

Tópicos penales, procesales y constitucionales en torno al delito de enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia Argentina, Portuguesa, Brasileña y su paralelo con la Colombiana.

Por: Eliana Campos¹

Resumen

Las legislaciones penales en Latinoamérica en tratándose de la tipificación de conductas nocivas para la administración pública han coincidido en cuanto a la introducción de figuras como la concusión, el cohecho, el prevaricato, pero pocas veces pudo discutirse tanto la constitucionalidad de un tipo penal como el enriquecimiento ilícito. Interpretaciones varias se han erigido para constatar o no su armonía con los preceptos de los estatutos superiores; países como Brasil y Colombia optaron por su inclusión en sus respectivos ordenamientos jurídicos, y la práctica judicial diaria no hace más que fertilizar el campo para posteriores reflexiones. En este orden de ideas preocupa en el presente trabajo, en primera instancia estudiar desde la literatura internacional las hesitaciones más recurrentes alrededor del ilícito en comento en cuanto a tópicos del ámbito constitucional, procesal y penal. Acto seguido, analizar los juicios emitidos en pro de la constitucionalidad del enriquecimiento de conformidad con el paradigmático caso colombiano, y entroncar lo anterior con situaciones concretas que hayan puesto a prueba la capacidad de la judicatura para sacar adelante el proceso del injusto descrito sin que se

¹ Abogada, egresada de la Universidad Santo Tomas de Tunja, Especialista en Derecho Administrativo y candidata a Magister de la Universidad Santo Tomas, Oficial Juridica del Ejercito Nacional de Colombia.

menoscaben garantías y derechos fundamentales, y que a su vez construyan la dogmática jurisprudencial en relación al mismo.

Palabras clave: Enriquecimiento ilícito, garantías procesales, derechos fundamentales, incremento patrimonial injustificado, sanciones y procedimientos administrativos y penales.

Abstract

The criminal legislation in Latin America concerning the criminalization of conduct harmful to public administration has coincided with the introduction of such offences as concussion, bribery, prevarication, but the constitutionality of a criminal offence and illicit enrichment could rarely be discussed. Various interpretations have been erected to verify or not their harmony with the precepts of the superior statutes; countries such as Brazil and Colombia opted for their inclusion in their respective legal systems, and daily judicial practice does nothing but fertilize the field for further reflection. In this context, it is a matter of concern in the present work, in the first instance, to study from international literature the most recurrent hesitations about the illicit in question in terms of constitutional, procedural and criminal topics. Then, to analyze the judgements made in favor of the constitutionality of enrichment in accordance with the paradigmatic Colombian case, and link the above with specific situations that have tested the ability of the judiciary to advance the process of the injustice described without undermining fundamental rights and guarantees, and in turn to construct the dogmatic jurisprudence in relation to it.

Keywords: Illicit enrichment, procedural guarantees, fundamental rights, unjustified increase in wealth, penalties and administrative and criminal procedures.

Índice

Introducción	5
1. Los casos argentino y portugués:	
Pronunciamientos con motivaciones yuxtapuestas.....	7
1.1 El caso Portugués.....	7
1.1.1. Consideraciones jurídicos-penales.....	9
1.1.2 Consideraciones constitucionales-procesales.	10
1.2. El caso “Alsogaray” en la jurisprudencia penal argentina.....	12
1.2.1. Argumentos jurídico-penales.....	13
1.2.1.1. Sobre la modalidad de la conducta punible	13
1.2.1.2. Sobre la supuesta infracción a garantías constitucionales.	14
2. Constitucionalidad y desarrollo legal y judicial del enriquecimiento ilícito: La experiencia colombiana y brasileña.....	16
2.1. Sentencia C-319-96 de la Corte Constitucional colombiana: Constitucionalidad del injusto tratado.....	17
2.2. Desarrollo del enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia brasileña: Aspectos varios.	20
2.2.1. Tipicidad subjetiva.....	20

2.2.2. Situaciones procesales y derechos y garantías en la investigación y acusación del enriquecimiento ilícito: Jurisprudencia brasileña.	22
Conclusión	26
Referencias bibliográficas.....	27

Introducción

Los Estados del Brasil y el Colombiano decidieron en su momento adoptar la figura del enriquecimiento ilícito como una estrategia más de la política criminal inmersa en sus legislaciones penales, entre otras cosas porque el germen de la corrupción obliga a las instituciones parlamentarias a probar diferentes recetas que conduzcan a la investigación y sindicación de quienes desfalcán las arcas del Estado. Ahora bien, desde que en sede internacional se aprobaran los instrumentos internacionales² en los que se incluyera tal comportamiento el debate sobre su constitucionalidad ha llevado a naciones como la portuguesa, la española, o la costarricense, a echar por tierra su identidad con los postulados superiores.

Contrario sensu, los casos colombianos y brasileños han destacado por el beneplácito a su tipificación, y la han dotado de elementos normativos que no dejan de ser polémicos y cuyo tratamiento en la doctrina ha sido dicotómico. Cuestiones como: ¿Qué bien jurídico pretende protegerse con la tipificación del enriquecimiento ilícito? ¿Qué modalidad conductual (tipicidad subjetiva) comporta la realización de la conducta? ¿La figura corresponde a un delito de carácter autónomo o subsidiario? son tratadas irresolublemente por la doctrina y resuelta motivadamente por la jurisprudencia.

Asimismo, la incorporación de la descripción típica del enriquecimiento comporta el cuestionamiento según el cual se sostiene que para la prueba de su consumación se termina

² Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en el 2003 en México, e introducida al ordenamiento jurídico brasileño por conducto del Decreto 5.687 de 2006
Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en 1996, introducida con arreglo al Decreto 4.410 / 2002.

dando al traste con garantías constitucionales como la prohibición a la no incriminación, la presunción de inocencia, y con tradiciones penales como el derecho penal de acto.

Pese a los anteriores cuestionamientos la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-319/96 declaró la constitucionalidad de la normativa que contemplaba el enriquecimiento ilícito perpetrado por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones y de particulares en relación con actividades delictivas. De la misma forma, el Legislador Federal del Brasil venía desde la década de los noventa decantando la figura³ asistiéndole a los comportamientos censurados consecuencias civiles, administrativas y fiscales sin que trascendiese al ámbito penal. Empero el proyecto de ley número 4850 de 2016 abrió la puerta para la criminalización de la conducta, y tiempo después el Supremo Tribunal Federal ha conocido casos en los que ha aclarado dudas sobre los elementos estructurales del tipo penal.

Sin embargo, la actividad de la judicatura en buena parte en la fundamentación de los casos de enriquecimiento ilícito al emplear como apoyo razonamientos compatibles con la norma superior recurrentemente abstractos olvida que en el trámite procesal los comportamientos de las partes tienen la potencialidad de conducir a la infracción de las garantías superiores, como se verá más adelante. En otras oportunidades el proceso se desarrolla sin que se deje en entredicho los mandatos de las cartas políticas respectivas. En ese sentido, analizar los argumentos que se esgrimen en clave jurisdiccional en la

³ La Ley N° 8.112/90 y en especial la Ley N° 8.429 (ley de improbidades administrativas) prescriben las consecuencias aludidas, y el trámite y funcionarios (aspectos procesales) que permiten la imposición de los correctivos en pro de la transparencia administrativa.

particularidad de la casuística permitirá dimensionar la entidad o compatibilidad del enriquecimiento con las prescripciones supremas.

Las dudas en lo relativo al día a día de los tribunales superiores del Brasil a la hora de condenar a un servidor público sin que el trámite de dicho proceso redunde en violación a sus derechos fundamentales, se disiparan en su momento. Hasta entonces, en clave dialéctica se trae a colación las preocupaciones más resonantes en la literatura del enriquecimiento ilícito vertida en dos ejercicios de constitucionalidad extranjera que dejaron pronunciamientos disimiles, todo esto para efectos de prologar el examen de verificación acabado de anotar.

1. Los casos argentino y portugués: Pronunciamientos con motivaciones yuxtapuestas

1.1. El caso Portugués.

En la legislación portuguesa se estudió la posibilidad de la inclusión del enriquecimiento ilícito⁴ a razón de los convenios internacionales signados sobre la materia⁵. Empero, el país luso junto a sus homólogos de Europa occidental en lo que se refiere a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) se muestran dubitativos con la medida

⁴ En efecto, la propuesta del artículo decía: “1 - Quien adquiriera, posea o posea por sí o por interpuesta persona, física o jurídica bienes, sin origen lícito determinado, incompatible con sus ingresos y bienes legítimos, será castigado con pena de prisión de hasta tres años, si la pena más grave no le cabe en virtud de otra disposición legal”. (Código penal, art 335 A)

⁵ Portugal participó en las reuniones que terminaron con la creación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (2003), de forma de que se respetara los principios y valores base que inspiran los ordenamientos de las naciones firmantes, y no por el contrario, la descripción del ilícito los contrariase. El texto en su literal mencionaba: Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él. (art, IX)

del enriquecimiento ilícito, toda vez que su redacción podría entrar en colisión con elementos definitorios de sus Constituciones y garantías fundamentales. (Blanco, 2013 p.11). No obstante, el ambiente reacio en el escenario internacional⁶ el Legislativo en Portugal actualizó su normativa penal en cuanto a delitos contra la administración pública con la introducción de la cuestionada figura internacional a través del Decreto n.º 37/XII, mirando la comisión de esta por parte del servidor público como un agravante⁷. Sin embargo, dichos esfuerzos se tradujeron en estériles cuando a su turno el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la norma, basado entre otros argumentos, por la inversión a la carga de la prueba que la medida implica e infracciones a otras garantías constitucionales. Se sintetiza, a continuación las posturas medulares alrededor de determinados tópicos, jurídico-penales y constitucional-procesales, que constituyeron el asidero para negar la compatibilidad del ilícito con la carta política.

1.1.1. Consideraciones jurídico-penales

El Tribunal Constitucional de Portugal consideró que la forma como se describe el tipo penal en el articulado no permite entrever cual es el bien jurídico de cuya protección se reputa. No compartidas quedaron los razonamientos según los cuales lo que se pretende

⁶ La poca utilidad y constitucionalidad que las naciones europeas le guardan al enriquecimiento ilícito es reconocido doctrinalmente: (...) como conclusión, podemos decir que, a diferencia de lo que ocurre en otras regiones del mundo, la gran mayoría de los Estados europeos (de Europa occidental) no acepta la sanción penal del enriquecimiento ilícito, ya sea porque lo consideran innecesario en el contexto de otros instrumentos de lucha contra la corrupción, ya sea porque tienen dificultades en relación con el principio de presunción de inocencia. (Blanco, 2013 p. 8)

⁷ En este sentido, en clave comparativa según su redacción original el enriquecimiento ilícito en ese país requería para su comisión la acción de un agente indeterminado, y que en gracia de discusión, solo tendría una connotación especial mirando la agravación de la pena, en tanto si en dicha comisión ha participado un servidor público. Lo anterior, a diferencia de otras legislaciones como la colombiana o brasileña en la que puede lograrse entrever que la comisión de la conducta requiere de la participación de un sujeto cualificado.

es la guarda de la transparencia en la administración pública⁸, la probidad de sus agentes, o aquella premisa a partir de la cual admitía que el bien detrás de la formulación del ilícito se consideraba como un bien jurídico complejo. Al margen de tales posturas se impuso la mayoría, y tal defendió la tesis de ambigüedad en relación al bien jurídico a proteger. Entre los argumentos esgrimidos resalta:

(...) La norma penal se aplica al empleado público que ha incrementado su patrimonio, pero en realidad va referida a la evitación del delito previo. Se reduce de esta manera el peligro de menoscabo del bien jurídico tutelado por la infracción previa. (...) Se trata de un delito que parte del dato fáctico de las importantes dificultades que genera la prueba de una actividad delictiva cometida por el empleado público, que es la que origina la presencia de un patrimonio que no puede explicar razonablemente. (Blanco, 2013 p. 11)

1.1.2. Consideraciones constitucional-procesales

La redacción del tipo, como se había adelantado supondría para los togados lusos, la inversión de la carga de la prueba como principal garantía trastocada. Para el Tribunal la norma pareciese instituir una especie de presunción de ilicitud con respecto a todo incremento que no guarde relación con los ingresos corrientes del funcionario, de tal forma

⁸ La doctrina citada sintetiza la postura de la minoría en el Tribunal Portugués en orden de delimitar el bien jurídico que se busca amparar con la medida: Lo que persigue el delito no es castigar los actos ilícitos generadores del enriquecimiento, hechos que serían o podrían ser siempre punibles de manera autónoma como ilícitos; sino que incrimina la falta de transparencia sobre las causas del enriquecimiento, ello conjugado con una situación patrimonial desproporcionada en relación con los ingresos de origen lícito conocidos o declarados. (...)Es ese el deber que la desproporción entre la riqueza ostentada y los ingresos lícitos conocidos demuestra que no se ha cumplido, y es esta falta de transparencia la que se pretende castigar penalmente de esta manera. (Blanco, 2013 p 15)

que a este le asiste el derecho en miras de no hacerse acreedor de consecuencias penales de desvirtuar dicha presunción. El razonamiento es claro si se entiende que todo acrecentamiento patrimonial indebido tiene como fuente actividades ilícitas. Ante la cercana imposición de una pena no le queda más al funcionario que aportar las pruebas necesarias para demostrar la licitud de la fuente de sus ingresos. Sobre lo anterior la doctrinante citada con anterioridad complementa:

Y es que la formulación del tipo no impide el entendimiento de que, verificada la incongruencia entre el patrimonio y los ingresos, esta sea calificada como enriquecimiento ilícito si no se acredita de manera positiva la ausencia de alguna causa lícita. Concluye el TC portugués que, así entendida la noma penal, esta presume el origen ilícito de los bienes del dato de la incongruencia, e imputa al agente un delito de enriquecimiento ilícito, lo que se traduce en una clara violación del principio de presunción de inocencia. Ello determina la inconstitucionalidad de la norma reguladora del delito de enriquecimiento ilícito.

(Blanco, 2013 p. 10)

En estrecha relación con lo anterior, continúa el Tribunal Portugués insistiendo que amén de la carga de la prueba, la presunción de inocencia es el tópico que no se mantiene incólume ante la posible investigación y acusación a un funcionario por enriquecimiento ilícito, dado que a partir de la redacción del tipo, solo bastaría la prueba del desfase patrimonial entre los emolumentos devengados como servidor público y los ingresos adicionales de cuya justificación se requiere, para proseguir la acción penal y llevarla a las sanciones del caso, siéndole vedado al funcionario guardarse en silencio ante las imputaciones del acusador público:

La dificultad del delito de enriquecimiento ilícito surge, como hemos dicho, cuando el acusado decide callarse. La condena del empleado público se va a basar en estos casos exclusivamente en el incremento patrimonial y el silencio del acusado. Creo que esto supondría una vulneración del derecho a un juicio justo, tal y como señala el TEDH. Este derecho solo resulta salvaguardado si, en el caso concreto, la acusación ha presentado evidencias adicionales que supongan un esfuerzo probatorio en orden a dejar claro que el origen de los bienes es ilícito o, al menos, que es descartable que tengan una procedencia lícita. En definitiva, el tribunal nacional puede realizar una inferencia del silencio o darle un efecto incriminatorio cuando, en función de las pruebas ya practicadas, puede justificarse excepcionalmente que se extraigan consecuencias negativas del silencio, esto es, si existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación. No es suficiente como prueba incriminatoria la sola existencia de un incremento patrimonial no justificado. (Blanco, 2013 p.11)

1.2. El caso “Alsogaray” en la jurisprudencia penal argentina.

En su momento, la República de Argentina se estuvo a lo resuelto en sede internacional con respecto al enriquecimiento ilícito, y sin mayores traumatismos incluyó en su legislación la figura⁹. La revisión de la constitucionalidad del enriquecimiento fue

⁹ La descripción típica enuncia: Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo

aprovechada en ocasión del caso “Alsogaray”¹⁰, en donde se le acusaba a una funcionaria de elevar de forma desproporcionada su patrimonio sin que se pudiera justificar lícitamente el acrecentamiento. La acusada se sirvió de las críticas que un sector de la doctrina ha emitido en contra del enriquecimiento ilícito para sostener su defensa. Así pues, a manera de ejemplo en cuanto a consideraciones constitucional-procesales (en cuanto a la carga de la prueba) adujo:

La exigencia de que el imputado justifique su incremento patrimonial significa que la autoridad que le formula el requerimiento no tiene que probar su necesidad de que el sospechado “declare”, pues si optara por guardar silencio debería pagar el altísimo costo de quedar automáticamente incurso en el delito en cuestión, de lo que sigue que su silencio, más que generar una prueba prohibida en su contra, provoca la comisión misma del delito. Y de igual modo, si la justificación no satisface a la autoridad requirente. (Argumento-Defensa, caso Alsogaray, 2005)

Un ingrediente normativo del tipo que refulja es el entendimiento de que el incremento patrimonial no solo se proyecta con la aumentación del activo, sino que para afectos de la persecución penal la disminución del pasivo se sancionará con consecuencias privativas de la libertad. Asimismo, la equiparación del actuar delictivo del testaferro con la del servidor público, y a su vez la igualación de su tratamiento penal son elementos nuevos en la tipificación de la conducta, y que resulta extraña en legislaciones como la colombiana

afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho. (Código Penal Argentino, Art, 268)

¹⁰ No obstante, existen reparos alrededor de la aparente ambigüedad de la descripción típica al saltar a la vista, según su redacción, la deducción según la cual se estaría frente a un delito cuya comisión sea por omisión, según lo interpretado del fragmento “el que, al ser debidamente requerido, no justificare...”.

al menos en relación con la consagración expresa del pasivo patrimonial disminuido. Volviendo al caso “Alsogaray” el Tribunal que avocó el conocimiento del negocio señaló sobre los agravios aseverados por la defensa las siguientes consideraciones:

1.2.1. Argumentos jurídico-penales.

1.2.1.1. Sobre la modalidad de la conducta punible

Para la Cámara Nacional de Casación Penal no le asisten dudas sobre la forma en que la conducta punible encuentra consumación. La anterior no puede ser otra que la comisión por acción pese a que una primera lectura del tipo penal daría lugar a equívocos. Para la Cámara la expresión “el que al ser debidamente requerido, no justifiicare...” no tiene que entenderse en el sentido a que el servidor público se le imponga el deber de responder ante las sospechas de la autoridad acusadora cuando esta lo requiera para esclarecer el incremento desproporcionado de su patrimonio, y que la omisión a este requerimiento se instituya como el hecho consumidor del ilícito. Contrario a lo anterior, es la acción de enriquecerse injustificadamente a la luz del acervo probatorio recolectado por el ente acusador lo que presta mérito para la iniciación de la investigación y la acusación penal. A este tenor la Cámara sostiene:

El delito se configura entonces con la acción de enriquecerse patrimonialmente de manera apreciable e injustificada durante el ejercicio de la función pública, quebrando asimismo la rectitud requerida en la función. Pero esta justificación, a la luz de todo lo expuesto, no es, por definición, la que proviene del funcionario cuando es requerido para que justifique ese enriquecimiento, sino la que resulta en principio de la comprobación –en base a las pruebas colectadas en el juicio- de

que no encuentra sustento en los ingresos registrados del agente; y, en definitiva, cuando ese aumento del patrimonio excede crecidamente y con evidencia las posibilidades económicas provenientes de los ingresos legítimos del sujeto, es decir, sin justa causa comprobada. (Caso Alsogaray, 2005, p.19)

1.2.1.2. Sobre la supuesta infracción a garantías constitucionales.

El caso “Alsogaray” abrió las puertas para que la interpretación acorde a la constitucionalidad del delito inscribiera argumentos que discrepan con la fundamentación de tribunales como el portugués. En particular, en tratándose de los derechos y garantías fundamentales como la prohibición a la no incriminación o la presunción de inocencia muestran como las interpretaciones frente a un mismo objeto varían según los argumentos que se elaboren para su fundamentación. Así pues, en relación con la presunción de inocencia trastocada por la aparente “variación en la carga de la prueba” considera la Cámara argentina que no hay lugar a este razonamiento:

(...) Ello por cuanto cabe partir, a fuerza de resultados reiterativos, de que el tipo penal no está conformado por la no justificación, de quien haya sido debidamente requerido, del origen de un enriquecimiento patrimonial apreciable –suyo o de persona interpuesta para disimularlo-; sino por la acción de haberse enriquecido de ese modo y que no resulte justificado objetivamente. Esto implica que corresponde al Estado probar este extremo de la imputación delictiva fundada en los términos del 268 (2) del código penal acreditando el injustificado apreciable vinculado al ejercicio de la función pública (en el sentido de que no pudo concluirse como derivado o proveniente de sus haberes u otras fuentes lícitas. (Caso Alsogaray, 2005, pp.19-20)

De esta manera, se constata que para la Cámara el agravio no encuentra fundamentación¹¹, siempre que el Estado por conducto del acusador público reúna las pruebas necesarias (análisis de documentos contables, peritajes) que den firmeza a la acusación, sin que se centre la recolección de las pruebas en el mero interrogatorio, y a partir de este se pretenda obtener conclusiones del silencio o de las respuestas insatisfactorias del procesado.

De igual forma, con respecto a la prohibición a la no incriminación, la Cámara no comparte el agravio del procesado según el cual su participación en el proceso y las explicaciones dadas del incremento patrimonial al acusador público y al juez representan incriminarse. Antes bien, el alto tribunal a razón de lo acabado de mentar, arguye que dichas explicaciones representan el ejercicio del derecho a su defensa, comoquiera que al ente acusador le compete la recolección de las pruebas suficientes para la sustentación de la acusación. Dicho de otra manera:

Entonces, tampoco se observa que el “debido requerimiento de justificación” se constituya en violatorio de la garantía que establece la prohibición de ser obligado a declarar contra sí mismo establecida en el artículo 18 de la CN., en el caso en que hecho de justificar implique para el imputado auto incriminarse, porque también le asistirá el derecho a negarse a hacerlo y esa negativa no podrá ser ponderada en su contra como prueba del delito; pues le está garantizada constitucionalmente. (Caso Alsogaray, 2005, p.25).

¹¹ Asimismo, la Cámara encuentra refutación del agravio de la defensa en cuanto a la responsabilidad del partícipe en los siguientes términos: (...) La responsabilidad de este partícipe también encuentra coherencia si se entiende que lo que la ley reprime no es la mera infracción a un deber formal de justificar, pues, si quien debe justificar es exclusivamente el autor, no se advierte como la persona interpuesta puede participar en esa omisión. (Caso Alsogaray, 2005, p.21)

2. Constitucionalidad y desarrollo legal y judicial del enriquecimiento ilícito: La experiencia colombiana y brasileña.

Habiéndose el lector introducido en las discusiones que entraña la introducción del enriquecimiento ilícito en algunos tópicos jurídico-penales, procesales y constitucionales, resta mirar los escollos presentados en el proceso de exequibilidad, y observar a través de fallos judiciales si las garantías fundamentales antes discutidas encuentran respeto en lo que refiere a la recolección y selección probatoria, o si por el contrario la realidad fáctica demuestra el menoscabo a las que están sujetas por cuenta del comportamiento procesal del acusador público o del togado.

2.1. Sentencia C-319-96 de la Corte Constitucional colombiana: Constitucionalidad del injusto tratado

El caso colombiano es especial en la legislación Latinoamérica en cuanto al enriquecimiento ilícito¹² gracias a tres razones: a). Ser pionera en la constitucionalidad del delito en comentario incluyendo en la descripción típica el incremento patrimonial derivado de actividades ilícitas de particulares¹³ lo que implica su consideración como delito autónomo; b). Tener como ingrediente normativo del tipo una de las extensiones temporales más significativas (cinco años)¹⁴ en los que con posterioridad a la terminación del cargo el servidor público no podría

¹² El Código Penal Colombiano (Ley 599/2000) prescribe el enriquecimiento ilícito en los siguientes términos: Modificado por el artículo 29 de la Ley 1474 de 2011- (Ley 599 de 2000, art. 412).

¹³ La tipificación del enriquecimiento ilícito de particulares tiene como principal causa la plétora de fortunas que a raíz del narcotráfico y el lavado de activos se propagaron durante la década de los ochenta.

¹⁴ Los legisladores latinoamericanos suelen añadir dentro del tipo penal de enriquecimiento una cláusula temporal que extiende la prohibición de la comisión del delito más allá del periodo en el que estuvo el funcionario en el ejercicio del cargo. El caso colombiano es particular por la magnitud de ese lapso. En efecto, la normativa supera a legislaciones particulares al respecto como la argentina que contemplaba dos años.

enriquecerse injustificadamente so pena de la comisión por acción del delito; c). Prescribir desde la misma constitución¹⁵ una regulación básica del enriquecimiento ilícito. La mera constitucionalidad del enriquecimiento ilícito hacía nugatorio cualquier examen que condujera a la eliminación de esta prescripción. Por ende, con respecto a la norma que en su tiempo introducía el enriquecimiento ilícito, esto es el artículo 148 de la Ley 100 de 1980, subrogado por el artículo 26 de la Ley 190 de 1995 sobre la moralidad de la administración pública, la Corte declaró su constitucionalidad, ratificando, además, los argumentos precedentes en relación con las garantías y derechos fundamentales¹⁶, pero no siendo clara en lo relativo al bien jurídico protegido con la descripción de la conducta¹⁷. Así pues, la Corte consideró que en el momento procesal en lo referente a la carga de la prueba no se producía inversión en la misma:

(...) 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

¹⁵ En efecto, la Constitución política (1991) señala: “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social”. (art, 34).

¹⁶ El artículo del enriquecimiento en su tiempo decía: 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**. (Ley 190 de 1995, art 26)

¹⁷ Sobre este respecto no es claro la determinación de la moral social como bien jurídico tutelado por la sanción penal, pese a tener consagración constitucional ha tenido resistencia desde los salvamentos de voto de la sentencia colombiana.

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. (Corte constitucional, Sentencia C-319 de 96)

Asimismo, desde otro punto de vista estima la Corte que los funcionarios públicos poseen deberes constitucionales, entre ellos dirigir su conducta hacia la mayor transparencia y la menor opacidad. Lo anterior, en buena forma por que confiere mayor credibilidad al servidor público ante la comunidad y más confianza de la misma hacia sus instituciones. En torno a ello la Corte asevera:

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” (Corte constitucional, Sentencia C-319 de 96)

En lo relativo a la doble incriminación la Corte sostiene una argumentación que hasta ahora se ha compartido, valga decir, que la fundamentación de la culpabilidad y responsabilidad de un servidor público no puede basarse en las inferencias que haga el fiscal sobre el silencio o las respuestas del sindicado, antes bien, se requiere material probatorio que sirva de asidero a lo primero, sin que esto signifique que ante el acervo de pruebas en cuestión no se demande contestación del acusado so pena que su conducta sea grave indicio condenatorio. (Corte Constitucional, Sentencia 319 de 1996)

2.2. Desarrollo del enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia brasileña:

Aspectos varios.

Brasil no ha estado exento de la discusión a la que se ha aludido en reiterados acápite; la misma, en dicho país retumbaría con mayor fuerza desde la criminalización del enriquecimiento ilícito¹⁸. Por lo tanto, es imperioso aproximarse a aspectos puntuales de su tipificación y sanción a partir del auxilio de la jurisprudencia de ese país. A manera de introito en esta tarea que contará con una investigación más extensa a futuro, interesa comentar algunos pronunciamientos alrededor de la tipicidad subjetiva de la comisión de la conducta punible, esto es, si es un injusto de realización únicamente dolosa o puede proyectarse la conducta culposa para su consumación. Con posterioridad, se tratará un aspecto ampliamente debatido, esto es, el respeto o afectación en la etapa probatoria de las garantías y derechos fundamentales.

2.2.1. Tipicidad subjetiva

En la gama de delitos contra la administración pública en el país brasileño se presentan injustos que vislumbran la modalidad culposa de realización (*peculato culposo* -art, 312, num 2-...). En el caso del enriquecimiento ilícito las providencias del país vecino han sido

¹⁸ El Artículo 312-A del Código Penal reza: Adquirir, vender, prestar, alquilar, recibir, ceder, poseer, utilizar o usufructuar, de manera permanente, bienes, derechos o valores cuyo valor sea incompatible con los ingresos obtenidos por el servidor público, o por la persona que se le equipare, en razón de su cargo, empleo, función pública o mandato electivo, o devengados por otro medio lícito: Pena - prisión de 3 (tres) a 8 (ocho años), y confiscación de los bienes, si el hecho no constituye delito sancionado con pena mayor.

diáfanas al aseverar que no se concibe que los servidores públicos puedan obrar culposamente y que de dicho actuar redunde en enriquecimiento de su peculio sin que haya mediado el aspecto cognoscitivo y volitivo. Así pues, en un caso de contratación pública en el que se acusaba a funcionario público de obrar en beneficio propio, se intentó probar la presencia de la voluntad de enriquecerse presumida por el incumplimiento de ciertas formalidades en el proceso licitatorio. El voto del Ministro del Tribunal Supremo tras la valoración de las pruebas en comento señaló:

En suma, lanzo esa segunda parte del voto para asentar la ausencia de “liame subjetivo” entre los pareceristas y el acusado Rôney para incumplir las formalidades del procedimiento licitatorio, así como la intención específica de causar daños al erario y/o el enriquecimiento ilícito. En estas condiciones, no se divisa conducta dolosa del gestor público con fines de tipicidad subjetiva del delito del artículo 89 de la Ley 8.666/93. (STF, 2018, voto Min. Rosa Weber)

De este modo, en el anterior proceso mencionado se pudo observar la negligencia de los funcionarios enjuiciados, y frente a tal desidia deben ser responsables pero en razón de otro tipo penal, más no el de enriquecimiento ilícito, que entre otras cosas, puede producirse en perjuicio del tesoro público o con la mena defraudación a valores y principios que orientan la función pública.

En otro caso, en la que esta vez sí se condenaría al funcionario público enjuiciado, la defensa amparándose en que el enriquecimiento no admite modalidad culposa intentó demostrar el obrar incauto de su representado partiendo del hecho que este había actuado sin intención alguna de generar el daño causado, no obstante haber comenzado un proceso

licitatorio sin la concurrencia de las formalidades de Ley. Contrariamente al caso de más arriba, el Ministro ponente señaló que obviar los requisitos del proceso contractual es producto de una voluntad consiente y dirigida presuntamente al enriquecimiento ilícito.

(...) En cuanto al segundo criterio enumerado (con el fin de obtener una ventaja ilícita en detrimento del erario), se entiende, en el caso sub judice, que la denuncia no menciona la existencia de indicios de que el entonces Prefecto hubiera actuado con el fin de obtener algún beneficio ilícito o de beneficiar a la OSCIP contratada, en detrimento del tesoro. El tipo previsto en el art. 89 de la Ley 8.666/93 tiene como destinatario al administrador y adjudicatarios deshonestos y no a los supuestamente ineptos. Es que la intención de ignorar los supuestos para la contratación directa, o simular la presencia de los mismos, son elementos del tipo, que no se presenta como negligencia, imprudencia o impericia – caracterizadores de actuar culposos. (STF, 2017, MIN. LUIZ FUX)

Así pues, se deja al manifiesto como dos decisiones que guardan estrecho parecido fallan en diferentes direcciones debido a las interpretaciones que los ministros hacen de la delgada línea que separa la modalidad dolosa de la culposa en la realización de conductas punibles en la celebración de contratos. Mientras se logre determinar la intención de causar daño habrá razones para creer que se está, entre la realización de varios delitos, y entre tales, el enriquecimiento ilícito. Asimismo, resulta curioso que dicha sospecha de enriquecimiento ilícito baste para el inicio de un proceso administrativo, y según el caso, penal. Aspecto que será de tratamiento en seguida.

2.2.2. Situaciones procesales, derechos y garantías en la investigación y acusación del enriquecimiento ilícito: Jurisprudencia Brasileña.

Tanto en el procedimiento administrativo disciplinario (PAD), y más aún en el procedimiento penal debe existir interés de los actores procesales en que el trámite del contencioso respete los derechos fundamentales (derecho a la defensa, asistencia letrada, presunción de inocencia, in dubio pro reo...) y garantías de forma (debido proceso, prescripciones) con las que aquellos cuentan. Al demeritarse lo anterior, se produce la esterilización de los postulados ideales recogidos en la Constitución brasileña, y según la gravedad de la violación se daría lugar a una nulidad procesal. En ese sentido, el ente acusador le asiste el deber en materia de enriquecimiento ilícito desde la investigación de este, de actuar con respeto a las garantías procesales y derechos fundamentales. Un acto que respetaría tales se encaminaría a la iniciación de la investigación siempre que exista un acervo probatorio mínimo¹⁹, y no por el contrario acusar esperando información probatoria del interrogatorio a la parte acusada.

Una garantía varias veces discutida en función del proceso de enriquecimiento ilícito es la presunción de inocencia y la no variación a la carga de la prueba. Su incolumidad hasta ser desvirtuada probatoriamente garantiza la no comisión de injusticias en contra del procesado. Por lo tanto, es imperativo que la carga de la prueba permanezca en hombros del acusador público llamado a reunir las piezas probatorias que den mérito a una condena

¹⁹ Desde luego que desde el Supremo Tribunal Federal han abogado por la seriedad en la investigación en los hechos que conducirían al enriquecimiento ilícito de un funcionario público. Así pues en un caso bajo su examen dirían: “La cuestión sometida al presente juicio se refiere a la existencia de sustrato probatorio mínimo que autorice el inicio de la acción penal contra los denunciados”. (STF, 2014, Min, Dias Toffoli).

penal. Pese a lo anterior, bibliografía consultada del país brasileño insiste en el sostenimiento de la carga dinámica de la prueba en los procesos de enriquecimiento ilícito: “(...) cuando es desproporcionado, el enriquecimiento ilícito es presumido, y el agente público tiene la prueba de que fue lícito, señalando el origen de los recursos necesarios para la adquisición²⁰” (Meirelles, L., 2016, p.469).

La inconstitucional posición en la que quedaría el funcionario público lo obliga a convencer al juez de su inocencia. Lo anterior se recrudece con el mantenimiento en los ordenamientos jurídicos como el brasileño de presunciones de hecho y de derecho. En un procedimiento administrativo disciplinario (en adelante PAD) el mero desajuste entre el incremento patrimonial con los estipendios regulares percibidos por el funcionario público constituyeron presunción relativa para acusarlo de enriquecimiento ilícito. Si bien, no hay reproche en la facultad de la autoridad disciplinaria en adelantar las investigaciones que estime pertinentes, la objeción radica en que la prueba de las fluctuaciones en el patrimonio del funcionario se erigió como suficiente para requerir del acusado justificación del incremento, sin que la aportación de otros elementos probatorios se hubiese precisado.

(...) el acto de improbidad administrativa que importe en enriquecimiento ilícito, previsto en el artículo 9, apartado 7, de la Ley 8.429/1992, puede configurarse a partir de la prueba de la desproporcionada evolución patrimonial comprobada en

²⁰ Curiosamente el llamado a la inversión de la carga de la prueba puede provenir inclusive de instrumentos internacionales: (...) Atestiguada la desproporcionalidad de la evolución patrimonial, se constituye presunción relativa de que el enriquecimiento se ha producido ilícitamente, correspondiendo al imputado, en razón de la inversión de la carga de la prueba, el deber de demostrar la licitud en el origen de dichos recursos o que no está vinculada al ejercicio de su oficio público (por ejemplo, herencia o actividad lícita fuera de los horarios de trabajo). (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2003)

sindicación, lo que implica, como presunción relativa, acto del enriquecimiento ilícito; (STF, 2019, Min, Luiz Fux).

En otra oportunidad igualmente, en curso de un PAD la primera comisión juzgadora analizando la evolución del patrimonio de un funcionario público determinó no encontrar indicios que sirviesen de apoyatura para la apertura de una acción fiscal, sin embargo la autoridad disciplinaria soslayó dicho dictamen y ordenó el estudio de los documentos por parte de una segunda comisión. Con posterioridad, con arreglo al dictamen de la segunda comisión en la que se encontró fluctuaciones patrimoniales, la autoridad disciplinaria de la Unión impuso la sanción pecuniaria. Al apelarse la decisión y ser de conocimiento del Supremo Tribunal Federal, con sentencia mayoritaria se confirmó el fallo, sin que se tomase en consideración la aplicación del “in dubio pro reo” en cuanto se trataba de una actuación que caía en la órbita del derecho administrativo sancionador. La aplicación de la garantía constitucional era imperativa ya que ante la duda surgida de los dictámenes de ambas comisiones juzgadoras, la dubitación debía resolverse a favor del enjuiciado. Contrario a lo anterior, la autoridad disciplinaria sancionó al funcionario. Decisión que fue criticada por voto opositor en el Supremo Tribunal Federal por parte del Ministro Marcos Aurelio:

La documentación de la orden de seguridad muestra un procedimiento erróneo que permite que la sanción administrativa no sea válida. En el caso que nos ocupa, la formación de la segunda comisión procesal se debió simplemente a un desacuerdo con las conclusiones del informe final, con el fin de revelar una orientación indebida en cuanto al resultado de la liquidación, en violación de los

principios de impersonalidad y moralidad. (Voto opositor, 2016, Min. Marcos Aurelio).

Conclusión.

Estados como el brasileño y el colombiano han optado por la criminalización del enriquecimiento ilícito. Esta postura demarca el encomiable cometido de perseguir a los estafadores del erario público, en tanto actividad degenerativa y germen generador de inconformidad ciudadana. La jurisprudencia de ambas naciones se ha decantado en la justificación de la descripción típica, arguyendo su completa armonía con los postulados superiores, y con la carta de derechos, específicamente aquellos que se ponen en entredicho en los procesos administrativos y penales. Más allá de este tipo de relatoría la verificación de su empatía o no debe superar los esquemas abstractos de la disertación teórica, y ponerse a prueba con las experiencias procesales en los Tribunales de lo administrativo y lo penal. Esta ha sido la propuesta de este trabajo, aclarando que dicha contrastación fáctica es solo una pequeña aproximación, que puede servir de base para futuros trabajos más elaborados y con una muestra mayor.

Queda como colofón, a partir de la jurisprudencia internacional, y en específico, la brasileña y colombiana que lejos de existir una compatibilidad armónica entre la incorporación del enriquecimiento ilícito y el listado de derechos y garantías constitucionales, persisten embrollos recurrentes a la hora de interiorizar por parte de los actores procesales la hoja de ruta procesal que posibilita la convivencia del injusto en mención en lo relativo a su investigación, acusación y condena con el carácter incólume de los derechos fundamentales del procesado.

Referencias Bibliográficas

DA COSTA JR, P. (2009). Curso De Direito Penal. Editora Saraiva. 10ª edição Revista e atualizada. Universidade de Roma e São Paulo.

DE MORALES, A. POGGIO, S. y GIANPAOLO. (2005). Legislação Penal Especial. Serie Fundamentos Jurídicos. 8ª edição Revista e ampliada. Editora Atlas S.A. São Pablo.

JUNQUEIRA, G. FULLER, P. (2010). LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL. Volume 1 6ª edição. Editora Saraiva.

DOLZ LAGO, M. J.: “El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España (una visión jurisprudencial crítica)”, Ed. La Ley, Madrid 2014.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. «Delitos contra la Administración pública», en el colectivo (dirigido por RODRÍGUEZ MOURULLO) Comentarios al Código Penal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 1084 y ss.

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). “Constitución política de Colombia”. Bogotá, Colombia. Recuperado de:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr005.html

Blanco, C. (2013). “EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués”. Recuperado de:

<https://core.ac.uk/download/pdf/32321234.pdf>

Câmara dos Deputados. (1990). “Lei N- 8112- disposiciones sobre el régimen jurídico de los servidores públicos de la Unión”. Brasilia, Brasil. Recuperado de:

<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/5127629/4132742/LeiN8.112de11dedezembrode1990.pdf>

Câmara dos Deputados. (1992). “Lei N- 8429, enriquecimento ilícito”. Brasilia, Brasil.

Recuperado de: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaactualizada-pl.pdf>

Câmara dos Deputados. (1940). “Decreto-Lei nº 2.848. Brasilia, Brasil”. Recuperado de:

https://www.oas.org/juridico/mla/pt/bra/pt_bra-int-text-cp.pdf

Cámara Nacional de Casación Penal. (2005). “Recurso de casación e inconstitucionalidad”. Buenos Aires, Argentina. Recuperado de:

http://cipce.org.ar/sites/default/files/2016/04/casos1997_0.pdf

COLOMBIA, (1996). Corte constitucional, Sentencia C-319 1996.: MP, Vladimiro Naranjo Mesa.

Congreso Nacional. (1984).” Código penal de la Nación Argentina”. (LEY 11.179).

Recuperado de:

<https://www.economia.gob.ar/concursos/biblio/CODIGO%20PENAL%20DE%20LA%20NACION%20ARGENTINA.pdf>

Congreso de la República. (2000). “Ley 599 de 2000, código penal”. Bogotá, Colombia.

Recuperado de: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2000_codigopenal_colombia.pdf

Meirelles, L. (2016). “Derecho Administrativo Brasileño”. 42ª ed. Sao Paulo: Malheiros, p. 469.

Supremo Tribunal Federal. (2014). “Ação penal julgada improcedente, Inq. 2616, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, maioria”. Recuperado de: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>

Supremo Tribunal Federal. (2019). “*A G.REG. EN EL RECURSO ORD. Y M ORDEN DE SEGURIDAD 34.694 DISTRITO FEDERAL*”. Ministro LUIZ FUX. Recuperado de: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751394633>

Supremo Tribunal Federal. (2018). “INQUÉRITO 3.962 DISTRITO FEDERAL”. Ministro Rosa Weber. Recuperado de: edir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=74818170.

Supremo Tribunal Federal. (2017). “INQUÉRITO 3.674 RIO DE JANEIRO. MIN. LUIZ FUX”. Recuperado de: edir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13610808

Supremo Tribunal Federal. (2016). “RECURSO ORD. Y M ORDEN DE SEGURIDAD 33.666 DISTRITO FEDERAL”. Ministro Marcos Aurèlio. Recuperado de: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11691151>

Portugal. (2012). “Tribunal Constitucional Português”. Processo nº 182/2012, sentencia. nº 179/2012, magistrado ponente José da Cunha Barbosa, por mayoría. Publicado el 19-04-2012.

Presidencia de la República. (1980). “Código penal. DECRETO LEY 100”. Bogotá (Colombia). Recuperado de:

http://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/pdf/codigo_penal_1980.pdf