

C-319-96

Sentencia C-319/96

NORMA SUBROGADA-Efectos actuales

La Sentencia de constitucionalidad C-127 de 1993, que declaró exequible el artículo 10 del decreto 2266 de 1991, no impide que ahora se adelante el estudio por parte de la Corte acerca del subrogado artículo 1º del decreto 1895 de 1989, pues aunque la redacción de las normas es idéntica, no por ello la Corte debe inhibirse por carencia actual de objeto, si se tiene en cuenta que el artículo subrogado aun está produciendo efectos en forma autónoma. Efectivamente, las conductas de enriquecimiento ilícito de particulares ocurridas antes de la expedición y vigencia del decreto 2266 de 1991 y que se encuentran actualmente en curso, son sancionadas conforme al artículo 1o. del decreto 1895 de 1989 demandado, y no con fundamento en el artículo 10o. del decreto 2266 de 1991.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA DECRETO LEGISLATIVO

El ordinal 7 del artículo 24 de la C.P. no descarta la acción ciudadana contra aquellos decretos legislativos que no han sido objeto de control constitucional bajo la vigencia de la constitución de 1991 y que, como se anotó, siguen produciendo efectos jurídicos. Excluir dichas normas de la acción pública de inconstitucionalidad, dejaría esos actos fuera de todo control judicial, lo cual es incompatible con la supremacía de la Constitución, cuya guarda e integridad corresponde a la Corte Constitucional.

ENRIQUECIMIENTO ILICITO

El delito de enriquecimiento ilícito es pues, así, un delito que tiene autonomía de rango constitucional, en cuanto a su existencia, y que no puede, por tanto entenderse como subsidiario, al menos cuando se trata de sujetos indeterminados. 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. Pero no debe olvidarse que las constituciones -y en general cualquier norma-, deben amoldarse a las exigencias que plantean las realidades sociales, políticas, económicas o culturales de una determinada sociedad, atendiendo a las circunstancias cambiantes de los tiempos.

RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL/ENRIQUECIMIENTO ILICITO-Delito autónomo

Si bien es cierto el Constituyente tiene plena potestad para señalar figuras delictivas -que luego necesariamente deben tipificarse a través de la ley-, como lo ha hecho en el caso del enriquecimiento ilícito, en cuanto se refiere al conjunto de los poderes constituidos, la consagración de figuras delictivas que penalicen el incremento patrimonial “no justificado”, es un asunto que compete exclusivamente al legislador. La reserva de ley en materia penal, es una de las principales garantías constitucionales. De otra manera, no se podría garantizar el debido proceso y la libertad. La Constitución prefigura el delito de enriquecimiento ilícito y mal pueden, entonces, considerarse inconstitucionales las leyes que, en perfecta consonancia con ella y con su filosofía, sancionan penalmente las conductas que lo

evidencian.

ENRIQUECIMIENTO ILICITO DEL SERVIDOR PUBLICO

Se trata de un delito que se manifiesta en el incremento patrimonial del servidor público sin causa que lo justifique de acuerdo con la ley y la ética, y que, para configurarse como tal, exige el dolo. Tiene carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado. Esta última característica, excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales de la misma categoría -concurso aparente de tipos-. Ello quiere decir, que si las pruebas aportadas al proceso permiten deducir con certeza que el incremento fue fruto, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por el peculado, o por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el enriquecimiento ilícito -lex primaria derogat legi subsidiariae-.

ENRIQUECIMIENTO ILICITO DEL SERVIDOR PUBLICO-Carga de la prueba

En el caso del enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, debe el Estado demostrar que el enriquecimiento es real e injustificado, ocurrido por razón del cargo que desempeña. Así, una vez establecida la diferencia patrimonial real y su no justificación, opera el fenómeno de la adecuación típica que va a permitir el desarrollo del proceso en sus etapas sumarial y de juicio. Es entonces la falta de justificación el elemento determinante para dar origen a la investigación y, por tanto, la explicación que brinde el sindicado del delito, no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a la defensa frente a las imputaciones que le haga el Estado en ejercicio de su función investigativa. No se trata pues de establecer una presunción de ilicitud sobre todo incremento, sino de presumir no justificado todo aquel incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable de tipo financiero, contable y, por su puesto, legal.

ENRIQUECIMIENTO ILICITO DEL PARTICULAR-Características

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 solo 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. Demostrar el origen de un incremento patrimonial es una obligación general que el Estado puede hacer exigible en todo momento a cualquier persona natural o jurídica; es una consecuencia del principio constitucional de que toda persona debe vivir sometida a la Constitución y a la ley. 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. Un desproporcionado e injustificado incremento es precisamente lo que da lugar al ejercicio de la acción penal por enriquecimiento ilícito, debiendo el Estado establecer plenamente la responsabilidad del imputado o su inocencia.

DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACION

El derecho a la no autoincriminación ciertamente autoriza al sindicado o procesado a asumir ciertos comportamientos procesales, pero su silencio o sus aserciones carentes de sustento, pueden objetivamente demeritar su posición si en su contra se reúnen suficientes elementos probatorios allegados por el Estado y no refutados.

ENRIQUECIMIENTO ILICITO-Actividades delictivas/INGREDIENTES NORMATIVOS DEL TIPO

Respecto de la expresión “actividades delictivas”, es importante anotar que ésta corresponde a un ingrediente especial del tipo de orden normativo. Los ingredientes normativos no son propiamente elementos del tipo sino 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. El ingrediente normativo que contiene el enriquecimiento ilícito de particulares, según el cual el incremento patrimonial debe ser “derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas”, en manera alguna debe interpretarse en el sentido de que deba provenir de un sujeto condenado previamente por el delito de narcotráfico o cualquiera otro delito. No fue eso lo pretendido por el legislador; si ello hubiese sido así, lo hubiera estipulado expresamente. Lo que pretendió el legislador fue respetar el ámbito de competencia del juez, para que fuera él quien 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.

ENRIQUECIMIENTO ILICITO-Delito autónomo

El delito de enriquecimiento es un delito especial y autónomo, pues 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, y menos esperar un fallo previo de otro sujeto por otro delito. El objeto jurídico tutelado en el enriquecimiento ilícito es de orden constitucional -la moral pública- y en manera alguna puede condicionarse su independencia a la ocurrencia de otro comportamiento delictivo que difiere en el objeto jurídico tutelado, como lo es, por ejemplo, el narcotráfico, donde otro es el sujeto activo. La ilicitud del comportamiento en el enriquecimiento ilícito de particulares, proviene pues de la conducta misma del sindicado de este delito y no de la condena concreta que por otro delito se le haya impuesto a terceras personas.

ACTIVIDAD DELICTIVA/ANTECEDENTES PENALES

No puede confundirse el concepto de “actividad delictiva” con el de “antecedentes penales” de que trata el artículo 248 de la Carta Política; el primero no sólo es un ingrediente normativo del tipo cuyo alcance y contenido le corresponde precisar al funcionario penal al

momento de aplicar la norma, sino que además, se refiere a la actividad en sí misma, como comportamiento típico y antijurídico, y no se extiende al sujeto. El concepto de “antecedentes penales”, se predica de la persona en sí misma y, de conformidad con el artículo 248 de la Constitución Política, únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen esa calidad de antecedentes. El artículo 248, por otra parte, no tiene que ver directamente con el debido proceso, sino con los derechos fundamentales al honor, al buen nombre o al habeas data, pues, se repite, la norma constitucional se refiere únicamente a “antecedentes”.

Referencia: Expediente D-1253

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 148 del Código Penal y 1º del Decreto Ley 1895 de 1989.

Actor: Jaime Gaviria Bazzani

Magistrado Ponente:

Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Aprobado según Acta No. 36

Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio
novecientos noventa y seis (1996)

de mil

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Jaime Gaviria Bazzani, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexecutable de los artículos 148 del Código Penal y 1º del decreto ley 1895 de 1989.

Admitida la demanda, se ordenaron las comunicaciones constitucionales y legales correspondientes; se fijó en lista el negocio en la Secretaría General de la Corporación para efectos de la intervención ciudadana y, simultáneamente, se dio traslado al Procurador General de la Nación, quien rindió el concepto de su competencia.

Una vez cumplidos todos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

El tenor literal de las disposiciones demandadas es el siguiente:

Artículo 148 del código penal, subrogado por el artículo 26 de la ley 190 de 1995:

“Artículo 148. 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 dos (2) a ocho (8) años, multa equivalente al valor del enriquecimiento

e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado”.

Artículo 1º del decreto 1895 de 1989:

“Artículo 1º 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 ese solo hecho, en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado”.

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

Estima el actor que las disposiciones acusadas son violatorias del artículo 29 de la Constitución Política.

2. Fundamentos de la demanda

El actor considera que el término “no justificado”, previsto en las dos normas demandadas, es violatorio del derecho al debido proceso, contenido en el artículo 29 de la Constitución Política, toda vez que, según él, traslada la carga de la prueba a quien no le corresponde probar nada dentro del proceso penal, es decir, al sindicado. Sobre el particular, precisa: “(...) el sindicado o encausado incurso en la actuación por la presunta infracción al tipo penal del enriquecimiento ilícito ya sea de particulares o de empleado oficial, por cuestiones propias de la redacción de las normas transcritas, debe ponerse en la tarea de justificar todos y cada uno de los ingresos y de los bienes de fortuna que posea, cuando es la Administración de Justicia quien debe adelantar toda actuación investigadora con su fuerza jurisdiccional para allegar a las actuaciones o a las indagaciones preliminares, los medios probatorios idóneos que de manera alguna lleven al investigador o juzgador a actuar conforme a derecho.”

Señala igualmente que la carga de la prueba “(...)recae sobre el ente administrador de justicia, quien le debe probar al individuo, su responsabilidad antes de imponerle la pena prevista para el correspondiente ilícito imputado”. La inversión aludida, en consideración del demandante, crea una situación desigual que beneficia a quienes, por virtud de sus medios económicos, pueden tener acceso a “(...)un investigador privado encargado de probar su inocencia; y del otro lado, tendríamos a otro ciudadano que, por no contar con dichos medios, tendría que asumir una pena a costa de su pobreza”.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

Dentro de la oportunidad legal intervino en el proceso el señor Fiscal General de la Nación, quien solicitó a esta Corporación la declaratoria de exequibilidad de los apartes demandados, con base en los siguientes razonamientos:

Refiriéndose al cargo específico que el actor hace contra el artículo 148 del código penal, considera que si bien los argumentos no se refieren al comportamiento mismo descrito en el tipo penal, sí se refieren a un elemento fundamental de la figura jurídica en tanto que, si se excluye de su redacción la expresión demandada, el precepto pierde plena validez y total sentido. Si el término “no justificado” se obvia del texto de la norma “se transforma la preceptiva demandada en un absurdo jurídico, por cuanto elevaría a la categoría de delito, incluso la percepción del salario a que tiene derecho el servidor público por la retribución de su trabajo, lo que llevaría a tener que ser declarada inconstitucional, y la consecuencia obviamente resulta desastrosa pues desaparecería el enriquecimiento ilícito dentro del concierto del derecho penal colombiano.”

En cuanto a la inversión de la carga de la prueba, estima el señor fiscal que, “(...)en forma alguna resulta invertida, en virtud, a que la imputación solo procede frente a la existencia de indicios graves de presunta responsabilidad y de la ocurrencia del hecho. Sin esta conjunción de fundamentos, ningún funcionario podría llegar a realizar imputaciones, luego la carga de la prueba se desplazará según que el sindicado acepte o no las imputaciones. Si no acepta o niega deberá demostrar los fundamentos de su inconformidad.”

Según el representante de la Fiscalía General, esas obligaciones pueden ir “(...)más allá de la mera presentación de pruebas para justificar un comportamiento, como sería el tener que soportar una medida de aseguramiento como la detención preventiva”.

Finalmente, considera que en virtud del control de constitucionalidad adelantado por la Corte Suprema de Justicia sobre el decreto 1895 de 1989, en razón del estado de sitio; y por la Corte Constitucional al revisar el artículo 10 del decreto 2266 de 1991 que incorporó a la legislación permanente el artículo 1° del decreto 1895, no es procedente un nuevo pronunciamiento por cuanto la constitucionalidad de las normas está plenamente definida.

2. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho.

En representación del Ministerio de Justicia y del Derecho intervino el ciudadano Álvaro Namén Vargas, quien defendió la constitucionalidad de las expresiones impugnadas con los siguientes argumentos:

Inicialmente el interviniente describe los orígenes legales de la figura del enriquecimiento ilícito en el orden jurídico colombiano y su inclusión en el campo específico del derecho penal. En relación con éste último señala que, “La inclusión de la figura en el ordenamiento penal es el resultado del constante interés del gobierno y de los concededores del derecho por establecer como tipo penal la conducta mediante la cual, un sujeto obtiene un enriquecimiento patrimonial de manera ilícita.”

Posteriormente, entra a analizar los cargos formulados contra el artículo 148 del Código Penal. En su opinión, la expresión “no justificado” no vulnera los principios constitucionales del debido proceso pues “(...) Al presentarse la conducta tipificada en las normas demandadas, el juez en el proceso de adecuación típica deberá determinar si el incremento patrimonial fue lícito o ilícito. De otra forma no se comprende cómo puede configurarse lo ilícito del delito. la justificación del enriquecimiento desvirtúa de plano la tipicidad en la medida en que la no adecuación del ingrediente normativo hace la conducta totalmente legal

y lícita. Entonces, la licitud debe entenderse como la indebida obtención de la riqueza”

Luego de un completo análisis relacionado con la figura de la carga de la prueba en el derecho internacional, el impugnante manifiesta que se puede “(...)inferir claramente, que es el Estado a través de la investigación quien tiene la carga de la prueba, en la medida en que debe aportar al proceso elementos de juicio que permitan, inicialmente, una acusación, inhibición o preclusión en la investigación, y posteriormente de haber acusación, un juicio”. Adicionalmente, considera que “(...) la ley no prohíbe que el inculpado haga uso de su legítimo derecho de defensa y presente pruebas que desvirtúen que su enriquecimiento es producto de actividades ilícitas. Ello no implica per se, que lo haga porque así lo exige la ley, y en razón a que la carga de la prueba radica en él. Bien podría permanecer inactivo mientras el Estado, en su obligación de investigar lo desfavorable y lo favorable a la causa, corrobora la sospecha de la ilicitud del enriquecimiento, o por el contrario no encuentra motivos para sustentar dicha sospecha”.

Por último, en tratándose de los particulares, considera que declarar inconstitucional la expresión demandada -“no justificado”- dejaría a la norma sin sentido alguno, al convertirla en un absurdo jurídico.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En la oportunidad legal, el señor Procurador General de la Nación se pronunció sobre la demanda presentada por el actor y solicitó a esta Corporación que se declare la exequibilidad del artículo 148 y que se inhiba de resolver respecto del artículo 1° del decreto 1895 de 1989.

El Ministerio Público estima que la demanda, antes que dirigirse contra el contenido material de la norma, ataca una posible práctica procedimental relativa a la inversión que, en algunos casos, se hace de la carga de la prueba en los procesos por enriquecimiento ilícito. En opinión de la procuraduría, los cargos pretenden atacar “(...) una supuesta práctica probatoria anómala en el desarrollo de los procesos penales que tienen lugar con motivo de la ocurrencia de la conducta tipificada, en tanto tal práctica hace que la expresión cuestionada invierta la carga de la prueba, trasladándola del aparato judicial del Estado al funcionario que es objeto de la imputación correspondiente.”

Sobre el particular agrega que, “(...) siendo la apelación a esa supuesta práctica, el núcleo de la argumentación de la demanda, se observa entonces que la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad no apunta contra una norma sino contra una supuesta desviación de la misma en su aplicación, lo cual antes que ser objeto de un juicio de inconstitucionalidad es propio, bien de los denominados remedios procesales (recursos, nulidades, etc.) o de acusación ante los organismos de vigilancia judicial en cada caso particular en que el comportamiento de los jueces se aparte de los preceptos legales y constitucionales que rigen lo relacionado con el desarrollo probatorio de los procesos penales”.

Para el representante del Ministerio Público, otras normas permiten afirmar que la carga de la prueba jamás se ha pretendido trasladar al imputado, explica que “el artículo 250 superior cuando le atribuye a la Fiscalía General de la Nación, ente acusador en los procesos penales, la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado. Igualmente para la etapa de juzgamiento, el Código de Procedimiento Penal dispone en su artículo 249 que la carga de la prueba corresponde a la Fiscalía. Y, en forma por demás categórica el artículo 81 de Ley 190 de 1995 establece que: ‘... en todo proceso penal, disciplinario o contravencional la carga de la prueba estará siempre a cargo del Estado, tanto en las etapas de indagación como en la del proceso ‘.”

Agrega la vista fiscal que la obligación que tienen los servidores públicos de declarar bajo juramento los bienes y rentas que se encuentran en cabeza suya, es de orden constitucional y debe ser cumplida al momento de asumir el cargo, sin perjuicio que durante su ejercicio la solicite una autoridad competente. De esta forma, se entiende que ante la eventualidad de un proceso penal por enriquecimiento ilícito, la declaración sirve como referencia para dilucidar la realidad de los hechos. Sobre el particular opina que, “(...)Lo anterior, además de significar que las tareas concernientes a la demostración del patrimonio lícitamente obtenido por los empleados oficiales es una obligación constitucional, se traduce en el campo probatorio ante la eventualidad de un proceso por enriquecimiento ilícito, en que la declaración juramentada puede ser tenida en cuenta como referencia objetiva para el esclarecimiento de la verdad. Lo cual le evita al funcionario investigado tener que elaborar el informe de sus bienes, desvirtuándose con ello la práctica de trámites onerosos que correrían por cuenta de él, como lo sostiene el demandante y, de otra parte, facilitaría la actividad judicial del investigador a quien le corresponde probar el enriquecimiento sin justa causa, pues éste se puede determinar o no mediante la confrontación de la declaración juramentada con los bienes que supuestamente han sido adquiridos en forma ilícita”.

Señala el procurador que entre las funciones de su cargo se encuentra la de “desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes fallas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones ...”; y que por lo tanto, la expresión “indebido”, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, se refiere a lo injusto o ilícito, que viene a ser la expresión demandada por el actor.

En relación con el enriquecimiento ilícito de particulares, la Procuraduría General considera que la Corte Constitucional se debe inhibir para conocer de su constitucionalidad, porque el artículo contentivo de la norma no se encuentra “vigente en la actualidad como tal en el ordenamiento legal”.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia de la Corte para conocer de la constitucionalidad del artículo 148 del Código Penal y del artículo 1o. del decreto 1895 de 1989..

La Corte Constitucional es competente para decidir sobre la constitucionalidad del artículo 148 del Código Penal, subrogado por el artículo 26 de la ley 190 de 1995, por tratarse de una disposición que forma parte de una ley de la República, según lo prescribe el numeral 4o. del

artículo 241 de la Carta Fundamental.

De otro lado, teniendo en cuenta que el Ministerio Público solicitó a esta corporación se declarara inhibida para rendir concepto de fondo sobre la exequibilidad del artículo 1º del decreto de estado de sitio No. 1895 de 1989, incorporado a la legislación permanente por el artículo 10º del decreto 2266 de 1991, por cuanto sobre éste ya se había pronunciado la Corte Constitucional en sentencia C-127 de 1993, entra esta Corporación a estudiar las razones que justifican el estudio material de la norma acusada.

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.

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 10º 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” (negritas fuera de texto). Es decir, que ya no se limitaría al delito de narcotráfico y conexos sino a cualquiera otro.

Partiendo de las anteriores premisas, la Sentencia de constitucionalidad C-127 de 1993, que declaró exequible el artículo 10 del decreto 2266 de 1991, no impide que ahora se adelante el estudio por parte de la Corte acerca del subrogado artículo 1º del decreto 1895 de 1989, pues aunque la redacción de las normas es idéntica, no por ello la Corte debe inhibirse por carencia actual de objeto, si se tiene en cuenta que el artículo subrogado aun está produciendo efectos en forma autónoma. Efectivamente, las conductas de enriquecimiento ilícito de particulares ocurridas antes de la expedición y vigencia del decreto 2266 de 1991 y que se encuentran actualmente en curso, son sancionadas conforme al artículo 1o. del decreto 1895 de 1989 demandado, y no con fundamento en el artículo 10o. del decreto 2266 de 1991, situación que se pudo establecer, entre otras, en Sentencia del Tribunal Nacional de Orden Público del 18 de marzo de 1996.

Ahora bien, el hecho de que la Corte Suprema de Justicia haya declarado exequible el artículo 1o. del decreto 1895 de 1989, dentro de un marco jurídico distinto al de la Constitución de 1991, el de la Constitución de 1886, no impide un nuevo examen de constitucionalidad de la norma por vicios de fondo, pues como lo ha señalado reiteradamente esta Corporación “ (...) ante la existencia de un nuevo orden constitucional, corresponde a esta Corporación confrontar las disposiciones legales precitadas, frente a la Carta que hoy rige, con el fin de

determinar si se ajustan o no a sus mandatos.” (Sentencia C-060 de 1994, Magistrado Ponente, doctor Carlos Gaviria Díaz).

Finalmente, de conformidad con el artículo 241 ordinal 7o. de la Constitución Política, corresponde a esta Corporación decidir definitivamente sobre los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los estados de excepción. Es claro que la disposición constitucional de manera alguna se refiere a demandas ciudadanas contra dichos decretos, más aún cuando el artículo 214 del mismo ordenamiento prevé para ellos una revisión oficiosa que se adelantará en los estrictos y precisos términos del artículo 241; pero a su vez, esta norma no descarta la acción ciudadana contra aquellos decretos legislativos que no han sido objeto de control constitucional bajo la vigencia de la constitución de 1991 y que, como se anotó, siguen produciendo efectos jurídicos. Excluir dichas normas de la acción pública de inconstitucionalidad, dejaría esos actos fuera de todo control judicial, lo cual es incompatible con la supremacía de la Constitución (art. 4o. C.P.), cuya guarda e integridad corresponde a la Corte Constitucional.

De conformidad con los argumentos expresados, considera esta Corporación procedente adelantar el examen material de fondo sobre el Decreto 1895 de 1989.

2. Consideraciones Generales

2.1 El delito de enriquecimiento ilícito en el marco constitucional.

En primer término debe señalar la Corte que el enriquecimiento ilícito es una conducta delictiva a la cual se refiere expresamente la Constitución Política y que, por tanto, demanda como exigencia imperativa ineludible su adecuada tipificación legal. En efecto, este tipo delictivo se encuentra plasmado en el segundo inciso del artículo 34, así:

“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”. (Subrayas de la Corte).

El bien jurídico protegido por esta norma es, ante todo, la moral social, bien jurídico objeto de expresa tutela constitucional. Se trata, en efecto, 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. Así el artículo 58 que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos, pero “con arreglo a las leyes civiles”, es decir, con justo título; el artículo 109, que establece que “los partidos, movimientos y candidatos deberán rendir públicamente cuentas sobre el volumen, origen y destino de sus ingresos” (Subrayas de la Corte); el artículo 122, que dispone que los servidores públicos “antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas”, y que “sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas”; el artículo 183, que prevé entre las causales de pérdida de la investidura de los

congresistas la de “indebida destinación de dineros públicos”; el artículo 209, que señala entre los principios que deben inspirar la función administrativa el de la moralidad; el artículo 268, que señala entre las atribuciones del contralor general de la República la de “promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.”; el artículo 278, que señala entre las funciones del procurador general de la Nación la de desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra, entre otras faltas, en la de “derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones”.

Todas estas normas están en concordancia con la del artículo 34 y tienen en común con éste el objetivo de proteger la moral social, que es, como se ha dicho, uno de los valores primordiales que busca preservar la Constitución Política vigente. El delito de enriquecimiento ilícito es pues, así, un delito que tiene autonomía de rango constitucional, en cuanto a su existencia, y que no puede, por tanto entenderse como subsidiario, al menos cuando se trata de sujetos indeterminados, como más adelante se explicará.

Desde el punto de vista del derecho comparado, pareciera 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. Pero no debe olvidarse que las constituciones -y en general cualquier norma-, deben amoldarse a las exigencias que plantean las realidades sociales, políticas, económicas o culturales de una determinada sociedad, atendiendo a las circunstancias cambiantes de los tiempos.

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.

2.2 El enriquecimiento ilícito como delito autónomo

Si bien es cierto el Constituyente tiene plena potestad para señalar figuras delictivas -que luego necesariamente deben tipificarse a través de la ley-, como lo ha hecho en el caso del enriquecimiento ilícito, en cuanto se refiere al conjunto de los poderes constituidos, la consagración de figuras delictivas que penalicen el incremento patrimonial “no justificado”, es un asunto que compete exclusivamente al legislador. La reserva de ley en materia penal, es una de las principales garantías constitucionales. De otra manera, no se podría garantizar el debido proceso y la libertad.

No basta sin embargo que la ley defina los elementos que integran el hecho punible. Es menester que la ley lo haga de manera clara e inequívoca, de suerte que los jueces puedan derivar la premisa legal de modo preciso y que, igualmente, las personas puedan conocer los comportamientos reprochables sancionados y abstenerse de incurrir en ellos. En particular, los juicios y aserciones de los jueces, deben ser tales que los mismos sean capaces de ser

sometidos a un procedimiento lógico de verificación.

De otro lado, la creación de un tipo penal, en principio, corresponde al ámbito de configuración normativa, perteneciente al legislador. Siempre que en esta materia no se superen los límites que nacen de las garantías sustanciales y procesales dispuestas por la Constitución Política y no se violen los derechos fundamentales, el legislador puede establecer los tipos penales que juzgue necesarios con el objeto de reprimir los comportamientos que lesionan las bases de la convivencia, buscando, desde luego, que el sacrificio de la libertad y de la autonomía sea el menor posible, como conviene a un sistema fundado en la libertad y en el ejercicio de los derechos.

En el caso concreto, la consagración legal de los tipos penales a los que se refieren las normas acusadas, en modo alguno significa la violación o desconocimiento de las garantías sustanciales o procesales contenidas en la Constitución.

El enriquecimiento ilícito no es ni puede ser protegido por la Constitución que, por el contrario, sanciona directamente a las personas que detenten patrimonios signados por ése origen con la extinción del dominio, la que se debe declarar a través de sentencia judicial (C.P., art. 34). La propiedad y, en general, los derechos, adquiridos al margen de las leyes civiles, vale decir, por medio o al abrigo de actividades ilícitas, tampoco están cubiertos con la tutela del Estado (C.P. art. 58). La actividad económica que de cualquier manera se lucre de esta misma suerte de actividades, carece del patrocinio del Estado, pues únicamente la empresa que actúa dentro de los límites del bien común, tiene una función social y se hace merecedora de la protección de las leyes y de las autoridades (C.P. art. 333).

Como se ha señalado, la Constitución prefigura el delito de enriquecimiento ilícito y mal pueden, entonces, considerarse inconstitucionales las leyes que, en perfecta consonancia con ella y con su filosofía, sancionan penalmente las conductas que lo evidencian.

No puede aducirse que las normas acusadas utilicen un lenguaje impreciso y equívoco y que éste, a su vez, entrañe una violación a la presunción de inocencia.

La expresión “incremento patrimonial no justificado”, tiene una equivalente en las palabras empleadas por el mismo constituyente al anatematizar las fortunas o patrimonios conformados por “los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social” (C.P. art. 34). Más aún, de la citada norma, surge positivamente el deber a cargo de toda persona de no enriquecerse ilícitamente -de lo contrario no tendría sentido la sanción de extinción del dominio que en ella se impone- y, de la correlativa obligación de las autoridades, de perseguir su violación. Por lo demás, la ley podría desarrollar el texto constitucional, estableciendo deberes y cargas de información con miras a prevenir y sancionar dichos comportamientos desviados.

Hechas las anteriores consideraciones generales, pasa la Corte a examinar cada una de las normas demandadas.

El artículo 148 del Código penal, subrogado por el artículo 26 de la ley 190 de 1995, penaliza el enriquecimiento ilícito del servidor público así:

“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 dos (2) a ocho (8) años, multa equivalente al valor del enriquecimiento e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

“En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.”

Previo al análisis de fondo, debe la Corte aclarar que la expresión “empleado oficial” no debe entenderse en el sentido administrativo del término, sino de conformidad con la interpretación dada por el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 18 de la ley 190 de 1995, que sobre el particular señala:

“Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

“Para los mismos efectos se considerarán servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la comisión nacional ciudadana de lucha contra la corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

“PAR: La expresión ‘empleado oficial’ se sustituye por la expresión ‘servidor público’, siempre que aquella sea utilizada en el código penal o en el código de procedimiento penal...”
(Negrillas fuera de texto)

Por su parte el artículo 123 de la Constitución Política define en su primer inciso quienes son servidores públicos: “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.” En este orden de ideas, el sujeto activo del artículo 148 no es el empleado oficial como lo entendía el derecho administrativo, sino que lo es, en forma general, el servidor público, expresión que está en armonía con los artículos 6o., 122 y 123 de la Constitución Política.

En cuanto al delito de enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, como ya se anotó éste tiene un claro origen constitucional que se refleja en el interés que le asiste al Estado no solo de legitimar la adquisición de la propiedad, sino además de sanear la Administración pública, cuyo patrimonio se ve afectado por la conducta indebida de aquellos servidores que por el ejercicio de su cargo incrementan de manera injustificada su propio peculio con grave detrimento de la moral social. Así entonces, el artículo reglamenta una conducta dirigida a sancionar al servidor público -sujeto activo cualificado- “que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito”.

Se trata de un delito que se manifiesta en el incremento patrimonial del servidor público sin causa que lo justifique de acuerdo con la ley y la ética, y que, para

configurarse como tal, exige el dolo. Tiene carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado. Esta última característica, excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales de la misma categoría -concurso aparente de tipos-. Ello quiere decir, que si las pruebas aportadas al proceso permiten deducir con certeza que el incremento fue fruto, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por el peculado, o por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el enriquecimiento ilícito -lex primaria derogat legi subsidiariae-.

Ahora bien, frente a la afirmación del actor en cuanto que la expresión “no justificado” contenida en el tipo genera una inversión de la carga de prueba como quiera que conlleva a que sea el funcionario quien deba probar el carácter lícito de sus ingresos, debe la Corte señalar que dicha afirmación se aparta por completo de la realidad, ya que es el Estado quien está en la obligación de demostrar la existencia de la conducta típica, antijurídica y culpable, frente a la configuración de indicios graves de presunta responsabilidad y de la ocurrencia del hecho punible.

Efectivamente, el artículo 250 de la Constitución Política le asigna a la Fiscalía General de la Nación la función de “investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes e igualmente, “calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas”. Es decir, a la Fiscalía como ente acusador en los procesos penales, le corresponde investigar, indistintamente, tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, con el objetivo de determinar la ocurrencia de un hecho punible y los responsables del mismo.

En el caso del enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, debe el Estado demostrar que el enriquecimiento es real e injustificado, ocurrido por razón del cargo que desempeña. Así, una vez establecida la diferencia patrimonial real y su no justificación, opera el fenómeno de la adecuación típica que va a permitir el desarrollo del proceso en sus etapas sumarial y de juicio. Es entonces la falta de justificación el elemento determinante para dar origen a la investigación y, por tanto, la explicación que brinde el sindicado del delito, no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a la defensa frente a las imputaciones que le haga el Estado en ejercicio de su función investigativa.

Pero el conocimiento efectivo de las rentas y bienes del servidor público y su incremento injustificado, no se deriva en forma exclusiva de la explicación que éste presente a las autoridades judiciales en ejercicio de su derecho de defensa (art. 29 de la C.P.); son los demás medios de prueba -testimonio, documentos, indicios etc.- los que dentro del desarrollo de la investigación van a constituirse en elementos de juicio suficientes para llamar a indagatoria, dictar auto de detención o precluir investigación y, en general, para adelantar el proceso respectivo.

Además, la explicación relacionada con el incremento patrimonial de los servidores públicos no es un acto impositivo derivado de un proceso penal; es una obligación constitucional de toda persona que ostenta esa especial condición, pues el artículo 122 de la Carta señala expresamente, refiriéndose a los servidores públicos, que, “antes de tomar posesión del

cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas". (Subrayas de la Corte).

El conocimiento que tenga el Estado sobre los bienes y rentas de los servidores públicos, antes que una carga constituye un principio que debe gobernar sus actuaciones (art. 209 de la C.P.) y con ello se pretende proteger la función pública y, en particular, la moral social. Debe aclararse que nadie está obligado a ejercer una función pública; se trata de una labor en la que los ciudadanos deciden participar libremente; pero al aceptarla están asumiendo no sólo las cargas y responsabilidades que se deriven del ejercicio del cargo, sino que además, se están colocando en una situación permanente de exigibilidad por parte del Estado, en lo que se refiere al monto y manejo de sus bienes.

No es entonces la explicación que rinde el sindicato frente a una acusación de incremento patrimonial no justificado un acto de violación al principio constitucional de la presunción de inocencia, pues como ya se anotó, se trata de una justificación de sus actos frente a las imputaciones debidamente formuladas por el Estado en su contra, para que en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, tenga la oportunidad de explicar su conducta. El artículo bajo examen consagra entonces un deber específico y concreto de transparencia en el manejo de los bienes públicos por parte de los servidores públicos, que en nada contraviene el debido proceso ni ningún otro derecho consagrado en la Constitución Política.

Finalmente, en relación con el inciso segundo del artículo acusado, el cual señala que, "en la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado", la Corte no encuentra ninguna objeción de inconstitucionalidad, pues efectivamente debe entenderse que la interpuesta persona también es responsable de la conducta, cuando el Estado ha probado plenamente los elementos de responsabilidad descritos en el tipo penal.

De conformidad con lo dicho, esta Corporación declarará la exequibilidad del artículo 148 del Código Penal, en la forma en que fue subrogado por el artículo 26 de la ley 190 de 1995.

4. El enriquecimiento ilícito de los particulares

El artículo 1o. del decreto 1895 de 1989, promulgado bajo la vigencia del antiguo Estado de Sitio, penaliza el enriquecimiento ilícito de particulares así:

"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 ese sólo hecho, en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado". (Subrayas de la Corte).

La disposición citada, al igual que el artículo 148 del Código Penal, también sanciona el enriquecimiento ilícito, que como ya se ha explicado suficientemente, es un delito de origen constitucional (art. 34 de la C.P.) que, para el caso de los particulares, busca castigar la propiedad obtenida ilícitamente y cualquier otro interés económico que de ella se pueda derivar. El Estado evidentemente, no puede consentir que la propiedad tenga un origen distinto al justo título y por ello sanciona a quienes incrementen su patrimonio ilícitamente,

en defensa de la propiedad lícitamente adquirida, con lo cual se busca tutelar, como se ha dicho, la moral social.

Esta Corporación mediante la Sentencia C-127 de 1993, al declarar exequible el artículo 10 del decreto 2266 de 1991, había avalado la constitucionalidad de la penalización del enriquecimiento ilícito de particulares al sostener que, “Es conforme con la Constitución el artículo transcrito por disposición de los artículos 34 (extinción del dominio de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito), 58 (función social de la propiedad) y 83 de la Carta Política (principio de la buena fe).”

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 solo 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 el primer caso, 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 caso, como ya se anotó, se trata de sujeto activo cualificado.

En el segundo caso, y en relación con la expresión “no justificado”, debe recordarse lo dicho en el punto anterior en cuanto a que su operancia 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.

No debe olvidarse que el enriquecimiento se establece por la comparación del patrimonio del presunto ilícito en dos momentos distintos. Demostrar el origen de un incremento patrimonial es una obligación general que el Estado puede hacer exigible en todo momento a cualquier persona natural o jurídica; es una consecuencia del principio constitucional de que toda persona debe vivir sometida a la Constitución y a la ley (Arts. 4o., 6o y 95 de la C.P.). 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. Un desproporcionado e injustificado incremento es precisamente lo que da lugar al ejercicio de la acción penal por enriquecimiento ilícito, debiendo el Estado establecer plenamente la responsabilidad del

imputado o su inocencia. 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). El derecho a la no autoincriminación ciertamente autoriza al sindicado o procesado a asumir ciertos comportamientos procesales, pero su silencio o sus aserciones carentes de sustento, pueden objetivamente demeritar su posición si en su contra se reúnen suficientes elementos probatorios allegados por el Estado y no refutados. Por lo demás, el proceso penal implica necesariamente una valoración de conducta; la etapa de investigación no supone calificación; sólo habiendo pruebas suficientes se llama a juicio.

Respecto de la expresión “actividades delictivas”, es importante anotar que ésta corresponde a un ingrediente especial del tipo de orden normativo. Los ingredientes normativos no son propiamente elementos del tipo sino 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.

Pero además, el ingrediente normativo que contiene el enriquecimiento ilícito de particulares, según el cual el incremento patrimonial debe ser “derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas”, 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 hubiese sido así, lo hubiera estipulado expresamente. Lo que pretendió el legislador fue respetar el ámbito de competencia del juez, para que fuera él quien 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.

El razonamiento anterior, guarda armonía con los motivos que llevaron al legislador extraordinario de 1989, a tipificar la conducta de enriquecimiento ilícito de particulares - decreto 1895-, proveniente de “actividades delictivas”:

“CONSIDERANDO. Que mediante Decreto No.1038 de 1984, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

“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, DECRETA ...” (Negritas fuera de texto).

“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." (negritas fuera de texto) (Resolución acusatoria aprobada mediante acta No. 89 de junio 12 de 1996, Magistrado Ponente, doctor Ricardo Calvete Rangel).

Pero además, si en gracia de discusión las "actividades delictivas" a las que se refiere la norma impugnada necesariamente debieran estar judicialmente probadas en el proceso penal, mediante la existencia de condena de narcotráfico u otro delito proferida en sentencia judicial en firme, se llegaría -como se señaló en la providencia antes citada- al absurdo de considerar legítimo el incremento patrimonial injustificado de una persona, por haber tenido origen en la actividad delictiva de otra en cuyo favor se hubiere declarado la extinción de la acción penal por muerte, o por prescripción, o por haberse probado una causal de inculpabilidad. De esta manera sólo se podría procesar por enriquecimiento ilícito a quien recibiera dinero después de la condena ejecutoriada, perdiendo también eficacia jurídica figuras como la confesión o la captura en flagrancia, e impidiendo siquiera iniciar una simple investigación penal por enriquecimiento ilícito. Serían estos elementos con que cuenta el Estado de derecho, argumentos intrascendentes dentro de un juicio penal por este delito. Y, como consecuencia de ello se generaría la más escandalosa impunidad, elemento gravísimo de descomposición social y de desestabilización institucional.

De la independencia normativa de las expresiones "injustificado" y "actividades delictivas", así como de la entidad constitucional de la conducta, se deriva la especialidad y autonomía del delito de enriquecimiento ilícito de particulares. Efectivamente, el artículo 34 de la Carta, en su primera parte, proscribía la confiscación, y a continuación introduce una excepción; ¿por qué? Porque este tipo de actividad ilícita corroe la moral social. El hecho de que el constituyente del 91 haya considerado necesario proteger la moral social de este tipo de actividades, implica que a la hora de analizar la conducta ella se mire en forma independiente y autónoma; de manera que, como se ha dicho, el juicio de valor lo deba adelantar el juez que conoce del enriquecimiento ilícito y no el juez que conoce de otra causa.

Por ello, el delito de enriquecimiento es un delito especial y autónomo, pues 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, y menos esperar un fallo previo de otro sujeto por otro delito. El objeto jurídico tutelado en el enriquecimiento ilícito es de orden constitucional -la moral pública- y en manera alguna puede condicionarse su independencia a la ocurrencia de otro comportamiento delictivo que difiere en el objeto jurídico tutelado, como lo es, por ejemplo, el narcotráfico, donde otro es el sujeto activo. La ilicitud del comportamiento en el enriquecimiento ilícito de particulares, proviene pues de la conducta misma del sindicado de este delito y no de la condena concreta que por otro delito se le haya impuesto a terceras personas.

Por otra parte no puede confundirse el concepto de "actividad delictiva" con el de

“antecedentes penales” de que trata el artículo 248 de la Carta Política; el primero no sólo es un ingrediente normativo del tipo cuyo alcance y contenido le corresponde precisar al funcionario penal al momento de aplicar la norma, sino que además, se refiere a la actividad en sí misma, como comportamiento típico y antijurídico, y no se extiende al sujeto. El concepto de “antecedentes penales”, se predica de la persona en sí misma y, de conformidad con el artículo 248 de la Constitución Política, únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen esa calidad de antecedentes.

El artículo 248, por otra parte, no tiene que ver directamente con el debido proceso, sino con los derechos fundamentales al honor, al buen nombre o al habeas data, pues, se repite, la norma constitucional se refiere únicamente a “antecedentes”.

Por lo demás, respecto de la supuesta violación de la presunción de inocencia, lejos se encuentra la expresión “incremento patrimonial no justificado” de violar dicha presunción. Se reitera que las normas se limitan a formular sendos tipos penales. De ninguna manera, se ordena hacer caso omiso de las normas legales de la parte general del Código Penal, ni menos aún de las que integran el Código Procesal Penal. La función de investigación y juzgamiento, respecto de estos delitos, sujetas a todas las garantías, no sufren alteración alguna. La inclusión de una nueva figura delictiva, no obliga al legislador a prever simultáneamente el modo específico de cómo ha de adelantarse su investigación y juzgamiento, pues siempre se presupone que es el que de manera general se tiene previsto.

Resulta insólito que la Corte Constitucional deba analizar la constitucionalidad de una norma legal sustancial, como lo sugiere el demandante, a partir de la praxis asociada a su peculiar investigación y juzgamiento. En este punto la Corte, sin embargo, no puede dejar de considerar que la investigación y el juzgamiento, se nutren de la hipótesis fáctica y jurídica que provee el Estado a través del fiscal y del juez competentes y, naturalmente, de lo que surge del contradictorio.

Por todas las anteriores razones, la Corte se ve precisada a reconsiderar el planteamiento hecho en la parte motiva de la Sentencia C-127 de 1993, en el sentido 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. 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”. Debe aclararse que no se trata en este caso de un cambio de jurisprudencia, por cuanto, por una parte, la decisión adoptada en esa providencia fue de exequibilidad de las normas acusadas, es decir del delito de enriquecimiento ilícito tal como estaba concebido en ellas y, por otra parte, el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, que fue declarado exequible por esta Corte establece, respecto de las sentencias de la Corte Constitucional proferidas en cumplimiento del control constitucional que “sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive”, y que “la parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general”. A este respecto, la Corte explicó en la Sentencia C-037 de febrero 5 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) lo siguiente:

“... sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica. Necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella”.

De conformidad con todo lo dicho, la Corte concluye que el artículo 1o. del decreto legislativo 1895 de 1989 es exequible, y así lo declarará en la parte resolutive de la presente sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación (e) y cumplidos los trámites previstos en el decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E :

1. Declarar EXEQUIBLE el artículo 148 del Código Penal, subrogado por el artículo 26 de la ley 190 de 1995.
2. Declarar EXEQUIBLE el artículo 1o. del decreto 1895 de 1989.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Presidente

JORGE ARANGO MEJÍA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

JOSÉ GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado Ponente

JULIO CESAR ORTIZ GUTIÉRREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia C-319/96

ANTECEDENTES PENALES/ENRIQUECIMIENTO ILICITO-No es delito autónomo/ENRIQUECIMIENTO ILICITO-Se puede configurar sin existencia de sentencia previa (Salvamento de voto)

Juzgo inaceptable el restringido alcance que en la sentencia se da al artículo 248 de la Constitución, interpretación que lo convierte en una norma baladí, que no debería figurar entonces en una Constitución, al estimar que no tiene que ver directamente con el debido proceso, sino sólo con “los derechos fundamentales al honor, al buen nombre o al habeas data, pues, se repite, la norma constitucional se refiere únicamente a ‘antecedentes’.” Por el contrario, el mencionado artículo no contiene este tipo de restricciones. Como consecuencia directa del artículo citado, el delito de enriquecimiento ilícito no es un delito autónomo, es decir, en principio, requiere de sentencia previa, que compruebe la comisión del delito que origina la riqueza indebidamente adquirida por el tercero, a quien se acusa de esta clase de ilícito. No obstante, considero que es evidente que existen casos en los cuales puede configurarse el delito de enriquecimiento ilícito, sin la existencia de la sentencia previa.

ENRIQUECIMIENTO ILICITO DEL PARTICULAR-No es delito autónomo (Salvamento de voto)

Es contrario al debido proceso el considerar el enriquecimiento ilícito de particulares como delito autónomo, sin exigir la prueba de la existencia del otro delito del cual proviene la riqueza indebidamente adquirida. La propia definición del delito, por ejemplo, es parte del debido proceso. Por eso, consagrar delitos mediante fórmulas indefinidas y confusas, que dejan mucho campo al arbitrio del juez, es contrario al debido proceso, y crea las condiciones para la aparición de cazadores de brujas, en especial en sociedades atemorizadas.

Disiento de la sentencia, no por la declaración de exequibilidad de las normas demandadas (tal como se expresa en la parte resolutoria), declaración que comparto, sino por las motivaciones del fallo. Concretamente, no estoy de acuerdo en los siguientes aspectos:

Juzgo inaceptable el restringido alcance que en la sentencia se da al artículo 248 de la

Constitución, interpretación que lo convierte en una norma baladí, que no debería figurar entonces en una Constitución, al estimar que no tiene que ver directamente con el debido proceso, sino sólo con “los derechos fundamentales al honor, al buen nombre o al habeas data, pues, se repite, la norma constitucional se refiere únicamente a ‘antecedentes’.” Por el contrario, el mencionado artículo no contiene este tipo de restricciones, como se desprende fácilmente de su simple lectura:

“Artículo 248. Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.”

Como consecuencia directa del artículo citado, el delito de enriquecimiento ilícito no es un delito autónomo, es decir, en principio, requiere de sentencia previa, que compruebe la comisión del delito que origina la riqueza indebidamente adquirida por el tercero, a quien se acusa de esta clase de ilícito.

No obstante, considero que es evidente que existen casos en los cuales puede configurarse el delito de enriquecimiento ilícito, sin la existencia de la sentencia previa. En mi opinión, esta excepcional situación, sólo se puede dar cuando se reúnan todas las condiciones que se enumeran a continuación:

1o. Que el delito, es decir la existencia del hecho delictivo en sí, sea un hecho público y notorio, que no necesita demostración en el proceso.

2o. Que esté plenamente demostrado el aumento patrimonial no justificado, pues éste no se presume legalmente.

3o. Que esté plenamente demostrada en el proceso la relación entre el delito que se califica como hecho notorio y público, y los bienes cuya adquisición es elemento del delito. Vale decir, que esté plenamente comprobado que los bienes provienen de un determinado delito.

4o. Que esté plenamente probado en el proceso que la persona a quien se acusa de haberse enriquecido ilícitamente, conocía el origen de los bienes, es decir, que éstos se derivaban precisamente de un delito. Tal conocimiento tiene que haber sido anterior a la adquisición de los bienes, que origina el enriquecimiento ilícito.

5o. Si la adquisición de los bienes que constituye el enriquecimiento ilícito, se hace por intermedio de uno o más testaferros, es condición indispensable que esté plenamente probada esta circunstancia, lo mismo que su conocimiento por el sindicado de enriquecimiento, conocimiento previo a la adquisición de los bienes.

6o. En ningún caso hay inversión de la carga de la prueba, pues siempre es el Estado el que tiene que probar. Esto, especialmente en lo relativo a lo expuesto en los ordinales 2o., 3o., 4o. y 5o. Al no existir inversión de la carga de la prueba, es claro que en relación con este delito, y con su autoría, no pueden existir presunciones legales, ni simplemente legales ni de derecho, pues todos los hechos o actos que lo configuran tienen que ser plenamente demostrados por el Estado.

Pienso que es contrario al debido proceso el considerar el enriquecimiento ilícito de particulares como delito autónomo, sin exigir la prueba de la existencia del otro delito del cual proviene la riqueza indebidamente adquirida. La propia definición del delito, por ejemplo, es parte del debido proceso. Por eso, consagrar delitos mediante fórmulas indefinidas y confusas, que dejan mucho campo al arbitrio del juez, es contrario al debido proceso, y crea las condiciones para la aparición de cazadores de brujas, en especial en sociedades atemorizadas.

Bogotá, julio 18 de 1996.

JORGE ARANGO MEJÍA

Salvamento de voto a la Sentencia C-319/96

MORAL SOCIAL-Idealización como bien jurídico tutelado (Salvamento de voto)

En una interpretación errónea del artículo 34 de la Carta Política, encuentra la mayoría un precepto constitucional que se refiere expresamente al enriquecimiento ilícito y, que por ende, “demanda como exigencia imperativa ineludible su adecuada tipificación legal”. Ciertamente, el artículo 34 de la Constitución Política hace referencia al enriquecimiento ilícito, pero el error interpretativo reside en la falsa idealización de la “moral social” a la cual alude la disposición; y más aún, el error se concreta en la conversión automática que de esa “moral social” se hace, en cuanto bien jurídico supuestamente tutelado por el enriquecimiento ilícito: de la Constitución Política al derecho penal, en una deducción automática. Así, la alusión genérica de un precepto constitucional que, como luego se verá en cuanto a la función instrumental que le da al enriquecimiento ilícito, situándolo en el marco de la protección de la propiedad lícitamente obtenida, es aquí, al contrario, convertida dicha alusión automáticamente en un bien jurídico tutelado. Bien jurídico que no existe en el orden jurídico, sino que es construido como recurso “ad hoc” funcional sobre todo a la reducción también errónea, y en extremo contradictoria, que se hace del enriquecimiento ilícito de particulares en tanto delito autónomo; es decir, que es “derivado” como la norma lo establece, pero que no se deriva de ningún otro delito

DEBIDO PROCESO PENAL-Postulado constitucional fundante (Salvamento de voto)

De ninguna manera compartimos esta noción del debido proceso; ella desvirtúa su carácter de derecho de la persona, lo contradice y le niega su condición axiológica promovida por el Constituyente y defendida reiteradamente por esta Corporación. Mezclar la función punitiva del Estado y los derechos de los particulares- para de allí deducir supuestos deberes -en relación con el debido proceso, significa negar de plano su carácter fundante y de límite constitucional a la función punitiva. En efecto, en materia penal, el debido proceso es una institucionalización del principio de legalidad, del derecho de defensa y de la presunción de inocencia (CP art. 29), por lo cual resulta contradictorio que se pretenda deducir obligaciones para los sindicados y limitaciones a sus posibilidades de defensa y a la presunción de inocencia a partir de supuestas obligaciones derivadas del debido proceso. Admitir tales obligaciones desvirtúa el sentido de la norma constitucional y aniquila el derecho fundamental al debido proceso, de tal manera que éste puede ser vulnerado, paradójicamente, desde sí mismo.

DEBIDO PROCESO-Carga de la prueba/PRINCIPIO DE DEMOSTRABILIDAD (Salvamento de voto)

El Estado debe entonces probar la existencia material del ilícito o del injusto típico, 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 las formas del juicio. Esto significa no sólo que la conducta punible debe estar claramente descrita por una ley previa sino, además, que los distintos elementos del tipo penal, de la antijuridicidad y de la culpabilidad, deben ser demostrados por el Estado dentro del proceso correspondiente, pues únicamente así se desvirtúa la presunción de inocencia. Esto es lo que la Corte Suprema de Justicia, cuando ejercía el control constitucional de lo penal, denominó en varias ocasiones el principio de “demostrabilidad” como presupuesto de la punibilidad de un comportamiento. Acogemos el principio de “demostrabilidad” desarrollado por la Corte Suprema, pues se trata de un lógico desarrollo del debido proceso, por lo cual no puede ser sancionada una persona por un hecho punible cuyos elementos estructurales no hayan sido judicialmente probados y declarados.

ENRIQUECIMIENTO ILICITO-Fundamento constitucional de la penalización (Salvamento de voto)

ENRIQUECIMIENTO ILICITO DEL SERVIDOR PUBLICO/PRINCIPIO DE MORALIDAD DE LA FUNCION PUBLICA (Salvamento de voto)

Este tipo penal de sujeto activo cualificado busca proteger la función pública y, en especial, su moralidad, que es un principio que debe gobernar sus actuaciones. Esta noción de moralidad, pese a la dificultad en su definición, ha sido concebida de manera muy especial en relación con la corrupción política y administrativa, y en el horizonte del enriquecimiento ilícito. Es una noción que se dirige más al campo ético-político de la función pública. Presupone la transparencia en la gestión pública. Por ello, la doctrina ha entendido de manera general que el principio de moralidad debe presidir toda la actividad administrativa. La actuación adelantada bajo la buena fe es constitutiva del principio de moralidad. Ahora bien, pese a la generalidad del principio, los cambios fundamentales introducidos por la nueva Carta Política en relación con la función administrativa y especialmente en relación con su finalidad, ofrecen mayor claridad a la noción de moralidad. Desde la entrada en vigor de la norma, y dentro del marco global del debido proceso, ha sido objeto de discusión si la noción de “no justificado” exigida por el tipo penal, genera una violación del principio general de la presunción de inocencia dispuesto en el artículo 29 de la Carta. Sin embargo, el artículo impugnado no presupone una violación del principio citado: no es el empleado oficial el que debe entrar a demostrar el carácter justificado de su ingreso patrimonial, sino que es el Estado el que debe demostrar la condición de no justificado de tal ingreso. Nótese en efecto que, a diferencia de lo establecido en otros países y de lo propuesto en los anteproyectos de 1974 y 1976, el tipo penal colombiano no sanciona el incremento patrimonial no justificado obtenido por el funcionario durante el ejercicio del cargo, sino aquél que ocurra por razón de las funciones del cargo.

ENRIQUECIMIENTO DE SERVIDORES PUBLICOS-Es punible a título de dolo (Salvamento de

voto)

Si se interpretan los alcances de este tipo penal a la luz de la parte general del Código Penal, es indudable que el enriquecimiento ilícito de servidor público sólo es punible a título de dolo, por lo cual debe entenderse que el Estado tiene también la carga de demostrar que el servidor conocía la ilicitud del enriquecimiento y la realizó voluntariamente o al menos previéndola, la aceptó. Claro que, como es obvio, la prueba de este dolo puede fundarse en los mismos elementos probatorios que permiten comprobar la autoría material del enriquecimiento. Por esta razón hemos asumido el análisis de la figura, desde el principio penal de la culpabilidad: la no explicación del incremento no configura en sí y de manera abstracta el ilícito penal; debe, en razón a todo lo expuesto y en virtud a la prescripción de toda responsabilidad objetiva, demostrarse cierta e indudablemente, el dolo en la conducta. Es esta una falencia grande de la sentencia: la alusión al carácter doloso del comportamiento se mezcla con la alusión a la violación de normas éticas, pero no se enfrenta en ningún momento el problema de la responsabilidad objetiva y sus implicaciones sobre el principio de inocencia.

DECLARACION DE BIENES Y RENTAS DE SERVIDOR PUBLICO/DEBER CONSTITUCIONAL DE TRANSPARENCIA (Salvamento de voto)

Por mandato constitucional, el servidor público se encuentra en una situación permanente de exigibilidad por parte del Estado, en relación con el monto y manejo de sus bienes, por lo cual se puede decir que este artículo consagra un deber específico de transparencia de estos servidores. En efecto, ¿qué sentido puede tener esa exigencia de declarar bajo juramento el monto de los bienes y las rentas si no es porque la Constitución ha consagrado al servidor público un deber específico, según el cual tiene que estar en capacidad de justificar en todo momento sus incrementos patrimoniales? Ese particular deber de transparencia se justifica por las razones expuestas en el presente salvamento, en cuanto a la protección de la moralidad de la función pública, de la cual deriva la especial sujeción del servidor público. Además, a ello hay que agregar que, en términos generales, nadie está obligado a ejercer una función pública, sino que ésta es una tarea en la que los ciudadanos deciden participar libremente. Pero al hacerlo, están asumiendo todas las responsabilidades que están ligadas al cargo y que derivan de las funciones de interés general que le están asociadas. Frente a un mandato constitucional de transparencia tan estricto como el consagrado por el artículo 122 de la Constitución, es perfectamente válido lo sostenido por la doctrina penal nacional y extranjera: que el servidor, al romper ese deber de transparencia, se encuentra en una situación que conduce indiciariamente a concluir que se ha enriquecido ilícitamente aprovechando su cargo. En este muy particular campo y como excepción constitucional taxativa, sería legítimo que la ley pudiera sancionar la ruptura de ese deber constitucional de transparencia, por lo cual son factibles regulaciones que establezcan presunciones desvirtuables de enriquecimiento ilícito del servidor público sí, demostrado el incremento patrimonial desproporcionado, el funcionario no logra justificar tal incremento.

ENRIQUECIMIENTO ILICITO DEL PARTICULAR (Salvamento de voto)

Se precisa 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 y de la buena fe. 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.

ENRIQUECIMIENTO ILICITO-Sentencia judicial previa/ENRIQUECIMIENTO ILICITO-Excepciones a sentencia judicial previa (Salvamento de voto)

La declaración judicial que se exige en relación con la actividad delictiva respecto de la cual deriva el enriquecimiento en su carácter derivado, no es cualquier declaración: se habla de la sentencia en forma definitiva. Se enlazan entonces los dos elementos que estructuran el párrafo: 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. Pueden surgir situaciones en las cuales no sea realmente posible establecer la derivación de los delitos exclusivamente a través de la sentencia judicial. Por lo cual, pueden admitirse estrictas excepciones. Desde luego, y somos claros en ello, toda excepción que se establezca al principio de la sentencia judicial previa, debe necesariamente estar sujeta al principio de demostrabilidad que hemos reseñado; es decir, la declaración judicial del delito previo, debe demostrar todos los elementos que lo configuran.

ANTECEDENTES PENALES (Salvamento de voto)

Aunque es ciertamente antitécnico el lugar en el cual se encuentra situado en la Carta Política el artículo 248, éste debe entenderse en el horizonte del debido proceso, de la noción de buena fe y en relación inclusive con el buen nombre. Así, vinculado en forma genérica al debido proceso, supone que la sentencia judicial es la única que constata en la realidad del derecho, la comisión efectiva de un comportamiento delictivo. El pronunciamiento indudable en relación con el delito, lo hace la sentencia. La lógica del recurso extraordinario de casación puede ilustrar lo que se expone: una persona ha sido sentenciada en dos instancias, lleva cumpliendo su condena- como ocurre en la dinámica procesal penal concreta- durante varios años. En virtud del recurso de casación, la Sala Penal de la Corte casa en su totalidad la sentencia del tribunal superior. Así, existiendo no sólo sentencias, como claras declaraciones judiciales, sino la privación efectiva de la libertad- en la práctica una expresión máxima de declaración judicial -la persona no ha cometido el delito, la actividad delictiva no pudo ser identificada como tal en el mundo del derecho. Su realidad jurídica, en la cual produce consecuencias frente al derecho- se subraya una vez más -no fue demostrada. Más allá de las discusiones que ello puede suscitar en términos de responsabilidad del Estado, del castigo por años a un inocente, etc., en este contexto lo importante es entender la dimensión que en el marco de lo jurídico posee la sentencia judicial definitiva.

Los Suscritos Magistrados, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, nos apartamos respetuosamente de la decisión mayoritaria, en virtud de las razones que se exponen a continuación.

1. De la confusión entre moral y derecho como criterio de política criminal para la adopción de figuras delictivas.

Los magistrados que salvamos el voto en el presente escrito, expresamos nuestra profunda preocupación por la decisión tomada por la mayoría, en cuanto a los riesgos que en perspectiva esta decisión entraña; no nos alejamos en cuanto a la parte resolutive, pues consideramos igualmente que las figuras son exequibles. Nuestro distanciamiento se da en relación con los fundamentos de dicha decisión. En la sentencia, el núcleo central de la argumentación -y de la decisión- está construido sobre la base de una confusión entre las esferas de la moral y el derecho; y desde allí, sobre la base de una confusión entre política y derecho. Es altamente riesgoso que en un pronunciamiento del juez constitucional, los contenidos de una norma jurídica y sus condiciones de regulación -en este caso los dos tipos penales que criminalizan el enriquecimiento ilícito-, no sean dados por la dogmática jurídico penal y por la dogmática constitucional, sino que esos contenidos sean definidos más con recursos “ad hoc” tomados por fuera del propio derecho. Es un riesgo real que esos contenidos obedezcan a criterios coyunturales. Figuras jurídicas, situadas en una tensión permanente entre criterios de política criminal- y en la necesidad de responder penalmente a conductas que son en extremo desestabilizadoras-, y la necesidad de ajustar dichas conductas a las reglas de juego constitucionales, han sido en nuestro país abordadas tradicionalmente con criterios que no son propios de la discusión jurídica. Es decir, la tensión entre decisión político criminal y derechos fundamentales que la ajusten, se ha resuelto radicalmente a favor de la primera y en detrimento de los segundos, desconociendo no sólo la filosofía de la Constitución Política, sino preceptos específicos que la contienen.

Ha ocurrido así a nuestro juicio con la sentencia respecto de la cual nos apartamos y es ese el motivo fundamental de nuestro cuestionamiento, dejando de una vez claro que compartimos la necesidad político criminal de una respuesta estatal a conductas reprochables. Sin embargo, como está expuesto y en relación con la consistencia misma que debe tener la respuesta estatal penal, nos apartamos de la decisión mayoritaria en la cual han prevalecido criterios cuestionables desde el punto de vista constitucional.

1.1. De la política criminal como la política.

1.2. De la idealización de la “moral social” y de su construcción “ad hoc” como bien jurídico tutelado.

En una interpretación errónea del artículo 34 de la Carta Política, encuentra la mayoría un precepto constitucional que se refiere expresamente al enriquecimiento ilícito y, que por ende, “demanda como exigencia imperativa ineludible su adecuada tipificación legal”. Ciertamente, el artículo 34 de la Constitución Política hace referencia al enriquecimiento ilícito, pero el error interpretativo reside en la falsa idealización de la “moral social” a la cual alude la disposición; y más aún, el error se concreta en la conversión automática que de esa “moral social” se hace, en cuanto bien jurídico supuestamente tutelado por el enriquecimiento ilícito: de la Constitución Política al derecho penal, en una deducción automática. Así, la alusión genérica de un precepto constitucional que, como luego se verá -y como la ha dicho la propia Corte Constitucional- en cuanto a la función instrumental que le da al enriquecimiento ilícito, situándolo en el marco de la protección de la propiedad lícitamente obtenida, es aquí, al contrario, convertida dicha alusión automáticamente en un bien jurídico tutelado. Bien jurídico que no existe en el orden jurídico, sino que es construido como recurso “ad hoc” funcional sobre todo a la reducción también errónea, y en extremo contradictoria,

que se hace del enriquecimiento ilícito de particulares en tanto delito autónomo; es decir, que es “derivado” como la norma lo establece, pero que no se deriva de ningún otro delito, como lo expresa contradictoriamente la Corte en el punto 4º de sus consideraciones, punto que se entrará a estudiar con detalle más adelante. En dicha deducción contradictoria, se expresa claramente lo expuesto en este salvamento desde el principio: por fuera del orden jurídico y de la dogmática, como conjuntos de reglas y principios esclarecedores de las normas y de sus alcances, se establecen los contenidos de las normas legales.

Sintetizando la secuencia lógica de la sentencia se encuentra, en primer lugar, como se ha advertido, que del artículo 34 de la Constitución política se deduce el fundamento constitucional del enriquecimiento ilícito, pero se lo liga, dándole un valor absoluto, a la alusión que hace la norma a la “moral social”.

En segundo lugar y constituyendo entonces la moral social 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.

En tercer lugar, convertida la moral social en un bien jurídico ad hoc como recurso criminalizante por fuera del derecho -más allá de la lógica jurídica- se derivan interpretaciones contradictorias de las normas -como en el caso de los particulares, el de ser concebido su enriquecimiento injustificado como un delito autónomo-; o en el caso del servidor público y de allí irradiando todo el ámbito de aplicación de las dos normas, una interpretación fundada sobre la confusión entre la moral y el derecho.

En efecto, respecto de los particulares, la sentencia desconoce el texto literal de la norma, y lo hace para convertir el delito, que es derivado, en autónomo. Dice así la sentencia en el punto 4º de sus consideraciones generales:

“Es conforme con la Constitución el artículo transcrito por disposición de los artículos 34 (extinción del dominio de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito), 58 (función social de la propiedad) y 83 de la Carta Política (principio de la buena fe).”

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 seguida, como lo hemos advertido en relación con el servidor público, se mezclan la moral y el derecho. Dice la sentencia, en el punto 3º de sus consideraciones, que en la norma en cuestión “se trata de 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. Nada más complicado para el derecho penal y para las garantías constitucionales, que los bienes jurídicos vagos, gaseosos y difusos, sobre todo cuando la vaguedad está fundada en la apelación a la moral. Precisamente el uso instrumental del derecho penal encuentra su mayor fuerza y se constituye en mayor amenaza, en la discriminación moral de las conductas y de sus actores. Ello pertenece a 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. Justamente, una de las características esenciales del derecho penal moderno es que resuelve el problema del mal. Lo desplaza. El mal es legado a un ámbito que no será relevante más para la acción penal estatal. El derecho penal se edifica entonces sobre la teoría del delito que presupone la violación de una norma jurídica y no de normas éticas, o de ambiguos universos morales.

Si la política criminal es la política. Si la política absorbe y neutraliza el derecho. Si ello opera además bajo el supuesto de una confusión premoderna entre la moral y el derecho; si el interés político usa la moral como recurso ad hoc para instrumentalizar el derecho y específicamente el derecho penal, el riesgo de aparición de nuevos inquisidores será siempre un riesgo no deleznable.

Son todos estos cuestionamientos válidos, pues en acciones abiertas de “limpieza moral”, fundadas en un derecho situacional, eficientista, los destinatarios de dicha limpieza serán intercambiables: hoy el gran corrupto, y mañana un enemigo extraído de cualquier fuente de confusión entre el derecho, la política, la moral.

2. Del falso supuesto de una “guerra” de la justicia contra la corrupción política.

Una de las concreciones más reales que surge como consecuencia de la confusión de ámbitos que hemos reseñado, se traduce en aquella terminología que hace curso en el ambiente social y político y que se expresa en la práctica: la administración de justicia como el estandarte de la “guerra” contra la corrupción política.

Al lado del crimen organizado, constituye sin duda la corrupción política y administrativa una gran amenaza tanto para la administración de justicia, como para las instituciones estatales en su conjunto. Sin embargo, como ocurre con todo problema pluridimensional, en el cual están comprometidos fenómenos de carácter histórico, político, social y económico, pretender abordarlos y resolverlos de manera casi absoluta y excluyente, a través de la función punitiva, supone exigirle a la justicia una repuesta que ésta no pueda dar, que no le corresponde y que por ello mismo será en la realidad ineficaz. A la justicia no le corresponde hacer la “Guerra”; ni contra la corrupción, ni contra otros fenómenos desestabilizadores. Trasladar al aparato judicial semejante responsabilidad, entraña el riesgo de distorsionarlo y desnaturalizarlo. Tanto más delicado es ello, como quiera que esta desnaturalización del sistema judicial en Colombia, ha estado ligada a la histórica confusión entre el derecho y la política, y entre ésta y la guerra o las distintas guerras que a la política y al derecho se le han encargado y se le encargan. Las diversas demandas de “justicia”, que son legítimas dentro del orden social, las diversas formas de una justicia social, etc., son siempre mayores a las

respuestas que el sistema del derecho puede ofrecer; la justicia del derecho es siempre limitada frente a esas grandes demandas de justicia. Por ello, exigir al sistema del derecho y, más aún, exigirlo del sistema del derecho penal, una respuesta radical de justicia general, no sólo entraña el riesgo de la ineficacia, sino que entraña por ello mismo el riesgo de la decepción, que será tanto más grave para el propio aparato de justicia, cuanto mayor sea la carga simbólica ilusoria con la cual se haya manejado su pretendida respuesta.

Pretendemos por ello, llamar la atención sobre los límites en la capacidad de respuesta del sistema penal y no contribuir con la falsa ilusión de soluciones que no le son posibles y que les corresponden a otras agencias estatales o que pasan por dinámicas de control político-social, de participación política, de organización de la sociedad civil, etc; dinámicas ligadas concretamente al fenómeno de la corrupción y en todo caso extrañas por principio a la actividad del derecho penal: éste no puede suplir deficiencias estructurales situadas en otros ámbitos sociales.

Por todo lo anterior se repite: a la justicia y a la justicia penal en particular, no les corresponde la guerra contra la corrupción política. En situación de crisis profunda de legitimidad, ésta tiende a desplazarse o concentrarse en la administración de justicia. Ello opera simultáneamente como demanda de la sociedad civil y en razón a la falta de respuesta institucional. Llevado al extremo este desplazamiento y sobre todo en cuanto él se concentra en la función punitiva, la urgencia de castigo sin medida termina por desestructurar la propia función de justicia; la sobrepolitización del sistema penal asediado por demandas que no alcanza a canalizar termina por bloquearlo. La teoría sociológica de los sistemas, concretamente la Sociología del Derecho, elaboradas por el sociólogo alemán Niklas Luhmann, y sobre todo su visión de los derechos fundamentales como estructuras intrasistémicas que sirven de límites permanentes del sistema del derecho, frente a la pretensión siempre mayor de invasión del sistema de la política al del derecho, constituye una gran ayuda para entender esta dimensión de confusión de esferas: el sistema del derecho, o un subsistema del mismo, como es el derecho penal, está incapacitado para ofrecer justicia, si en su funcionamiento es invadido por la política; la sobrepolitización es contraria a la justicia como actuación consistente, coherente del sistema. Los derechos fundamentales son para el sociólogo, una "institución" que el sistema del derecho en su evolución ha incorporado y sin los cuales no es posible su funcionamiento. Estos impiden toda involución del sistema mismo; involución que es mirada por Luhmann como propiciatoria siempre de toda forma de autoritarismo. Al recurrir el derecho penal a la moral; al servirse de fórmulas como la "moral social" por ejemplo, por fuera de él mismo y como recursos ad hoc, se niega el sistema, se neutraliza su función, pues se bloquea con elementos extraños y que aquél no reconoce y no logra procesar. La moral, el derecho y la política son sistemas autodiferenciados cada uno de ellos respecto de los demás. Ninguno constituye el centro de la sociedad y cada cual debe "reducir complejidad"; es decir, tematizar y resolver los dilemas y problemas que se le plantean. Toda confusión de ámbitos y toda invasión de un sistema a otro, causa trastornos e involuciones que repercuten negativamente sobre el funcionamiento de toda la sociedad en conjunto.

Por esa razón, la posición que nos une a los magistrados que salvamos el voto, no sólo está enmarcada dentro del propósito de ajustar las figuras delictivas a la Carta Política, al debido proceso, sino porque en tanto se lo hace, es siempre más posible la consistencia misma de la

respuesta penal a estos comportamientos reprochables; pensamos que ajustar rigurosamente las figuras delictivas al marco constitucional, al derecho, constituye su propia condición real de eficacia.

3. Del debido proceso como límite material a la función punitiva.

Una vez expuestos los presupuestos básicos de nuestro disenso en relación con la sentencia, pasamos al estudio concreto de los aspectos más relevantes en relación con las figuras delictivas que tematizan el enriquecimiento ilícito.

No está resuelto en la sentencia el cargo que se formula a los dos tipos penales en cuestión, en relación con la inversión de la carga de la prueba que ellos, según el demandante, propiciarían. Es necesario profundizar en el tema y, para ello, lo más pertinente es abordar el estudio del derecho fundamental al debido proceso en un contexto siempre más global de reflexión en el marco de los derechos fundamentales como límites materiales a la función punitiva estatal.

Los derechos fundamentales, como base ética, política y jurídica de la sociedad, encuentran su significación originaria en tanto instrumentos ético-políticos y jurídicos frente a las instituciones que ostentan el legítimo monopolio de la coacción.

Los derechos fundamentales y el reconocimiento de la dignidad de la persona humana (CP art. 1º), así como la misma regulación del debido proceso (CP art. 29), constituyen límites materiales al ejercicio de la función punitiva del Estado. Por ello, el mandato constitucional según el cual “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (subrayas no originales)” (CP art. 29) no sólo está consagrando el principio de legalidad y de estricta tipicidad penal, sino que posee también un alcance más amplio: en efecto, si se relaciona esa norma, con el reconocimiento de la dignidad (CP art. 1º) y el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16), aparece claro que la Constitución ha establecido un derecho penal de acto o del hecho, y ha proscrito todo derecho penal de autor o toda forma de culpabilidad por el carácter de la persona.

La Constitución proscribire las formas de responsabilidad objetiva y exige un derecho penal de culpabilidad, pues el hecho punible, para ser sancionable, debe ser imputable a la persona como obra suya no sólo de manera objetiva (autoría material) sino también subjetiva (culpabilidad), en cuanto sujeto dotado de dignidad y libertad (CP arts 1º y 16). En efecto, no es conforme a la dignidad humana que se reproche jurídicamente y se sancione penalmente a una persona por un hecho, si ésta no hubiera podido comportarse de otra forma, por cuanto era una conducta que no podía controlar. Es claro entonces que el juicio de reproche penal sólo puede recaer sobre una persona que debe haber tenido la capacidad de comprender las exigencias que le imponía el ordenamiento y de actuar conforme a tales exigencias, esto es, que hubiera debido y podido actuar de otra forma. Este vínculo estrecho de un derecho penal de culpabilidad con la dignidad y libertad de la persona, ya había sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia, cuando ejercía la guarda de la Constitución, pues según esa Corporación, la exigencia de culpabilidad era una de las mayores garantías para la vida libre y la honra de los coasociados¹. De igual manera, ello ha sido previamente establecido por la Corte Constitucional en anteriores decisiones, en las cuales señaló que “es de una evidencia absoluta el que la responsabilidad penal objetiva es incompatible con el

principio de la dignidad humana”².

3.1. Del debido proceso como postulado constitucional fundante.

Uno de los intervinientes en el caso que se estudia, el señor Fiscal General de la Nación, considera que el derecho fundamental al debido proceso, más que un derecho de la persona, constituye un “principio” del cual “emanan, derechos, deberes, obligaciones y prohibiciones para el Estado y para los coasociados”. Por ello, según su criterio, el Estado puede imponer cargas a los ciudadanos y éstos, por su parte, tendrían en consecuencia el deber de acatar y respetar esas exigencias. Tal sería el caso, como se anota en la intervención, de tener que explicar o justificar un determinado comportamiento que se considere contrario a la normatividad preestablecida. Parecería deducirse de esta posición que la exigibilidad de un comportamiento especial -por ejemplo, en el caso del funcionario público la explicación del incremento patrimonial- se impone desde el debido proceso mismo; es decir, que el propio derecho fundamental al debido proceso coloca al funcionario en una condición especial de exigibilidad que lo puede hacer incluso en la práctica más vulnerable a la acción punitiva estatal. En última instancia: la inversión de la carga de la prueba en el terreno específico del proceso penal, sería posible desde el debido proceso despojando así de su carácter fundante.

De ninguna manera compartimos esta noción del debido proceso; ella desvirtúa su carácter de derecho de la persona, lo contradice y le niega su condición axiológica promovida por el Constituyente y defendida reiteradamente por esta Corporación. Mezclar la función punitiva del Estado y los derechos de los particulares- para de allí deducir supuestos deberes -en relación con el debido proceso, significa negar de plano su carácter fundante y de límite constitucional a la función punitiva. En efecto, en materia penal, el debido proceso es una institucionalización del principio de legalidad, del derecho de defensa y de la presunción de inocencia (CP art. 29), como esta Corte ya lo ha señalado en repetidas ocasiones³, por lo cual resulta contradictorio que se pretenda deducir obligaciones para los sindicatos y limitaciones a sus posibilidades de defensa y a la presunción de inocencia a partir de supuestas obligaciones derivadas del debido proceso. Admitir tales obligaciones desvirtúa el sentido de la norma constitucional y aniquila el derecho fundamental al debido proceso, de tal manera que éste puede ser vulnerado, paradójicamente, desde sí mismo.

La construcción dogmática procesal del itinerario fijado legislativamente para la atribución de responsabilidad penal a un procesado, es posterior al debido proceso como postulado constitucional fundante. Este le antecede, prefija sus contenidos y limita sus alcances. Su carácter de fundante y de dogma político lo otorga su condición de límite constitucional a la función punitiva estatal. El debido proceso no participa de la tensión entre derechos y deberes. Por consiguiente, nociones como “lealtad procesal” por ejemplo -a partir de la cual podrían algunos adherir a la posición prohijada por la Fiscalía General- no pueden en ningún momento utilizarse para limitar el derecho constitucional de toda persona a un debido proceso, pues se trastocaría la lógica de la norma superior que consagra tal derecho, como una verdadera condición antecedente de todo desarrollo doctrinario y legislativo de los fenómenos procesales.

Al deducirse deberes desde el debido proceso, se lo inscribe más en la órbita estatal y se lo convierte en un puro derecho derivado y no fundante. De esta manera, fenómenos tan

problemáticos hoy como es el caso de la llamada “fidelidad institucional”, o la “lealtad a las instituciones”; deberes genéricos como el de colaborar con la justicia, que han buscado ser fuente de criminalización de conductas, pero cuya dificultad para ser elaborados dogmáticamente como bienes jurídicos tutelados, no lo ha hecho posible- por fortuna para los derechos y las garantías-, encontrarían espacio propicio con los riesgos que le son inherentes, bajo esta concepción del debido proceso. Este derecho fundamental, como se ha sustentado, quedaría fracturado desde sí mismo. Tanto más grave es todo ello aún, cuando en el caso concreto de la sentencia de la cual nos apartamos, se ha construido un bien jurídico en extremo peligroso, como es la “moral social”. Es decir, esta construcción, propia de un modelo de derecho penal eficientista-autoritario, encuentra en el terreno procesal concreto, con un debido proceso situado artificialmente en la órbita estatal, el terreno allanado para un desconocimiento de derechos y valores constitucionales en el ejercicio práctico de la función punitiva. Aquello que por esencia es límite, puede ser convertido apenas en un elemento situacional y ajustable en razón a conveniencias concebidas por fuera del derecho; lo sustantivo y lo procesal serían ajustados en conjunto a dichas conveniencias.

Por esa razón, más claro aún se presenta dicho riesgo en el campo probatorio, en el cual, según la intervención ciudadana, también operaría una imposición de cargas y obligaciones a los ciudadanos, en virtud del debido proceso. Al contrario, el último inciso del artículo 29, que desvirtúa de plano las pruebas recogidas violando el debido proceso, es un logro excepcional de la Carta Política: constituye el límite esencial impuesto al Estado en su tarea de dirección y de construcción de la verdad procesal. En este inciso reivindica el debido proceso su carácter fundante respecto de cada caso penal concreto que se ventile en la práctica. La prueba es la verdad en el proceso y la verdad se dirige directamente a la existencia o no de responsabilidad del sindicado. Por eso, en la prueba se expresa la subjetividad radical del derecho al debido proceso. En el terreno probatorio se observa concretamente cómo aquel derecho se radica en cabeza del individuo. Al dejar de ser derecho subjetivo y llevársele más a la órbita del Estado, no habría límites para la actuación estatal de reconstrucción probatoria de los hechos, que podría llevar por consiguiente en la práctica a situaciones contrarias al sentido mismo del Estado de derecho, como es el caso del llamado “empapelamiento” dentro del lenguaje popular de la práctica judicial, o las imputaciones sin sustento, la negación en la práctica de la inocencia del sindicado, la fábrica artificial de pruebas, etc.

3.2. Debido proceso, carga de la prueba y noción de “demostrabilidad”.

La Corte Constitucional ha sido clara de manera reiterada en cuanto a su rechazo a cualquier regulación legal que suponga la inversión de la carga de la prueba, pues de esa manera, se desconoce la presunción de inocencia⁴. Ha señalado en efecto la Corte:

“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’.

(...)

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”⁵.

El Estado debe entonces probar la existencia material del ilícito o del injusto típico, 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). Esto significa no sólo que la conducta punible debe estar claramente descrita por una ley previa sino, además, que los distintos elementos del tipo penal, de la antijuridicidad y de la culpabilidad, deben ser demostrados por el Estado dentro del proceso correspondiente, pues únicamente así se desvirtúa la presunción de inocencia. Esto es lo que la Corte Suprema de Justicia, cuando ejercía el control constitucional de lo penal, denominó en varias ocasiones el principio de “demostrabilidad” como presupuesto de la punibilidad de un comportamiento. Dijo entonces esa Corporación:

“Obsérvese, por último, que el orden jurídico penal comprende no sólo la estricta prescripción legal delictiva, sino la procesal. Y ésta supone la indubitable y plena demostración probatoria de la inequívoca conducta punible, como requisito ineludible del debido proceso, previo a la exigencia de responsabilidad.

(...)

Quiere ello significar, además de lo relatado, que un hecho punible que no se pueda demostrar no da lugar a punibilidad, y que resulta invalidable frente al orden jurídico el condenar por una conducta que por insuficiente, equivoca o ambigua no se pueda demostrar. O sea que, en rigor la determinación de una conducta típica, antijurídica y culpable, se halla fusionada dentro del principio que, no obstante la penuria del lenguaje, podría denominarse de ‘demostrabilidad’ el cual presupone no sólo la claridad normativa de la descripción de una conducta sino la comprobación de ésta⁶ (subrayas no originales)”.

Acogemos el principio de “demostrabilidad” desarrollado por la Corte Suprema, pues se trata de un lógico desarrollo del debido proceso, por lo cual no puede ser sancionada una persona por un hecho punible cuyos elementos estructurales no hayan sido judicialmente probados y declarados.

Como es obvio, dentro de esos elementos estructurales del hecho punible se encuentran no solamente los propios de las distintas descripciones de delitos de la parte especial del Código Penal o de otras normas penales, sino también los criterios consagrados en la parte general de ese mismo estatuto, en la propia Constitución (CP art. 4º) y en los pactos internacionales de derechos humanos (CP art. 93) en lo que para ello sea relevante.

4. Fundamentos constitucionales de la penalización del enriquecimiento ilícito.

La penalización del enriquecimiento ilícito tanto de particulares como de servidores públicos tiene un fundamento constitucional claro, como los artículos 34 (extinción del dominio de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito), 58 (función social de la propiedad) y 83 de la Carta Política (principio de la buena fe), tal y como esta Corporación ya lo ha señalado en anteriores decisiones.⁷ Esta base sólida de la penalización del enriquecimiento ilícito no es casual sino que encuentra su explicación en razones de política criminal que tuvo en cuenta, con especial dramatismo, la propia Asamblea Nacional Constituyente; antecedente normativo cuya importancia fue resaltada por la Corte en anterior ocasión y es reiterada en el presente salvamento. En efecto, los constituyentes señalaron al respecto:

“El enriquecimiento ilícito ha sido un factor de corrupción social en Colombia, no sólo por lo que implica el delito en sí mismo, sino porque quienes lo cometen hacen ostentación ante los demás con bienes lujosos que en verdad no les pertenecen y que no fueron obtenidos como fruto del trabajo honrado.

“De esta situación de impunidad se ha derivado un ejemplo letal para la comunidad. Los ciudadanos se sienten desestimulados enfrente al esfuerzo de buscar sustento y progreso en actividades legales que no traen como compensación la fácil obtención de bienes costosos, cuando al tiempo ven expuestas ante sus ojos las riquezas conseguidas en forma rápida y fácil por quienes infringen la ley⁸”.

Por ello, una grave extensión de formas de corrupción y de criminalidad que atentaban incluso “contra la propia estabilidad de la nación y de sus instituciones⁹”, llevaron a la adopción del artículo 34, que autoriza la extinción de dominio sobre “los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público, o con grave deterioro de la moral social”. La Corte ha estudiado en su momento el alcance del precepto. Ha abordado el carácter instrumental de la norma y la intención expresa del Constituyente de reaccionar frente a la propiedad de bienes obtenidos a través del enriquecimiento ilícito, pues la Constitución protege la propiedad obtenida lícitamente, lo cual otorga al Legislador legitimidad para penalizar aquella que no lo sea. En efecto, el artículo 34 tiene que ser interpretado en armonía con el artículo 58 que protege la propiedad privada adquirida con “arreglo a las leyes”, pues a la propiedad obtenida ilícitamente, se antepone aquella que se obtiene de manera lícita. Por ello ha subrayado esta Corporación que la propiedad “sólo merece protección del Estado cuando su adquisición ha estado precedida de justo título y obviamente no tiene por fuente el delito ni, en general, un origen al margen de la ley. Sólo lo lícito genera derechos y por fuera de la ley no puede haber amparo del Estado (subrayas no originales)”¹⁰. En esa misma sentencia, la Corte sintetizó los alcances del artículo 34 con palabras que justifican constitucionalmente la penalización del enriquecimiento ilícito. Dijo entonces la Corte:

(...) “La protección estatal, en consecuencia no cobija a la riqueza que proviene de la actividad delictuosa de las personas; es decir, no puede premiarse con el amparo de la autoridad estatal la adquisición de bienes por la vía del delito; el delincuente debe saber que el delito no produce utilidades, sino que por el contrario coloca a éste en la obligación de otorgar una retribución a la sociedad a través de la pena” (subrayas no originales)¹¹.

Es pues claro que el Estado puede penalizar el enriquecimiento ilícito y que “corresponde al legislador definir el alcance o contenido” de tal conducta¹². Sin embargo, ello no significa que cualquier tipificación sea admisible constitucionalmente: ni menos aún que la tipificación de la conducta se autorice a partir de una interpretación errada del artículo 34, en la cual, la idealización como valor casi absoluto de la “moral social”, sustituya la reflexión sobre la licitud o ilicitud de la obtención de la propiedad. Una de las transformaciones más radicales que sufre el derecho penal en la actualidad, se da en la dinámica de la respuesta estatal a modelos de criminalidad especiales como es el caso de la criminalidad organizada y sus nexos con fenómenos de corrupción política y administrativa, que son los que se quieren enfrentar por medio de tales tipos penales. El centro de las transformaciones se revela sobre todo en relación con las garantías procesales y en el impacto generalizado sobre el debido proceso. El único presupuesto de admisibilidad eventual de figuras delictivas prohijadas con el propósito de combatir estos niveles de criminalidad, es su absoluta excepcionalidad. Es decir, el no convertirse en una práctica generalizada. El presupuesto de la excepcionalidad no es un presupuesto de discusión dogmática penal, sino un supuesto de política criminal; de la adopción de la figura en el marco de la lucha contra la corrupción política. Es justamente por ese carácter excepcional, que estas figuras exigen un pronunciamiento detenido del juez constitucional. Su tarea es la de ajustarlas siempre dentro de los límites constitucionales del debido proceso, por lo cual se estudiarán en detalle las dos figuras delictivas.

5. El enriquecimiento ilícito del servidor público.

El artículo 148 del Código Penal consagra un sujeto activo cualificado, pues la norma habla de “empleado oficial”. Como bien lo señala la Corte en la sentencia, el sujeto activo de la conducta, es el servidor público en forma genérica.

5.1. La especial sujeción del servidor público, la moralidad de la función pública y el enriquecimiento ilícito.

Esta cualificación del sujeto activo encuentra justificación constitucional, pues el servidor público, como quiera que está ligado de manera directa no sólo a la función pública, sino a los bienes de la propia administración; que se encuentra en una relación directa con el destino predispuesto constitucional y legalmente para ellos, con los bienes, medios y funciones de la administración pública, se encuentra también en una posición diferente del simple particular frente a las instituciones públicas. La cercanía directa con los medios y recursos estatales, sitúa al funcionario en una posición especial frente al interés público: le da la posibilidad de actuar en beneficio de la comunidad, de lo público, de un interés más allá de lo individual; también lo sitúa sin embargo en un ámbito especial de sancionabilidad política, fiscal, disciplinaria y penal, como lo ha señalado esta Corporación en recientes fallos, en donde ha indicado que las exigencias jurídicas sobre los servidores son mayores, pues se encuentran en una especial sujeción frente al Estado como la propia Carta lo estipula al estatuir que ellos son responsables no sólo por violar la Constitución y la ley sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (CP art. 6º)¹³. Esta especial sujeción deriva del interés general que es consustancial al ejercicio de las funciones públicas (CP. art. 2º, 123 209) y se manifiesta también en cargas concretas que les impone la Constitución, como la obligación de declarar el monto de bienes y rentas (CP. art. 122) o la imposibilidad de celebrar contratos con entidades que manejen recursos públicos. De la

misma forma, se prohíbe que un funcionario desempeñe más de un cargo público o derive más de una asignación que provenga del Estado o respecto de las cuales éste posea parte mayoritaria (CP. art. 128). Finalmente, la Constitución establece que la ley deberá determinar la responsabilidad específica del servidor público y la manera de hacerla efectiva (CP art. 124) 14.

Es el poder y su ejercicio concreto el que se encuentra en el centro del asunto que se estudia. En el marco general de los derechos humanos y de su violación por parte de funcionarios estatales, el asunto es claro: la cercanía del funcionario frente a los medios y recursos estatales, lo colocan en una situación clara de preponderancia que lleva implícito siempre el riesgo de un ejercicio abusivo del poder que concretamente esa cercanía le ofrece. El ejercicio del poder institucional se encuentra por ello reglamentado celosamente y más celosamente debe estarlo, la opción de defensa de la sociedad frente al abuso en su ejercicio. En todo el desarrollo nacional e internacional de la normatividad de los derechos humanos, se encuentra este fenómeno del acceso directo a los medios del poder y del desequilibrio que causa frente a quienes son simplemente destinatarios del ejercicio concreto de ese poder.

También al destino de los recursos públicos, del patrimonio común, los acompaña una normatividad celosa. Así, como bien lo trae al análisis la Vista Fiscal, dentro de las funciones del Procurador General se encuentra, en virtud del artículo 278 de la Carta Política, la de desvincular al funcionario público que derive “evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones”. A juicio del Ministerio Público, la noción de “indebido” debe ser comprendida como “ilícito”, como “injusto”. En cualquier caso, existe una expresa alusión constitucional, desde el ámbito de la vigilancia que ejerce el Ministerio Público, al indebido provecho patrimonial por parte del funcionario público.

Como vemos, este tipo penal de sujeto activo cualificado busca proteger la función pública y, en especial, su moralidad, que es un principio que debe gobernar sus actuaciones (CP art. 209). Esta noción de moralidad, pese a la dificultad en su definición, ha sido concebida de manera muy especial en relación con la corrupción política y administrativa, y en el horizonte del enriquecimiento ilícito. Es una noción que se dirige más al campo ético-político de la función pública. Presupone la transparencia en la gestión pública. Por ello, la doctrina ha entendido de manera general que el principio de moralidad debe presidir toda la actividad administrativa. La actuación adelantada bajo la buena fe es constitutiva del principio de moralidad. Ahora bien, pese a la generalidad del principio, los cambios fundamentales introducidos por la nueva Carta Política en relación con la función administrativa y especialmente en relación con su finalidad, ofrecen mayor claridad a la noción de moralidad.

Así, la finalidad más genérica que asiste hoy a la administración es la de acercar, vincular más y verdaderamente, el administrado a la administración; es la de ligar realmente, en una dinámica de acción administrativa con espacios abiertos para la participación ciudadana, la comunidad social a la administración. Como quiera que ello se observa en una práctica

funcional permanente, la finalidad señalada no constituye un fenómeno abstracto: se expresa en su cotidianeidad en procedimientos que constituyen reglas de juego entre la administración y el administrado. Estas tienen que ser claras, transparentes. En las reglas procedimentales obra en última instancia el propio proceso de legitimación de la administración. La finalidad renovada de la función pública, redefine la propia noción de legitimación dentro de la administración pública. Por ello el principio de moralidad adquiere también actual importancia en el marco de la tarea pública administrativa abierto por la Carta Política: aquella se vive en la transparencia de los procesos a través de los cuales actúa la administración. De esta forma, en el Estado social y democrático de derecho, los propios procesos administrativos deben contribuir, gracias a su moralidad, a la legitimación del orden constitucional.

Lo expuesto anteriormente se encuentra además respaldado por el tránsito constitucional fundamental que ha traído consigo la nueva Carta al pasar de una soberanía nacional, a una soberanía popular. Ello significa que no es la sociedad la que se construye a partir de la actuación estatal vertical, sino que es el propio Estado y sus instituciones las que son construidas, llenadas de contenido y de sentido, por la sociedad. Este cambio radical de paradigma, ha entrañado a su vez un cambio radical en relación con el universo de los derechos fundamentales consagrados por la Carta Política. En el marco de esta ecuación se sitúa además la exposición hecha por esta Corporación de manera reiterada en relación con el debido proceso. Pero no sólo en el área de los derechos adquiere pleno vigor este tránsito: él llena de sentido la finalidad administrativa que hemos destacado y condiciona los procesos a través de los cuales actúa la administración. La participación de la comunidad social en los procesos decisionales, la injerencia directa en determinaciones sobre puntos centrales de la administración y especialmente sensibles en la ciudadanía- como es el caso de los servicios públicos por ejemplo-; el control ciudadano sobre actuaciones administrativas, procesos de autogestión, concertación, intermediación, etc., deben entenderse dentro de esta nueva dinámica. El enlace necesario entre la comunidad y la administración, como expresión en la dinámica real de los procedimientos y su transparencia, hallan así sentido, condición y límite en el artículo 3. de la nueva Constitución Política.

5.2. La conducta punible: el carácter “no justificado” del incremento patrimonial y el debido proceso.

La penalización del enriquecimiento ilícito del servidor público es entonces expresión de importantes valores constitucionales, por lo cual un tipo penal de esta naturaleza no sólo no contradice la Carta sino que puede ser considerado desarrollo de la misma. Sin embargo, el actor en su demanda cuestiona no tanto la existencia de la figura sino la regulación establecida por la norma impugnada, por lo cual es indispensable adelantar las siguientes precisiones.

Como lo señala la norma al penalizar la conducta, siempre y cuando ella “no constituya otro delito” y como lo reconoce la sentencia, se trata de un tipo penal subsidiario. La subsidiariedad de la norma, explica en gran medida, las razones de política criminal invocadas para su creación, como instrumento para combatir la corrupción política y administrativa. En efecto, el fundamento de su tipificación se encuentra en la imposibilidad de probar en el terreno jurídico-procesal concreto, comportamientos del funcionario que no

se encuadraban en los otros delitos que tienen como bien jurídico protegido la administración pública. De allí no sólo su incorporación como norma en la parte especial del código penal, sino el carácter de subsidiariedad que le es inherente: no puede confundirse con ninguno de los otros delitos contra la administración pública. Es allí donde opera además la incorporación de la antijuridicidad dentro de la tipicidad del tipo; es allí donde se registra su especificidad. Por ello, igualmente, las nociones de incremento patrimonial y la incapacidad de ser explicado, estuvieron presentes en la discusión hasta el final de la aprobación del artículo que rige actualmente.

Así, en la exposición de motivos presentada por el señor Ministro de Justicia en apoyo a un proyecto de ley sobre el tema llevado al Congreso en octubre del año de 1976, se consideró necesaria una norma que reprimiera el enriquecimiento ilícito del funcionario público, pues “es corriente por desgracia, el caso de los servidores públicos que se enriquecen al servicio de la administración, sin que puedan explicar el exagerado y repentino incremento de su patrimonio, ni exista, de otra parte, la sanción penal que castigue tan vituperado proceder”¹⁵. Por su parte, en el proyecto de Código Penal de 1976, cuya Comisión revisó el anteproyecto de 1974, se anotó, en la exposición de motivos y respecto de la conducta, que era usual el caso de servidores públicos que se “enriquecen indebidamente en el ejercicio de su cargo, o inmediatamente después de la dejación de éste, sin que sea posible imputarles la comisión de un determinado delito. Este hecho, que escandaliza a la opinión nacional y que indudablemente es una consecuencia del torcido ejercicio de la función pública, fue erigido en delito por el Anteproyecto, en norma que ha sido reestructurada para hacerla más operante”¹⁶. Estas consideraciones de política criminal se expresan en la discusión que tuvo lugar en la comisión redactora del actual código y que propuso la inclusión de la norma en la legislación penal. “Ciertamente, afirma uno de los comisionados, la creación de un tipo penal amplio como el ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, aunque no será por sí solo suficiente para sanear las costumbres políticas administrativas, sí constituye un poderoso instrumento en la lucha por el saneamiento de la administración pública, que aplicado con criterio rígido, dentro del marco de unas instituciones penales de orientación democrática, producirá óptimos resultados”¹⁷.

De todo lo anterior se deduce no sólo la lógica político criminal que subyace al tipo penal en revisión, sino el marco institucional democrático que tiene que servirle de sustento. Nótese además que en la discusión no estuvo presente el problema del “mal”.

Ahora bien, desde la entrada en vigor de la norma, y dentro del marco global del debido proceso, ha sido objeto de discusión si la noción de “no justificado” exigida por el tipo penal, genera una violación del principio general de la presunción de inocencia dispuesto en el artículo 29 de la Carta. Sin embargo, el artículo impugnado no presupone una violación del principio citado: no es el empleado oficial el que debe entrar a demostrar el carácter justificado de su ingreso patrimonial, sino que es el Estado el que debe demostrar la condición de no justificado de tal ingreso. Nótese en efecto que, a diferencia de lo establecido en otros países y de lo propuesto en los anteproyectos de 1974 y 1976, el tipo penal colombiano no sanciona el incremento patrimonial no justificado obtenido por el funcionario durante el ejercicio del cargo, sino aquél que ocurra por razón de las funciones del cargo.

Este delito no se funda entonces en presunciones: el enriquecimiento debe ser real y no presunto, y debe además ser desproporcionado pues, como lo ha señalado la doctrina, “lo digno de tenerse en cuenta es la falta de proporción entre las disponibilidades del empleado al asumir el cargo y aquellas de que disfruta después¹⁸.”

Debe, en consecuencia, demostrarse con los hechos la conducta, y éstos tienen que hallarse vinculados con el ejercicio del cargo por el funcionario. Así, al demostrar el Estado la diferencia patrimonial y su no justificación opera en la práctica una incorporación de la antijuridicidad del tipo, dentro de la tipicidad del mismo, de tal manera que la ilicitud del comportamiento se expresa en la no justificación. Por ende, la explicación relacionada con el incremento patrimonial como actividad del empleado oficial sindicado tiene lugar en relación con el adelanto propio de su defensa. Es decir, el Estado está claramente obligado a reconstruir probatoriamente el patrimonio del funcionario: toda diferencia patrimonial, el análisis de los ingresos y las diferencias, le corresponde al Estado en su función investigativa. Una vez se adelante dicha investigación, siguiendo todas las pautas que la rigen y limitan, se presentan los argumentos de la defensa, y no al revés como a juicio del demandante sucede en la práctica.

En ese mismo orden de ideas, si se interpretan los alcances de este tipo penal a la luz de la parte general del Código Penal, es indudable que el enriquecimiento ilícito de servidor público sólo es punible a título de dolo, por lo cual debe entenderse que el Estado tiene también la carga de demostrar que el servidor conocía la ilicitud del enriquecimiento y la realizó voluntariamente o al menos previéndola, la aceptó. Claro que, como es obvio, la prueba de este dolo puede fundarse en los mismos elementos probatorios que permiten comprobar la autoría material del enriquecimiento. Por esta razón hemos asumido el análisis de la figura, desde el principio penal de la culpabilidad: la no explicación del incremento no configura en sí y de manera abstracta el ilícito penal; debe, en razón a todo lo expuesto y en virtud a la prescripción de toda responsabilidad objetiva, demostrarse cierta e indudablemente, el dolo en la conducta. Es esta una falencia grande de la sentencia: la alusión al carácter doloso del comportamiento se mezcla con la alusión a la violación de normas éticas, pero no se enfrenta en ningún momento el problema de la responsabilidad objetiva y sus implicaciones sobre el principio de inocencia.

De esta forma entonces, el tipo penal en cuestión no presupone una inversión a la carga de la prueba. Basta apenas agregar finalmente, la alusión que hace el artículo 81 de la Ley 190 de 1995 o “Estatuto Anticorrupción” que, respecto de las garantías procesales, dice en su cuarto apartado con nítida claridad:

“En desarrollo de las actuaciones penales, disciplinarias y contravencionales, prevalece el principio de inocencia. En consecuencia, en todo proceso penal, disciplinario o contravencional la carga de la prueba estará siempre a cargo del Estado, tanto en las etapas de indagación preliminar, como en las del proceso”.

En un Estatuto expedido justamente con el propósito específico de combatir la corrupción, se garantiza expresamente que la carga de la prueba estará siempre en cabeza del Estado. Ningún otro precepto normativo, dentro del contexto particular que nos ocupa, podría brindar más claridad en relación con el tema de la presunción de inocencia.

Ahora bien, consideramos que la constitucionalidad de esta regulación del enriquecimiento ilícito no excluye la posibilidad de normatividades más estrictas basadas en el deber constitucional específico de los servidores públicos establecido por el artículo 122 de la Carta. Así, esta norma ordena en su aparte central:

“Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público”.

Esto significa que, por mandato constitucional, el servidor público se encuentra en una situación permanente de exigibilidad por parte del Estado, en relación con el monto y manejo de sus bienes, por lo cual se puede decir que este artículo consagra un deber específico de transparencia de estos servidores. En efecto, ¿qué sentido puede tener esa exigencia de declarar bajo juramento el monto de los bienes y las rentas si no es porque la Constitución ha consagrado al servidor público un deber específico, según el cual tiene que estar en capacidad de justificar en todo momento sus incrementos patrimoniales?

Ese particular deber de transparencia se justifica por las razones expuestas en el presente salvamento, en cuanto a la protección de la moralidad de la función pública, de la cual deriva la especial sujeción del servidor público. Además, a ello hay que agregar que, en términos generales, nadie está obligado a ejercer una función pública, sino que ésta es una tarea en la que los ciudadanos deciden participar libremente. Pero al hacerlo, están asumiendo todas las responsabilidades que están ligadas al cargo y que derivan de las funciones de interés general que le están asociadas. La propia Corte Suprema de Justicia, cuando ejercía la guarda de la Constitución, ya había destacado esa especial sujeción del empleado público que los ciudadanos asumían libremente. Así, esa Corporación señaló unos criterios que esta Corte Constitucional prohija:

“Quien decida asumir una función pública, se acoge al régimen estatutario constitucional y legal del funcionario y se somete a sus mandatos, siendo libre de hacerlo o de abstenerse, pero no de sustraerse de ellos una vez adquiera el estatus de funcionario público. Pues la función pública supone no sólo la tutela implícita a la libertad del trabajo y de escogencia de actividad, de oficio o de profesión, sino también la fundamental y explícita de garantía de imparcialidad, decoro, dignidad, probidad, aptitud, capacidad e idoneidad de los funcionarios que el Estado le debe a sus gobernados”¹⁹.

¿Qué sucede entonces si el servidor público incumple ese deber específico de transparencia establecido por la propia Constitución? Esto es, ¿qué sucede si establecida la calidad de servidor público de una persona, con las correspondientes incompatibilidades que de allí se derivan, el Estado demuestra el hecho objetivo de un enriquecimiento desproporcionado en relación con los ingresos lícitos de este servidor, y el propio funcionario no justifica el incremento patrimonial, a pesar de tener el deber constitucional de hacerlo? En tal caso, y frente a un mandato constitucional de transparencia tan estricto como el consagrado por el artículo 122 de la Constitución, es perfectamente válido lo sostenido por la doctrina penal

nacional y extranjera: que el servidor, al romper ese deber de transparencia, se encuentra en una situación que conduce indiciariamente a concluir que se ha enriquecido ilícitamente aprovechando su cargo. Ello lo señala con claridad Sebastián Soler:

“Ya en otros casos hemos señalado la necesidad de subrayar la existencia positiva de deberes. Son muchas las figuras en cuya base se encuentra una exigencia positiva: en delitos de comisión por omisión esa es también la regla. Pues bien, no hay nada desmedido, irregular o excesivamente severo en imponer a los funcionarios un deber semejante al que recae sobre un administrador común, al cual se le exige, bajo amenaza penal, una rendición de cuentas con la cuidadosa separación de los bienes del administrado. Pues bien, la asunción de un cargo público comporta un deber semejante, un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial”²⁰.

Lo anterior demuestra entonces, que en este muy particular campo y como excepción constitucional taxativa, sería legítimo que la ley pudiera sancionar la ruptura de ese deber constitucional de transparencia, por lo cual son factibles regulaciones que establezcan presunciones desvirtuables de enriquecimiento ilícito del servidor público sí, demostrado el incremento patrimonial desproporcionado, el funcionario no logra justificar tal incremento.

5.3. De la confusión entre lo público y lo privado en el marco de la función punitiva.

Lo señalado constituye ciertamente un problema arduo que suscita el artículo 122 constitucional y la condición particular del servidor público a él sujeto. Sin embargo, y frente a ello expresamos los magistrados disidentes nuestro desconcierto, de esa condición excepcional de exigibilidad para el funcionario, la Corte en la sentencia en mayoría, deduce que en tal condición se hallan también de hecho todos los particulares. En una extrema confusión entre el ámbito estatal-institucional y el ámbito de la sociedad civil, la sentencia equipara la declaración juramentada exigida por el artículo 122 de la Carta Política, a la declaración de renta de los particulares. Una confusión, justificada además en una errónea interpretación de los artículos 4, 6 y 95 de la Constitución Política. Dice la Corte en el punto 4 de sus consideraciones:

“No debe olvidarse que el enriquecimiento se establece por la comparación del patrimonio del presunto ilícito en dos momentos distintos. Demostrar el origen de un incremento patrimonial es una obligación general que el Estado puede hacer exigible en todo momento a cualquier persona natural o jurídica; es una consecuencia del principio constitucional de que toda persona debe vivir sometida a la Constitución y a la ley (Arts. 4o., 6o y 95 de la C.P.). 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. Un desproporcionado e injustificado incremento es precisamente lo que da lugar al ejercicio de la acción penal por enriquecimiento ilícito, debiendo el Estado establecer plenamente la responsabilidad del imputado o su inocencia. 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)”.

Un esquema de riesgo impulsado por el modelo eficientista de la sentencia, es radicalizado

por esta última deducción que impone consecuencias penales para particulares, derivadas ellas de una extensión de efectos normativos que sólo tienen sentido dentro de la órbita estatal. Esta deducción debe analizarse en el marco general de confusión de ámbitos distintos y que establece la sentencia que hemos objetado; y debe analizarse además, en relación con la consecuencia global que tal confusión ejerce sobre la función punitiva estatal.

6. El enriquecimiento ilícito de particulares.

La segunda norma bajo revisión, esto es, el artículo 1º del decreto legislativo 1895 de 1989, penaliza a todo aquel 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”. Como se ve, esta disposición también sanciona el enriquecimiento ilícito, pero tiene dos diferencias estructurales fundamentales en relación con el artículo 148 del Código Penal. De un lado, se trata de un tipo penal sin sujeto activo cualificado, pues puede ser cometido por cualquier persona y, de otro lado, la norma condiciona la punibilidad del enriquecimiento no sólo a que éste no se halle justificado sino, además, a que se derive de actividades delictivas.

Las razones de política criminal que asistieron a la decisión de sancionar también el enriquecimiento ilícito de particulares, son de manera general similares a aquellas que justifican la sanción del enriquecimiento ilícito del servidor público. Sin embargo, existen diferencias importantes. Así, esta norma es producto del estado de sitio y fue dictada en el contexto de la lucha general contra el narcotráfico.

6.1. Del carácter derivado del enriquecimiento ilícito de particulares.

La tensión existente entre el respeto al debido proceso y la necesidad de combatir la corrupción política y administrativa en relación con los criterios de política criminal que han llevado a penalizar el enriquecimiento ilícito en forma genérica, encuentra su mayor grado cuando se trata de los particulares. Ello amerita un detenido análisis constitucional, pues no se puede olvidar que, conforme a la Carta, Colombia es una economía de mercado (CP arts 58 y 333) y por esa razón, es una sociedad que se nutre de actividades que llevan a un incremento patrimonial constante de quienes la componen y se fundamenta, en parte, en la búsqueda del lucro y la ganancia. Por eso no puede tener el mismo alcance la penalización del incremento patrimonial no justificado de un servidor público que el de un particular, por lo cual, al declarar exequible el artículo 10 del decreto 2266 de 1991 que convirtió en norma de carácter permanente el artículo 1º del decreto 1895 de 1989, y siendo éste el precepto normativo demandado en el caso en estudio, la Corte Constitucional precisó los alcances del tipo en los siguientes términos:

“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.”

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.

En ese sentido, frente a ella es plenamente válido lo señalado previamente al explicar los alcances del artículo 34 de la Carta Política.

Siendo igualmente una norma dictada al amparo del estado de sitio anterior, en la revisión constitucional que en su momento hizo la Corte Suprema de Justicia de dicha norma, precisó que, por razones de conexidad con el estado de sitio entonces vigente, el artículo 1º del decreto legislativo 1895 de 1989, sólo penaliza el enriquecimiento derivado del narcotráfico y delitos conexos. Acogemos la interpretación en relación con esta norma. Sin embargo, respecto del artículo 10 de decreto 2266 de 1991, que la convirtió en norma permanente, no existen razones constitucionales para justificar tal restricción en relación con dicha norma. En todo caso, se trata de una discusión del alcance legal de la disposición que no corresponde al juez constitucional definir.

Ahora bien, de otro lado, la regla general en materia penal, es que 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 de la tesis expuesta sobre la demostrabilidad, se refiere a la exigencia perentoria de ser demostrado también 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.

6.2. De la sentencia judicial definitiva como presupuesto para la prueba de una conducta delictiva.

Aclarado lo anterior, que se refiere a la conducta del enriquecimiento ilícito en sí misma y a la necesidad de ser ella probada, surgen del tipo penal y su estructura, serios interrogantes que tienen relevancia constitucional y que ameritan un estudio detenido. La norma cuestionada condiciona el enriquecimiento ilícito del particular, a que el delito se derive, a su vez, de actividades delictivas. Es necesario, pues, dilucidar la noción de actividad delictiva y sus consecuencias concretas en relación con la conducta de enriquecimiento ilícito.

Para aclarar este asunto, es preciso retroceder a conceptos esenciales del derecho penal liberal clásico. En la moderna ciencia del derecho penal en Italia, y cuya concreción más elaborada se encuentra en el sistema penal de Francesco Carrara, en quien, al recoger toda la elaboración de la filosofía del derecho penal italiano del iluminismo, reside el gran

mérito sin el cual es impensable el derecho penal moderno: el de haber sentado los postulados filosóficos para una construcción jurídica coherente del sistema penal. La primera expresión de este desarrollo esencial se encuentra en la noción de delito y, con él, en la construcción de una teoría que lo explique y le brinde su carácter específico dentro del universo del derecho. A su vez, la primera consecuencia que se deriva de ello es clara: el delito no existe como un ente objetivo por fuera del sujeto; es decir, el delito no tiene una existencia o preexistencia ontológica a la sociedad o al sujeto: el delito es una construcción humana, y como toda construcción del hombre, es un objeto cultural. “El delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico”, dice Carrara en el volumen uno de su “Programa de derecho criminal”.²¹ Enfrenta Carrara las meras transgresiones, aquello que es irrelevante para el derecho penal. Denuncia cómo, en la Roma imperial, en razón a una confusión entre la moral y el derecho, fueron castigados como delitos comportamientos que anteriormente sólo incumbían a los censores. Por esta vía llega Carrara a su conclusión fundamental: “El delito es un ente jurídico, porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un derecho (...). Definido el delito como un ente jurídico, queda establecido, de una vez para siempre, el límite perenne de lo prohibido...”.²²

De esta manera entonces, el delito, aquella actividad que desee ser concebida como delictiva, en tanto tal no conserva un “ser” por fuera del derecho, ella debe ingresar al universo de lo jurídico. Allí y sólo allí, pueden derivarse consecuencias del mismo. Tanto más cuanto que estas consecuencias se reflejan en el terreno de la libertad, que es la condición natural del hombre en sociedad. Para hacer posible este tránsito, de lo objetivo al mundo del derecho, existe la construcción dogmática por excelencia que es la teoría del delito. La dogmática, como complejísima elaboración cultural, plasmada en los distintos sistemas del derecho y compuesta por un entramado de conceptos, de reglas, de preceptos que otorgan sentido a sus propias construcciones- como es el delito -tiene que concebirse como expresión radical del interés por la seguridad jurídica y por la protección de los derechos. En el caso específico del sistema del derecho penal, ello es indiscutible; la dogmática jurídico penal cumple una de las más importantes funciones encomendadas a la actividad jurídica en general dentro de un Estado Social de Derecho: la protección de los derechos fundamentales frente a la función punitiva estatal que, encausada en límites concretos, requiere de manera permanente el control y la seguridad de esos límites. En todas las construcciones dogmáticas, desde el mero formalismo, el neokantismo y el finalismo; desde una dogmática de orientación valorativa, hacia una dogmática nutrida por la teoría sociológica de los sistemas como se discute hoy, yace una premisa que ninguna de las escuelas discute: la elaboración categorial y la integración de los diferentes conceptos jurídico penales en un sistema, funcionan como reglas de juego frente a la acción punitiva y proporcionan una seguridad jurídica de otro modo inexistente.

Nos hemos detenido en este punto central, no sólo porque con ello se busque aclarar aspectos concretos sobre el tipo penal en discusión, sino porque a través suyo expresamos nuestra gran preocupación frente a “nociones” que hoy parecen hacer curso no sólo en la opinión, sino en la práctica concreta: se trata del llamado “hecho notorio”. Es decir, la extracción, en la práctica y con el riesgo concreto de producir consecuencias sobre la libertad de las personas, de hechos, actividades, actuaciones, que por su supuesta “notoriedad”, prueben que una persona comete actividad delictiva. En su dinámica concreta, un concepto gaseoso, etéreo como éste, convierte el acto en sí mismo y en la medida en que

se encuentre excusado ello por su "notoriedad", en una conducta delictiva. Si, en el caso que nos ocupa, del enriquecimiento ilícito, se exige como lo dice la norma, una conexión con la actividad delictiva y ésta se deduce de "hechos notorios", se crearía en la práctica una inseguridad jurídica y una violación de la Carta Política impermisibles. Es cierto que se trata, en este caso, siendo ello central en la discusión general sobre corrupción política y administrativa, de actividades que se camuflan, se diluyen, se insertan soterradamente en la sociedad. Esto hace que dichos comportamientos sean de difícil prueba. No por esta razón sin embargo, se puede permitir que la actividad penal del Estado se traduzca en un proceso de búsqueda y rastreo indiscriminado a partir de hechos notorios: de meras suposiciones. En la extrema dificultad de las acciones que se quieren castigar, estriba la gran paradoja que yace en la norma ideada para hacerlo. El juez constitucional no puede dudar frente al dilema: la dificultad debe traducirse en una mayor exigencia y profesionalidad de la actividad investigativa, y no en una excusa para sindicar y juzgar de manera indiscriminada y colocando en riesgo el derecho fundamental al debido proceso.

Es tan claro el fenómeno del delito como construcción cultural y su referencia a valores que tienen arraigo específico en entornos culturales concretos, que en Colombia- y ello se vive hoy más a partir de la nueva Carta Política - perviven al lado de una cultura mayoritaria que se nutre, de manera general, de la cultura de occidente, comunidades indígenas que, por ejemplo, promueven concepciones radicalmente diversas de los comportamientos merecedores de reproche social y penalizados en sus comunidades. Aquello que para el Código Penal es secuestro, en ciertas comunidades es raptó de mujeres como inicio de una relación de pareja; aquello que es pena en la legislación penal ordinaria, en otras comunidades se liga más al proceso de enmienda de la ofensa entre el grupo familiar ofendido y el ofensor, independientemente de los castigos individuales: actores colectivos ajustan los límites de la fundamentación de la pena en estas sociedades. Esta misma Corporación ha abordado el tema de la diversidad cultural, de las tensiones por ejemplo entre jurisdicción indígena y legislación positiva ordinaria.²³ Existen además casos fallados por jueces de tutela sobre la confrontación de valores en el terreno específico de la norma penal.²⁴ Sin considerar ello un caso extremo ni mucho menos, y tanto más si hay comunidades cercanas a actividades de narcotráfico por ejemplo y que sus miembros pueden verse involucrados en situaciones que tengan que ver con esa actividad, volvemos a la pregunta inicial: ¿qué es una conducta delictiva? ¿qué es un hecho notorio y cómo se pueden deducir responsabilidades de éste en universos culturales mezclados y radicalmente disímiles? Incluso en ámbitos culturales homogéneos no tiene ninguna cabida la noción de hecho notorio. Repetimos por ello y en consecuencia: es necesaria la descripción normativa como delito de la respectiva conducta para que ésta sea delictiva.

Ahora bien, la función decisiva que frente a las garantías posee la dogmática jurídico penal, no se agota en la construcción inicial de la conducta como delito: cuando éste produce consecuencias de manera general, cuando las produce en relación con otro comportamiento, como es el caso del enriquecimiento ilícito; cuando, como dice la norma, el incremento patrimonial no justificado sea derivado de una conducta delictiva, el juego dogmático de reglas y principios se proyecta hasta la deducción de sus consecuencias. Es decir, no basta la mera existencia objetiva de la conducta delictiva: ésta debe existir en el universo del derecho, y allí producir sus efectos. Lo jurídico sustancial y lo jurídico procesal se sitúan los dos en el ámbito del derecho y están los dos condicionados por la dogmática jurídico penal:

separarlos, produciendo consecuencias en términos de responsabilidad penal, supone transgredir peligrosamente los límites de la función punitiva institucional; se desinstitucionaliza la reacción penal estatal con todos los riesgos que le son inherentes. Frente al caso que nos ocupa, la existencia real de la conducta delictiva, justo por las consecuencias que de ello se derivan- la expresa y le da publicidad -una sentencia judicial definitiva que, con este carácter, hace incontrovertible la conducta y la hace generar sus efectos respecto del enriquecimiento ilícito. De esta manera, existe verdaderamente la conducta delictiva como tal: la sentencia del juez le ha dado esa condición.

La exigencia planteada, es concebida sin embargo, en la sentencia de la mayoría, como propiciatoria de una escandalosa impunidad. Es está sin duda una preocupación cierta. Pero el fenómeno de la impunidad es mucho más complejo y él no puede manejarse esquemáticamente y reducirse a su puro efecto simbólico: está más ligado a la inoperancia del sistema judicial, a deficiencias estructurales en las etapas de investigación y juzgamiento. No se configura por sí misma y menos se agota exclusivamente en ello, por la realidad objetiva de una conducta que no se castiga efectivamente. En muchas ocasiones, no se castiga tampoco, en razón a la intervención de elementos extraprocesales, extrajurídicos, situados en general en ámbitos propios de la correlación de fuerzas políticas y en todo caso extraños al derecho. Así mismo, castigar lo que no es merecedor de serlo, constituye también impunidad. Frente a ello no puede ser indiferente el juez constitucional.

Son todos estos arduos dilemas que acompañan a la función punitiva estatal, sobre todo cuando ésta enfrenta conductas altamente desestabilizadoras. De otra parte, en razón a lo expuesto, adquiere sentido igualmente el pronunciamiento previo de la Corte Constitucional en relación con el artículo 10 del decreto 2266 de 1991. En aquel pronunciamiento la declaración judicial que se exige en relación con la actividad delictiva respecto de la cual deriva el enriquecimiento en su carácter derivado, no es cualquier declaración: se habla de la sentencia en forma definitiva. Se enlazan entonces los dos elementos que estructuran el párrafo: 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.

Aunque es ciertamente antitécnico el lugar en el cual se encuentra situado en la Carta Política el artículo 248, éste debe entenderse en el horizonte del debido proceso, de la noción de buena fe y en relación inclusive con el buen nombre. Así, vinculado en forma genérica al debido proceso, supone que la sentencia judicial es la única que constata en la realidad del derecho, la comisión efectiva de un comportamiento delictivo. El pronunciamiento indudable en relación con el delito, lo hace la sentencia. La lógica del recurso extraordinario de casación puede ilustrar lo que se expone: una persona ha sido sentenciada en dos instancias, lleva cumpliendo su condena- como ocurre en la dinámica procesal penal concreta- durante varios años. En virtud del recurso de casación, la Sala Penal de la Corte casa en su totalidad la sentencia del tribunal superior. Así, existiendo no sólo sentencias, como claras declaraciones judiciales, sino la privación efectiva de la libertad- en la práctica una expresión máxima de declaración judicial -la persona no ha cometido el delito, la actividad delictiva no pudo ser identificada como tal en el mundo del derecho. Su realidad jurídica, en la cual produce consecuencias frente al derecho- se subraya una vez más -no fue demostrada. Más allá de las discusiones que ello puede suscitar en términos de responsabilidad del Estado, del

castigo por años a un inocente, etc., en este contexto lo importante es entender la dimensión que en el marco de lo jurídico posee la sentencia judicial definitiva.

Ya esta Corporación se ha pronunciado a propósito de la relación entre el artículo 248 y el debido proceso:

“El artículo 248 de la Carta Magna exige además que las condenas proferidas en sentencia judicial sean definitivas, lo que quiere decir que se hayan agotado todas las instancias legalmente establecidas para que se pueda hablar de antecedentes, pues la sola sindicación y vinculación de un sujeto no los constituye per se y significaría no sólo el desconocimiento de la norma citada, la cual ha sido reproducida como principio rector en el artículo 12 del C.P.P., sino del derecho en virtud del cual ‘toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable’: (Art. 29 inc. 4º C.N.).²⁵

6.3. De las excepciones al principio general de la sentencia judicial previa definitiva.

Ahora bien, lo anteriormente expuesto, en relación con la exigencia de 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. En razón a ello, los magistrados en disidencia, reconocemos que pueden surgir situaciones estrictamente excepcionales en las cuales no se exige exclusivamente dicha sentencia judicial.

La posición de la sentencia de esta Corporación de la cual nos apartamos, se sitúa sin embargo más allá de toda discusión sobre cuál debe ser la forma de una declaración judicial que deduzca la existencia de una conducta delictiva. Allí, como lo hemos dicho, se niega contradictoriamente el carácter derivado de la conducta. En otros delitos por ejemplo, la doctrina y la jurisprudencia establecen su carácter derivado; en este caso, en el enriquecimiento ilícito de particulares, lo es a tal punto, que el tipo penal lo establece. En su propia descripción normativa está incorporada la acepción “derivado”. Traemos de nuevo el aparte correspondiente de la sentencia, cuyo texto ya ha sido citado:

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”. (subrayado fuera del texto).

Para la sentencia, no debe entonces ni siquiera existir la otra actividad delictiva. En las últimas páginas de la misma se intenta resolver esta contradicción, pero no se logra.

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 sindicados, etc. Se evade así el estudio riguroso de aspectos de fondo en relación con la figura de enriquecimiento ilícito de particulares.

Ahora bien, como lo hemos advertido, cualquier declaración judicial que obre como sustituto eventual de la sentencia, sólo debe aceptarse como estrictamente excepcional.

Para traer elementos a la reflexión, puede compararse el tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares, con figuras de alguna manera similares, como es el caso del encubrimiento. Comparación que no es automática: el constituir aquél un tipo penal dictado en virtud del estado de sitio, lo hace problemático de suyo y en sí mismo. Sobre todo -y en último juicio es este un problema ligado a todas las figuras sustantivas creadas en virtud de los estados de excepción- por su adscripción a uno u otro bien jurídico por él tutelado-; se trata en realidad de uno de los aspectos del problema esencial de los contenidos de verdad que subyacen a los decretos de excepción. El juez constitucional debe estar atento a ello. Su papel es trascendental, pues a él le corresponde justamente expresarse en relación con dichos contenidos de verdad: deducir y controlar su sustrato axiológico. La adscripción de la norma a uno u otro bien jurídico, en razón a lo dicho, no es pues irrelevante: éste le da sentido como norma y le especifica sus alcances. En todo caso, como decimos, la comparación que se adelanta, no es un proceso meramente mecánico. No lo es sobre todo, si dicha comparación se hace con el propósito exclusivo de problematizar la necesidad de sentencia judicial definitiva, que pruebe la ocurrencia efectiva del delito previo, en el marco de la conexión necesaria entre los delitos.

Justamente, en múltiples autores y en la misma jurisprudencia, ha prevalecido la tesis expuesta en el presente salvamento. Al encubrimiento y sus modalidades, los ha acompañado, no sólo un proceso difícil de decantación en cuanto a su diferencia con las formas de cooparticipación, sino y sobre todo, en cuanto a la relación entre la conducta en sí y el hecho encubierto. De esta manera, en cuanto a lo inadmisibles de generarse consecuencias autónomas para un delito, cuando éste se deriva de otro, se establece, que los dos tipos penales que describen conductas encubridoras -favorecimiento (artículo 176 del Código Penal) y receptación (artículo 177), “constituyen una ayuda que se presta con posterioridad a un hecho punible y por tanto de él dependen, le son accesorias, de manera que no existiendo éste, no puede ni siquiera plantearse la existencia de aquella. En este sentido la doctrina es unánime en exigir para la configuración del encubrimiento la existencia previa del hecho punible con todos sus elementos y además judicialmente declarado (L. C. Pérez, 1984, III, 408-409); no sería posible condenar a una persona por encubrir un hecho que a la postre resulta no punible, por ejemplo, porque su autor fue absuelto por haber actuado en legítima defensa”²⁶. Así, las causales de justificación y con ellas, las causales de exclusión de culpabilidad, se predicen y generan consecuencias, respecto de las dos conductas: tanto del hecho encubierto, como del encubrimiento mismo.

En una sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que ha constituido jurisprudencia unificadora se establece, en relación con la conexidad de las conductas para que se dé el encubrimiento, lo siguiente:

“(…) El encubrimiento tiene carácter accesorio o subordinado. En efecto, no puede

sancionarse la conducta encubridora si previamente no se ha determinado la ilicitud del acto encubierto, pues, sin esto, los actos encubridores, por ejemplo, el expendio de la cosa, el depósito de la misma aun en lugar oculto, etc., resultarían perfectamente ilícitos.

Todo lo cual lleva a la conclusión de que, lejos de poder considerarse insólito el hecho de que se juzguen en un mismo proceso el encubrimiento y el delito encubierto, resulta este fenómeno no sólo natural sino absolutamente lógico.

Lo injurídico sería que no sucediera tal cosa. Es decir, que no se tuviera en cuenta la evidente conexidad de ambos delitos y se juzgara en procesos separados". 27

Luis Carlos Pérez, trayendo distintos autores a la reflexión, respecto de la prueba de la conducta encubierta, que él denomina como "hecho cierto", dice lo siguiente: "no basta la incertidumbre del sujeto activo sobre la existencia del delito anterior. Es necesaria la certeza del mismo. Aquí no caben términos medios: el debía saber hay que reemplazarlo por el saber positivo y actual; la duda, por el convencimiento pleno".28

Agrega el autor en relación con el nexo entre lo sustantivo y lo procesal; nexo en el cual hemos insistido, que "aunque el agente crea sinceramente en la existencia del hecho punible, no es inculparable de encubrimiento en el caso de que la persona a quien estima culpable no lo sea, por exclusión de culpabilidad o por justificación. Lo que no es delictivo o contravencional para el uno tampoco lo es para el encubridor. No sería lógico que la entidad se desintegrara para el primero y permaneciera completa para el segundo".29 Así lo resolvió también, a su juicio, y avanzando sobre el fenómeno de las causales de justificación, Jesús Bernal Pinzón, cuando estableció que "los efectos del reconocimiento de una causal de justificación no se producen a partir de un reconocimiento ex nunc, sino que, necesariamente debe tener efecto retroactivo, desde el nacimiento de la conducta que se califica como ilícita; es decir, ex tunc".30

"La conducta es jurídica o antijurídica -enfatisa el autor-, no cabe otra posición. Es atribuible o no. Es culpable o inculpable. RENDON GAVIRIA observó: 'La subordinación que resulta para el encubrimiento con relación al hecho principal, provoca especiales consecuencias penales y procesales, a saber: 1) el hecho principal ha de tener jurídica y procesalmente las condiciones de infracción penal para que los actos del encubridor constituyan delito; 2) la exigencia concreta de responsabilidad en cuanto al hecho principal es condición previa para sancionar el encubrimiento; 3) el encubrimiento es siempre un delito accesorio".31

Ahora bien, los magistrados que salvamos el voto, tal y como lo hemos advertido, reconocemos sin embargo, que pueden surgir situaciones en las cuales no sea realmente posible establecer la derivación de los delitos exclusivamente a través de la sentencia judicial. Por lo cual, pueden admitirse estrictas excepciones. Desde luego, y somos claros en ello, toda excepción que se establezca al principio de la sentencia judicial previa, debe necesariamente estar sujeta al principio de demostrabilidad que hemos reseñado; es decir, la declaración judicial del delito previo, debe demostrar todos los elementos que lo configuran.

Un ejemplo puede brindar claridad al respecto: es posible que una persona confiese la realización de cierta conducta delictiva, como sería el caso, dentro del contexto que nos ocupa, la actividad de narcotráfico y que existan múltiples otros elementos probatorios que confirmen la veracidad de tal confesión y comprometan a terceros por enriquecimiento ilícito. Ahora bien, si este sindicado fallece, y con ello se extingue la acción penal y se hace imposible en consecuencia dictar sentencia definitiva respecto del delito confesado, tiene lugar entonces la pregunta: ¿ha sido o no probada judicialmente la conducta delictiva? O incluso aún: ¿deja de ser delictiva la conducta confesada expresamente y por ende se hace imposible sancionar a quienes se hayan enriquecido de esas actividades? La pregunta no es respondida automáticamente por el hecho de la confesión. La confesión por sí misma no es prueba absoluta o incontrovertible: ella debe ser evaluada siempre por el juez. Una vez evaluada y unida a otros elementos de juicio, probados cada uno observando estrictamente la ritualidad del debido proceso, pueden llevar a la autoridad judicial a declarar probada esa conducta dentro del proceso de enriquecimiento ilícito, cuando dicha confesión y los otros elementos, constituyan pruebas dentro de este proceso. Es decir, que las pruebas allegadas en el primer caso, comprometan a quienes se les investigue por el delito de enriquecimiento. Por ende, si ese material probatorio se ventila y se lleva como elemento de prueba en el caso concreto que se sigue por enriquecimiento ilícito, es eventualmente admisible que el funcionario judicial, al hacer la evaluación correspondiente de todo el conjunto probatorio, pueda declarar judicialmente la existencia de una actividad ilícita de la cual deriva el enriquecimiento ilícito, y operar entonces la correspondiente adecuación típica.

Repetimos: aceptando aun, en caso de ocurrir alguna eventualidad extrema, una declaración judicial distinta de la sentencia judicial en firme, será posible ello, siempre y cuando tenga un carácter en todo caso excepcional.

Algo muy distinto ocurre con lo expuesto en la sentencia que discutimos, en la cual, como se ha advertido, se establece el carácter autónomo del enriquecimiento ilícito. Además de lo ya citado, agrega la sentencia:

“De la independencia normativa de las expresiones ‘injustificado’ y ‘actividades delictivas’, así como de la entidad constitucional de la conducta, se deriva la especialidad y autonomía del delito de enriquecimiento ilícito de particulares. El hecho de que el constituyente del 91 haya considerado necesario proteger la moral social de éste tipo de actividades, implica que a la hora de analizar la conducta ella se mire en forma independiente y autónoma; de manera que, como se ha dicho, el juicio de valor lo deba adelantar el juez que conoce del enriquecimiento ilícito y no el juez que conoce de otra causa.

Por ello, el delito de enriquecimiento es un delito especial y autónomo, pues 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, y menos esperar un fallo previo de otro sujeto por otro delito. El objeto jurídico tutelado en el enriquecimiento ilícito es de orden constitucional -la moral pública- y en manera alguna puede condicionarse su independencia a la ocurrencia de otro comportamiento delictivo que difiere en el objeto jurídico tutelado, como lo es, por ejemplo, el narcotráfico, donde otro es

el sujeto activo”.

Finalmente, en relación con los momentos procesales y respecto a la ocurrencia de alguna excepción eventual a la sentencia judicial en firme, podrían seguirse las siguientes pautas:

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.

Así entonces, no se requeriría de condena definitiva por el delito previo, para comenzar a investigar el enriquecimiento ilícito, pues no es delito querellable, sino de investigación oficiosa, y todo hecho punible origina acción penal (Código de Procedimiento Penal art. 23).

Cuando haya sindicado conocido del delito previo, los dos delitos deberán ser investigados y fallados en un mismo proceso, puesto que guardan una conexidad que justifica tal decisión (C de PP art. 88), así como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en la providencia anteriormente citada sobre encubrimiento. Y si no se pudieron investigar de manera conexa, lo lógico es que se proceda a su acumulación en la fase del juicio (C de PP art. 91).

Si por determinado motivo, es imposible la investigación conjunta o la acumulación, y se está investigando el delito previo -pues hay sindicado conocido- podría operar una prejudicialidad y no podría haber, según el caso, calificación del sumario o sentencia por enriquecimiento ilícito, sin que previamente se haya decidido el caso del delito inicial (C de PP art. 40). En cambio, si no hay sindicado ni decisión definitiva en el proceso por aquel delito inicial, el proceso por enriquecimiento ilícito, deberá adelantarse autónomamente (C. de P.P. art. 23).

La decisión definitiva que en el proceso por el delito previo determine la inexistencia de ese hecho punible, comporta automáticamente la imposibilidad de condenar en el enriquecimiento ilícito, por ausencia de tipicidad. Deberá haber sentencia absolutoria (C de PP art. 247), preclusión (C de PP art. 443), o cesación de procedimiento (CP de P art. 36), según el caso.

Ahora bien, en virtud a que de estas eventualidades pueden surgir siempre hechos inadmisibles, como la condena de una persona por enriquecimiento ilícito, mientras que se comprueba que el delito previo no se cometió; es decir, la segunda persona condenada por un delito que no se derivó de ningún otro. En esos casos, habrá lugar a revisión, según el artículo 232 de la legislación procesal penal. Dentro del mismo ordenamiento deben hallarse las necesarias fórmulas para subsanar situaciones inadmisibles y contrarias a los derechos fundamentales.

En todos los casos señalados corresponde al juez de legalidad adelantar los ajustes pertinentes.

Lo importante es, respetar siempre el carácter excepcional de las situaciones que susciten dichos ajustes.

Quedan así expuestos los argumentos de fondo por las cuales nos hemos apartado de la sentencia aprobada por la mayoría.

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

1Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia del 2 de junio de 1981. MP Manuel Gaona Cruz.

2Sentencia C-563/95. MP Carlos Gaviria Díaz.

3Ver entre otras, la sentencia C-006/93.

4Ver, entre otras, las sentencias T-460/92, C-003/93 y C-176/94.

5Sentencia C-176/94. Fundamento Jurídico c.)

7Ver sentencias C-127/93 y C-389/94.

8Gaceta Constitucional, lunes 15 de abril de 1991, p 27, citado por la Corte en la Sentencia C-389/94. Consideración jurídica No 4.

9Ibidem

10Sentencia C-389/94. Consideración jurídica No 2

11Ibidem, Consideración jurídica No 4.

12Ibidem.

13Ver, entre otras, las sentencias C-345/95, C-244/96 y C-284/96.

14Ver sentencia C-284/96. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento jurídico No 8.

15Ver Luis Carlos Giraldo Marín, Actas del nuevo código penal colombiano. Bogotá, Pequeño Foro, 1981, Tomo III, p 325

16 Citado por Antonio Cancino, El delito de enriquecimiento ilícito. Bogotá, Librería del

Profesional, 1986, p 2.

17 Ver Luis Carlos Giraldo Marín, Loc-cit, p 324.

18 Cf Luis Carlos Pérez, Derecho Penal. Bogotá, Temis, 1990, Tomo III, p 238.

19 Sentencia del 12 de agosto de 1982 y con ponencia del Magistrado Manuel Gaona Cruz,

20 Citado por Luis Carlos Pérez, op, cit, p 236.

21 Francesco Carrara, Programa de Derecho Criminal, Parte General, Volumen I, editorial temis, Bogotá, 1988, p 4.

22 Ibidem, p 5.

23 Veáanse las sentencias N°. T-251/94 MP Eduardo Cifuentes Muñoz y N°. C-139/96 MP Carlos Gaviria Díaz.

24 Es el caso de un indígena Paez que a través de la acción de tutela pide que se anule la sentencia de un juez penal, pues considera que lo debe juzgar la jurisdicción indígena. Caso fallado el 26 de abril de 1995 por el juzgado 3o., penal del circuito de la Plata en el departamento del Huila.

25 Sentencia T-023/93, MP Jaime Sanin Greiffenstein. Gaceta de la Corte Constitucional, Santafé de Bogotá, Tomo I, enero de 1993, p 426.

26 Jaime Camacho Flórez, "Delitos contra la Administración de Justicia", en Universidad Externado de Colombia, Derecho Penal. Parte Especial, tomo I, Bogotá, 1987, p 455.

27 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal, Sentencia de junio 4 de 1982.

28 Luis Carlos Pérez, Derecho Penal, tomo III, Bogotá, Temis p 408.

29 Ibidem, p 409.

30 Ibidem, p 409.

31 Ibidem, p 409.