaviria, el primero de los cuales fuera el ponente de la C-127 de 1993. Dice expresamente la sentencia de unificación:

"En segundo término, en varios casos, esta Corte ha aplicado las anteriores distinciones (hace referencia a los conceptos de ratio decidendi y obiter dicta), con el fin de mostrar que una aparente variación de una doctrina constitucional sentada en una decisión anterior, en realidad no tenía tal carácter, sino que constituía la mera corrección de una opinión incidental de la parte motiva. Así, al reexaminar el alcance del delito de enriquecimiento ilícito en la sentencia C-319 de 1996, esta Corporación explícitamente se

apartó de los criterios que había adelantado sobre ese delito en una decisión anterior (sentencia C-127 de 1993), en donde había sostenido que para que una persona pudiera ser condenada por ese hecho punible, las actividades delictivas de donde derivaba el incremento patrimonial debían estar judicialmente declaradas. Sin embargo, la Corte invocó las anteriores decisiones y concluyó que no había cambio de jurisprudencia, por cuanto esas consideraciones no eran vinculantes, al no estar indisolublemente ligadas a la decisión de exequibilidad." (Subrayas ajenas al texto)

En tercer lugar, porque en la sentencia C-064 de 1994, (...) si bien se entendió que el incremento patrimonial no justificado debe derivarse del secuestro de manera directa o indirecta, no se reiteró la consideración de que debería existir una condena judicial del delito de secuestro, para que el enriquecimiento derivado del mismo fuera una conducta típica.

Como se explico arriba, son los fallos de los jueces posteriores, o del mismo juez en casos ulteriores, los que determinan si una consideración tiene el alcance de ratio decidendi, y si en consecuencia, adquiere fuerza vinculante. En el caso que ahora estudia la Corte, se demostró que la consideración que se hizo sobre el delito de enriquecimiento ilícito de particulares en la sentencia C-127 de 1993, no fue recogida por la misma Corte Constitucional en los fallos posteriores, como en la sentencia C-604 de 1994 en la que se estudió la norma que contenía el tipo penal del enriquecimiento ilícito derivado del secuestro."

Concluye entonces la Corte constitucional afirmando que el delito de Enriquecimiento ilícito de particulares continúa siendo un delito de carácter mucho más "autónomo" y afirma que:

"Es decir, para que se tipifique el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, aún dentro de la interpretación de la Corte en el fallo C-127/93, NO se requiere que la persona de la cual se recibe el dinero, los bienes o servicios que constituyen el enriquecimiento, esté condenada penalmente por un delito, verbigracia el de narcotráfico, en el momento en que se obtenga el incremento patrimonial no justificado."

- DECISIÓN:

PRIMERO. CONFIRMAR el fallo del 8 de mayo de 2001 proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, dentro del trámite de tutela radicado bajo el No. 2001-0869.

- ACLARACIÓN DE VOTO

- En la aclaración de voto propuesta por el Magistrado RODRIGO UPRIMNY YEPEZ, cuyo texto se ajusta en gran medida a un salvamento de voto que a una aclaración del mismo se expone que:

“por elementales razones de seguridad jurídica, las reglas jurisprudencialmente construidas deben tener las garantías propias de la ley, esto es, deben respetar los principios de publicidad y de no retroactividad. En materia penal, además, esas reglas jurisprudenciales deben también acatar el principio de favorabilidad (CP. art. 29). Por consiguiente, si en un determinado momento existe, con fuerza vinculante, una doctrina constitucional sobre el alcance de un delito, y ésta es modificada por la Corte en una sentencia posterior, esa segunda doctrina constitucional, si es menos favorable a los acusados, no puede ser aplicada retroactivamente. La interpretación contraria permitiría una vulneración del artículo 29 superior, que establece que nadie puede “ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”, y que “la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. En efecto, en la medida en que la doctrina constitucional tiene, en determinados casos, una fuerza general, es asimilable a la ley, y debe respetar estos mandatos constitucionales sobre la prohibición de la aplicación retroactiva de la norma penal desfavorable.”

En efecto el Magistrado expone frente al problema planteado que:

“La sentencia C-319 de 1996, concluyó que el EIP (Enriquecimiento ilícito de particulares) es “un delito especial y autónomo, como quiera que describe un modelo de comportamiento al que puede adecuarse en forma directa o inmediata la conducta del actor, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal, ni a otro ordenamiento jurídico”. Con el obvio respeto por las decisiones de la Corte, esa conclusión de la sentencia C-319 de 1996 me parece equivocada, por las siguientes dos razones:

- *de un lado, desde el punto de vista de la tipicidad, es evidente que el EIP es un delito derivado, pues la norma exige que el incremento patrimonial sea “derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas” Por consiguiente, si esas actividades delictivas no existieron, no puede haber EIP, pues es imposible que exista un incremento patrimonial “derivado” de una actividad delictiva inexistente.*
- *De otro lado, el hecho de que no siempre deba existir sentencia condenatoria por el DF (delito fuente) para que pueda haber investigación o condena por el EIP, no significa, en manera alguna, que las decisiones judiciales tomadas en relación con la investigación y sanción del DF no tengan ninguna relevancia para la investigación y sanción del EIP. Es obvio que en determinados casos, el proceso por el DF tiene una incidencia*

decisiva en el proceso por EIP. Por ende, aunque no siempre puede exigirse una condena previa por el DF para que alguien pueda ser investigado o sancionado por EIP, en determinados casos, el sentido de la decisión judicial por el DF tiene un impacto decisivo sobre el proceso por EIP, y por ello deberían operar algunas reglas procesales que eviten decisiones contradictorias.

Para el Magistrado UPRIMNY YÉPEZ el enriquecimiento ilícito es un tipo penal de carácter “derivado”

Desde el 2001, el tema sobre el carácter autónomo o derivado del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares, se da por concluido y hasta la actualidad, no se ha cambiado la jurisprudencia al respecto.

Tabla 1.

¿EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES ART. 327 ES UN TIPO PENAL AUTÓNOMO O DERIVADO?		
<p>ES UN TIPO PENAL DE CARÁCTER AUTÓNOMO</p> <p>Es autónomo por desprenderse del Art. 34 CN que tutela la “moral social” como bien jurídico tutelado.</p> <p>No necesita de un delito fuente o de un delito precedente.</p> <p>No requiere para su configuración de que la actividad ilícita de la cual deriva su enriquecimiento este declarada o probada judicialmente.</p>	<p>*C-127 de 1993 MP. Alejandro Martínez Caballero</p> <p>↓</p> <p>*C-319 de 1996 MP. Vladimiro Naranjo Mesa</p> <p>(salvamento de voto C-319 de 1996) Mg. Carlos Gaviria Díaz Alejandro Martínez Caballero</p> <p>↓</p> <p>SU-047 de 1999 MP. Alejandro Martínez y Carlos Gaviria</p> <p>↓</p> <p>SU-1300 de 2001 MP. Gerardo Monroy Cabra</p> <p>(Aclaración de voto SU-1300 de 2001) M. Rodrigo Uprimi Yépez</p>	<p>ES UN TIPO PENAL DE CARÁCTER DERIVADO</p> <p>Es derivado porque necesita de un delito fuente para configurarse.</p> <p>De la literalidad del tipo se desprende que el enriquecimiento ilícito debe derivar de una actividad ilícita.</p> <p>No se debe analizar su derivación sobre el argumento de si el delito anterior está probado o declarado judicialmente, tan solo que necesita de un delito o de la prueba del mismo que sea precedente para cumplir con el ingrediente normativo del tipo.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Sentencias Hito 		

4.1.2 El enriquecimiento ilícito de particulares no es un delito autónomo. La Corte Constitucional al querer resolver el problema jurídico de la naturaleza de este tipo penal, cometió una infinidad de errores. Desde 1993 hasta el 2001 no lo ha definido con claridad y hasta el momento podemos decir que existe un vacío conceptual.

En un inicio la Corte Suprema de Justicia, determinó que era un delito derivado del narcotráfico. La Corte Constitucional en Sentencia C-127 de 1993, señaló que es un tipo penal de carácter derivado ya no solo del narcotráfico sino de cualquier actividad delictiva. Hasta aquí no existía problema, pero la Corte cometió el siguiente error: sostuvo que las actividades delictivas de las que se deriva deben estar judicialmente declaradas conforme al Art. 248 constitucional en virtud del cual: solo las condenas proferidas en sentencias judiciales tienen alcance de antecedentes penales y contravenciones legales en todos los órdenes legales.

Surge el siguiente problema jurídico: ¿se requiere de una sentencia judicial condenatoria del Delito fuente para derivar el enriquecimiento ilícito de particulares?

En sentencia C-319 de 1996, la corte absurdamente sostuvo que es un tipo penal de carácter autónomo por tutelar la “moral social”, y contradictoriamente afirmó que su punibilidad está condicionado a que provenga de actividades ilícitas sin que se derive de un delito. En el salvamento de voto de esta sentencia afirman que el carácter derivado de este tipo penal en la medida de que no hay enriquecimiento ilícito si no hay actividad ilícita.

La Corte quiso resolver este problema en la Sentencia SU-047 de 1999, pero en vez de resolverlo empeoró el panorama aduciendo que lo señalado en la Sentencia C-127 de 1993, no constituye la ratio decidendi, sino una obiter dicta equivocadamente afirmando el carácter autónomo. Lo que sí es evidente es que se produjo un cambio jurisprudencial desconociendo el principio de favorabilidad y el valor del precedente jurisprudencial.

En la Sentencia SU-1300 de 2001, la Corte reitera los anteriores planteamientos, y analiza el caso del enriquecimiento ilícito obtenido por el secuestro extorsivo, donde afirmo que no se necesita de la sentencia judicial previa condenatoria del secuestro. En tanto que en la aclaración de voto se afirma que directa o indirectamente es un tipo penal derivado.

En conclusión, la Corte Constitucional al querer resolver el problema jurídico de la necesidad o no de la sentencia condenatoria del delito fuente, afirmo el carácter autónomo de este delito, desconociendo su naturaleza derivada.

Nos ha quedado claro que el tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares es un tipo penal de carácter derivado visto desde cuatro aspectos fundamentales:

- Cumple con todos los requisitos sustanciales para ser un tipo penal derivado, como son:

I.- debe existir un delito fuente del cual se derive el enriquecimiento ilícito como literalmente lo consagra el Art. 327 CP en la medida de que no hay enriquecimiento ilícito si no hay actividad ilícita previa.

II- El particular que se enriquece no debe participar del delito fuente, porque se le imputaría su conducta en coparticipación a título de coautoría o complicidad.

III.- El particular que se enriquece ilícitamente, debe saber con certeza que la conducta previa por la cual se enriquece es delictiva y a sabiendas de esto querer incrementar su patrimonio actuando entonces con dolo directo o eventual.

Por eso afirmamos que solo es autónomo si se mira desde la óptica que el agente no concurre en el delito principal, pero que es derivado porque solo hay enriquecimiento ilícito si proviene de una actividad ilícita. Y esto puede observarse en un caso hipotético donde se comprueba el estrecho nexo de causalidad entre el delito fuente y este delito: *Ej. - si Juan es acusado de haberse enriquecido ilícitamente del delito cometido por Pedro, y en el juicio penal contra Pedro, queda demostrado que el delito nunca existió, entonces es obvio que esa sentencia debe implicar la absolución de Juan, por cuanto su comportamiento sería atípico.*

- No necesita que el delito fuente este judicialmente declarado mediante sentencia condenatoria.

En este punto la Corte Constitucional realizó una justificación errónea y equivocada, sostenemos que sin desconocer la naturaleza derivada del tipo penal, no se exige que el delito fuente este judicialmente declarado mediante sentencia condenatoria, porque pueden surgir diferentes hipótesis como: *Ej.- Juan confiesa que captó dineros, y que Pedro se enriqueció producto de ese delito de captación. Pero antes de dictarse sentencia en el caso de Juan este fallece extinguiéndose la acción penal. El Juez puede comprobar dentro del proceso de Enriquecimiento Ilícito con la confesión y otras pruebas la existencia de una conducta delictiva: la captación de dineros de la que se derivó el enriquecimiento ilícito.* Pero, el que se configure este caso no implica aceptar la Tesis opuesta de la Corte que el hecho de no exigirse la sentencia condenatoria previa lo convierta en un delito autónomo.

- Derivado por el Nexo Causal.

El ingrediente normativo que señala el Art. 327 del Código Penal “derivado en una u otra forma de actividades delictivas” determina con claridad que típicamente se necesita de una actividad ilícita, como parte del nexo causal, bajo la afirmación de que no hay enriquecimiento ilícito si no hay actividad ilícita previa.

- Aunque sustancialmente es derivado, no hay reglas claras sobre su procedimiento y aplicación.

Debido al nexo causal, deberían operar algunas reglas procesales que eviten decisiones contradictorias, como las que existen en Italia para la investigación de los delitos de receptación y lavado, cuya estructura es muy similar a la del Enriquecimiento ilícito de particulares. Dice al respecto Antolisei:

*"Para iniciar el proceso por receptación (o por lavado), no se requiere que el delito anterior haya sido establecido judicialmente mediante sentencia en firme (según jurisprudencia constante). Por ello, si no se ha iniciado el proceso (en relación con el delito anterior), el juez (que conoce de la receptación) informará al Ministerio Público para que ejercite la acción penal. En cambio, si el proceso ya está en curso, se aplica el artículo 18 del Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente, si no se puede o no se estima oportuno proceder a la acumulación de los dos procesos, el juicio por receptación queda aplazado hasta que no haya sentencia definitiva sobre el otro proceso. En todo caso la condena por receptación no puede tener lugar si primero no se ha reconocido judicialmente como existente, en sus elementos esenciales, el delito precedente, aunque de éste no se haya logrado determinar el autor (...). La receptación puede subsistir incluso si el autor del delito precedente no es condenado por defecto de imputación o por otra causa subjetiva de exclusión de la pena."*²⁶ (Subrayado fuera del texto)

Aplicar reglas como estas, permitiría asegurar la coherencia de la actividad judicial, lo que nos llevaría a plantear es un problema de aplicación y de reglas procesales que deberán reestructurarse en la medida de que el particular necesita que se le apliquen reglas claras y precisas al momento de ser juzgado.

Contrario a la Corte Constitucional sostenemos que la autonomía del tipo, no debe mirarse desde si necesita de una sentencia ejecutoriada o de la simple prueba del delito que da origen al enriquecimiento ilícito, sino, desde la perspectiva de que si para su configuración se necesita o no de la comisión de un delito previo, con o sin sentencia ejecutoriada por qué es claro que debe existir un delito madre o principal para poder predicar la existencia del delito de enriquecimiento ilícito, pero el problema de la declaratoria de autonomía lleva implícito que este tipo penal pueda llegar a concursar con otros tipos penales de la misma entidad.

²⁶ ²⁶Citado por Maggiore. Loc-cit, Tomo V, p 194 y 194. En el mismo sentido Raineri. Manual de Derecho Penal, Tomo VI, p 170 y 171. Y sobre la evolución jurisprudencial reciente, que sostiene exactamente la misma tesis, ver Franceso Antolisei. Manuale di diritto penale, Milano: Giuffrè Editore, 1992, p 370, quien cita varias casaciones de los años ochenta. Extraído de la Sentencia C-431 de 2004. Corte Constitucional MP. MARCO GERADO MONROY CABRA.

4.2 EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES EN CONCURSO CON CONDUCTAS PUNIBLES DE LA MISMA ENTIDAD

Manteniendo la tesis propuesta por la Corte Constitucional sobre el carácter “autónomo” del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares para el ejercicio académico a continuación se concursará este tipo penal con conductas de gran relevancia como el Lavado de activos, la captación ilegal de dineros y el narcotráfico sin que esto impida realizar el concurso con otras conductas como el hurto o la estafa entre otras.

4.2.1 El Narcotráfico.

4.2.1.1 Antecedente jurídico. El delito de narcotráfico se encuentra consagrado en el Título XIII Capítulo II: sobre el tráfico de estupefacientes y otras infracciones, comprendido entre los artículos 375 a 385 de la ley 599 de 2000 Nuevo Código Penal Colombiano.

Dentro de estos artículos se tipifican conductas como la conservación y financiación de plantaciones ilícitas Art. 375; el tráfico, fabricación y porte de estupefacientes Art. 376; la destinación de muebles e inmuebles para elaborar, almacenar, transportar o vender drogas Art. 377; el propagar o estimular el uso de drogas Art. 378; el suministro o formulación ilegal de drogas Art. 379; el tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos Art. 382; la utilización y construcción ilegal de pistas de aterrizaje Art. 385.

De dichas conductas delictivas que comprende el narcotráfico se desprenden diferentes verbos rectores dentro de los cuales se mencionan el transporte, almacenamiento, producción, elaboración, distribución y venta entre otros.

Sin embargo, se debe diferenciar entre aquellas conductas que tienen la potencialidad de afectar bienes jurídicos tutelados y aquellas que dependen solo de la voluntad y del libre desarrollo de la personalidad, esto para el caso de la dosis personal.

En la sentencia C-221-94²⁷, la Corte Constitucional sostuvo para efectos de la despenalización de la dosis personal se debía distinguir entre el porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en cantidad considerada

²⁷ Sala Plena de la Corte Constitucional. Ref.: Expediente No. D- 429. Demandante: Alexandre Sochandamandou. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Santafé de Bogotá, D.C., a los cinco (5) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1.994).

como dosis de uso personal y el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro.

Así mismo en la Sentencia C-420 de 2002²⁸, la Corte Constitucional consideró que:

“Inicialmente la tipificación del tráfico de estupefacientes se ligó a la necesidad de proteger un bien jurídico en particular, la salud pública (...)

Pero luego ese ámbito de protección se amplió al punto que hoy ya no se trata sólo de un tipo penal orientado a proteger la salud pública sino también la seguridad pública y el orden económico y social. Lo primero, porque la alta rentabilidad del narcotráfico ha permitido que se convierta en la alternativa de financiación de grupos de delincuencia organizada, armados y jerarquizados que desvirtúan la premisa del monopolio estatal de la fuerza como presupuesto de convivencia. Y lo segundo, porque en el tráfico de estupefacientes confluye cada vez más un desmedido ánimo de lucro, dispuesto a vencer todas las barreras, capaz de poner en circulación inmensos capitales y de generar inconmensurables riquezas que alteran dramáticamente las fuerzas económicas de los países afectados por ella.
(Subrayado fuera del texto)

De allí que en el narcotráfico no sólo se advierta menoscabo de bienes jurídicos que remiten a derechos ajenos, sino que confluyan también, de un lado, una indiferencia total por el daño causado a los titulares de tales derechos y, por otro, una capacidad corruptora que ha permitido incluso el cuestionamiento de los ámbitos de poder político interferidos por ella.”

De esta manera el bien jurídico protegido por el narcotráfico es pluri-ofensivo porque compromete la economía nacional es decir el orden socio-económico e indirectamente, la administración pública, la seguridad pública, la autonomía personal y la integridad personal.

4.2.1.2 El Narcotráfico en concurso con el enriquecimiento ilícito de particulares. El delito de narcotráfico es un tipo penal de peligro abstracto en el sentido de que no exige la concreción de un daño al bien jurídico tutelado, sino que basta la eventualidad de que el interés resulte lesionado, pues el tráfico de las

²⁸ Sentencia C- 420 de 2002. Referencia: expediente D-3665 Sala Plena de la Corte Constitucional. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 32, 33, 34, 35, 36, 37 parcial, 38, 39, 40, 41, 42 y 43 de la Ley 30 de 1986 y contra el artículo 6 del Decreto 1856 de 1989. Actor: Pedro Augusto Nieto Góngora Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Bogotá, D. C., veintiocho (28) de mayo de dos mil dos (2002).

sustancias estupefacientes, en cuanto es la condición necesaria y específica para que los individuos y la comunidad las consuman, pone en peligro la salubridad pública. En este tipo de actividades, el legislador anticipa la protección y conmina el ejercicio de la actividad que se considera riesgosa para el bien jurídico y la sociedad.

El delito de narcotráfico se consuma en el momento de realizar cualesquiera de las conductas consagradas en la ley, pero se agota cuando el narcotraficante obtiene el lucro o el provecho económico por la realización de la conducta, se podría argumentar en contra de este planteamiento que el tipo penal referido no tiene ingrediente subjetivo alguno del tipo penal, sin embargo es un hecho notorio, y por lo tanto no requiere prueba, que el móvil del tráfico de estupefacientes es eminentemente económico.

Sí la finalidad del sujeto activo del delito de narcotráfico es el de incrementar su patrimonio económico resultado de una actividad ilícita de cualquiera de las conductas consagradas en los artículos 375 a 385 del código penal y al ser un hecho notorio el ánimo de lucro que acompaña a este delito y al componente subjetivo del mismo, mal se haría en sancionar el delito origen esto es el narcotráfico y la finalidad esto es el incremento patrimonial, porque a toda luz violar el principio del *non bis in idem* al ser una sola unidad jurídica.

4.2.2 La captación habitual y masiva de dineros.

4.2.2.1 Antecedente jurídico. El delito de captación ilegal de dineros tiene su fundamento Constitucional en el Art. 334 y 335 de la Constitución Nacional que señalan la dirección general de la economía a cargo del Estado y la captación de dineros como de interés público. Sus antecedentes normativos y fácticos se encuentran en la crisis de especulación económica de 1982 y que dio origen al Decreto 2919 del 8 de octubre de 1982 en virtud del cual se declaró el estado de emergencia económica y se expidió el Decreto 2920 del mismo año y que en su artículo 20 establecía: *“Quien capte dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente incurrirá en prisión de 2 a 6 años”*

Se incorporó dicha conducta dentro de la Ley 1730 de 1991 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) y más tarde en el Art. 208 del Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) y que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C - 582 de 1996, y con posteridad la Ley 599 de 2000 cuando se incorporaron en el Código Penal conductas como la captación de dineros que se encontraban dispersas en los estatutos especiales financieros dándosele el carácter de delito.

El Artículo 316 del Código Penal Colombiano consagraba:

Artículo 316. Captación masiva y habitual de dineros. Quien capte dineros del público, en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes

Por medio del Decreto 4333 de 2008, el Presidente Álvaro Uribe Vélez declaró el estado de excepción de emergencia económica y social con la finalidad de conjurar la grave situación económica que se presentó en el periodo comprendido entre los meses de noviembre a diciembre de 2008 en donde particulares captaron dineros del público sin que el Estado Colombiano por medio de la Súper intendencia financiera autorizara o controlara dicha actividad.

En virtud de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política en concordancia con la ley 137 de 1994 y en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 4333 de 2008 el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades extraordinarias expidió el Decreto 4336 de 2008 en donde el ejecutivo entro a legislar aumentando los verbos rectores del delito de captación ilegal de dineros en aras de sancionar a todas los particulares que de una u otra manera intervinieron en la captación ilegal.

En virtud de este Decreto no solo se sancionaba al particular que captara dineros sino al que también *desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier otro acto para captar dineros del público* en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, así mismo mediante este Decreto extraordinario se aumentaron las penas a ciento veinte (120) a doscientos cuarenta (240) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes con la finalidad de que el Delito no sea excarcelable.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-224 del 30 de marzo de 2009 Magistrado Ponente Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO se pronunció sobre el Decreto 4336 del 17 de noviembre de 2008 por el cual se modifico el Código Penal en la que declaró exequibles los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 4336 de 2008, aclarando que el artículo 1º sólo tendrá vigencia de un año contado a partir de la expedición del decreto, limitación en el tiempo aplicable también al artículo 2º, del cual declaró inexecutable la expresión “antes de la vigencia de esta norma” contenida en su parágrafo, debido a que, en opinión de la Corte, ésta confirió efectos retroactivos en la aplicación del principio de oportunidad respecto de conductas que antes no se encontraban penalizadas

Lejos de determinar si existió o no responsabilidad del Estado Colombiano en cuanto a la omisión de control de las captadoras ilegales pues esto lo resolverán

los Jueces y Tribunales Administrativos, es dable afirmar que lo que se hizo para conjurar el estado de emergencia es lo ya tratado en acápite anteriores y que se sintetiza en que el Estado Colombiano incapaz de controlar a los particulares que incrementaban su patrimonio producto de la captación ilegal de dineros se acogen a un derecho penal inquisitorio, funcionalista y eficientista que utiliza a las normas penales como herramientas de persecución olvidando su carácter de última ratio, violando para el caso en concreto el principio de estricta legalidad, por vulneración del postulado "*tempus regis actum*", en tanto pretendía sancionar conductas cometidas con anterioridad a la vigencia de la norma.

Cuando el Gobierno aumenta los verbos rectores del delito de captación ilegal de dineros con el fin de perseguir a todos los particulares que intervinieron en la captación y aumentando las penas para que el delito no sea excarcelable se estaría evidenciando lo que Gunther Jackobs afirmaba en su teoría del Derecho penal del enemigo y que en palabras textuales reza: *"... y esto es lo que sucede, conduciendo primero una guerra, no enviando como primer paso a un policía para ejecutar una orden de ejecución... una vez se tiene al infractor se cambia el Código penal y el Código de procedimiento Penal como sí se tratará como de un homicidio por despecho...se declara al autor persona para mantener la ficción de la vigencia universal de los Derechos humanos. Sería más sincero separar esta coacción en la creación de un orden del derecho a mantener un orden."*

4.2.2.2 El ánimo de lucro presente en el Delito de Captación de Dineros. La captación de dineros es de aquellos delitos en los que la finalidad inmediata es el acrecentamiento patrimonial económico del sujeto activo o autor del delito.

Para conjurar la grave crisis económica producto de las Captadoras Ilegales, el Gobierno en manos del Ministro de Hacienda y Crédito Público Oscar Iván Zuluaga Escobar y el Ministro del Interior y de Justicia Fabio Valencia Cossio presentaron el 12 de septiembre del año 2008 el Proyecto de ley número 154 por medio del cual se pretende modificar el artículo 316 de la Ley 599 de 2000, con el fin de incrementar las penas. En la exposición de motivos el Gobierno Nacional justifica el incremento de las penas para este delito en virtud a que:

" ... En efecto, el delito de captación masiva, no sólo afecta al sistema financiero en general sino indudablemente el ahorro público, afectando, por esta vía, el orden económico del país. Por lo tanto, la conducta punible que se sanciona en este tipo penal, presenta una naturaleza pluriofensiva que amenaza gravemente varios intereses jurídicos protegidos, como lo son el orden económico y social, el sistema financiero, y el patrimonio económico, y, en consecuencia, exige un especial tratamiento normativo que lo ubique en un marco de mayores

consecuencias punitivas que sean proporcionales al grave daño que esta conducta causa.

(...) Además de las razones invocadas, no deja de generar preocupación en el Gobierno Nacional el eventual uso de estas organizaciones para canalizar recursos originados en actividades ilícitas y ser empleados como canal de blanqueo de capitales o de financiación de terrorismo. Al mantenerse por fuera del ámbito de vigilancia de las entidades de supervisión, estas organizaciones representan un peligroso estímulo para la legitimación de activos de origen espurio, ya como instrumento cuando el dinero del presunto inversionista emana del delito, ya en cuanto al movimiento que puedan dar dichas organizaciones al capital captado.”

De la expedición de motivos se observa el ánimo de lucro y la finalidad del sujeto activo de incrementar su patrimonio económico. El verbo rector de la conducta *captar*, significa un proceso ejecución de ingresos mediante el cual se perciben recursos públicos por la prestación de un servicio puede ser este público o privado de carácter individualizado por parte del sujeto activo.

4.2.2.3 El Delito de Captación de Dineros en concurso con el enriquecimiento ilícito de particulares. Cuando el autor de este delito capta dinero, no lo hace con fines altruistas pues este no va a desprender su andamiaje con el fin de captar el dinero del público sin obtener un beneficio económico, sin embargo de la literalidad del tipo, se desprende que el sujeto activo evade el control del Estado con el fin de evadir impuestos y de incrementar su patrimonio con los dineros captados al público.

Al igual que con el Delito de narcotráfico la captación se consuma en el momento de captar el dinero del público y que se agota cuando el sujeto activo obtiene el lucro o el provecho económico por la realización de la conducta y que es un hecho notorio y por lo tanto no requiere prueba, que el móvil del captador de dineros es eminentemente económico.

Sí la finalidad del sujeto activo del delito de captación masiva y habitual de dineros es el de incrementar su patrimonio económico resultado de una actividad ilícita en este caso la de captación y al ser un hecho notorio el ánimo de lucro que acompaña a este delito y al componente subjetivo del mismo, mal se haría en sancionar el delito origen esto es él la captación y la finalidad esto es el incremento patrimonial, porque a toda luz viola el principio del *non bis in idem* al ser solo una conducta punible esto es la captación habitual y masiva de dineros.

4.2.3 El lavado de activos.

4.2.3.1 Antecedente jurídico. No se trata de realizar un estudio profundo sobre este delito pues son variados y profundos los estudios realizados a este tipo penal, se trata entonces de determinar el problema que surgen al concursarlo con el enriquecimiento ilícito de particulares.

El artículo 323 de la Ley 599 de 2000 Código Penal tal como fue modificado por el artículo 8º de la Ley 747 de 2002 dispone:

Art. 323. Lavado de Activos.- El que adquiriera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionada con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de seis a quince años y multa de quinientos a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)

Como se observa son diferentes los verbos rectores que componen este tipo penal, del estudio de su configuración normativa la Corte Constitucional en Sentencia C-391 de 2007 ²⁹ sintetizó el concepto de este delito de la siguiente manera:

“(...) El delito de lavado de activos supone, en términos generales, el agotamiento de tres frases bien definidas: Una primera, que consiste en la puesta en circulación o colocación del dinero, por la cual la organización introduce las ganancias en la corriente del sistema financiero mediante la consignación imperceptible de pequeñas consignaciones o prevalido de negocios societarios de gran envergadura. En la segunda fase, que la doctrina llama de distorsión o diversificación, el dinero corriente fruto del delito se somete a operaciones más o menos complejas que pretenden

²⁹ Sentencia C-931 de 2007. Sala Plena de La Corte Constitucional Referencia: expediente LAT.-287 Revisión oficiosa de la Ley 1017 de 2006 “Por medio de la cual se aprueba el ‘Convenio sobre blanqueo, detección y confiscación de los productos de un delito’, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990”. Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA Bogotá D.C. Ocho (8) de noviembre de dos mil siete (2007)

borrar el rastro de ilegalidad que les dio origen. Para esos fines, las organizaciones criminales utilizan modalidades diversas: empresa fachada, testaferros, operaciones financieras ficticias, redundantes o repetitivas, etc., todo ello con el fin de hacer parecer lícito lo que no lo es. La tercera fase es la de retorno, y consiste en el ingreso de los dineros ilícitos, ficticiamente legalizados, al patrimonio del sujeto que, sin perjuicio de la participación de otros en el delito de lavado de dinero, reclama para sí las ganancias del ilícito. (...)

Queda claro que el Lavado de Activos es un delito en donde el sujeto activo introduce el dinero obtenido por actividades ilícitas como la captación masiva y habitual de dineros o de conductas constitutivas del narcotráfico en el sistema financiero en aras de borrar la ilegalidad del dinero con el fin de que este se transforme en activos legales.

Ahora bien, con referencia al ánimo de lucro que persigue el delito de Lavado de Activos, en la Sentencia C-851 de 2005³⁰, la Corte Constitucional afirma que en el “contexto colombiano, la protección del sistema financiero frente a actividades ilícitas, especialmente aquellas realizadas por el crimen organizado, constituye un fin imperioso. Dados los grandes volúmenes de dinero que las organizaciones criminales mueven a través de los sistemas financieros y el poderío que estas organizaciones adquieren y mantienen gracias a estos recursos, la prevención, control y sanción del lavado de activos constituye una prioridad nacional” de ello se desprende que el lavado de activos es un delito en donde se mueven sumas grandes de capital y que la finalidad del autor es el de incrementar su patrimonio económico.

4.2.3.1 El lavado de activos en concurso con el Enriquecimiento ilícito de particulares. El mismo art. 323 del Código Penal establece la posibilidad de derivar el delito de lavado de activos sobre el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, lo que generaría un concurso de conductas punibles.

Para determinar los problemas que se originan al momento de concursar estas dos conductas se trae a colación un caso real y reciente que dio origen a la Sentencia de Casación Penal de La Corte Suprema de Justicia de Febrero 19 de 2009 expediente 27827 MP. Julio Enríquez Soacha salamanca.

³⁰ Sentencia C-851 de 2005. Referencia: expediente D-5618 Sala Plena de la Corte Constitucional. Demanda de inconstitucionalidad contra los Artículos 42 de la Ley 190 de 1995 y 11 (parcial) de la Ley 526 de 1999. Demandante: Maximiliano Echeverri Marulanda Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Bogotá, D. C., diecisiete (17) de agosto de dos mil cinco (2005).

“El 21 de septiembre de 2004, en el aeropuerto El Dorado de Bogotá Gloria Restrepo proveniente de México fue capturada por las autoridades Colombianas cuando transportaba 50.000 dólares en efectivo en un maletín de doble fondo. La Fiscalía legalizo su captura y le imputo la conducta de Autora material del Delito de lavado de Activos en concurso con enriquecimiento ilícito de particulares.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá condenó a la acusada por los delitos señalados, su Defensor apelo la providencia y el Tribunal Superior de Bogotá modifico la Sentencia y la condenó solo por el Delito de lavado de activos. El Defensor interpuso el recurso extraordinario de casación, pero la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no lo cazo”

Del análisis del caso anterior nos planteamos dos interrogantes:

- ¿se puede derivar el Delito de lavado de Activos del tipo penal de Enriquecimiento ilícito de particulares?
- ¿en caso de derivarse, se necesita de una sentencia judicial en la que se haya condenado el enriquecimiento ilícito?

En cuanto al primer cuestionamiento la respuesta es negativa, no se puede derivar el Lavado de Activos solo del delito de enriquecimiento ilícito de particulares, por cuanto este último no es un delito autónomo.

Si bien el Art. 323 del Código Penal señala esta alternativa, la Corte Suprema de Justicia aduce que se puede imputar el delito de lavado de activos tan solo de una inferencia lógica que lo fundamente³¹

“Como lo recuerda el Delegado, la jurisprudencia de esta Corte tiene sentado que aunque en el delito de lavado de activos es necesario demostrar en el proceso que los bienes objeto del mismo provienen de alguna de las actividades ilícitas a que se refiere el transcrito artículo 323, para su acreditación no es necesario, sin embargo, la existencia de una sentencia previa en ese sentido, sino que en el proceso debe estar patente esa situación, bien sea que la conducta se le cargue a quien se investiga o a un tercero, sin que esa particularidad demande una prueba específica [sentencia de 24 de enero de 2007, radicación número 25219].

”Sobre la fundamentación de la imputación por lavado de activos, en reciente pronunciamiento [sentencia de 28 de noviembre de 2007, radicación 23174] expresó la Sala que ”...basta con que el sujeto activo de la conducta no demuestre la tenencia legítima de los recursos, para deducir con legitimidad y en sede de sentencia que se trata de esa adecuación

³¹ Sentencia de Casación Penal de La Corte Suprema de Justicia de Febrero 19 de 2009 expediente 27827 MP. Julio Enríquez Soacha Salamanca.

típica (lavado de activos), porque en esencia, las diversas conductas alternativas a que se refiere la conducta punible no tienen como referente 'una decisión judicial en firme', sino la mera declaración judicial de la existencia de la conducta punible que subyace al delito de lavado de activos' (Subrayado fuera del texto)

En este sentido, que se debe entender por “¿una mera declaración judicial”?

La Corte Suprema sostiene que no se trata de una declaración judicial en firme sino de una mera inferencia judicial al interior del proceso bien en sede de imputación, en sede de acusación o en sede de juzgamiento que fundamente la existencia de la(s) conducta(s) punible(s) tenidas como referente en el tipo de lavado de activos.

Aceptando la inferencia judicial, teóricamente la única manera de derivar el delito de lavado de activos del delito de enriquecimiento ilícito de particulares es por medio de la indagatoria, toda vez que la diligencia de indagatoria no sólo hace las veces de medio defensa sino que además su contenido constituye objeto de prueba, en el entendido de que siendo consciente de sus derechos a no inculparse, a permanecer en silencio y a no derivar de tal comportamiento indicios en su contra todo lo que diga el procesado en dicha diligencia y sus correspondientes ampliaciones podrá ser usado en su contra, hasta el punto de que el funcionario podrá fundamentar con base en el relato del procesado, al igual que en los demás medios de prueba que figuren en el expediente, un fallo condenatorio³².

Sin embargo, dicha indagatoria solo se origina en el caso que se estudia cuando la Fiscalía abre investigación porque Gloria Restrepo transporto e introdujo al País los 50.000 dólares, verbo rector que solo se acopla al delito de lavado de activos.

Entonces es absurdamente jurídico y no aplicable, pero sobre todo ilegal e inconstitucional sostener que la indagatoria que se realiza con el fin de investigar el delito de lavado de activos se utilice como medio de prueba para demostrar también el delito de enriquecimiento ilícito de particulares y que aceptando la literalidad de la norma, una vez obtenida esta indagatoria sirva nuevamente para imputar el tipo penal de enriquecimiento y derivar de este otra vez el delito de lavado de activos.

Pero ello no es todo, el delito de enriquecimiento ilícito de particulares para su configuración requiere de otra prueba o sentencia judicial emanada de un delito madre como el narcotráfico, testaferrato, captación de dineros, hurto, al absurdo de necesitar del mismo delito de Lavado de Activos, estaríamos entonces navegando en un círculo vicioso.

³² Cf., entre otras, sentencias de 14 de noviembre de 2001, radicación 15354, y de 11 de julio de 2002, radicación 18476.

El segundo interrogante se resuelve de la siguiente manera, en caso de derivar el delito de Lavado de Activos del Enriquecimiento Ilícito de Particulares no se necesita de una declaración judicial condenatoria en la que se haya probado el enriquecimiento, porque para probarse el enriquecimiento previamente se debió haber condenado el delito de lavado de activos, o como se ha dicho, tener por lo menos una inferencia razonable obtenida por medio de la indagatoria de donde se desprenda haber cometido el delito de lavado de activos para indilgar el enriquecimiento.

A manera de colofón en cuanto a la adecuación típica el enriquecimiento ilícito de particulares no goza de autonomía probatoria, toda vez que las pruebas que dan origen a su configuración deben emanar de pruebas decretadas en otros procesos, de sentencias judiciales en las que se ha condenado por otros delitos o de la simple declaración judicial que de hacerse o no conlleva para el Reo la violación a su derecho a la no auto incriminación.

A esto se suma que el Lavado de activos y el enriquecimiento ilícito tienen el fin de incrementar el patrimonio económico a tal punto que si se concursan estos delitos se sancionaría al Autor por la finalidad que persigue cada delito en particular y como se ha dicho se violaría el principio del *non bis in idem*.

4.3 PROBLEMAS EN LA ADECUACIÓN TÍPICA

4.3.1 No es posible que el delito de enriquecimiento ilícito de particulares concurse con delitos cuya finalidad sea el acrecentamiento patrimonial porque se viola el principio del *non bis in idem*. Del análisis expuesto con anterioridad, se ha señalado que los delitos como la Captación ilegal de dineros, el lavado de activos y el narcotráfico contienen un fin en sí mismo cual es el incrementar el patrimonio económico del sujeto activo o del autor del delito, por lo tanto es dable afirmar que no es posible que el delito de enriquecimiento ilícito de particulares concurse con ningún delito que tenga como finalidad el acrecentamiento del patrimonio económico propio o ajeno, pues se estaría sancionando doblemente una misma acción ya que el enriquecimiento es la finalidad de un delito y al sancionarse la finalidad se cometería una grave y flagrante violación al principio de *non bis in idem* o no dos veces por lo mismo.

El principio de *non bis in idem* es una manifestación de la justicia material y se traduce en la exigencia de la unidad de imputación delictiva y de la sanción penal. En otras palabras se requiere que los hechos del supuesto se realicen en su totalidad dando origen a una sola imputación dentro del proceso penal y a su vez generando una sola sanción.

Según este postulado, para cada delito unitario existe una pena legal unitaria de tal suerte que no se puede multiplicar la imputación para dar lugar con su ejecución a varios delitos y varias penas.

La violación a este principio y garantía constitucional se manifiesta al concursar el enriquecimiento ilícito de particulares con otros delitos cuya finalidad sea el incremento patrimonial económico pues no se estaría sancionando conductas jurídicas autónomas ya que la conducta jurídica es una sola que produce un solo resultado esto es el incremento patrimonial.

Entonces el enriquecimiento ilícito es una conducta jurídica final, integrada por un aspecto subjetivo como por uno objetivo, el primero por cuanto el autor comete los delitos de lavado de activos, captación ilegal de dineros, estafa, narcotráfico, hurto y otras conductas punibles con el fin de incrementar su patrimonio, aspecto subjetivo que se encuentra en el *iter criminis* por cuanto el autor se plantea el resultado y objetivamente por que logra trascender este aspecto cuando se materializa el comportamiento generándole un incremento a su patrimonio.

En la mayoría de los casos en los que se concursa el tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares con otros tipos penales se estaría ante lo que la doctrina denomina concurso aparente de hechos punibles y que se debe resolver por el principio de la consunción.

En consecuencia en Colombia dentro del marco constitucional y legal y bajo los principios que emanan del bloque de constitucionalidad no se puede sancionar el agotamiento o la consumación de un injusto penal diferente del tipo penal del cual se desprende y no se puede mantener conductas punibles que en aras de velar por una política criminal del Estado terminen por desconocer los principios y derechos fundamentales.

Así mismo queda claro que el Enriquecimiento ilícito de particulares no es un delito “autónomo” y que en la práctica resulta improcedente, inadecuado y absurdamente jurídico concursar este delito con otras conductas por cuanto para su configuración depende de pruebas decretadas en otros procesos o de sentencias judiciales en las que se haya declarado un delito precedente, es más el enriquecimiento ilícito no se mueve en el plano de la autonomía y el estar supeditado de otros delitos lo hace de suyo un tipo penal perjudicial y atentatorio de los derechos del reo y violatorio de los derechos constitucionales.

4.3.2 El Concurso aparente. Frente al análisis planteado y conservando la teoría de la “autonomía” del tipo penal de Enriquecimiento ilícito de particulares proponemos que al concursar este tipo penal con conductas punibles de la misma entidad como las antes señaladas se presentaría el fenómeno de un concurso aparente.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que se configura un concurso aparente cuando: *“una misma situación de hecho desplegada por el autor pareciera adecuarse a las previsiones de varios tipos penales, cuando en verdad una sola de estas normas es aplicable al caso en concreto, atendiendo razones de especialidad, subsidiaridad o consunción que las demás resultan impertinentes por defectos en su descripción legal o porque las hipótesis que contienen van más allá del comportamiento del justiciable”*³³.

Así mismo la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el concurso aparente de tipos penales tiene tres presupuestos básicos: ³⁴ (I) la unidad de acción, esto es, que se trata de una sola conducta que encuadra formalmente en varias descripciones típicas, pero que realmente sólo encaja en una de ellas, (II) que la acción desplegada por el agente persiga una única finalidad y (III) que lesione o ponga en peligro un solo bien jurídico, de manera tal que la ausencia de uno de tales elementos conduce a predicar el concurso real y no el aparente³⁵.

Bajo esta órbita al aceptarse la “autonomía” del delito de Enriquecimiento ilícito de particulares con las conductas como el narcotráfico, el lavado de activos y la captación masiva y habitual de dineros, se cumplirían los anteriores requisitos para configurarse el concurso aparente, toda vez que se realizaría un mismo hecho con la finalidad única de incrementar el patrimonio económico que pone en riesgo o peligro un bien jurídico tutelado como el orden económico nacional, el sistema financiero, el patrimonio económico, entre otros.

Para evitar que al concursar los delitos mencionados con el enriquecimiento ilícito de particulares se viole el principio del non bis in idem la Corte Suprema de Justicia³⁶ ha destacado, coincidiendo con la doctrina, que la solución racional del concurso aparente se encuentra en seleccionar la norma que resulte adecuada aplicando los principios de especialidad, subsidiaridad y consunción.

Por medio del principio de especialidad se resuelve el concurso aparente cuando se aplica una norma especial que emana de un tipo penal básico que proteja el mismo bien jurídico, aplicando la norma especial sobre la general.

³³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 9 de marzo de 2006, radicación 23755 y de 10 de mayo de 2001, radicación 14605, entre otras. La Corte Constitucional lo define como aquel concurso que tiene lugar cuando una misma conducta parece subsumirse a la vez en varios tipos penales diversos y excluyentes, de tal manera que el juez, no pudiendo aplicarlos coetáneamente sin violar el principio del *non bis in idem*, debe resolver concretamente a cuál de ellos se adecúa el comportamiento en estudio (Sentencia C-133/99).

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 17 de agosto de 2005, radicación 19391.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 15 de junio de 2005, radicación 21629.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias 18 de febrero de 2000, radicación 12820, de 10 de mayo de 2001, radicación 14605, y de 9 de marzo de 2006, radicación 23755, entre otras. En similar sentido, Corte Constitucional, sentencia C-133/99.

Por medio del principio de subsidiariedad se resuelve el concurso aparente cuando se aplica un tipo penal residual que en su consagración normativa exprese su carácter accesorio siempre y cuando solo pueda ser aplicado si el hecho no está sancionado especialmente como delito o no constituye otro ilícito, sancionándose la conducta subsidiaria exclusivamente. Sin embargo cuando simultáneamente aparezca definida en otro tipo penal de mayor jerarquía que protege el mismo bien jurídico surge un concurso aparente de tipos que debe ser resuelto con exclusión del tipo subsidiario y accesorio para aplicar el tipo penal de mayor jerarquía.

Para el caso del concurso aparente del enriquecimiento ilícito de particulares no se resuelve por el principio de la especialidad o de subsidiariedad, por cuanto el enriquecimiento no es un delito especial que emane de otro delito, ni tampoco es un tipo subsidiario porque en este delito no se señala su carácter residual o accesorio, se debe entonces resolver el concurso por medio del principio de la consunción.

Se entiende por consunción cuando existe un tipo penal complejo o consuntivo cuya definición contiene todos los elementos constitutivos de otro tipo penal de menor relevancia jurídica. Se caracteriza por guardar con éste una relación de extensión y comprensión porque no necesariamente protege el mismo bien jurídico. Cuando esta situación ocurre, surge un concurso aparente de normas que debe ser resuelto en favor del tipo penal de mayor riqueza descriptiva, o tipo penal complejo, en aplicación del principio de consunción: *lex consumens derogat legis consumptae*.

En este sentido delitos como la captación de dineros, el narcotráfico y el lavado de activos son delitos complejos cuya definición descriptivamente es más clara y rica que la del Enriquecimiento ilícito de particulares en virtud a que sus verbos rectores recogen con mayor amplitud los componentes objetivos y subjetivos del tipo. A ello se suma que estos delitos no tienen sentido para el agente sino en la medida que se cometa el segundo delito esto es el enriquecimiento o incremento del patrimonio económico del particular.

De esta manera al ser delitos complejos en ellos se fusiona o reúne en una tipicidad penal situaciones objetivas de variada índole de modo que se excluye la pluralidad de infracciones y por ende el concurso de delitos.

Queda claro que al concursar el enriquecimiento ilícito de particulares queriéndolo imputar como delito autónomo e independiente de otras conductas delictivas como las estudiadas se debe especificar en el propósito del autor pues se está utilizando un mismo hecho para agravar dos veces la pena quebrantando el principio del *non bis in ídem* y por ende esta clase de delitos complejos han de castigarse mediante síntesis valorativa con una pena global en toda su extensión en función de la que corresponda a la única infracción cometida unida al resultado punible más gravemente producido.

5. EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES VS ALGUNOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

"... si los fiscales, los defensores y los jueces no están despiertos, es decir, si no están formados profesionalmente para desempeñar su función dentro del sistema acusatorio, entonces, la voz del derecho queda desvaída y lejana, como las inaccesibles voces de los sueños".³⁷

Gustavo Morales Marín

5.1 CONCEPCIÓN DE PRINCIPIOS

5.1.1 Definición de principios. La Jurisprudencia Constitucional ha sido enfática en determinar que los principios consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional.

El alcance normativo de los principios no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser.

Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden y al ser catalogados como fundamentos del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos

³⁷ Tomado de la INTERVENCIÓN DEL DOCTOR LUIS CAMILO OSORIO ISAZA, FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN, EN LA INSTALACIÓN DEL XXIII CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, Bogotá, D.C., Centro de Convenciones Gonzalo Jiménez de Quesada, 11 de septiembre de 2002. (consultado el 14 de junio de 2009) disponible en internet. <http://www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/Decla02/congre.htm>

para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos.

Robert Alexy sostiene que los Principios son mandatos de optimización, en tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también esencialmente por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación, y además la necesitan³⁸.

5.1.2 Los principios como límites al poder punitivo del Estado. En efecto, los principios se constituyen en límites al poder punitivo del estado, porque al ser normas de una jerarquía superior a las leyes, son ellos los que marcan el camino por el cual ha de transitar el legislador en cumplimiento del mandato a él encomendado, de hacer las leyes que deberán ser válidas que además de haber sido expedidas por el órgano competente-el congreso- caso en el que se juzga su validez formal, también deberán ser válidas materialmente por encontrarse compatibles con normas superiores que delimitan el campo del legislador.

Así pues para que una norma sea legítima y aplicable, es menester entonces que la misma sea válida, no solo formal sino también materialmente, es decir, que al juzgar la compatibilidad con las normas de mayor jerarquía, haya consonancia entre la norma legal y la norma supra legal, de donde no podríamos predicar la validez material de una norma que desconoce o contraviene normas de superior entidad jerárquica.

Por lo tanto el legislador penal en cumplimiento de sus funciones legislativas está subordinado a los principios que adquieren un carácter de límites axiológicos dentro de una escala de valores con una categoría de autonomía, en cuanto a ser fuente inspiradora de la ley que como normas pragmática obligan a la persecución de un fin del derecho, cual es la justicia, expresando los valores supremos del ordenamiento jurídico y señalando el carácter general con que debe seleccionar y aplicar la ley, lo que termina convirtiendo los principios en normas de una categoría tal que su aplicación se encuentra en ellas mismas, haciéndolas regir no solo en principio, sino por principio.

³⁸ 9 ALEXY, Robert (1996). *“El concepto y la validez del derecho”*. Editorial Edisa. Pág. 162

5.2 PRINCIPIOS QUE DESCONOCE EL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES.

Son dos los principios que desconoce el tipo penal del Art. 327: el principio del debido proceso consagrado en el Art. 29 de la Constitución Nacional de 1991 y el principio de no auto incriminación del Art. 33 Constitucional.

5.2.1 EL DEBIDO PROCESO:

Principio consagrado en el Art. 29 Constitucional y que contiene en si mismo los principios de la presunción de inocencia, el derecho de defensa, la garantía del juez natural independiente e imparcial, juicio público e imparcial sin dilaciones injustificadas, el de legalidad, irretroactividad y favorabilidad de la Ley, el non bis in idem y res judicata o cosa juzgada. De los cuales se estudian a continuación los principios que de acuerdo a la tesis planteada viola el tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares.

5.2.1.1. Principio de la Presunción de inocencia.

- Antecedente jurídico.

Principio consagrado en el Art. 29 de la Constitución de 1991, entendido como derecho fundamental de aplicación inmediata que no requiere para su observancia de reglamentación legislativa. La presunción de inocencia (*status innocentiae*) en virtud de la cual “toda persona se presumen inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable” se convierte en una presunción universal *juris tantum* que significa que no admite prueba en contrario.³⁹ En esta medida tiene la categoría de derecho fundamental y de derecho humano.

La presunción de inocencia como derecho fundamental es declarada por primera vez en el Art. 9 de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano el 26 de Agosto de 1789 y que fue incorporada a la primera Constitución de Francia revolucionaria el 3 de septiembre de 1791. En dicha declaración de 1789 se consagraba:

³⁹ CAMARGO Pedro Pablo. El Debido Proceso. Segunda edición. Bogotá-Colombia. Editorial Leyer.2002. Pág. 132.

Art. 9 “toda persona será presumida inocente hasta que sea declarado culpable, si se juzga indispensable su detención la ley deberá reprimir todo rigor que no sea necesario para el aseguramiento de la persona”.

Posteriormente, la Bill of Rights de 1791 consagro el derecho a la presunción de inocencia y que fue incorporada en la Constitución de Los Estados Unidos de América de 1787 en la enmienda V en donde se disponía que *“a ninguna persona se le privará de la vida, libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial”* así mismo se incorporo en la enmienda VI de la misma constitución.

Progresivamente las Constituciones de los siglos XIX recogieron ese derecho fundamental primigeniamente en los Códigos Penales y posteriormente en las constituciones.

En América Latina la presunción de inocencia es un canon fundamental dentro de los Códigos Penales y varias constituciones la han consagrado como granita de rango constitucional, así por ejemplo se encuentra consagrado el Art. 16 de la Constitución de Bolivia de 1967; Chile Art. 58 de la constitución de 1980; Ecuador Art. 19 numeral 17 de la Constitución de 1983; el Salvador el Art. 12 de la Constitución de 1983; Honduras Art. 89 de la Constitución de 1982; Nicaragua Art. 32 de la Constitución de 1986; Paraguay Art. 17 de la Constitución de 1992; Perú Art. 24 de la Constitución de 1993 y Venezuela Art. 49 de la Constitución de 1999.

Es con el Art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948, cuando se le da a la presunción de inocencia la categoría de derecho humano en efecto el Art. 11 dispone *“ Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”*

En sí misma, la presunción de inocencia es una norma del Jus cogens⁴⁰, por estar consagrada en los pactos internacionales de derechos humanos que encuentra asidero en tres normas internacionales a saber: a.- Art. 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas de 1966; b.- Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; c.- Art. 6 De la Convención Europea para la protección de los Derechos humanos y libertades fundamentales de 1950.

⁴⁰ Por Jus Cogens se entiende aquellas normas de Derecho Internacional de carácter imperativo que el Estado no puede Derogar unilateralmente por medio de tratados que celebre con otros Estados y que son obligatorias per se. PEDRO PABLO CAMARGO: Tratado de derecho internacional público, Bogotá, editorial Leyer, Segunda edición, 1998 Pág., 305-307. Citado por CAMARGO Pedro Pablo. El Debido Proceso. Segunda edición. Bogotá-Colombia. Editorial Leyer.2002. Pág. 137.

Normativamente, Colombia consagra la presunción de inocencia como Derecho Humano, derecho fundamental y garantía constitucional, derivado del Art. 29 de la Constitución de 1991 y que mediante el Art. 93 de la misma se integran al orden jurídico interno los Tratados internacionales sobre derechos humanos y su limitación aún en los Estados de excepción ratificados por el Congreso. En la Ley 599 de 2000, actual código penal en su Art. 2 dispone que se integran a las disposiciones legales penales las normas de derecho internacional ratificados por Colombia que conforman el denominado Bloque de Constitucionalidad y en el Art. 7 del Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004 consagra la presunción de inocencia para las actuaciones penales.

Frente a esta garantía, la jurisprudencia Constitucional ha señalado que⁴¹:

“Del Artículo 29 de la CN, resulta que ni el legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie.”

“el postulado cardinal de nuestro ordenamiento respecto del cual el constituye no consagro excepciones, el que toda persona se presume inocente mientras no se le demuestre lo contrario en el curso de un debido proceso ante tribunal competente, conforme a las reglas pre existentes al acto que se le imputa y con plena garantía de su defensa”

“... la culpabilidad es por lo tanto presupuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga.”

“en estos términos resulta abiertamente inconstitucional la norma de la ley penal que prevea hechos punibles sancionables objetivamente, esto es, únicamente en los presupuestos normativos sin que tenga en cuenta la culpabilidad.”

“También se opone a la constitución y de manera flagrante la norma legal que presuma la culpabilidad del imputado.”

- **Consecuencias jurídicas de la presunción de inocencia:**

De acuerdo al Tratadista Pedro Pablo Camargo, de la presunción de inocencia como derecho fundamental se derivan cuatro consecuencias jurídicas que son: (i) La carga de la prueba le compete al Estado; (ii) Prohibición de la confesión; (iii) In dubio pro reo; (iiii) Libertad del acusado como regla y no como excepción.

⁴¹ Sentencia de constitucionalidad C-626 del 21 de noviembre de 1999.

- **La Carga de la prueba le compete al Estado:**

En virtud de la presunción de inocencia ningún acusado está obligado a probar que es inocente, pues es el Estado quién por medio del ente Acusador que es la Fiscalía General de la Nación en virtud del Art. 250 de la Constitución política de 1991, a quien le incumbe desvirtuar la presunción de inocencia y por ente a ella le compete la carga de la prueba, pues al momento de acusar a una persona debe acudir ante los Tribunales y Jueces con elementos probatorios que le permitan dilucidar que dicha persona a intervenir como autor o partícipe dentro del ilícito.

Sostiene el tratadista en mención, que en un Estado de Derecho Democrático, no se puede invertir la carga de la prueba en el sentido que sea el acusado el que allegue las pruebas que permitan demostrar su inocencia, pues debe recordarse que es una presunción que no admite prueba en contrario ni excepción alguna.

En efecto, el Art. 8 de la Ley 190 de 1995 conocido como el “Estatuto Anticorrupción” y que regulo el delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios Públicos, sostuvo que aún cuando el fin de dicho estatuto sea el de erradicar la corrupción administrativa *“en desarrollo de las actuaciones penales, disciplinarias y contravencionales, prevalece el principio de presunción de inocencia. En consecuencia, en todo proceso penal, la carga de la prueba estará siempre a cargo del Estado, tanto en etapas de indagación preliminar como en las del proceso.”*

En efecto la Corte Constitucional en Sentencia C-176 de 1994⁴² fijo el alcance de la reserva que Colombia hizo en el párrafo 7 del Art. 5 de la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas suscrita en Viena en 1988” en lo referente a la inversión de la carga de la prueba, sostuvo que:

“El sistema penal y procesal colombiano se encuentra edificado sobre el principio de la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 29 de la Constitución, según el cual, “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. De la lógica del proceso surge que la carga de la prueba está a cargo del Estado, claro está, sin perjuicio de que los sujetos procesales también puedan ejercer su iniciativa probatoria a fin de buscar el esclarecimiento de los hechos.”

⁴² Sentencia C’176 de 1994, Corte Constitucional. REF.: Expediente No. L.A.T.-021 Magistrado Sustanciador: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, Santa Fe de Bogotá, D.C., 12 de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Sobre la presunción de inocencia, la Corte Constitucional en dicha sentencia afirma que:

“ La garantía del debido proceso, no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, como parece entenderlo el juzgado de primera instancia, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características. Todo ello descansa sobre el supuesto de la presunción de inocencia, la cual tiene que ser desvirtuada por el Estado para que se haga posible la imposición de penas o de sanciones administrativas.”⁴³

Se puede entonces concluir que la presunción de inocencia es uno de los derechos más importantes con que cuenta todo individuo; para desvirtuarla es necesario demostrar la culpabilidad de la persona con apoyo en pruebas fehacientes debidamente controvertidas, dentro de un esquema que asegure la plenitud de las garantías procesales sobre la imparcialidad del juzgador y la íntegra observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y esclarecimiento de los hechos, la práctica, discusión y valoración de las pruebas y la definición de responsabilidades y sanciones.

Así pues, Colombia no puede de ninguna forma aprobar un texto que invite a la inversión de la carga de la prueba, por lo cual esta tercera reserva es conforme con el texto constitucional.”(Subrayado fuera del texto).

El Tratadista en mención se refiere a las conclusiones del XVI Congreso Internacional de Derecho Penal de la Asociación Internacional de Derecho Penal, que tuvo lugar en Budapest (Hungría) del 5 al 11 de septiembre de 1999 en el cual se concluyó que: *“la presunción de inocencia constituye un elemento integrante del Estado de Derecho. La carga de la prueba recae en la parte acusadora, siendo el nivel de prueba requerido, bien el de la íntima convicción, bien del sistema*

⁴³ ⁴³Corte Constitucional, Sentencia T-460 de 1992. Magistrado Ponente Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO en Gaceta de la Corte Constitucional. 1992, Tomo 3, p 446 y 447. Sobre la presunción de inocencia ver también Corte Constitucional., Sentencia C-007/93. Magistrado Ponente JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO en Gaceta de la Corte Constitucional. 1993, Tomo 1, pp. 118 y ss. Citado por la Sentencia C-176 de 1994.

establecido de prueba legal, toda presunción de culpabilidad que no pueda ser objeto de prueba en contrario se encuentra formalmente prohibida.”⁴⁴

- ❖ La Carga de la prueba en el tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares.

En cuanto a la carga de la prueba en el tipo penal de Enriquecimiento ilícito de particulares, ya se ha señalado que la Corte Constitucional mediante sentencia C-319 de 1996, le confirió a este tipo penal el carácter de delito “autónomo” y ha señalado que el término “justificar” o “no justificado” del tipo, “*no conduce en manera alguna a una inversión de la carga de la prueba, pues es al Estado a quien corresponde en última instancia probar el hecho típico, antijurídico y culpable, de conformidad con los medios de prueba existentes y los elementos de juicio aportados al proceso. Se reitera que la explicación que brinde el imputado en relación con el presunto incremento patrimonial injustificado corresponde a un acto propio del ejercicio del derecho de defensa, como quiera que en las instancias procesales debe permitírsele al sindicado explicar su conducta.*”

Así mismo conceptúa que en el terreno penal “*no puede sostenerse que abruptamente cese todo asomo de colaboración de la persona a la que se pide explicaciones sobre sus movimientos patrimoniales (C.P. Art. 95 num. 7 y 9). El derecho a la no autoincriminación ciertamente autoriza al sindicado o procesado a asumir ciertos comportamientos procesales, pero su silencio o sus aseveraciones carentes de sustento, pueden objetivamente demeritar su posición si en su contra se reúnen suficientes elementos probatorios allegados por el Estado y no refutados.*”

De los planteamientos esgrimidos por la Corte con referencia a la literalidad del Tipo Penal tratado, se observa una clara contradicción, ya que en el aparte citado si bien la Corte afirma que es el Estado quién debe probar el enriquecimiento ilícito del particular de acuerdo a los medios probatorios, de sus planteamientos se deduce que:

- El imputado en este delito no tiene la facultad de “ejercer su derecho de defensa” como lo esgrime la Corte, sino que por el contrario tiene la obligación de ejercer su “defensa” mediante la justificación de su patrimonio.

⁴⁴ Las conclusiones del XVI Congreso Internacional de Derecho Penal de la Asociación Internacional de Derecho Penal” se publicaron como ANEXO I del Artículo de PEDRO PABLO CAMARGO, “El Derecho Penal y el Crimen Organizado” en la Revista de Derecho Penal No. 18 (abril-mayo de 2000), Editorial Leyer, pág. 51-62. Citado por CAMARGO Pedro Pablo. El Debido Proceso. Segunda edición. Bogotá-Colombia. Editorial Leyer. 2002. Pág. 140.

- La justificación al ser una condición objetiva del tipo como lo esgrime la Corte, atenta contra la garantía de que corresponde al Estado probar los hechos que imputa al reo en el proceso penal.
- De acuerdo a la literalidad del tipo penal, si el imputado no “justifica” su patrimonio su silencio o su imposibilidad de hacerlo le generaría una presunción de la ilicitud de sus bienes, y como lo asegura la Corte en el párrafo citado con respecto a la no auto incriminación que el silencio o las aseveraciones carentes de sustento por parte del reo, pueden objetivamente demeritar su posición si en su contra se reúnen suficientes elementos probatorios allegados por el Estado y no refutados, de tal manera que el imputado debe “justificar” su patrimonio.
- En el salvamento de voto de la Sentencia C.319 de 1996, el Magistrado Carlos Gaviria Díaz afirma que el Estado debe probar la existencia material del injusto, esto es, de los elementos que conforman su tipicidad y antijuridicidad, así como la responsabilidad subjetiva de la persona, esto es la culpabilidad, pues una persona sólo puede ser condenada conforme a una ley preexistente y observando la plenitud de la formas del juicio (CP art. 29), pues únicamente así se desvirtúa la presunción de inocencia, dicho principio es de la “demostrabilidad” propugnado por la Corte Suprema de Justicia.

Por último para apoyar la tesis propuesta el tratadista Pedro Pablo Camargo asegura: *“en consecuencia la inversión de la carga de la prueba, por parte de la Fiscalía General de la Nación, en los proceso de justicia regional o ahora “especializada” en contra de los acusados del delito de de Enriquecimiento ilícito de particulares o bien en los procesos de extinción de dominio que lleva a cabo la Unidad Especializada para la extinción del Derecho de Dominio y en contra del lavado de activos, es una flagrante violación constitucional y fundamental a la presunción de inocencia, amparado en el Art. 29 de la Constitución de 1991, el Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos y el Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también del Art. 81 de la Ley 190 de 1995”*

Bajo los supuestos señalados queda claro entonces que de la literalidad del tipo como de los argumentos señalados por la Corte Constitucional se está violando tajantemente el principio a la presunción de inocencia al invertirse la carga de la prueba.

- ❖ Los medios probatorios en el delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

Si se desconociera la teoría de la “autonomía” y se aceptara la naturaleza subsidiaria o derivada del delito de enriquecimiento ilícito de particulares, sería relativamente fácil derivar de una conducta como el lavado de activos, de la captación de dineros, del narcotráfico, de la estafa, del hurto, entre otras la configuración del enriquecimiento, sin embargo como lo hemos afirmado, tal posibilidad de concursar estas conductas lleva implícito la violación del principio de *non bis in idem*.

Entonces, si solo se quisiera imputar el delito de Enriquecimiento ilícito de particulares, ¿como el Estado comprueba el incremento patrimonial injustificado al que hace referencia el tipo penal?

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Casación Penal expediente 27827 de 19 de febrero de 2009 MP. Julio Enrique Soacha Salamanca, afirmo que *“la procedencia de la obtención ilícita de los bienes se deduce de la Indagatoria rendida por el indiciado, el imputado o el acusado y es jurídicamente viable desvirtuar la presunción de inocencia con base en las manifestaciones del procesado, siempre y cuando se le hayan respetado las garantías mínimas que operan a su favor”*: Así mismo reconoció:

“La Corte ha reconocido de vieja data que la diligencia de indagatoria no sólo hace las veces de medio de defensa (...) sino que además su contenido constituye objeto de prueba, en el entendido de que (...) todo lo que diga el procesado en dicha diligencia y sus correspondientes ampliaciones podrá ser usado en su contra, hasta el punto de que el funcionario podrá fundamentar con base en el relato del procesado, al igual que en los demás medios de prueba que figuren en el expediente, un fallo condenatorio

”En otras palabras, como el procesado ‘no es únicamente sujeto del proceso, esto es, interviniente en el procedimiento con derechos procesales autónomos [...], sino, también, medio de prueba”⁴⁵, las manifestaciones que en contra de sus propios intereses haga en la diligencia de vinculación o en sus respectivas ampliaciones, o incluso en el interrogatorio que se efectúa al inicio de la audiencia pública (artículo 403 de la ley 600 de 2000), en tanto sean relevantes para el objeto de la actuación, se hallan íntimamente ligadas tanto al principio de libertad probatoria previsto en el artículo 237 del ordenamiento procesal como al fin esencial del Estado Social de Derecho de asegurar la vigencia de un orden justo de que trata el artículo 2 de la Constitución Política, sin que constituya vulneración a la garantía fundamental de no incriminación, en la medida en que a éste se le hayan

⁴⁵ Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 208. Citado por la Corte Suprema de Justicia Expediente 27827 de 2009.

hecho previamente las advertencias constitucionales y legales y, al mismo tiempo, haya entendido sus consecuencias.

"En consecuencia, para efectos de la demostración de cualquiera de los elementos constitutivos de la conducta punible, el juez podrá sustentarlos en el fallo teniendo como base el caudal probatorio analizado en conjunto, incluyendo las mentiras, inconsistencias y admisiones totales o parciales que contenga la versión del procesado, siempre y cuando los razonamientos que efectúe en tales sentidos no riñan con las reglas de la sana crítica". (Subrayado fuera del texto)

Queda claro las consecuencias que se derivan de la indagatoria como medio de prueba, pero el problema que surge es otro: Que sucede si la persona reconociendo los derechos que le asisten decide guardar silencio y no auto incriminarse? ¿Su silencio configuraría el ingrediente normativo "no justificado" al que hace referencia el tipo? ¿Dicho silencio deberá tomarse como prueba en contrario y será desfavorable para el indiciado? ¿Puede el Estado imputar solo el delito de enriquecimiento ilícito de particulares derivado de los medios probatorios que se anexen en la indagatoria? ¿Si la persona no está obligada a declarar contra sí mismo, cuál es el motivo para que se le llame a rendir declaración? ¿Quiere decir esto que para que la persona no sea imputada o acusada por este delito debe renunciar a su derecho a no auto incriminarse y aceptar la indagatoria como medio para probar su inocencia? ¿Es la indagatoria el medio más acertado para desvirtuar la presunción de inocencia? ¿Con la simple lectura de los derechos que le asisten a la persona, se estaría amparando los derechos constitucionales y legales con el fin de que la indagatoria pueda ser utilizada para imputar el delito de enriquecimiento ilícito? Y por último ¿quién está sumiendo la carga de la prueba: el indiciado o el Estado?

Para resolver estos cuestionamientos y en muchos puntos contrario a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, se debe partir del concepto y la finalidad que persigue la indagatoria. La Corte Constitucional en Sentencia C-537 de 2006⁴⁶, extrajo brevemente una clara línea jurisprudencial ⁴⁷ sobre esta materia señalando:

"(...) Así, esta Corporación ha entendido en relación con la diligencia de indagatoria que (i) tiene una doble connotación jurídica, siendo un medio

⁴⁶ Sentencia C-537 de 2006. Referencia: expediente D-6007. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 337 de la Ley 600 (parcial) y 394 de la Ley 906 de 2004. Demandante: Jesús Nelson Enrique Prieto Guerrero. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, Sala Plena de la Corte Constitucional. Bogotá, D.C., doce (12) de julio de dos mil seis (2006).

⁴⁷ Entre otras, sentencias T- 439 de 1997, C- 621 de 1998, T- 1450 de 2000, C- 620 de 2001, C- 296 de 2002, C- 330 de 2003 y C- 248 de 2004. Citado por la Sentencia C-537 de 2006.

de defensa del imputado en el proceso, mediante el cual explica su posible participación en los hechos; y es, a su vez, fuente de prueba de la investigación penal, porque le permite al fiscal hallar razones que orienten la investigación a la obtención de la verdad material⁴⁸; (ii) supone el conocimiento inmediato de la acusación y, por ende, permite no sólo la defensa material de la persona inculpada, sino también la oportunidad de escoger desde el principio un apoderado de confianza para adelantar la denominada defensa técnica⁴⁹; (iii) no resulta indispensable, y ni siquiera pertinente, que el abogado defensor formule interrogantes durante la diligencia⁵⁰; (iv) no es la indagatoria el acto procesal indicado para forzar al imputado a que confiese o suministre elementos que posteriormente pueden ser usados en su contra, bajo la velada amenaza en qué consiste una exhortación judicial a decir únicamente la verdad⁵¹; (v) con base en la garantía constitucional sobre no autoincriminación, el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso⁵²; y (vi) el funcionario judicial puede ordenar la conducción del imputado para realizar la diligencia de indagatoria a la que previamente fue citado, en tanto éste se niega a comparecer y por tanto incumple con su deber de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia⁵³

En este orden de ideas, la diligencia de indagatoria, en un sistema procesal de carácter mixto, es un instrumento para el ejercicio del derecho de defensa, y por ende, se rinde libre de todo apremio, pudiendo la persona guardar silencio en el curso de la mismo, no estando obligada a auto incriminarse ni a declarar contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. A su vez, la indagatoria ha sido entendida como un medio de prueba de la investigación penal, porque le permite al fiscal hallar razones que orienten la investigación a la obtención de la verdad material. De allí que, correlativamente, la diligencia de indagatoria podrá ser ampliada únicamente a petición del sindicado o de oficio, “cuando se considere conveniente y sin necesidad de motivación alguna”⁵⁴, e igualmente, será ampliada “cuando aparezcan fundamentos para modificar la imputación jurídica provisional”⁵⁵.

⁴⁸ Sentencia T- 439 de 1997, reiterada en sentencia C- 620 de 2001. Citada por la Sentencia C.537 de 2006.

⁴⁹ Sentencia C- 248 de 2004.

⁵⁰ Sentencia C- 621 de 1998.

⁵¹ *Ibídem.*

⁵² *Ibídem.*

⁵³ Sentencia C- 330 de 2003.

⁵⁴ Art. 342 de la Ley 600 de 2000.

⁵⁵ *Ibídem.*

Se da la posibilidad de que en la indagatoria una persona declare en contra de otro, caso en el cual se da aplicación al art. 394 del CPP y “se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo”. Afirma la Corte que:

Al respecto, la Corte encuentra que existen numerosas diferencias ontológicas entre las figuras del indagado y el testigo. Así, el indagado es (i) sujeto de la acción penal; (ii) sobre él recae la investigación penal; (iii) es titular de los derechos a guardar silencio, no pudiendo ser apreciado tal comportamiento como un indicio en su contra, y a no auto incriminarse, y por ende, la declaración que rinde es voluntaria, libre de todo apremio; (iv) constitucionalmente no está obligado a declarar contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (v) durante la indagatoria debe estar asistido por su defensor de confianza o de oficio, quienes no podrán interrogarlo; y (vi) le asiste el derecho a solicitar la ampliación de su indagatoria. Por el contrario, el testigo (i) no es sujeto de la acción penal; (ii) está obligado a declarar bajo juramento, no pudiendo ser obligado a hacerlo contra sí mismo o contra su cónyuge compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (iii) de llegar a faltar a la verdad o la calle total o parcialmente, puede ser sancionado penalmente por el delito de falso testimonio; y (iv) todos los sujetos procesales pueden interrogarlo (...)” (subrayado por fuera del texto)

De los extractos señalados, existe una clara oposición entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en la medida en que la primera argumenta que la indagatoria es el medio probatorio idóneo para comprobar la obtención y por ende el incremento patrimonial ilícito a tal punto que el silencio voluntario de la persona puede ser usado en su contra por no colaborar con la justicia y no justificar su patrimonio, además que las contradicciones en las que reside su declaración sustentan el fallo condenatorio; por su parte la Corte Constitucional afirma que la indagatoria no es el medio adecuado y propicio para suministrar elementos que posteriormente pueden ser usados en contra de la persona, ni que el silencio de la persona constituya indicio siquiera en su contra.

El utilizar la indagatoria como medio probatorio y derivar de esta la imputación o acusación del delito de enriquecimiento ilícito de particulares es una manifestación del derecho penal funcionalista, que desconoce los fines de las figuras sustanciales y procesales en aras de apresar como diría Gunther Jackobs a los enemigos, de utilizar delicada pero peligrosamente la indagatoria en aras de justificar absurdamente un tipo penal y violando tajantemente los principios constitucionales lo que hace de esta práctica una inconstitucionalidad en si misma derivada del tipo penal.

Esta práctica mal sana para el Derecho Constitucional y penal solo encuentra asidero cuando se enmarca dentro de un Estado y un ente acusador “perseguidor” que termina por asimilar el delito con el imputado, como lo hace ver la Corte Suprema de Justicia cuando afirma que el procesado “*no es únicamente sujeto del proceso, esto es, interviniente en el procedimiento con derechos procesales autónomos sino, también, medio de prueba*”

Utilizar la indagatoria de esta manera es invertir un instrumento procesal de funciones “perseguidoras” del delito y del delincuente, quedando disminuido el Derecho de Defensa, porque es la Fiscalía la que determina la conducencia de la prueba solicitada incluso por el defensor o el mismo indiciado.

En este punto, encontramos plausible traer a colación la afirmación realizada por el Ex Fiscal General de la Nación Dr. Camilo Osorio⁵⁶ en el que evidenciaba el posible tratamiento que se le daría a la indagatoria en el actual sistema acusatorio. Sostiene el Ex Fiscal:

“(...) El Estado Social de Derecho está influido por la idea de respeto a la autonomía de la persona, autonomía que informa los principios como aquel, según el cual, el individuo no debe ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a confesarse culpable. Sin embargo, el actual Código de Procedimiento Penal prevé (artículo 337) la recepción de indagatoria, como medio de defensa, y también (art. 338 ibídem) indica que el funcionario judicial lo “interrogará sobre los hechos que originaron su vinculación y se le pondrá de presente la imputación jurídica provisional”. (Art. 394 ley 806 de 2004 actual Estatuto de Procedimiento Penal) Estas prescripciones indican que, durante la indagatoria, el funcionario judicial quiere descubrir todo lo que el sindicado sabe sobre los hechos materia de investigación y, con tal fin, emplea el interrogatorio. Aquí, nuevamente, el sindicado es interrogado como lo fue en todos los procedimientos inquisitivos. Y, cabe observar, esta condición de interrogado y de órgano de la prueba le reduce al máximo su calidad de sujeto procesal. Además, como con el interrogatorio se le quiere “sacar” lo que sabe, el sindicado se convierte en objeto de la investigación y no en sujeto de la misma. Es claro que en la indagatoria, el sindicado puede mencionar testigos y otros órganos y elementos de prueba para confirmar lo que declara, y es por esto por lo cual se dice que la indagación es medio de defensa. Sin embargo, dichos medios de prueba pueden ser propuestos por conducto de otras formas procesales.

⁵⁶ INTERVENCIÓN DEL DOCTOR LUIS CAMILO OSORIO ISAZA, FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN, EN LA INSTALACIÓN DEL XXIII CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, Bogotá, D.C., Centro de Convenciones Gonzalo Jiménez de Quesada, 11 de septiembre de 2002. (consultado el 14 de junio de 2009) disponible en internet. <http://www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/Decla02/congre.htm>

En suma, la indagatoria como medio de prueba, como medio de investigación o como medio de defensa, no es sostenible en una sociedad regida por el principio de la dignidad humana. Según ésta, ninguna persona debe ser tomada como mero medio o instrumento al servicio de fines ajenos a los suyos propios. Todo individuo de la especie humana es un ser con una misión moral para cumplir por sí mismo. En consecuencia, la indagatoria no es sostenible en una sociedad cuyo orden constitucional reconoce que nadie está obligado a declarar contra sí mismo. ¿Si no está obligado a declarar contra sí mismo, cuál es el motivo para que se le llame a rendir declaración? Si no está obligado a declarar ni a proporcionar al investigador o al juez elementos de juicios para que se le acuse o se le condene, es del todo indebido llamarlo a declarar. Y si se dice que esa indagatoria es el modo de vincular al sospechoso al proceso, en calidad de sindicado o procesado, ello puede hacerse válidamente de otra manera. (...)” (Subrayado fuera del texto)

Conforme a lo anterior, tratar de derivar de la indagatoria el delito de enriquecimiento ilícito de particulares es un absurdo jurídico y una clara inconstitucionalidad del tipo penal, ya que si la persona guarda silencio se configuraría el ingrediente normativo del tipo “incremento patrimonial no justificado” violándose el debido proceso por cuanto el Estado presume la ilicitud de los bienes y el principio de la no auto incriminación por cuanto el silencio del indiciado es tomado en su contra.

Por último basta con afirmar que la persona es llamada a Declarar con la finalidad de que el Estado no encontrando otro medio de prueba que la indagatoria pueda por medio de esta indilgar el incremento patrimonial esperando contradicciones u errores, o que por medio de esta se logre llamar a testificar ya con las reglas del testimonio y bajo juramento a los demás partícipes del posible ilícito. La Fiscalía conduce la práctica de esta prueba como un “chivo expiatorio” no con la finalidad de dirigir la investigación sino con la intención de imputar responsabilidad en el delito, quedando la voluntad del acusado en un segundo plano, quien renuncia a sus derechos constitucionales y demostrando la obtención lícita de sus bienes, invirtiéndose entonces la carga de la prueba.

A esto se suma, que el utilizar otros medios de prueba allegados en la indagatoria como los documentos o los testigos, son resultado de la anterior afirmación y el utilizar pruebas o sentencias judiciales que dieron pie a otro delito contradicen la tesis de la “autonomía” del tipo penal sentada por la Corte Constitucional.

- **Prohibición de la confesión:**

La confesión (confessio) primigeniamente no era la declaración espontánea del acusado sobre su culpa, sino la declaración arrancada por el tormento físico o

síquico y que durante todo el siglo XX estremecieron a la humanidad. A partir del siglo XIX algunos sistemas penales civilizados, en guarda de la presunción de inocencia establecieron el principio de que no se obligaría al inculpado a declarar bajo presión, torturas o cualquier tipo de coacción.

En Colombia la confesión por la coacción se prohibió desde la independencia, teniendo en cuenta los horrores a los que fueron sometidos los Patriotas. Con la constitución de 1991 se consagra la prohibición de la confesión coaccionada: *“nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.”*

- ❖ La prohibición de la confesión en el enriquecimiento ilícito de particulares.

Apoyados en el Tratadista Pedro Pablo Camargo, sostiene que con la entrada a la justicia especializada, muchos de los delitos investigados como el de Enriquecimiento Ilícito de particulares, fueron terminados anticipadamente mediante la figura de la Sentencia Anticipada y de otras figuras donde se da *“una aceptación a los cargos por el reo mediante la confesión arrancada por el estímulo de la rebaja de penas, de la prostitución de la administración de justicia, utilizada por el delincuente para obtener una mínima condena.”* Y continúa aclarando que *“debido a la presión de la Fiscalía General de la Nación, muchos reos terminaron por aceptar una condena benigna para salvar a su familia como es el caso del proceso “8000” (...) violándose así los pactos de San José con referencia a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y b.- la confesión del inculpado es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza refiriéndose la coacción a las figuras de rebaja de pena.”*⁵⁷

- **In dubio pro reo**

Alocución latina que significa que “toda duda debe resolverse a favor del reo” que junto con la presunción de inocencia configuran el principio de favor rey. Este principio encuentra su consagración en el Art. 7 del código de procedimiento penal el cual dispone que *“Para proferir sentencia condenatoria debe existir convencimiento de la responsabilidad penal del imputado mas allá de toda duda”* este principio preceptúa que si se dudare de la responsabilidad penal en caso de duda lo mejor es abstenerse a fin de no condenar a un inocente sobre el cual no hay certeza de su responsabilidad.

⁵⁷ CAMARGO Pedro Pablo. El Debido Proceso. Segunda edición. Bogotá-Colombia. Editorial Leyer.2002. Pág. 143.

El principio de in dubio pro reo se concibe como una garantía de la presunción de inocencia del inculpado basado en el derecho probatorio y en la interpretación de la Ley. Así también se desprende del Art. 81 de la Ley 190 de 1995 “Estatuto Anticorrupción” donde se estatuye que *“toda duda, conforme al principio de in dubio pro reo, debe resolverse por el Juez o la Autoridad competente a favor del sindicado o procesado.”*

❖ El in dubio pro reo en el Delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

El Tratadista Pedro Pablo Camargo sostiene para efectos de apoyar nuestra tesis que: *“ en algunos Estados que han venido a adoptar recientemente el Derecho Penal autoritario con fines eminentemente represivos con el fin de combatir fenómenos temporales como el terrorismo, el crimen organizado, (es el caso del Estado Colombiano y del delito de enriquecimiento ilícito de particulares) existe la tendencia a suprimir la garantía del in dubio pro reo por su negación, in dubio pro societatis, siendo esto algo abominable.”*⁵⁸

Para el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, queda claro que el legislador instituyó una presunción en virtud de la cual el particular que incrementa su patrimonio deviene de actividades ilícitas o delictivas, a tal punto que el imputado deberá probar con el fin de “justificar” que su patrimonio deviene de otro tipo de actividades, sin embargo, para el presente estudio, se parte de la hipótesis que si el Estado no puede probar el enriquecimiento ilícito del particular, ya porque los medios probatorios son insuficientes, en aras de proteger el bien jurídico tutelado que es la “moral social” el Estado podrá detener preventivamente al investigado, violándose el principio al in dubio pro reo, en virtud de la cual, al haber duda sobre la ilicitud, dicha duda se aplicará a favor del mismo.

Pero existe otra hipótesis frente a este tema, en virtud de la cual el Estado no podrá llegar a motivos razonablemente fundados sobre el enriquecimiento ilícito del particular y por lo tanto a su posterior condena, si no genera en el investigado la obligación de “justificar” su patrimonio, lo que entraña dentro de la génesis del tipo penal una clara inconstitucionalidad del mismo, toda vez que el Estado solo puede desvirtuar la “duda” y por ende la presunción de inocencia solo con la justificación del imputado. Bajo esta órbita el tipo penal entraña la “duda” sobre el imputado y debería darse aplicación al principio de Non Bis In Idem y por ello quedaría sin fundamento el tipo penal estudiado, porque de aplicarse dicho principio el investigado debería ser absuelto por completo.

Bajo esta órbita, es necesario aclarar las disposiciones legales que nacen para hacer frente al crimen organizado deberá respetar los derechos humanos y los

⁵⁸ CAMARGO Pedro Pablo. El Debido Proceso. Segunda edición. Bogotá-Colombia. Editorial Leyer.2002. Pág. 145.

principios fundamentales del derecho penal y ser conscientes del riesgo que estos tipos penales generan y que pueden ser utilizados en otros contextos como instrumento de represión.

5.2.1.2 Principio del *Non bis in idem*. Locución latina que traduce “no dos veces por la misma causa” y que indica que no se puede juzgar a una persona dos veces por los mismo hechos. En efecto guarda intrínseca relación con la Res judicata o cosa juzgada.⁵⁹

Su antecedente más cercano se encuentra en la V enmienda de las diez primeras reformas a la Constitución de los Estados Unidos de América de 1786 conocida como Bill of Rights. Estas garantías constitucionales en materia penal adquieren el rango de Derecho humano con el Art. 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas de 1966. Así mismo se incluyó en el Art. 8 de la Convención americana sobre derechos humanos “pacto de San José” en donde se consagra que “*el inculgado absuelto por una sentencia en firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.*”

El protocolo No. 7 de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 1950 suscrita en Estambul el 22 de diciembre de 1984 y en vigor desde 1987 incorporó el non bis in idem como garantía penal.

Como garantía penal, el Non Bis in idem se encuentra consagrado en el Art. 8 del Código Penal de 2000 como prohibición de doble incriminación que reza: “*a nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales*”. En la Ley 906 de 2004 actual Código de Procedimiento penal se consagra en su Art. 21 en el referente a la cosa juzgada y que dispone “*la persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismo hechos (...)*”

Normativamente se encuentra consagrado en los artículos 29 de la Carta Política, dentro del debido proceso; 8º del Código Penal; 19 del Código de Procedimiento Penal del 2000; 21 del Código de Procedimiento Penal del 2004; 14.7 de la ley 74 de 1968, aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966; y 8.4 de la ley 16 de 1972, aprobatoria de la Convención

⁵⁹ En la Sentencia de tutela T-652 de 1996 MP Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional sostuvo que “Pensar en la noción de cosa juzgada, sin hacerlo a la vez de non bis in idem es prácticamente un sin sentido, por lo tanto, cuando el Artículo 29 de la Constitución prohíbe al Estado juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho, esta haciendo referencia a ambas”

Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, firmado el 22 de noviembre de 1969.

La Corte Suprema de Justicia⁶⁰ ha sostenido que el axioma del non bis in idem comprende varias hipótesis:

“(...) Una. Nadie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho, por un mismo o por diferentes funcionarios. Se le suele decir principio de prohibición de doble o múltiple incriminación.

Dos. De una misma circunstancia no se pueden extractar dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración.

Tres. Ejecutoriada una sentencia dictada respecto de una persona, ésta no puede ser juzgada de nuevo por el mismo hecho que dio lugar al primer fallo. Es, en estricto sentido, el principio de cosa juzgada.

Cuatro. Impuesta a una persona la sanción que le corresponda por la comisión de una conducta delictiva, después no se le puede someter a pena por ese mismo comportamiento. Es el principio de prohibición de doble o múltiple punición.

Cinco. Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único. Se le denomina non bis in ídem material. (...)

❖ El desconocimiento del *non bis in idem*.

En cuanto al desconocimiento este principio por parte del Tipo Penal de enriquecimiento ilícito de particulares, tiene su asidero en la negación de la naturaleza subsidiaria del tipo penal y su consecuente declaratoria de “autonomía” lo que posibilita como se ha dicho, el concurso de esta conducta con otras conductas penales de la misma entidad.

Sancionar dos o más conductas, en donde una de ellas como el enriquecimiento ilícito de particulares sea la finalidad de otra, sería inconstitucional pues se estaría juzgando a una persona por un mismo hecho dando al traste con el delito de enriquecimiento ilícito de particulares pues este quedaría inoperante y se utilizaría

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 26 de marzo de 2007, radicación 25629.

dogmáticamente para aumentar la pena del acusado, tratándose cada conducta como autónoma en sí misma.

Según la Jurisprudencia, se pueden plantear problemas con respecto al principio del *non bis in ídem* cuando “*un mismo hecho o circunstancia, la continuidad en la acción delictiva, conlleva no sólo a que el hecho en su conjunto se considere delito y al mismo tiempo causal de agravación, lo que implica un evidente perjuicio para el autor, por lo que hay que analizar hasta qué punto se satisface este principio, integrado en el derecho fundamental a la legalidad penal.*”

A manera de colofón, cuando se concursa el delito de enriquecimiento ilícito de particulares con otras conductas se está utilizando un mismo hecho para agravar dos veces la pena que resultaría imponer, por lo que se quebranta el principio del *non bis in ídem*, vulneración que no se produce en el evento en que los diversos o algunos de los hechos a enjuiciar ya sean por sí mismos constitutivos de delito, pues en este caso la pena sigue estando dentro del límite máximo establecido para la punición de ese hecho concreto.

Por aplicación de los principios generales del derecho punitivo y en concreto, para no concurrir en una violación del principio de *non bis in ídem*, cuando se presente el concurso de conductas punibles con el enriquecimiento ilícito de particulares los delitos complejos han de castigarse mediante síntesis valorativa con una pena global *en toda su extensión*, en función de la que corresponda a la única infracción cometida, unida al resultado punible más grave producido.

5.2.2 Principio de la no Auto incriminación.

5.2.2.1 Antecedente jurídico. El Art. 33 de la Constitución de 1991 consagra “*nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo...*” en atención a la protección del principio de no auto incriminación que tiene sus referentes históricos en la declaración de los derechos del hombre, lo cual prohíbe que la ley penal contemple disposiciones que obliguen al reo a declarar contra sí, o que la decisión del reo de acogerse a esta disposición se justifique su responsabilidad por el crimen que se le imputa y en la convención americana sobre derechos humanos en sus artículos 1 y 8.

Esta garantía a no declarar contra sí mismo (*nemo tenetur se ipsum accusare*) ha tenido históricamente tres consecuencias para el imputado dentro del proceso penal, a saber: 1.- la facultad del imputado de abstenerse de declarar; 2.- la voluntariedad de la declaración del imputado y 3.- la libertad de decisión del imputado durante su declaración que no puede ser coartada por ningún acto o situación de coacción física o moral, por la promesa legítima de una ventaja o por

el engaño, aún cuando la coacción este revestida específicamente en una ley constitucionalmente válida.

5.2.2.2 La no auto incriminación dentro del tipo penal de enriquecimiento ilícito. Ya se ha mencionado que de la estructura del tipo penal y de las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional, el término “justificar” conlleva en sí mismo a que el reo deba probar la obtención de su patrimonio y a ejercer obligatoriamente su derecho de defensa.

Es clara la inconstitucionalidad del argumento esgrimido por la Corte en la sentencia C-319 de 1996 en comento, en virtud de la cual al explicar el término del tipo penal “no justificado” sostuvo que: *“El derecho a la no autoincriminación ciertamente autoriza al sindicado o procesado a asumir ciertos comportamientos procesales, pero su silencio o sus aseveraciones carentes de sustento, pueden objetivamente demeritar su posición si en su contra se reúnen suficientes elementos probatorios allegados por el Estado y no refutados.”*

Creemos que se debe diferenciar la consecuencia de guardar silencio con la protección del principio de no auto incriminación. Pues bien, cuando una persona guarda silencio, estaría renunciando a una de las derivaciones de su derecho de defensa, pero dicha facultad no se puede tomar como agravante y presunción de la ilicitud de la conducta, como se quiere ver por parte de la Corte dentro del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares.

En el delito de enriquecimiento ilícito de particulares viola este precepto constitucional, mediante la imposición al imputado de la obligación de “justificar” la procedencia de los bienes, además la simple consagración de esta “no justificación” como elemento estructural del tipo, es violatoria de este principio, pues con ello lo que ocurre es que si el imputado se niega por cualquier medio a justificar, con esa decisión de no justificar estaría llevando a cabo la conducta descrita en el tipo penal, cuál es la no justificación de la procedencia de los bienes que aumentaron su patrimonio.

La no auto incriminación como principio tiene que ver con el Derecho de defensa, pues el imponer al imputado la obligación de declarar, en lugar de asegurarle el ejercicio de la defensa, lo que se hace es impedirselo, ya que esta coacción constituye una violación del mismo. Ello se entiende en la medida en que él que hace uso de su garantía constitucional de negarse a declarar, se vería en la peor situación, porque hacer uso de ese derecho, es justamente la concreción del tipo penal, la conducta prohibida o la “no justificación”.

En la sentencia C-319 de 1996 por su parte en lo concerniente al derecho de no autoincriminación la Corte sostuvo que: *“demostrar el origen de un incremento patrimonial es una obligación general que el Estado puede hacer exigible en todo*

momento como cualquier persona (...) En el caso de los particulares, cabe recordar que éstos deben demostrar al Estado anualmente sus ingresos y la procedencia de los mismos mediante la declaración de renta, no sólo para que el Estado, de conformidad con leyes preestablecidas, grave en alguna medida su patrimonio, sino además para ejercer control sobre su licitud. (...) Al pasar al terreno penal, no puede sostenerse que abruptamente cese todo asomo de colaboración de la persona a la que se pide explicaciones sobre sus movimientos patrimoniales (C.P. Art. 95 num. 7 y 9)."

Frente a este argumento surgen los siguientes cuestionamientos:

- En este tipo penal la persona está obligada a renunciar a su derecho de no auto incriminación para justificar su patrimonio, de no hacerlo no podría desvirtuar la presunción de que su patrimonio se incrementó como fruto de actividades delictivas.
- Con el acogimiento a este derecho de no auto incriminación, si el sindicado guarda silencio violaría uno de sus deberes constitucionales para con el Estado, entre ellos la obligación de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia.
- ¿Que debe primar: el deber y la obligación de colaborar con la justicia, o el principio constitucional de no auto incriminarse?
- Se mantiene la obligación por parte de los particulares de rendir cuentas anualmente para que el Estado las grave con los impuestos, sin embargo tal como lo señala la Corte, en una errada interpretación la que realiza del artículo 95 numeral 7 y 9 de la CN en lo referente a las obligaciones y deberes de los ciudadanos, pues como se ha dicho hasta la saciedad el derecho de no autoincriminación no está limitado frente a ninguna norma menor.

6. EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

La jurisprudencia Constitucional sostiene que desde el punto de vista del derecho comparado, pareciere exótico el que una Constitución se ocupe específicamente de un determinado delito, como lo hace en este caso la de Colombia con el enriquecimiento ilícito, pues el Art. 34 constitucional establece:

Art. 34.- “se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

El tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares es un tipo penal con existencia solamente en Colombia. Internacionalmente existe esta figura pero hace parte de la función pública y se considera como un atentado contra la administración pública siempre que se pruebe el delito que dio origen al incremento patrimonial, sancionándose por este delito que atenta contra la administración pública pero no por el enriquecimiento ilícito.

A continuación se transcriben algunas leyes de la legislación extranjera que tipifican sólo el delito de enriquecimiento ilícito.

6.1 ARGENTINA

Argentina fue el primer país que adopto el enriquecimiento ilícito de servidores públicos como delito mediante la Ley 16.648 en el acápite de las “negociaciones incompatibles con la función pública”, proceso que se tomo una tendencia traumático en atención a que no fue producto del consenso sino de la ofuscación de sectores que sentían desprecio por aquellos servidores públicos que poco tiempo después de asumir un cargo incrementaban sus patrimonios sin posibilidad de criminalizar dicha conducta.

El código penal Argentino en su capítulo VIII sobre las “negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas establece:

“Art. 268.- será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.”

En el Capítulo IX incorporado al Código Penal por la Ley No. 16.648 titulado “Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados” consagra:

“Art. 268 (1).- Será reprimido con la pena del artículo 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado, de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo.

Art, 268 (2)- Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguidas obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.

Art. 268 (3).- Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.

El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda.

En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables.”

6.2 PUERTO RICO

El Código Penal de Puerto Rico de 2004, Ley número 149 DE 18 de Junio de 2004. Para adoptar el Código Penal del Estado Libre Asociado de Puerto Rico y derogar el vigente que fue aprobado mediante la Ley Núm. 115 de 22 de julio de 1974, según enmendada; derogar los Artículos 64 a 76, 291 a 298, 299 a 304, 305 a 317, 329 a 332, 334 y 335, 337 y 338, 345, 351 y 357, 478, 485 a 499, 500 a 505, 553 a 556, todos inclusive, del Código Penal de 1902, según enmendado, que quedaron provisionalmente vigentes conforme al Artículo 278 de la Ley Núm. 115 de 22 de julio de 1974; disponer para la aplicación y vigencia de sus disposiciones y para la creación de un ente revisor que proponga recomendaciones a la Asamblea Legislativa para atemperar el ordenamiento legal a lo provisto en este Código.

TÍTULO IV
DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN GUBERNAMENTAL
CAPÍTULO I
DELITOS CONTRA EL EJERCICIO GUBERNAMENTAL
SECCIÓN PRIMERA
De los delitos contra el ejercicio del cargo público

“Artículo 253. Enriquecimiento ilícito. Todo funcionario o empleado público, ex funcionario o ex-empleado público que utilice para beneficio propio o de un tercero, información o datos que sólo haya podido conocer por razón del ejercicio de su cargo, empleo o encomienda incurrirá en delito grave de cuarto grado.

Si la persona obtiene el beneficio perseguido, incurrirá en delito grave de tercer grado.

El tribunal podrá también imponer la pena de restitución.

Artículo 254. Enriquecimiento injustificado. Todo funcionario o empleado público, ex-funcionario o ex-empleado público que haya enriquecido su patrimonio o el de un tercero, cuando tal enriquecimiento haya ocurrido con posterioridad a la asunción del cargo, empleo o encomienda y hasta cinco (5) años de haber concluido su desempeño y no pueda justificar dicho enriquecimiento al serle requerido debidamente, incurrirá en delito grave de tercer grado.

Se entiende que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se haya incrementado con dinero o bienes sino también cuando se hayan cancelado o extinguido obligaciones que lo afectaban.

El tercero beneficiado también incurrirá en este delito.”

6.3 BOLIVIA

Mediante proyecto de Ley presentado por "Marcelo Quiroga Santa Cruz" aprobado por la Cámara de Diputados el 13 de julio de 2007 con el fin de combatir la lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento ilícito e Investigación de fortunas 510/2007 se pretende sancionar el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos y para ello se pretende consagrar en la ley penal los siguientes artículos:

“ARTÍCULO 149º BIS (Enriquecimiento Ilícito). El que en ejercicio de la función pública, custodie, explote, use o administre fondos, servicios o bienes públicos; bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interpósita persona, natural o jurídica, para acrecentar su patrimonio respecto de sus ingresos, adquiera bienes, goce derechos y acciones, cancele deudas o extinga

obligaciones que afecten su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directa o por medio de otras personas naturales o jurídicas y no justifique la procedencia legal, será sancionado con privación de libertad de ocho a doce años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos, multa de hasta quinientos días y la confiscación de los bienes obtenidos ilegalmente.

Las mismas sanciones se aplicarán para el caso de la persona natural o jurídica que mediante actividad privada, por sí o a través de otras personas, acreciente su fortuna afectando el patrimonio del Estado o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación directa o indirecta y no justifique procedencia legal.

ARTÍCULO 149º TER. (Favorecimiento al Enriquecimiento Ilícito). El que con la finalidad de ocultar, disimular o legitimar el incremento patrimonial ilícito de un servidor público, facilitare su nombre o participare en actividades económicas, financieras y comerciales, será sancionado con presidio de tres a cinco años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos y multa de cincuenta a quinientos días.”

6.4 COSTA RICA

La Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública N° 8422 publicada en la Gaceta N° 212 del 29 de octubre de 2004, la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

CAPÍTULO V Delitos

Artículo 45. —Enriquecimiento ilícito. Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interpósita persona física o jurídica, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecten su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas.

6.5 EL SALVADOR

La Asamblea Legislativa de la República de el Salvador mediante Decreto N° 2833 del 24 de abril de 1959, se consagra la Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos, y que consagra en su Título III el enriquecimiento ilícito, con las Reformas: (4) D.L. N° 372, del 19 de noviembre de 1992, publicado en el D.O. N° 221, Tomo 317, del 1 de diciembre de 1992.

TITULO III DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

“Art. 7.- Se presume enriquecimiento ilícito cuando el aumento del capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente, y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa justa. Para determinar dicho aumento, el capital y los ingresos del funcionario o empleado, de su cónyuge y de sus hijos, se considerarán en conjunto. Para la determinación del enriquecimiento ilícito del funcionario o empleado público se tomarán en cuenta 1o.- Sus condiciones personales; 2o.- La cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios; 3o.- La ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación adecuada con el enriquecimiento.”

7. CONCLUSIONES

- El delito de enriquecimiento ilícito de particulares es una manifestación de la teoría del Derecho Penal del Enemigo propuesta por Gunther Jackobs ya que es un delito que nació de la incapacidad del Estado de controlar a los particulares que incrementaban su patrimonio económico como fruto de actividades delictivas y que por medio de la tipificación de esta conducta buscó sancionar, controlar y perseguir a las personas que ponen en riesgo el poder del Estado.
- Es un tipo penal confuso y contradictorio, porque al remontarse a un Decreto ley dictado en un “estado de sitio” lo hace de plano inaplicable porque en él se manifiestan figuras excesivas y violatorias de derechos humanos creadas en los estados de excepción.
- Bajo el argumento de combatir la criminalidad, las organizaciones terroristas, las mafias y la acumulación de capitales, el Estado tipificó el Enriquecimiento ilícito de particulares, pero su política criminal obedeció más a aspectos coyunturales que a fines del delito, desconociendo el carácter de última ratio del derecho penal y convirtiendo al Derecho Penal en una herramienta eficientista y funcionalista a ultranza.
- En aras de justificar la política criminal del Estado, la Corte Constitucional erradamente derivó del Art. 34 Constitucional, el carácter especial y autónomo, tutelando la “moral social” como bien jurídico protegido por este delito, confundiendo la moral, la ética y el derecho, sin observar que la moral hace parte del gobierno de la intimidad del ser humano y no del Estado
- La Corte Constitucional en sentencia C-319 de 1996 en un fallo sin precedentes, le confirió a este tipo penal erradamente la característica de “autonomía” pese a que el tipo penal literalmente señala “*derivado de una u otra forma de actividades delictivas*” de tal manera que para su configuración necesita de un delito madre, básico, precedente o principal.
- El delito de Enriquecimiento ilícito de particulares se deriva de otros delitos ya sea de sentencias judiciales en las que se haya declarado el delito, o de pruebas sumarias que se hayan utilizado en otros procesos, por sí solo este delito no goza de autonomía probatoria a tal punto que la única manera de probarlo sin derivarlo de otras conductas es por medio de la indagatoria y de esta derivar documentos, testimonios o pruebas documentales, pero en contravía de los derechos, principios y garantías constitucionales.

- Si se acepta la tesis errónea de la “autonomía”, se daría la posibilidad de que el delito de Enriquecimiento ilícito de particulares concurse con conductas punibles de la misma entidad como el Narcotráfico, la captación de dineros, el lavado de activos, el hurto, la estafa, entre otras.
- No es posible que el delito de enriquecimiento ilícito de particulares concurse con delitos cuya finalidad sea el acrecentamiento patrimonial porque se viola el principio del *non bis in idem*, sancionándose la conducta y la finalidad como dos delitos separados desconociéndose que son una sola unidad jurídica.
- Si se concursan conductas de la misma entidad con el Enriquecimiento ilícito se daría el fenómeno del Concurso aparente que debe resolverse mediante el principio de la consunción, donde el delito de enriquecimiento ilícito de particulares es subsumido por otro delito complejo y de mayor riqueza normativa y se sancionará con una pena global en toda su extensión en función de la que corresponda a la única infracción cometida unida al resultado punible más gravemente producido.
- Cuando el tipo penal establece que el enriquecimiento ilícito se deriva de “*actividades delictivas*” está violando el principio del debido proceso y por ende el principio de la presunción de inocencia, porque presume de plano que el particular incremento su patrimonio como fruto de actividades delictivas.
- El Estado entra a debatir la responsabilidad penal del indiciado bajo la presunción de la ilicitud de los bienes.
- Con el ingrediente normativo de “*incremento patrimonial no justificado*” se viola el principio del debido proceso, la presunción de inocencia y el principio de no auto incriminación porque se obliga a la persona a justificar su patrimonio ya que si guarda silencio se configuraría el ingrediente normativo del tipo “*incremento patrimonial no justificado*” violándose el debido proceso por cuanto el Estado presume la ilicitud de los bienes y el principio de la no auto incriminación por cuanto el silencio del indiciado es tomado en su contra.
- En este tipo penal se invierte la carga de la prueba porque el Estado por medio del ente acusador que es la Fiscalía, llama a declarar a la persona con la finalidad de que el Estado no encontrando otro medio de prueba que la indagatoria pueda por medio de esta indilgar el incremento patrimonial, esperando contradicciones u errores, o que por medio de esta se logre llamar a testificar ya con las reglas del testimonio y bajo juramento a los demás partícipes del posible ilícito.

- La Corte Suprema de Justicia en sus sentencias desconoce la finalidad constitucional y jurisprudencial de la indagatoria, utilizándola como un “chivo expiatorio” no con la finalidad de dirigir la investigación penal sino con la intención de imputar responsabilidad en el delito, quedando la voluntad del acusado en un segundo plano, quien renuncia a sus derechos constitucionales y demostrando la obtención lícita de sus bienes, invirtiéndose entonces la carga de la prueba.
- El Tipo Penal de Enriquecimiento Ilícito de Particulares del Art. 327 del Código Penal, desconoce el principio fundamental al Debido Proceso consagrado en el Art. 29 constitucional y por ente el principio del *non bis in idem*, la presunción de inocencia, el in dubio pro reo como también el principio de la no auto incriminación del Art. 33 de la Constitución de 1991 como de las normas sustantivas y procesales penales. Así mismo transgrede en virtud del Art. 93 de la Constitución los pactos internacionales de derechos humanos que encuentran asidero en tres normas internacionales a saber: a.- Art. 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas de 1966; b.- Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; c.- Art. 6 De la Convención Europea para la protección de los Derechos humanos y libertades fundamentales de 1950.
- De acuerdo al análisis expuesto se concluye que el delito de Enriquecimiento ilícito de particulares desde su nacimiento desconoce los principios constitucionales y no encuentra asidero en un Estado Social de Derecho como el Colombiano.

8. RECOMENDACIONES

Del análisis expuesto y de las conclusiones logradas, se propone declarar la inconstitucionalidad de este tipo penal y su consecuente eliminación del ordenamiento jurídico, toda vez que la inconstitucionalidad, que significa oposición entre una norma y la Carta Política, no puede ser declarada sino por transgresiones del orden superior emanadas del precepto examinado, y como se ha declarado dicho precepto viola a toda luz los mandatos constitucionales.

Aunque no es propio en este caso encontrar una tesis intermedia, lejos de divagar entre una u otra opción, sino en aras de proteger los derechos constitucionales y fundamentales y reconociendo que en la actualidad del Estado Colombiano puede llegar a existir una conducta atípica que genere el enriquecimiento ilícito, sostenemos que solo se debe conservar el tipo penal en la medida de que con él se quiera solo sancionar el enriquecimiento sin que otra conducta penal lo consagre, o que emane de los verbos rectores o del componente subjetivo de otras conductas.

Se propone cambiar la estructura normativa de este tipo penal de la siguiente manera:

“El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial derivado en una u otra forma de actividades delictivas siempre que la conducta no constituyan otro delito incurrirá en prisión...”

De esta propuesta normativamente se derivan las siguientes consecuencias

- La puede realizar una persona en calidad de autor material o autor mediato.
- Se sancionaría el incremento patrimonial.
- Se eliminaría el ingrediente normativo *“incremento patrimonial injustificado”* y por ende la posibilidad de que la persona se auto inculpe o que su silencio sea causa de la configuración del tipo.
- Se reconoce el carácter subsidiario del tipo penal al derivarse de otra conducta delictiva y será un tipo penal residual que en su consagración normativa expresa su carácter accesorio porque solo se aplicará si el hecho no está sancionado especialmente como delito o no constituye otro ilícito, sancionándose la conducta subsidiaria exclusivamente. Sin embargo cuando simultáneamente aparezca definida en otro tipo penal de mayor jerarquía que protege el mismo bien jurídico surge un concurso aparente

de tipos que debe ser resuelto con exclusión de este tipo penal subsidiario y accesorio para aplicar el tipo penal de mayor jerarquía.

- Se configuraría el concurso de conductas pero sin sancionarse doblemente el mismo hecho al establecerse el ingrediente normativo *“siempre que la conducta no constituya otro delito”* en aras de no violar el principio del *non bis in idem*.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Edisa. 1996.
- ARBOLEDA Vallejo Mario. "Código Penal y de Procedimiento Penal Anotado" Décima novena edición. Bogotá D.C. Editorial Leyer, 2006.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. Cuarta edición, Bogotá D.C, Editorial Legis, 2004.
- CAMARGO Pedro Pablo. *El Debido Proceso*. Segunda edición. Bogotá-Colombia. Editorial Leyer. 2002.
- CARRASQUILLA, Juan Fernández. *Principios y normas rectoras del Derecho Penal*, segunda edición, Bogotá D, C. Editorial Leyer. 1999.
- ESCOBAR López Edgar, "función Administrativa y delitos contra la Administración Pública." Segunda edición, Bogotá D.C. Editorial Leyer, 2001.
- ENSAYO "Derecho Penal del Enemigo." Gunther Jakobs Catedrático Emérito de Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la Universidad de Bonn (Alemania) y Manuel Cancio Melia Profesor Titular de Derecho Penal En la Universidad Autónoma de Madrid. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Editorial Thomson Civitas. Edición Primera. Bogotá D, C. 2005.
- FERREIRA D. Francisco José. "Delitos contra la administración pública" Tercera Edición, Santa Fe de Bogotá-Colombia, Editorial Temis S.A.1995.
- INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TÉCNICAS Y CERTIFICACIÓN. Trabajos escritos: presentaciones y referencias bibliográficas. NTC 1486. Sexta actualización. Santafé de Bogotá, D.C.: julio 23 de 2008.