

**INGREDIENTE NORMATIVO DEL TIPO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO
DE PARTICULARES**

**TATIANA BALLESTEROS GALVIS
CLAUDIA CRISTINA RUEDA PABÓN**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO
BUCARAMANGA
2005**

**INGREDIENTE NORMATIVO DEL TIPO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO
DE PARTICULARES**

**TATIANA BALLESTEROS GALVIS
CLAUDIA CRISTINA RUEDA PABÓN**

**Monografía presentada como requisito parcial para optar al título de
Abogado**

**Director
JAVIER OCTAVIO TRILLOS MARTÍNEZ
Abogado Especialista en Derecho Penal**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO
BUCARAMANGA
2005**

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
1. ORIGEN DEL ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULARES	2
1.1 EVOLUCION HISTORICA DEL ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULARES	2
1.2 EVOLUCION SOCIAL	3
1.3 EVOLUCIÓN JURÍDICA	5
1.4 DERECHO COMPARADO	10
2. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL DELITO	14
2.1 TIPICIDAD	14
2.1.1 Aspecto objetivo	14
2.1.1.1 Sujeto activo	15
2.1.1.2 Sujeto pasivo	15
2.1.1.3 Bien jurídico tutelado	16
2.1.1.4 Objeto material	17
2.1.1.5 Conducta	18
2.1.2 Aspecto subjetivo	19
2.1.2.1 Dolo	19
2.1.2.2 Culpa	19
2.1.2.3 Preteritención	20
2.2 INGREDIENTE NORMATIVO	21
2.2.1 Definición	21
2.2.2 Incremento patrimonial no justificado	21
2.2.3 Actividades delictivas	25
2.3 ANTIJURICIDAD	29
2.4 CULPABILIDAD	30

3. VALORACIÓN JURIDICA	31
3.1 AUTONOMIA ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULARES	31
3.2 DEBIDO PROCESO	41
3.3 EXTINCIÓN DE DOMINIO	44
3.3.1 Extinción de dominio y enriquecimiento ilícito	46
3.4. INTERPRETACIÓN DEL INGREDIENTE NORMATIVO – CASOS	50
3.4.1 Fallos condenatorios	50
3.4.1.1 Caso de Armando Holguín	50
3.4.1.2 Caso de José Eduardo Mestre Sarmiento	52
3.4.1.3 Caso de Alberto Giraldo López	60
3.4.1.4 Caso de Rodrigo Garavito Hernández	64
3.4.2 Resoluciones inhibitorias	67
3.4.2.1 Caso de Rodrigo Marín Bernal	67
3.4.2.2 Caso de Alvaro Leyva Durán	69
3.4.2.3 Caso de William Rodríguez Abadía	70
CONCLUSIONES	75
BIBLIOGRAFIA	77
ANEXOS	79

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
ANEXO A. DECRETO N° 2266 DE 1991	80
ANEXO B. LEY 40 DE 1993	81
ANEXO C. LEY 333 DE 1996	91
ANEXO D. PROCESO N° 15224	101
ANEXO E. PROCESO N° 16356	142
ANEXO F. PROCESO N° 16717	163
ANEXO G. SENTENCIA N° C-127 DE 1993	173
ANEXO H. SENTENCIA C-319 DE 1996	227
ANEXO I. SENTENCIA C-389 DE 1994	272
ANEXO J. SENTENCIA SU 1300 DE 2001	283

RESUMEN

TÍTULO: INGREDIENTE NORMATIVO DEL TIPO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES *

AUTORES: BALLESTEROS GALVIS, Tatiana, y, RUEDA PABÓN, Claudia Cristina **

PALABRAS CLAVES: Enriquecimiento ilícito, actividades delictivas, incremento no justificado, autonomía, moral social

DESCRIPCIÓN:

Este trabajo de investigación es explicativo, se comienza mirando aquellas causas tanto sociales como jurídicas que llevan al legislador colombiano a la tipificación del Enriquecimiento Ilícito de Particulares en nuestro ordenamiento jurídico, también se analiza el ingrediente normativo del tipo el que se estructura en dos expresiones: “No Justificado” y “Actividades Delictivas” que se encuentran estrechamente relacionadas con la autonomía y sobre el particular se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C – 319 de 1.996, en donde la postura mayoritaria manifiesta que el Enriquecimiento Ilícito es un delito autónomo y no se necesita de previa sentencia en firme para probar la actividad delictiva, en el Salvamento de Voto los magistrados Carlos Gaviria, Alejandro Martínez y Jorge Arango Mejía dicen que estas actividades deben estar probadas para luego iniciar la investigación por Enriquecimiento con el fin de no violar el debido proceso.

Así mismo, se plantea que el bien jurídico tutelado es la moral social, pero no haya una definición precisa de la misma, pues el constituyente argumenta que al proteger ésta se incluye el orden económico social para conservar la propiedad privada y aquellos derechos adquiridos con justo título y arreglo a las leyes.

Se comparte la postura planteada por los magistrados en el salvamento de voto, porque en el transcurso de este trabajo se pudo establecer la falta de claridad en la literalidad de la norma, la inversión de la carga de la prueba y la necesidad en que la legislación y la jurisprudencia planteen una solución a la violación del debido proceso que presenta el delito en estudio así como también se de un concepto claro y preciso sobre la moral social como bien jurídico tutelado.

* Monografía

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Javier Octavio Trillos Martínez

ABSTRACT

TITLE: NORMATIVE INGREDIENT OF THE TYPE OF ILLICIT ENRICHMENT OF MATTERS *

AUTHORS: BALLESTEROS GALVIS, Tatiana, y, RUEDA PABÓN, Claudia Cristina **

KEY WORDS: Illicit enrichment, criminal activities, increase not justified, autonomy, moral social

DESCRIPTION:

This investigation work is explanatory, you begins looking at those causes so much social as juridical that take to the Colombian legislator to tipification of the Illicit Enrichment of Matters in our juridical classification, also the normative ingredient of the type the one is analyzed that is structured in two expressions: "Not Justified" and "Criminal Activities" that are closely related with the autonomy and envelope the matter the Constitutional Court was pronounced in the sentence C-319 of 1.996 where the apparent majority posture that the Illicit Enrichment is an autonomous crime and it is not needed of previous sentence in firm to prove the criminal activity, in the Salvage of Vote the magistrates Carlos Gaviria, Alejandro Martínez and Jorge Arango Mejía says that these activities should be proven it stops then to begin the investigation for Enrichment with the purpose of not violating the due process.

Likewise, its thinks about that the juridical good one guided it is the social morals, but don't have a precise definition of the same one, because the constituent argues that when protecting this the social economic order it is included to conserve the private property and those acquired rights with fair title and arrangement to the laws.

The posture is shared outlined by the magistrates in the vote salvage because in the course of this work the lack of clarity could settle down in the literality of the norm, the investment of the load of the test and the necessity in that the legislation and the jurisprudence outline a solution to the violation of the due process that presents the crime in study as well as you of a clear concept and specify on the social morals as very juridical guided.

* Monograph

** Faculty of Human Sciences. School of Law and Political Sciences. Javier Octavio Trillos Martínez

INTRODUCCION

El delito de Enriquecimiento Ilícito de Particulares es una figura que fue creada en Colombia hace 16 años como consecuencia de la situación interna que presentaba nuestro país, tomó impulso después de la promulgación de la Constitución de 1.991 y es un delito que ha tocado todas las esferas de la sociedad colombiana.

En el presente trabajo queremos hacer un análisis a este tipo que hoy en día se encuentra consagrado en el Art. 327 de la Ley 599 de 2.000, iniciamos con su evolución tanto social como jurídica que hace que lo tengamos contemplado en nuestro ordenamiento.

En el segundo aparte, se presenta un análisis de los elementos que conforman este delito como lo son la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y, con más detenimiento el ingrediente normativo del tipo; este elemento es el que le da al Juez penal un margen de interpretación de la norma para fallar en un determinado caso.

Como complemento de este trabajo, se presenta un bosquejo sobre la autonomía del tipo de Enriquecimiento Ilícito de Particulares, donde tendremos en cuenta algunas posiciones doctrinales y jurisprudenciales que se dan en relación a ésta al igual que el debido proceso y la extinción de dominio en coherencia con esta figura y, por último, hay un breve análisis de sentencias condenatorias y algunas resoluciones inhibitorias que se han proferido en contra y a favor de personalidades de nuestro país.

1. ORIGEN DEL ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULARES

El análisis dogmático del tipo penal bajo estudio, no puede abordarse sin contextualizar previamente las causas que el legislador, en atención a las directrices de su política criminal tuvo en cuenta para consagrar la conducta punible.

La expansión del narcotráfico que ya comenzaba a invadir de corrupción el país, hizo que el Gobierno Nacional tomara medidas drásticas contra este delito para evitar que la crisis en que Colombia se sumergía, continuara.

Por ende, haremos un breve repaso de todas aquellas circunstancias sociales y jurídicas que dan origen a este tipo haciendo que hoy prevalezca y se investigue a un determinado grupo de personas por obtener incrementos injustificados de su patrimonio; también miraremos la diferencia con legislaciones como la Argentina, Boliviana, Puertorriqueña y Costarricense.

1.1 EVOLUCION HISTORICA DEL ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULARES

El Enriquecimiento Ilícito de Particulares es una figura de creación reciente, tiene como base el Enriquecimiento Ilícito de Servidores Públicos y toma fuerza para la década de los años 80' debido al surgimiento y fortalecimiento de los carteles de la droga.

Dada la difícil situación social que vivía Colombia, el Gobierno Nacional adoptó medidas tendientes a evitar la expansión del narcotráfico, entre las

cuales se encontraba la tipificación de este delito cuyo antecedente se remonta al primer proyecto presentado por la Comisión Redactora del Código Penal en 1.972 hasta lo que hoy conocemos en el Art. 327 de la Ley 599 de 2.000.

En la actualidad, el Enriquecimiento Ilícito de Particulares es uno de los delitos de mayor tratamiento en los medios de comunicación quienes de manera frecuente hablan de investigaciones y de sentencias condenatorias que se han proferido a grandes personalidades por haber recibido dineros del narcotráfico también llamados “dineros calientes” con los cuales se financiaron campañas políticas (como la del ex-Presidente ERNESTO SAMPER PIZANO, que dio origen al proceso más controvertido en la historia de nuestro país: “El 8.000”; en donde personalidades como el ex-Congresista Jorge Eduardo Mestre Sarmiento fue condenado por Enriquecimiento Ilícito de Particulares)¹.

El tipo de Enriquecimiento Ilícito de Particulares lo trataremos en dos fases de evolución: UNA SOCIAL Y OTRA JURÍDICA; teniendo en cuenta como referente en el derecho comparado la legislación Argentina destacando su influencia en nuestro medio.

1.2 EVOLUCION SOCIAL

1.980 es una época que se caracterizó por su violencia, en donde surgieron y se expandieron los carteles de la droga en Colombia: el de Medellín al mando de PABLO ESCOBAR GAVIRIA y el de Cali al mando de los

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 16356. M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego. 4 de abril de 2001.

invivable para muchos colombianos en razón a que el miedo y la zozobra se apoderaba de todos; es así que el Gobierno Nacional decidió declarar el país en Estado de sitio y, dentro de las cuestiones esenciales que se citaron como causa de turbación del orden público se señalaron:

“... la acción persistente de grupos y de organizaciones relacionadas con el narcotráfico, orientada a desestabilizar el funcionamiento de las instituciones. Que la acción de esos grupos y de las organizaciones vinculadas al narcotráfico, ha producido el incremento patrimonial injustificado 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..”²

Se desató una guerra Gobierno – Narcocarteles donde el primero inició la persecución contra los capos de la droga, desatándose una crisis interna y en los diferentes medios de comunicación continuamente daban informes de carros – bombas que cobraban vidas humanas, se perturbó el orden público especialmente en ciudades como Cali, Medellín y Bogotá. La difícil situación en todo el territorio nacional se manifestó con actos terroristas que atentaron contra la vida e integridad de funcionarios del Estado como el asesinato de RODRIGO LARA BONILLA, de dirigentes políticos, sindicales y secuestro de candidatos a Alcaldías y Corporaciones Públicas de elección popular; así mismo, graves daños a oleoductos, plantas industriales, edificios públicos, sedes de partidos y agrupaciones políticas, instalaciones militares, policiales y de servicios públicos; todo esto fue una forma de retaliación de estos carteles contra el Gobierno para detener su persecución y manifestar su poderío, volviéndose todo esto en un desafío.

² ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. El enriquecimiento ilícito: Aspectos jurídicos y procesales. 3ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1998. Pp. 110.

Por otro lado, había un problema mucho peor: LA CORRUPCIÓN. Ésta tocó todas las esferas sociales del país; a muchas personas lo único que le importaba era el dinero fácil sin tener en cuenta de dónde provenía el mismo, es así como se empezaron a contratar personas para cegarle la vida a otras y el sicariato se convirtió en un negocio rentable. De otra parte, se comenzó a ver personas que de un momento a otro resultaban con un crecimiento patrimonial sin justificación alguna, así mismo se observan individuos que no estaban de manera directa involucrados con el narcotráfico pero que terminan con lujosos bienes inmuebles y cuentas bancarias con cifras bastante elevadas sin que pudieran de manera válida justificar el incremento patrimonial, situación conocida como TESTAFERRATO.

Todas estas circunstancias llevaron a que el país se sumergiera en una gravísima situación social y económica que trajo como consecuencia la elevación de los índices de inflación, la sobrevaloración de la propiedad raíz, los bienes y servicios; lo anterior llevó al Gobierno Nacional a la adopción de medidas tendientes a restablecer el orden interno, como lo fue la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

1.3 EVOLUCIÓN JURÍDICA

El primer antecedente legislativo del delito de Enriquecimiento Ilícito de Particulares es el tipo penal del Enriquecimiento Ilícito de Empleados oficiales, figura que pretendía luchar contra la corrupción de los mismos y cuyo bien tutelado era la administración pública. Fue así que la Comisión Redactora del Código Penal de 1.972 resolvió en el Acta 82 crear por primera vez una figura autónoma, con el siguiente texto "... el funcionario o empleado público o el trabajador oficial que obtenga para sí o para un tercero incremento patrimonial no justificado durante el ejercicio de su cargo,

incurrirá en prisión de uno a ocho años y multa de un mil a quinientos mil pesos”³.

Posteriormente, en los años de 1.974, 1.976 y 1.978 se sentaron otros proyectos para la tipificación del Enriquecimiento Ilícito de Servidores Públicos, pero sólo hasta 1.979 se aprobó uno con el siguiente texto:

“... El empleado oficial que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de uno a ocho años, multa de veinte mil a dos millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos a diez años. En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado”⁴

La anterior norma llegó a constituir el Art. 148 del Código Penal de 1.980 y se contempla hoy en el Art. 412 de la Ley 599 de 2.000.

A raíz de toda la situación vivida en Colombia, el Gobierno Nacional declara el estado de sitio, facultando así al Presidente de la República en la toma de medidas necesarias para conjurar la dificultad por la que atravesaba el país; por consiguiente, se promulga el Decreto 1895 del 24 de Agosto de 1989, donde se tipifica por primera vez el DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULARES. Y, es el Dr. ALFONSO GOMEZ MENDEZ quien en su condición de Congresista presenta el proyecto de Enriquecimiento Ilícito de Particulares y, luego como de Procurador General de la Nación le da el visto bueno a tan polémico decreto, según él mismo lo manifestó el 24 de Marzo de 1.996 en el diario “El Tiempo”:

³ Ibíd. Pp. 257.

⁴ Ibíd. Pp. 257.

“El Castigo para el enriquecimiento ilícito como delito es una de las mejores armas que tiene el Estado en la lucha contra la corrupción. Como congresista presenté un proyecto de ley para establecer el enriquecimiento ilícito de los particulares; luego, como Procurador impulsé la aplicación de una norma que ya existía en el Código Penal para el Enriquecimiento Ilícito de los funcionarios públicos.

Después, también como Procurador, le di el visto bueno a la norma del Gobierno de Barco para que sancionara el Enriquecimiento Ilícito derivado del narcotráfico porque entonces, como hoy, pienso que uno de los instrumentos eficaces para combatir el narcotráfico es romper sus nexos con la clase política y afectar bienes derivados de él. Creo que el país no ha debido abandonar la política Barco en materia de lucha frontal contra el narcotráfico.”

Por consiguiente, el Art. 1º del Decreto 1895 de 1.989, bajo el amparo del Art. 121 de la Constitución de 1.886, dispuso:

“Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, el que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para si 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”⁵.

Pero el Gobierno Nacional remitió este decreto a la Corte Suprema de Justicia para su revisión de constitucionalidad, el cual fue declarado EXEQUIBLE bajo los siguientes argumentos:

⁵ Decreto 1895 de 1989. Art. 1. “Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público”.

En cuanto al Art. 1:

“No obstante que el Art. 1º del decreto alude al “incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma de actividades delictivas” (...) ya que no toda acción delictuosa es causa de la actual desestabilización institucional. Sin embargo, para definir su verdadero alcance, debe atenderse al fin buscado por el legislador de excepción al dictar estas disposiciones y las complementarias (...), todas ellas encaminadas a enfrentar la acción de la delincuencia organizada vinculada al tráfico de estupefacientes, lo cual permite delimitar el marco de aplicación de sus preceptos.

(...)

Dicho en otra forma, las expresiones “actividades delictivas” se refieren únicamente al delito de ‘narcotráfico’ y sus conexos, lo que está reforzando con el señalamiento de la autoridad competente para su juzgamiento.

(...)

En cuanto al Art. 3:

(...) establece la vigencia del decreto a partir de la fecha de su publicación, vale decir, una vez se de a conocer a los ciudadanos y excluye la aplicación retroactiva de sus preceptos, en consonancia con los principios fundamentales que exigen la predeterminación legal del delito y de la pena...”⁶

El decreto 1895 de 1.989 tendría vigencia sólo mientras durara el estado de sitio declarado cinco años atrás por el gobierno del Presidente BELISARIO BETANCUR CUARTAS, mediante el decreto legislativo No. 1038 de 1.984 y

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia No 71. 3 de octubre de 1989.

su vigencia era durante la Constitución de 1886 porque con el nacimiento de la Constitución de 1.991 desaparecería.

En virtud de lo preceptuado en el Art. 8 transitorio de la Constitución Nacional que dice:

“... Los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de Estado de Sitio hasta la fecha de promulgación del presente Acto Constituyente, continuarán rigiendo por un plazo máximo de noventa días, durante los cuales el Gobierno Nacional podrá convertirlos en legislación permanente, mediante decreto, si la Comisión Especial no los imprueba...”⁷.

El Gobierno Nacional tuvo la excusa perfecta para prolongar el mismo noventa días más y mantuvo su vigencia al no improbarlo la Comisión Especial Legislativa y, en virtud de las facultades otorgadas al Presidente de la República para convertir en legislación permanente aquellos decretos que fueron expedidos en vigencia del estado de sitio, se da a conocer el Decreto 2266 del 4 de Octubre de 1.991 que dice en su Art. 10: “Adóptese como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto Legislativo 1895 de 1989...”⁸, en donde su Art. 1º fue conservado en su integridad y declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-127 de 1.993.

El Presidente de la República sanciona el 24 de Julio de 2.000 la Ley 599 que en su Art. 327 enmarca la figura de Enriquecimiento Ilícito de Particulares en donde se conserva casi toda su literalidad 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

⁷ Constitución Política de Colombia. Art. 8 Transitorio.

⁸ Decreto 2266 de 1991. Art. 10.

delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales vigentes”⁹.

Tenemos que la variación estuvo radicalmente en la sanción a imponer porque la misma pasó de cinco a seis años como pena mínima y, en relación con la multa se tiene que antes se tomaba el equivalente al valor del incremento logrado de manera ilícita pero ahora es el doble del valor que se logró con el incremento injustificado.

1.4 DERECHO COMPARADO

En Latinoamérica son pocos los países que han adoptado en sus estatutos penales tipos con similitudes al Delito de Enriquecimiento Ilícito; las legislaciones que lo han hecho, lo tipifican de forma muy variada con diversas consecuencias.

La legislación Boliviana en su Código Penal en el Título II Capítulo I ha estipulado en el Art. 149: “Omisión de declaración de bienes y rentas. El funcionario público que conforme a la ley estuviere obligado a declarar sus bienes y rentas a tiempo de tomar posesión de su cargo, y no lo hiciere será sancionado con multa de 30 días”¹⁰.

⁹ Código Penal Colombiano. Art. 327.

¹⁰ Código Penal de Bolivia. Título II. Capítulo I. Art. 149.

Costa Rica en su Art. 346 lo maneja así:

“Enriquecimiento ilícito. Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado:

1) Aceptare una dádiva cualquiera o la promesa de una dádiva para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario, para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones;

2) Utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo;

3) Admitiere dádivas que le fueren presentadas u ofrecidas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo; y

4) No justificare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable a su patrimonio posterior a la asunción de un cargo público...”¹¹

Con relación a estas legislaciones, más que tipificar el tipo en cuestión, se sanciona el Enriquecimiento Ilícito del Servidor Público, lo que hace entrever que Colombia es un país pionero en tomar medidas drásticas tanto para el Servidor Público como para el Particular en lo referente con los incrementos injustificados.

La legislación Argentina en su Capítulo IX bis, trata el tema de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados. Haciendo un breve bosquejo, se puede decir que en Argentina la conducta radica en no justificar el enriquecimiento indebido; opera el principio de In Dubio Pro Reo, debe haber un debido requerimiento específico para que se justifique el enriquecimiento pero éste se puede hacer en cualquier tiempo ya que no se

¹¹ Código Penal de Costa Rica. Sección Segunda. Ley 4573 de 1.970. Art. 346.

encuentra sometido a prescripción, no hay presunción por que es un deber y lo que pune es su incumplimiento; por último, no se maneja la complicidad debido a que la acción es la de no justificar y quien lo hace es el autor, no hay nadie más que participe en este delito.

Esto se diferencia claramente de Colombia si partimos que en nuestra legislación hablamos del incremento no justificado; se hace el respectivo requerimiento en la indagatoria; maneja la presunción de inocencia hasta tanto no se demuestre lo contrario; se tiene en cuenta la complicidad porque la persona interpuesta si puede participar en la acción de obtener el incremento.

Sin embargo, el tipo de Enriquecimiento Ilícito de Particulares tal y como se establece en la Legislación colombiana no se ha tipificado en ningún país del mundo, como lo expresa Antonio José Cancino Moreno en su libro “El Delito de Enriquecimiento Ilícito de Particulares: “... En ningún Estado de derecho del mundo, con sistema de economía de lucro asentada sobre la propiedad privada de los medios de producción social, existe el denominado delito de Enriquecimiento Ilícito de Particulares...”¹²

El Doctor Cancino Moreno es un doctrinante que critica fuertemente la posición del Gobierno colombiano porque el delito en estudio es una figura sin fundamento, su creación obedeció más a la presión ejercida por los Estados Unidos para la lucha contra el narcotráfico y dejó a un lado la protección consagrada a la propiedad (consagrada en el artículo 58 C.P.), y el hecho que en nuestra sociedad se desarrollan actividades que llevan a un incremento constante de quienes la componen, fundamentándose en el lucro

¹² CANCINO MORENO, Antonio José. El delito de enriquecimiento ilícito. 1ª ed. Bogotá: Editorial El Profesional. 1986.

y en donde no todas las veces se deja soporte, tanto así, que en ningún Estado democrático del mundo se ha pasado por alto estas situaciones.

2. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL DELITO

Dentro de este capítulo realizaremos un análisis del tipo penal de Enriquecimiento Ilícito de Particulares en la Ley colombiana, con el fin de tener claridad respecto de sus elementos estructurales.

2.1 TIPICIDAD

2.1.1 Aspecto objetivo

Para que un hecho pueda ser considerado como típico, se necesita que la conducta desplegada por una persona encuadre dentro de la descripción hecha por el Legislador de un comportamiento como delictivo y al que se le tiene asignada una sanción. Para el caso en estudio, se analiza la clase de Enriquecimiento que se presenta: Injustificado.

El Enriquecimiento Ilícito de Particulares se encuentra descrito en el Art. 327 del Código Penal (Ley 599 de 2.000):

Art. 327. Enriquecimiento Ilícito de Particulares. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes¹³.

¹³ Congreso de la República de Colombia. Código Penal. Ley 599 de 2000. Art. 327.

2.1.1.1 Sujeto activo

El sujeto activo es quien realiza la conducta descrita en la norma sustantiva como delictiva. Para el tipo en estudio, éste es indeterminado, es decir, cualquier persona sin características especiales que pueda consumir dicha conducta punible; sin embargo, el autor del delito puede llevarlo a cabo solo o por interpuesta persona valiéndose de otro como instrumento.

Aunque el antecedente del tipo de Enriquecimiento Ilícito de Particulares es el de Servidor Público, se diferencia respecto del sujeto activo en que este último es calificado, ya que se trata del “servidor público”, expresión que no debe entenderse en el sentido administrativo del término sino de conformidad con la Ley 599 de 2.000, Art. 20 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 Bando 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 Art. 338 de la Constitución Política”.¹⁴

2.1.1.2 Sujeto pasivo

Se enmarca en éste el titular del bien jurídico tutelado sin importar si es una persona natural o jurídica.

¹⁴ Congreso de la República de Colombia. Ley 599 de 2000. “Por el cual se expide el Código Penal. Art. 20.”

Con la Constitución de 1.886, el Sujeto Pasivo era el Estado Colombiano como titular del bien jurídico del orden público y económico; para la Constitución de 1.991, sigue siendo el Estado pero ahora la razón esta en el titular de la moral social.

2.1.1.3 Bien jurídico tutelado

Es aquel particular bien – interés que el hecho incriminado lesiona o expone a peligro y en protección del cual interviene la tutela penal.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1.886 y con la expedición del Decreto 1895 de 1.989, el delito en estudio protegía la tranquilidad y seguridad ciudadana, la salubridad pública, la economía nacional o lo que es lo mismo el orden público y económico. A la luz de la Constitución de 1.991 entró en vigor un nuevo bien jurídico, la “moral social” en razón al deterioro moral que el Enriquecimiento fácil causó en la sociedad. Es así que el interés jurídico objeto de protección se constitucionalizó, pues lo definió el Art. 34 inciso 2: “...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...”¹⁵

Al tratar el bien jurídico protegido, la Corte Constitucional en sentencia 319 de 1.996 sostuvo:

“... en el caso colombiano, lo que llevó al constituyente de 1.991 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

¹⁵ Constitución Política de Colombia. 1991. Art. 34. Inciso 2°.

*desenfrenada corrupción, no solo en el ámbito 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 en caso todas las esferas de la sociedad colombiana...*¹⁶

Para el caso del Enriquecimiento Ilícito de Servidores Públicos lo que se pretende proteger es la función pública, el deber de fidelidad de los funcionarios con la administración, el respeto que a ella y a quienes representan deben tener los particulares y específicamente la moral social.

El Enriquecimiento Ilícito de Particulares es un delito pluriofensivo que puede atacar varios bienes jurídicos; sin embargo, en atención a la política criminal del Estado plasmada por el legislador, se consideró que el bien jurídico tutelado es la moral social que contiene el orden económico y social, y su protección constitucional se encuentra en el artículo 34 inciso segundo de la Carta Política; por consiguiente, al proteger este precepto, se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes, esta protección no se puede extender a aquellos bienes adquiridos con el producto de actividades ilícitas porque sólo lo lícito genera derechos y por fuera de la ley no se puede haber amparo del Estado.

2.1.1.4 Objeto material

Es aquello sobre lo cual se concreta el interés jurídico que la norma sustantiva pretende proteger y en el que recae la acción del sujeto activo. Para el Enriquecimiento Ilícito de Particulares específicamente es el incremento patrimonial obtenido de manera injustificada, el cual se puede

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia 319 de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Meza. 18 de julio 18 de 1996.

determinar respecto de cada caso en concreto en razón a que se materializa en los activos, pasivos, gastos, aportes sociales; es decir, bienes que determinan el valor del incremento obtenido, cuantificable a través de la comparación patrimonial entre dos momentos.

El valor de los bienes que constituyen el objeto material, son los que establecen la cuantía para la competencia, si ésta excede de los 50 S.M.L.M.V., su conocimiento le corresponde a los Jueces Especializados.

2.1.1.5 Conducta

Es el comportamiento desplegado por el sujeto agente que se adecua al definido en forma general y abstracta por el legislador, regida por el verbo rector. Para el caso que nos ocupa el núcleo rector lo constituye el verbo obtener, constituyéndose así un delito de resultado, es decir que se configura si se obtiene materialmente el aumento patrimonial.

Cuando el incremento se obtiene para sí de manera directa o por interpuesta persona, se denomina Enriquecimiento Ilícito a favor propio, porque se enriquece el sujeto activo, bien de manera directa, ora por interpuesta persona, porque ésta lo único que hace es servir de puente con el enriquecido ilícitamente en la transmisión del bien.

En el caso del Enriquecimiento Ilícito para otro, el denominado a favor de tercero, el autor del delito obtiene incremento patrimonial para otro, por ejemplo, el ciudadano que con dinero recibidos por actividades delictivas adquiere vivienda para su padre, es así que este último incrementó su patrimonio¹⁷.

¹⁷ RUIZ YÉPEZ, Luz América. El delito de enriquecimiento ilícito de particulares. 3ª ed. Bogotá: Editorial Leyer. 2001. Pp. 43.

En relación al Enriquecimiento Ilícito de Servidores Públicos, la obtención del incremento no justificado se presenta en razón del cargo o de sus funciones.

2.1.2 Aspecto subjetivo

2.1.2.1 Dolo

Es el elemento subjetivo que hace parte de la acción física descrita en el tipo penal, se encuentra integrado por el conocimiento y la voluntad. Se encuentra descrita en el Código Penal en su Art. 22:

Art. 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce de los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

La conducta en estudio es de modalidad dolosa.

2.1.2.2 Culpa

Es un elemento subjetivo que hace parte de la acción y determina la modalidad de la conducta, descrita en el Art. 23 del Código Penal:

Art. 23. Culpa. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto confió en poder evitarlo.

2.1.2.3 Preterintención

Es el que determina la modalidad del comportamiento, consagrado en el Art. 24 del Código Penal:

Art. 24. La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.

Después de haber descrito el aspecto subjetivo, analizaremos cuál es la conducta que se adecua en el tipo de Enriquecimiento Ilícito de Particulares. Si miramos el aspecto culposo o preterintencional, se tiene que estos solamente son punibles en los casos señalados en la Ley, al tenor del Art. 22 del C.P.; pero hablamos de conducta dolosa cuando quien la realiza conoce de la infracción penal y aún así la comete tiene plena voluntad y no deja espacio alguno para que admita la modalidad culposa o la Preterintención.

La única modalidad de conducta que admite el Enriquecimiento Ilícito de Particulares es la DOLOSA, porque para tal tipificación se exige la presencia de conocimiento y voluntad, significando ello que el sujeto agente a sabiendas que el hecho es delictivo de manera libre y voluntaria lo realiza y en su ejecución no llega a aparecer ninguna circunstancia que afecte éstos, es decir, no se presenta ninguna de las causales de ausencia de responsabilidad consagradas en el Art. 32 del Código Penal.

2.2 INGREDIENTE NORMATIVO

2.2.1 Definición

Como primera medida entraremos a definir el ingrediente normativo según el concepto emitido por la Corte en su sentencia 319 de 1.996:

“... 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 activos o pasivos o al objeto material o pretenden precisar el alcance o 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...”¹⁸

Para el tipo de Enriquecimiento Ilícito debe tenerse en cuenta que posee dos ingredientes normativos: ... 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**...

Debemos entrar a hacer un análisis del primero de los ingredientes aunque el objeto de nuestro trabajo está centrado en el segundo, ya que posee una estrecha relación para la configuración del tipo.

2.2.2 Incremento patrimonial no justificado

El incremento se da cuando se presenta un aumento en los activos fijos o corrientes, una disminución en los pasivos, o un crecimiento en los gastos o movimiento bancario que no coincida con los ingresos normales. Es así que

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia 319 de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Meza. 18 de julio de 1996.

cuando se habla de un incremento patrimonial no justificado significa que no pueda explicarse la razón del incremento por ausencia de causa legal y lícita.

De esta manera, cuando el incremento patrimonial está justificado por una causa legal y lícita como lo es un contrato de trabajo o de prestación de servicios, entre otros, no podría configurarse el tipo. Un ejemplo de lo anterior fueron los sonados contratos con actores, que prestaron sus servicios artísticos a capos de la droga y, por corresponder tales pagos a contratos de trabajo, el incremento que ellos representaban fue justificado y de esta misma manera puede ejemplificarse los pagos realizados a sus defensores. De otra parte, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-319 de 1.996 que:

“...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. En caso de los particulares, cabe recordar que estos 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...”¹⁹

De lo anterior podemos decir que, cuando una persona es acusada del tipo objeto de este estudio debe justificar de alguna manera el incremento que ha

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia 319 de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Meza. 18 de julio 18 de 1996.

tenido, podría pensarse en una inversión de la carga de la prueba; sin embargo, la Corte en la misma sentencia sustentó:

“...En relación con la expresión ‘no justificado’, debe recordarse lo dicho en el punto anterior en cuanto a 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 pruebas 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 la instancias procesales debe permitírsele al sindicado explicar su conducta...”²⁰

Respecto de si hay o no inversión de la carga de la prueba, no existe uniformidad, pues en la sentencia 319 de 1.996, el Magistrado Carlos Gaviria expuso:

“...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 de la misma...”²¹

En relación al estudio del ingrediente normativo se cuestiona en relación a ¿Quién es susceptible de enriquecerse ilícitamente? Para resolver este interrogante vamos a tener en cuenta dos posturas bien diferenciadas:

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia 319 de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Meza. 18 de julio 18 de 1996.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia 319 de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Meza. 18 de julio de 1996. Salvamento de voto, M. Carlos Gaviria Díaz.

- a. Únicamente las personas naturales y afirman que es indudable que dicha alternativa se refiere al sujeto activo y no a los patrimonios. Cuando se menciona la expresión “para sí” lo que quiere dar a entender es que el sujeto activo ha obtenido un efectivo y real incremento para su patrimonio y, cuando se hace referencia a “para otro” hablamos del incremento que se está logrando para otro sujeto activo.
- b. Una segunda postura dice que puede ser una persona jurídica. Edgar Bárcenas Espitia sostiene que haciendo una interpretación desde el punto de vista contable y con el convencimiento de que el legislador hace referencia al incremento patrimonial ilícito, luego éste puede ocurrir en cualquier patrimonio económico, no necesariamente en el de una persona natural.

Compartimos la segunda postura considerando que una cosa es el sujeto activo y otra el sujeto destinatario del incremento patrimonial o el beneficiario. Sin embargo, debe recordarse que según la Corte, el Enriquecimiento se establece por la comparación del patrimonio del presunto ilícito en dos momentos distintos.

Por otra parte, haciendo una comparación con el mismo ingrediente normativo que se presenta en el delito de Enriquecimiento Ilícito de Servidores Públicos, el Estado debe demostrar que el Enriquecimiento es real e injustificado, ocurrido por razón del cargo que desempeña; además, la explicación relacionada con el incremento es una obligación constitucional de toda persona que ostenta esa especial condición, ya que la Carta Constitucional señala en su Art. 122: “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”²².

2.2.3 Actividades delictivas

Para iniciar el análisis de este ingrediente, ha de tenerse en cuenta que el legislador previó dos situaciones mediante las cuales se presenta el Enriquecimiento Injustificado como lo son:

- Que se derive directamente de actividades delictivas que coinciden la persona del Enriquecimiento con el sujeto agente de las actividades delictivas.
- Que se derive de manera indirecta de actividades delictivas; es decir, que se trate de terceros ajenos a estas actividades ya que basta entonces con el solo conocimiento del origen de los bienes y la voluntad de adquirirlos a pesar de su procedencia para que se estructure el reato.²³

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia en auto de Junio 14 de 1.996 con ponencia del Doctor Ricardo Calvete Rangel, precisó: “... Como se desprende de su lectura, la norma no restringe el sujeto activo a que sea la misma persona que realiza la actividad ilícita, sino que quien obtiene el incremento patrimonial injustificado, puede ser alguien ajeno a ella...”.

Luz América Ruiz, señala que:

“... como elemento estructural del tipo, en forma genérica no puede pensarse que se refiera a cualquier tipo de actividad delictiva o a cualquier clase de delito, en

²² Constitución Política de Colombia. 1991. Art. 122.

²³ Op. Cit. RUIZ YÉPEZ.

tanto, tal reato se tipificó en ejercicio de las facultades extraordinarias de estado de sitio, se encuentra limitado por las causas que originaron tal régimen de excepción y que implican su expedición para superarlas...”²⁴

Teniendo en cuenta lo anterior debe observarse que cuando se tipificó por primera vez el delito de Enriquecimiento Ilícito se pensó en actividades delictivas derivadas del narcotráfico y sus conexos; sin embargo, mediante el Art. 6 de la Ley 40 de 1.993 “Por la cual se adopta el estatuto contra el Secuestro y otras disposiciones”, se estableció el delito de Enriquecimiento Ilícito derivado del Secuestro con el siguiente tenor:

“El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado y siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá por ese solo hecho en prisión de cinco (5) a diez (10) años y, en multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado, sin perjuicio de lo previsto en el Art. 34 de la Constitución”.

Aunque este delito desapareció con el actual código penal, se trataba de un tipo subsidiario, el Estado debía demostrar que el incremento patrimonial no justificado provenía del producto económico del secuestro y requería una sentencia en firme que hubiera condenado al autor del mismo, es decir, si no se demuestra este delito, no se puede configurar el Enriquecimiento Ilícito.

Más sin embargo, el legislador dejó un margen al juez penal para que dentro de las actividades delictivas del Enriquecimiento Ilícito se considere el secuestro.

²⁴ Ibid.

De otro lado, la Corte Constitucional expuso en la sentencia C-319 de 1996:

“...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”, de manera alguna debe interpretarse en el sentido en que deba provenir de un sujeto condenado precisamente por el delito de narcotráfico o cualquier otro delito...”²⁵.

Podemos decir que la intención del legislador fue, sin lugar a dudas respetar el ámbito de competencia del juez, para que fuese él quien estableciera de conformidad con los medios de prueba y frente a cada caso en concreto, la licitud de la actividad y el grado de compromiso que tuviese el sujeto activo del delito. En este sentido, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en providencia del 14 de Junio de 1.996 diciendo:

“... 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 prevenir de una persona condenada por ese delito pues el legislador hizo distinción refiriéndose únicamente a la “actividad” dejando en manos del juzgador la valoración sobre si es delictiva o no, independientemente de que por ese comportamiento resulte alguien condenado...”²⁶

Lo anterior nos permite dimensionar el grado de autonomía del juez penal; es decir, una persona que tenga presuntos nexos con el narcotráfico y del cual se produce un incremento injustificado, puede ser condenado por enriquecimiento ilícito con el solo hecho de que el juez considere que la

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia 319 de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. 18 de julio de 1996.

²⁶ Resolución Acusatoria aprobada mediante Acta No 89 de 12 de junio de 1996. M. P. Ricardo Calvete Rangel.

conducta del sujeto se enmarca dentro de lo que considera una actividad delictiva. Sin embargo, no existe uniformidad respecto a la posición de la Corte puesto que en la parte motiva de la sentencia C-127 de 1993, se dice 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 Art. 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...”²⁷

Por otra parte, no puede confundirse el concepto de “actividad delictiva” con el de “antecedentes penales” de que trata el Art. 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 Art. 248 de la Constitución Política, únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen esa calidad de antecedentes.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-127 de 1993. M. P.

2.3 ANTIJURICIDAD

El Art. 11 de la Ley 599 de 2.000 define la antijuricidad: “Para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa el bien jurídicamente tutelado por la ley”²⁸.

Con el código de 1.980 bastaba que con la ejecución de la conducta se pusiera en peligro el interés jurídico tutelado, pero a la luz del actual código penal se exige que efectivamente se ponga en peligro; es decir, que se presente en forma real, material y concreta, que la lesión ostente suficiente gravedad no frente a un resultado material sino frente al derecho que protege la norma sustantiva.²⁹

En la antijuricidad se analiza dos aspectos: uno formal y otro material. En relación con el primero se estudia si la conducta típica es contraria a derecho o no, si va contra el ordenamiento jurídico, en la segunda se comprueba si la conducta típica lesiona o pone en peligro efectivamente el bien jurídico tutelado.

Para el Enriquecimiento Ilícito de Particulares debe mirarse las circunstancias que rodean cada caso en concreto para tener en cuenta las causales de ausencia de responsabilidad y determinar la antijuricidad formal.

El tipo objeto de este estudio, se encuentra plasmado en el título X del Código Penal, denominado “Delitos contra el orden económico social” que protege el orden económico social, bien jurídico que queda comprendido dentro del más amplio, la moral social. De esta manera, para que se hable de antijuricidad material, se debe tener en cuenta que la persona

²⁸ Congreso de la República de Colombia. Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el nuevo Código Penal.

²⁹ Op. Cit. RUIZ YÉPEZ.

investigada por Enriquecimiento Ilícito tenga efectivamente un incremento del cual no posea justificación y que realmente provenga de actividades ilícitas porque con éstas se lesiona la propiedad privada obtenida de forma lícita.

2.4 CULPABILIDAD

Para el análisis de la culpabilidad debe hacerse el estudio de cada caso en concreto, teniendo en cuenta las causales de ausencia de responsabilidad señaladas en el Art. 32 del Código Penal y que el examen de la misma comprenda:

- La imputabilidad.
- La no exigencia de otra conducta.
- La conciencia de la antijuridicidad.

3. VALORACIÓN JURIDICA

3.1 AUTONOMIA ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULARES

Respecto de la autonomía o no autonomía del delito de Enriquecimiento Ilícito de Particulares existen muchas posturas, para algunos doctrinantes es un delito eminentemente subordinado que depende de la existencia de otro, el cual debe contener las actividades delictivas de que trata este Enriquecimiento y declarado judicialmente por sentencia en firme, esto con el fin de no violar el debido proceso; de esta corriente son los pronunciamientos que se han emitido en sentencias como la C-127 de 1.993, (en donde se dijo: "... la expresión de "una u otra forma" debe entenderse como incremento patrimonial no justificado derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten estas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas para no violar el debido proceso y el Art. 248 de la Constitución...")³⁰, la sentencia C - 389 de 1.994 y la C- 319 de 1996; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, la Justicia Regional y la Fiscalía hicieron caso omiso a estos fallos bajo el argumento que no eran obligatorias por haber quedado en la parte motiva.

Y es que para la época de promulgación de las anteriores sentencias no se había decretado la ley 270 de 1.996 Estatutaria de la Administración de Justicia que en su Art. 48 definió el alcance de las sentencias de la Corte Constitucional sobre control constitucional, en donde las mismas que se profieren en cumplimiento del control constitucional tienen efecto **erga omnes**, aquellas que en su parte resolutive hayan sido dictadas como

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia 127 de 1993. M. P.

resultado del examen de las normas legales bien sean hechas por vía de acción, revisión o como control automático de constitucionalidad; mientras que la parte motiva es un criterio auxiliar para toda actividad judicial y también para la aplicación de normas de derecho en general.³¹

La Corte en sentencia 319 de 1.996, habla de la autonomía del Delito de Enriquecimiento Ilícito de Particulares, reconsiderando el planteamiento emitido por esta corporación en la C-127 de 1.993, comentada renglones atrás. Sin embargo, dentro de esta misma decisión no existe unanimidad respecto de la misma, ya que hay quienes se apartaron de los postulados de la Corte en su salvamento de voto alegando la no autonomía del delito de Enriquecimiento Ilícito de Particulares por razones que expondremos más adelante.

Por consiguiente, la Corte enfatiza sobre la autonomía e independencia constitucional que tiene este tipo en particular, argumentándolo de la siguiente manera:

“... el delito de Enriquecimiento es un delito especial y autónomo, pues describe un modelo de comportamiento al que puede adecuarse en forma directa 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

³¹ CAMARGO, Pedro Pablo. El delito de enriquecimiento ilícito. 4ª ed. Bogotá: Editorial Leyer. 2002.

*no de la conducta que por otro delito se le haya impuesto a terceras personas...*³²

La anterior postura es eminentemente contradictoria a la expresada en la sentencia de 1.993, pues en la de 1.996, se habla que no es necesario de ninguna manera la existencia de otro delito para que se configure el Enriquecimiento Ilícito ya que la conducta del sujeto activo de éste es la que configura el tipo y no depende de terceras personas o de sentencias condenatorias de otros procesos; por eso la Corte interpreta la visión del legislador diciendo que en ningún momento la intención de este último fue que se recurriera a declaraciones judiciales para probar la actividad delictiva, ya que textualmente se dijo “actividad” más no “delito”, lo que implica que no es necesario probar nada con anterioridad sino que depende exclusivamente de la interpretación y arbitrio del juez penal que tenga en su conocimiento un determinado caso, esto significa que no es necesario que se pruebe un delito como sería el narcotráfico o sus conexos sino que se presuma que el dinero con el cual se aumentó el patrimonio económico injustificado de una persona provenga de una actividad ilícita.

Sigue la Corte diciendo: “... el delito de enriquecimiento ilícito es pues un delito que tiene autonomía de rango constitucional en cuanto su existencia y que no puede por tanto, entenderse como subsidiario...”

El anterior argumento toma como base la Constitución Nacional en su Art. 34, inciso 2 cuyo texto es el siguiente: “... 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

³² Corte Constitucional. Sentencia 319 de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. 18 de julio de 1996.

la moral social...”³³; en donde se interpreta la protección constitucional que tiene la moral social como bien jurídico protegido del tipo en estudio, objeto que el Constituyente del 91 busco preservar y proteger, no solo a través del mencionado Art. sino de otros como lo son el 58, 109, 122, 183, 209, 268, 278 de la Carta Política.

Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con la postura tomada por la Corte Constitucional en la sentencia C-319, toda vez que el tipo de Enriquecimiento Ilícito de Particulares es un delito subordinado, en donde se debe demostrar una determinada actividad llámese narcotráfico, secuestro, extorsión, entre otros, en providencia ejecutoriada; porque dentro de un proceso por el tipo en cuestión deben allegarse pruebas suficientes donde se demuestre que el aumento patrimonial injustificado provino sin lugar a dudas de una actividad delictiva y la manera más idónea de probar la misma es mediante una sentencia en firme, por que no se puede establecer la responsabilidad de una persona basándonos en presunciones.

Debemos tener en cuenta que Colombia es una economía de mercado, una sociedad que se nutre de actividades que llevan a un incremento patrimonial constante de quienes la componen y se fundamenta en el lucro y la ganancia. Por lo tanto, si el delito fuera autónomo como lo sostiene la Corte en su sentencia de 1.996, se debería cambiar el sistema económico de libre empresa, mercado, lucro, amparado por los Arts. 58 y 333 de la Constitución Política.³⁴

De esta misma manera se han pronunciado los magistrados CARLOS GAVIRIA, ALEJANDRO MARTINEZ y JORGE ARANGO MEJIA, en el

³³ Constitución Política de Colombia. 1991. Art. 34.

³⁴ Op. Cit. CAMARGO.

salvamento de voto de la sentencia 319 de 1.996, apartes que a continuación enunciamos.

CARLOS GAVIRIA, salva su voto con los siguientes argumentos:

“... 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 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...”³⁵

El doctor Gaviria toma como referencia la teoría de la Corte Suprema de Justicia que expone el principio de demostrabilidad, el cual supone indubitable y plena demostración probatoria de la inequívoca conducta punible como requisito ineludible del debido proceso; es decir, se presupone la claridad normativa de la descripción de una conducta y la demostración de ésta, una persona no puede ser sancionada por un hecho punible cuyos elementos estructurales no hayan sido judicialmente probados y declarados. Para el caso en estudio, no podríamos pensar en la configuración del Enriquecimiento Ilícito sin que esté probado la proveniencia del incremento patrimonial de actividades delictivas y la mejor manera para probar es mediante un proceso donde se profiera sentencia condenatoria de dicha actividad.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia 319 de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. 18 de julio de 1996. Salvamento de voto, Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Así mismo el Dr. Carlos Gaviria propone una solución para que se pueda adelantar una investigación de Enriquecimiento Ilícito sin violar el debido proceso, esto es, primero debe haber una sentencia en firme que pruebe la actividad delictiva, partiendo que estas investigaciones pueden ser de conocimiento de un mismo funcionario, en donde primero se debe condenar por la actividad delictiva y, si ésta no existe o no esta realmente probada no se puede seguir con la investigación y condenar el Enriquecimiento Ilícito.

El Dr. Gaviria continúa diciendo:

“...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 Art. 232 de la legislación procesal penal...”

El Enriquecimiento Ilícito puede darse de manera directa o indirecta, si hacemos referencia al segundo, podemos hablar de la posibilidad que se haya proferido sentencia condenatoria no necesariamente a la persona que se le acusa de tal delito sino que puede ser una tercera persona, ejemplo de ello el caso de Rodrigo Garavito que sin necesidad de ser él directamente el narcotraficante, se enriqueció ilícitamente con dineros provenientes del cartel de Cali, hecho que fue plenamente demostrado con base en investigaciones realizadas a Miguel Rodríguez Orejuela.

El Magistrado **JORGE ARANGO MEJÍA**, hace sus acotaciones en el salvamento de voto de la sentencia 319 de 1996, diciendo:

“... 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 le acusa de esta clase de ilícito...” (...) “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 de 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...”³⁶ (...)

Continúa el Magistrado Arango Mejía con la posición que no es autónomo el delito y que se hace necesaria una sentencia previa donde se demuestre la comisión de otra conducta punible.

Mirando que el antecedente más inmediato que se hizo fue la tipificación de enriquecimiento ilícito de servidores públicos que tiene su asidero en la lucha contra la corrupción en los órganos del Estado, el tipo penal aplicable a los particulares se orienta hacia otra esfera como es la política contra el narcotráfico principalmente, motivada por intereses más externos que internos, en la constante con los narco-carteles y los capos de la droga, esto ha dejado una tipificación del delito que no es clara, presentando confusiones incluso para los mismos miembros de las corporaciones públicas y que es única en el mundo pues en ningún Estado donde se reconozcan los derechos universales del hombre se ha descrito tal figura.³⁷

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia 319 de 1.996. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. 18 de julio de 1996. Salvamento de voto, M. Jorge Arango Mejía.

³⁷ Pedro Pablo Camargo señala que con ocasión del XVI Congreso Internacional de Derecho Penal, de la Asociación Internacional de Derecho Penal, la cual tuvo lugar en Budapest, Hungría en el año de 1.999, conversó con diferentes delegados de los países asistentes quienes manifestaron que en ellos no existía tal delito, como por ejemplo el penalista argentino EUGENIO RAUL ZAFFARONI, quien respondió que en su país no existía nada por el estilo, igual argumento dio el penalista español MARINO BARBERO SANTOS.

El ilustre magistrado Arango Mejía continúa:

“... no obstante, considero que es evidente que existen casos en los cuales se puede configurar 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:

- 1. 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.*
- 2. 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.*
- 3. Que esté plenamente demostrado el aumento patrimonial no justificado, pues éste no se presume legalmente.*
- 4. 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 estos se derivan precisamente de un delito. Tal conocimiento tiene que haber sido anterior a la adquisición de los bienes que originan el enriquecimiento ilícito.*
- 5. Si la adquisición de los bienes que constituyen 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.*
- 6. En ningún caso hay inversión de la carga de la prueba, pues siempre es el Estado el que debe probar. Esto especialmente en lo relativo en lo expuesto*

*en los ordinales 2, 3, 4 y 5. Al no existir inversión de la carga de la prueba es claro que en relación con este delito y 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.*³⁸

En cuanto al primer ítem, estamos de acuerdo, ya que existen muchos ejemplos de ello; teniendo en cuenta que las primeras investigaciones realizadas por Enriquecimiento Ilícito de Particulares partieron de hechos notorios, públicos, como la existencia de los carteles de la droga en Colombia, uno en Cali y el otro en la ciudad de Medellín, liderados por los hermanos Rodríguez Orejuela y Pablo Escobar respectivamente; luego las investigaciones que se adelantaron partieron del conocimiento de que los dineros provenientes de los investigados eran ilícitos y todos sus argumentos los basaron en investigaciones a personajes que pública y abiertamente eran narcotraficantes.

En el segundo ítem, encontramos que hay armonía con todos los planteamientos que a lo largo de este capítulo hemos realizado, pues en toda investigación debe estar plenamente demostrado por principio de la antijuricidad que efectivamente hubo un incremento patrimonial injustificado proveniente de la relación entre los hechos notorios y los bienes; cuando la actividad delictiva es notoria y pública, los procesos se orientan simplemente a probar que el incremento patrimonial se derivó de ésta.

Respecto del tercero, no podríamos hablar de Enriquecimiento Ilícito sino está demostrado que hay un incremento no justificado; porque el aumento patrimonial no tiene presunción de ilicitud, ya que hubo casos en los cuales a pesar que los dineros eran provenientes del narcotráfico y se pagaron sumas

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia 319 de 1.996. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. 18 de julio de 1996. Salvamento de voto, Dr. Jorge Arango Mejía.

considerables, existió justificación como lo fueron contratos de trabajo y de prestación de servicios, como en el caso de los abogados.

En el ítem cuarto, se establece que el origen de los bienes es algo que se debe probar en el curso del proceso y es muy lógico que para configurar el delito se deba a su vez demostrar que el sujeto activo del tipo conocía la procedencia de los mismos; porque puede suceder que dentro de un proceso se pruebe que existió un incremento patrimonial injustificado, pero si no se logra probar que proviene de una actividad ilícita no se configura el delito.

En el quinto y sexto ítem, tenemos que cuando el incremento patrimonial no justificado se realiza por interpuesta persona, es decir, de manera indirecta y el tercero es conciente de la procedencia ilícita de los bienes, se puede hablar de un testaferro por prestar su nombre para adquirirlos; este delito debe estar plenamente probado para tener certeza que puede tipificarse el Enriquecimiento Ilícito sin que exista una sentencia previa. De otra parte, el ítem sexto, se encuentra orientado a la protección del debido proceso y es claro e irrefutable que siempre es el Estado quien debe probar los hechos en una investigación penal y que existen derechos tales como la presunción de inocencia de una persona.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO y CARLOS GAVIRIA DIAZ, magistrados que expresaron en el salvamento de voto que la moral social como bien jurídico tutelado no existe sino que esta construido como recurso ad hoc funcional, sobre la deducción de la Corte de que el delito es autónomo y que la norma es muy clara al decir en su texto que “incremento patrimonial no justificado **derivado** en una u otra forma...”, lo que nos da una luz respecto al carácter subsidiario del tipo.

Desde nuestro punto de vista, argumentamos que el Enriquecimiento Ilícito de Particulares no es un delito autónomo sino subordinado que va a la par de otras investigaciones; tipificado solo en la Legislación Colombiana, en donde se exige que el incremento patrimonial sea injustificado en el preciso sentido de provenir de actividades delictivas que, según el fallo de exequibilidad condicionada de la Corte Suprema de Justicia tienen que ser únicamente los delitos de narcotráfico o conexos. Es obvio que jurídicamente no se puede afirmar que algo proviene de un delito concreto sino en virtud de la sentencia judicial condenatoria que así lo declara, pues de lo contrario prima la presunción de inocencia.

3.2 DEBIDO PROCESO

Nuestra legislación contempla el debido proceso en la Constitución Política de Colombia en su Art. 29:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las Leyes preexistentes al acto que se le imputa ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”³⁹.

En el salvamento de voto sentencia 319 de 1996: CARLOS GAVIRIA Y ALEJANDRO MARTINEZ CABELLERO hacen una breve referencia al debido proceso argumentando que en materia de derecho penal es una institucionalización del principio de legalidad, del derecho de defensa y de la presunción de inocencia como la Corte lo ha expresado en múltiples

³⁹ Constitución Política de Colombia. 1991. Art. 29. Inciso 1º.

ocasiones, luego no podría pensarse en pretender deducir obligaciones para los sindicatos como lo son por ejemplo el justificar su incremento, cuando es el ente acusador quien debe probar el injustificado incremento patrimonial; además, no se puede establecer limitaciones de defensa y a la presunción de inocencia como lo señaló la Corte en la sentencia de 1.996, cuando expresó que los particulares deben demostrar al Estado anualmente sus ingresos y la procedencia de los mismos mediante la declaración de renta para establecer control sobre su licitud y que un desproporcionado e injustificado incremento es lo que autoriza al Estado a ejercer la acción penal y que no puede sostenerse que abruptamente cese todo asomo de colaboración de la persona sindicada por este delito a la que se le pide explicación sobre sus movimientos patrimoniales.

De esta misma manera, los magistrados GAVIRIA Y MARTINEZ, expresaron lo siguiente:

“... de ninguna manera compartimos la noción de 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...”

Los magistrados basan su teoría, en el siguiente principio:

*“... **Principio de demostrabilidad.** El Estado debe entonces probar la existencia material del ilícito o del injusto típico, esto es, de los elementos que conforman su tipicidad y antijuricidad, 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 de juicio. Esto significa*

no solo que la conducta punible debe estar claramente descrita por una ley previa sino, además, que los distintos elementos del tipo penal, de la antijuricidad y la culpabilidad, deben ser demostrados por el Estado dentro del proceso correspondiente, pues únicamente así se desvirtúa la presunción de inocencia...”

Compartimos esta posición, en tanto que debe tenerse en cuenta que el derecho penal abarca algo más que las normas y debe atenderse a principios generales del mismo, como lo es el mencionado por los magistrados y señalado por la Corte Suprema en la sentencia, cuando hizo el control de constitucionalidad argumentando:

“... obsérvese, por último, que el orden jurídico penal comprende no solo la estricta prescripción legal delictiva, sino la procesal. Y esta supone 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, equívoca o ambigua no se pueda demostrar, ósea, en rigor la determinación de una conducta típica, antijurídica y culpable, se haya fusionada dentro del principio que, no obstante la penuria del lenguaje, podría denominarse de “demostrabilidad” el cual presupone no solo la claridad normativa de la descripción de una conducta sino la comprobación de ésta.”⁴⁰

La penalización del simple incremento patrimonial que no sea justificado por la persona frente al requerimiento del Estado implicaría realmente una inversión de la carga de la prueba y una violación de la presunción de

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia 319 de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. 18 de julio de 1996.

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

3.3 EXTINCIÓN DE DOMINIO

Se entiende por Extinción de Dominio, según la Ley 333 de 1.996, la pérdida del derecho de dominio a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. Ésta se declara sobre bienes provenientes directa o indirectamente o que hayan sido utilizadas como medio para el ejercicio de las siguientes actividades:

- Enriquecimiento Ilícito de Servidores Públicos.
- Enriquecimiento Ilícito de Particulares.
- Se presente un perjuicio del tesoro público como peculado, indebida celebración de contratos, entre otros.
- Los delitos que atenten contra la moral social, para entender los fines de esta norma, se entienden todo lo contemplado en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, el testamento, los delitos contra el orden económico – social, entre otros.
- Los eventos en que se utilicen bienes como medio o instrumento de actuaciones delictivas.

- Procede la Extinción de Dominio cuando se ha declarado la ilicitud de los bienes, los frutos que éstos producen, sus rendimientos y sobre el producto de su enajenación o permuta; si los bienes del causante objeto de sucesión han sido adquiridos de manera ilícita, se procede a su extinción.

La naturaleza de la acción de extinción de dominio es jurisdiccional, de carácter real y procede contra el titular real o presunto o los beneficiarios reales de los bienes, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido y sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe. Así mismo, la acción de extinción de dominio es distinta e independiente de la responsabilidad penal y complementaria de las actuaciones penales.

Conoce de la acción de Extinción de Dominio:

- Fiscales Delegados antes los Jueces Penales del Circuito Especializados.
- Superiores de los relacionados en el ítem anterior.
- A los jueces penales del circuito especializados.
- A los jueces penales del circuito.

El proceso de Extinción de Dominio puede iniciar así:

- De oficio, por el Fiscal que conoce de la conducta delictiva.
- Por presentación de una demanda.

Los bienes que han sido objeto de extinción de dominio, pasan a ser parte del fondo para la rehabilitación, inversión social y la lucha contra el crimen organizado que funciona con una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la Dirección Nacional de Estupefacientes.

3.3.1 Extinción de dominio y enriquecimiento ilícito

Teniendo en cuenta que en el delito de Enriquecimiento Ilícito debe mirarse el incremento patrimonial desde el tiempo en que ocurrió el mismo, el cual no podrá ser anterior al 24 de Agosto de 1989 (según Sentencia de Agosto 4 de 1999, Corte Suprema de Justicia), fecha de tipificación de tal delito, pues antes no existía y así se establezca que un patrimonio se incrementó con dineros provenientes del narcotráfico con anterioridad a la fecha no podrá penalizarse en virtud de la irretroactividad de la ley penal. Y, aun partiendo de la hipótesis de un patrimonio conformado en su totalidad con dineros provenientes del tráfico de estupefacientes, si con posterioridad al 4 de Agosto de 1989, tal patrimonio se incrementa con sus propios rendimientos estos no caen en la esfera punitiva, porque para tal fecha no constituía delito este incremento y por tanto tampoco los rendimientos generados por el mismo, importa sí destacar que el incremento patrimonial procedente de actividades delictivas se haya realizado con anterioridad a la fecha de consagración del tipo en cuestión.

Otra cosa diferente es el tratamiento que se da a los bienes adquiridos con dineros procedentes de actividades delictivas que pueden ser objeto de ocupación, incautación o decomiso en cualquier tiempo sin consideración a la fecha de su adquisición, pues al tratarse de bienes y no de delitos, no cabe hablar del principio de legalidad de los delitos y de las penas, pero sí de la inoperancia de la prescripción, conforme a la sentencia C-374 de 1.997 de la Corte Constitucional que declaró inexecutable el Art. 9 de la Ley 333 de 1.996,

que establecía la prescripción en 20 años y determinó que la acción de extinción de dominio es imprescriptible, de manera que se trata de una acción de duración indefinida e intemporal.

Entonces, debe distinguirse que una cosa es que no constituya delito en virtud de la irretroactividad de la ley penal y otra muy diferente que tales bienes no puedan ser objeto de extinción de dominio por tratarse de una acción real, autónoma e imprescriptible, en este sentido se pronunció la honorable corte suprema de justicia con ponencia del Dr. Nilson Pinilla en sentencia de Agosto 4 de 1.999:

“... de otra parte, como ya se indagó a (...) y a los otros procesados se les investigó y juzgó en las instancias, por los hechos cometidos a partir del 24 de Agosto de 1.989 cuando comenzó a regir el Art. 1 del Decreto 1895 de 1.989, convertido en legislación permanente por el Art. 10 del Decreto 2266 de 1.991, el cual tipificó el Delito de Enriquecimiento Ilícito de Particulares endilgado a dicho sindicado mientras que a otros se les imputa testaferrato.

(...)

Se indagó sobre el origen de esos incrementos para determinar si estaban justificados o no por lo cual fue necesario acudir a la situación económica a dicho 24 de Agosto y saber el monto de sus ingresos, egresos, bienes poseídos, activos y pasivos durante esos años. Varios de ellos vendidos con posterioridad a esa fecha para adquirir otros, pero cuyo capital de procedencia ilícita continuó siéndolo y ese carácter permanece aún en los bienes actuales, pues el simple transcurso del tiempo no tiene la virtud de transformar un aumento patrimonial de origen delictivo en lícito y esto explica que aún prescrita la acción penal se debe declarar la extinción del dominio de esos bienes...”

Es muy claro que una cosa es la acción penal y otra la acción de extinción del dominio, debe tenerse en cuenta que así los bienes adquiridos antes de Agosto de 1.989 y que con posterioridad se donen, vendan, permuten, etc.; no están exentos de esta extinción, ya que puede suceder que a una persona se le declare absuelta de un proceso por Enriquecimiento Ilícito y sin embargo se extingan su derecho de dominio respecto de algunos de sus bienes, como lo sucedido a las esposas de los narcotraficantes Miguel y Gilberto Rodríguez Orejuela quienes, pese a ser declaradas inocentes en el proceso de Enriquecimiento Ilícito de Particulares sus bienes fueron declarados en extinción de dominio por el origen ilícito de los mismos.

En torno al Enriquecimiento Ilícito de Particulares y la Extinción de Dominio, la Corte Constitucional en su sentencia 389 de 1994, toma la siguiente posición:

- a. "... con fundamento en el análisis precedente, la Corte hace las siguientes precisiones en torno a la extinción del dominio consagrada en el Art. 34 de la Constitución Política:
- b. El numeral 2º de la Norma en cita contiene un mandato del constituyente, en el sentido de que perentoriamente ordena declarar extinguido el derecho de dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.
- (...)
- c. La extinción procede mediante sentencia judicial y previa observancia del debido proceso consagrado en el Art. 29 de la Constitución Política.

- d. Corresponde al legislador definir el alcance o contenido del concepto enriquecimiento ilícito, como ya lo ha hecho y, determinar cuándo se configuran las hipótesis del 'perjuicio del Tesoro público o grave deterioro de la moral social'.
- e. La medida tiene la naturaleza como una sanción objetiva, pues puede ser decretada siempre que en el proceso judicial correspondiente se acrediten los supuestos fácticos que la norma del Art. 34 prevé para que opere dicha extinción.

(...)

La extinción del dominio prevista en el Art. 34 necesariamente se vincula con la existencia de un delito cuya materialidad debe ser establecida en un proceso penal y en el cual se haya determinado la autoría del responsable.

En la sentencia 319 de 1.996, dice en la relación con el Art. 34 de la Constitución que no "... sanciona directamente a las personas que detenten patrimonios signados por ese origen con la extinción del dominio, la que se debe declarar a través de sentencia judicial..."

Es visible que se deja en manos del legislador la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito de servidores públicos ya que se afecta el tesoro público o patrimonio colectivo; sin embargo, este Art. 34 no faculta al legislador para tipificar el enriquecimiento ilícito de particulares en relación con el narcotráfico teniendo en cuenta que el bien protegido es la moral social.

La extinción procede mediante sentencia judicial y previa observancia del debido proceso consagrado en el Art. 29 de la Constitución Política⁴¹. Para que esta extinción de dominio opere se requiere que exista un motivo previamente definido en la Ley y que ella sea declarada mediante sentencia judicial como consecuencia de un debido proceso en el cual se ha observado la plenitud de las formas del juicio⁴².

3.4. INTERPRETACIÓN DEL INGREDIENTE NORMATIVO – CASOS

3.4.1 Fallos condenatorios

3.4.1.1 Caso de Armando Holguín⁴³

Se esbozará un breve resumen de los hechos que enmarcaron este caso, se tiene entonces, que esta persona que ya había sido condenada a la pena de siete (7) años de prisión por el Juzgado Regional de Cali y confirmado por el entonces Tribunal Nacional.

Como consecuencia de las múltiples diligencias de allanamiento y registro efectuadas por el Comando Especial Conjunto y la Fiscalía General de la Nación, las autoridades incautaron títulos valores, órdenes de alojamiento y facturas de hotel que vincularon a diferentes personajes del ámbito político nacional con los confesos narcotraficantes Miguel Ángel y Gilberto José Rodríguez Orejuela.

Entre la documentación decomisada se detectaron varios cheques a favor del entonces Senador de la República *ARMANDO HOLGUÍN*, girados contra

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia 389 de 1994. M. P. Antonio Barrera Carbonell. 1 de Septiembre de 1994.

⁴² Sentencia 176 de 1994. M. P. 12 de abril de 1994.

⁴³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 1522. M. P. Edgar Lombana Trujillo. 13 de febrero de 2002.

cuentas corrientes manejadas por los mencionados Rodríguez Orejuela, que se hicieron efectivos a través de cuentas corrientes o de ahorros de las cuales era titular el procesado.

Por este medio el doctor *HOLGUÍN* resultó beneficiario de la suma de doscientos cuarenta y ocho millones seiscientos sesenta y dos mil pesos (\$248.662.000), a la que se adicionaron dos millones doscientos trece mil setecientos ochenta y cinco pesos (\$2.213.785), correspondientes a gastos de alojamiento y consumos efectuados por aquél en el Hotel Intercontinental de la ciudad de Cali, sufragados por la sociedad Inversiones Ara Ltda., en la que se constató tenían participación los familiares cercanos de los hermanos Rodríguez Orejuela.

En firme la resolución de acusación, un Juzgado Regional de Cali asumió el conocimiento del proceso, profirió el fallo ordinario de fecha 13 de marzo de 1998 en el que condenó al doctor *ARMANDO HOLGUÍN* a las penas principales de setenta y dos (72) meses de prisión y multa de \$221.662.000, al hallarlo autor del delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

La sentencia de primera instancia fue confirmada por el extinto Tribunal Nacional al pronunciarse sobre la apelación presentada por la defensa, no sin aclarar el nombre del procesado y con la modificación en el sentido de fijar la pena privativa de la libertad, en definitiva, en siete (7) años de prisión; sin embargo, en virtud de una acción de tutela promovida por el procesado contra la Corporación citada por violación del derecho fundamental al debido proceso, derivada del alegado desconocimiento de la prohibición de la reformatio in pejus, la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca ordenó modificar la sentencia de segundo grado, en el sentido de *"confirmar la condena de seis años impuesta por el Juzgado"*, orden acatada por el Tribunal Nacional mediante providencia del 7 de diciembre de 1998 (fs. 328, cd. Tribunal Nacional).

El Tribunal Nacional impugnó el fallo de tutela ante el Consejo de Estado, Corporación que en providencia del 19 de febrero de 1999 determinó que en el presente caso era improcedente dicha acción, por lo tanto, revocó la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (fs. 72 y 74, cd. Corte).

El proceso llegó a la Corte Suprema de Justicia, quien decidió no casar el fallo impugnado.

3.4.1.2 Caso de José Eduardo Mestre Sarmiento⁴⁴

Se basa el presente caso en los siguientes hechos: en el curso de los años de 1993 y 1994, el doctor JOSÉ EDUARDO MESTRE SARMIENTO, reconocido ex-congresista y político del orden nacional, recibió e hizo efectivos trece (13) cheques, diez (10) de ellos por un valor individual de cinco millones de pesos (\$ 5.000.000.00), dos (2) de cuarenta y cinco millones (\$ 45.000.000.00) cada uno, y otro de diez millones (\$ 10.000.000.00), para un valor total de ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000.00), todos girados en contra del Banco de Colombia, sucursal Cali, en relación con cuentas a nombre de personas o empresas que fueron utilizadas por los hermanos MIGUEL ANGEL y GILBERTO JOSÉ RODRÍGUEZ OREJUELA, entonces identificados públicamente como directores del denominado "cartel de Cali", con el fin de hacer operaciones con los dineros provenientes de su actividad del narcotráfico.

El señor MESTRE SARMIENTO tenía amistad con los mencionados ciudadanos y en varias oportunidades los visitó en la ciudad de Cali, y estuvo hospedado en el hotel Intercontinental por cuenta de la compañía INVERSIONES ARA LTDA., que figuraba a nombre de la cónyuge e hijos de

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 16356. M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego. 4 de abril de 2001.

MIGUEL ANGEL RODRÍGUEZ OREJUELA. Además, el procesado apareció en el listado de personas favorecidas con pagos o subvenciones hechas por los mencionados sujetos a personajes de la vida nacional, políticos y congresistas.

El acusado explica que dichos ingresos provinieron de negociaciones lícitas de obras de arte con el señor "OMAR PÉREZ", nombre que igualmente aparece entre los usados fingidamente por los hermanos RODRÍGUEZ OREJUELA para distribuir los dineros de origen ilícito.

El 8 de julio del año de 1994, un fiscal regional de Cali llevó a cabo una diligencia de allanamiento y registro de la oficina N° 601 del edificio Siglo XXI de la misma ciudad, sitio en el cual fue atendido por el señor GUILLERMO ALEJANDRO PALLOMARI GONZÁLEZ, ciudadano chileno que adujo ser el asesor de las empresas de MIGUEL ANGEL RODRÍGUEZ OREJUELA y quien puso a disposición de las autoridades varios documentos y una CPU que contenía bastante información. En relación "EDUARDO MESTRE" se halló una orden de alojamiento en el hotel Intercontinental de Cali, el recibo correspondiente por concepto de servicio de habitación y otros en cantidad de \$ 163.717, documentos en los que figuraba como responsable del pago la empresa de INVERSIONES ARA LTDA.; también fueron encontrados dos (2) desprendibles de los cheques número 3267429 y 3267440, cada uno por valor de cinco millones de pesos (\$ 5.000.000.00), girados el 10 de junio y el 10 de julio de 1994, a favor de la mencionada persona por la DISTRIBUIDORA AGRÍCOLA LA LOMA LTDA., con la nota de corresponder a las respectivas mensualidades.

Luego de varias inspecciones judiciales y de recaudar prueba suficiente, la comisión de fiscales abrió formalmente la instrucción el 18 de abril de 1995 y en la misma se dispuso la captura del señor MESTRE SARMIENTO como

presunto responsables del delito de enriquecimiento ilícito y fue capturado el 20 de abril. Así mismo, un juez regional de Cali dictó sentencia de primer grado el 26 de agosto de 1998, por medio de la cual condenó al acusado JOSÉ EDUARDO MESTRE SARMIENTO a la pena principal de ochenta y cuatro (84) meses de prisión y multa por valor de ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000.00), como autor del delito de ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES; además, le impuso la sanción accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por igual período; y, como quiera que le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional, revocó la libertad provisional antes concedida. Esta sentencia llegó a casación donde se demandó por violación directa, en la modalidad de interpretación errónea, del Art. 1° del decreto 1895 de 1989, convertido en legislación permanente por el Art. 10 del decreto 2266 de 1991, que consagra el delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

El demandante argumentó que de conformidad con el mencionado precepto, incurre en la infracción "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*".

De esta manera dice que el Tribunal en la interpretación del texto no tuvo en cuenta los siguientes elementos de juicio:

1. La Corte Suprema de Justicia, por medio de sentencia del 3 de octubre de 1989, declaró exequible la norma siempre que se entendiera que las "actividades delictivas" allí mencionadas eran únicamente el narcotráfico y los delitos conexos.
2. Al examinar la constitucionalidad del Art. 10 del decreto 2266 de 1991, que incorporó el decreto 1895 de 1989 como legislación permanente, la

Corte Constitucional declaró en la sentencia C-127 de 1993 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 que deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el Art. 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".

3. Para concretar el contenido y alcance del Art. 1° del decreto 1895 de 1989, el Tribunal debió acudir a la hermenéutica plasmada en la sentencia C-127 del 30 de marzo de 1993, porque todos los títulos valores que se le adjudican al procesado JOSÉ EDUARDO MESTRE SARMIENTO fueron recibidos antes de que la Corte Constitucional emitiera la sentencia C-319 de 1996 y "reconsiderara" su inicial postura (entre los años de 1993 y 1994), con más veras si el Art. 230 de la Constitución Política, que consagra el principio del "imperio de la ley", prevé que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley y que la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son "criterios auxiliares" de la actividad judicial.

No existe constancia procesal de que las personas titulares de las cuentas corrientes, hubieran sido condenadas por conducta delictiva alguna para la época en que libraron los cheques a favor del procesado, ni menos que la respectiva sentencia estuviera ejecutoriada.

La interpretación que hizo el Tribunal desconoce también los Arts. 29 de la Constitución Política y 1° del Código Penal, según los cuales la ley debe ser preexistente al acto que se le imputa y debe considerarse especialmente la más permisiva o favorable a los intereses del procesado. Entiende que se ha

aplicado retroactivamente el Art. 1° del decreto 1895 de 1989, puesto que para la época de los hechos tenían vigencia los criterios auxiliares para la actividad judicial y para la aplicación de las normas contenidas en la sentencia C-127 de 1993. Es tan evidente lo dicho, que la Corte Constitucional sólo vino a "reconsiderar" esos criterios dos años, un mes y ocho días después de la fecha en que fuera girado el último cheque enrostrado al procesado MESTRE SARMIENTO, mediante la sentencia C-319 del 18 de julio de 1996.

Por otra parte alegó el demandante una interpretación errónea del Art. 1° del decreto 1895 de 1989, convertido en legislación permanente por el Art. 10 del decreto 2266 de 1991. En efecto, el mencionado tipo penal contiene elementos normativos tales como "patrimonio", "injustificado" y "derivado de actividades delictivas", respecto de los cuales se ha equivocado su alcance.

Por la misma vía de la violación directa de la ley sustancial, el impugnante señala que para establecer la existencia de un incremento patrimonial era necesario un estudio contable sobre el patrimonio del procesado, tal como lo solicitaron la defensa y el representante del Ministerio Público en este caso, y como lo ordenó la Corte en el caso de la senadora *Martha Catalina Daniels*.

Pues bien, el Art. 37 del mencionado decreto define el "patrimonio" como "el valor residual de los activos del ente económico después de deducir todos los pasivos"; mientras el Art. 38 dice que "los ingresos representan flujos de entrada de recursos, en forma de incrementos del activo o disminuciones del pasivo, que generan incrementos en el patrimonio, devengado de la venta de bienes, por la prestación de servicios o por la ejecución de actividades". Es evidente la diferencia entre ingreso y patrimonio, de modo que recibir cheques puede ser un ingreso pero no todo ingreso constituye un incremento patrimonial.

Recuerda que el ingreso y el incremento patrimonial son hechos económicos, de modo que el decreto 2649 conceptualmente también obliga al intérprete en materia penal, porque, según el Art. 136 de dicho estatuto, "sin perjuicio de lo dispuesto por normas superiores, tratándose del reconocimiento y revelación de hechos económicos, los principios de contabilidad generalmente aceptados priman y deben aplicarse por encima de cualquier otra norma".

En virtud de la improcedente sinonimia planteada entre ingresos de dineros representados en títulos valores "recibidos" por EDUARDO MESTRE SARMIENTO, y el concepto de "incremento patrimonial", se aplicó el Art. 1° del Decreto 1895 de 1989, cuando de haber interpretado correctamente el ingrediente normativo del tipo, la decisión hubiera sido el reconocimiento de la atipicidad de la conducta. De esta manera solicito casar el fallo.

La Corte dentro de sus consideraciones dice que aunque el censor pretende, de manera equívoca e indiscriminada, reconocerle efectos obligatorios a cualquier doctrina de la Corte Constitucional, en el fondo propugna porque la Corte acoja la hermenéutica más favorable a los intereses del procesado, que fue la sentada de soslayo y parcamente en la sentencia C-127 del 30 de marzo de 1993, de preferencia a la que la misma Corporación determinó por incumbencia directa en la sentencia C-319 del 18 de julio de 1996.

Con todo, como quiera que la adjetivación hecha en la sentencia C-127 de 1993, en el sentido de que era preciso contar con sentencia condenatoria ejecutoriada sobre la actividad delictiva matriz para poder condenar subsecuentemente por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, ella no obedeció a una razón fundamental para sostener la exequibilidad del precepto (*ratio decidendi*), sino a argumentaciones circunstanciales que para nada condicionaron la constitucionalidad del mismo (*obiter dicta*). Ya la Corte

había analizado y rechazado una propuesta similar a la de hoy en el auto del 12 de junio de 1996 en donde se dice:

"Es verdad que en la parte motiva de la sentencia mediante la cual se declaró la exequibilidad del precepto en referencia, se incluyó el comentario de que las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, confundiendo el concepto de "actividad delictiva" con el de "antecedentes penales", e introduciéndose así en la interpretación de un ingrediente normativo del tipo cuyo alcance y contenido le corresponde precisar al funcionario penal al momento de aplicar la norma.

"La Sala sabe perfectamente, que hace tránsito a cosa juzgada constitucional la parte resolutive de las sentencias de exequibilidad o inexecuibilidad de la Corte Constitucional, y aquellas de la motiva que guardan una relación inescindible con la parte resolutive, o dicho en palabras de esa Corporación, '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', situación en la cual no se encuentra el comentario que el defensor pretende que se tome como interpretación obligatoria".

De esta manera la corte señala que en virtud de la claridad dogmática y político criminal que reflejaba el auto antes citado, la misma Corte Constitucional, en la mencionada sentencia C-319 de 1996, acogió buena parte de sus reflexiones y, no obstante que "reconsideró" el planteamiento ligero hecho en la sentencia C-127 de 1993, de igual manera explicó que no se trataba de recoger una doctrina constitucional ya sentada sino de determinar la motivación que correspondía como objeto directo e inescindible de la declaratoria de exequibilidad del Art. 10 del decreto 2266 de 1991.

Asimismo sostiene la corte que aunque se respeta la hipótesis interpretativa que propone el actor, la otra que asumió el fallador y que ha sido prohijada por esta Corporación y la Corte Constitucional, es la que razonablemente se

ha impuesto aún antes de la sentencia C-319 de 1996. Una interpretación más favorable, se preferiría cuando definitivamente el texto legal tolere, en igualdad de condiciones, dos o más interpretaciones razonables, pero, en este caso, no pueden equipararse valorativamente las premisas teóricas de las sentencias C-127 de 1993 y C-319 de 1996 (porque no son equiparables en cuanto criterios de interpretación), con el fin de señalar un tránsito entre las mismas como si se tratara de una sucesión de leyes.

En lo referente al otro cargo argumentado por la defensa señala la corte que es el Art. 38 del mencionado reglamento, curiosamente citado con algún recorte por el mismo demandante, dirime la confusión que él pretende poner en el texto de la sentencia atacada, pues aquel precepto dice que:

"los ingresos representan flujos de entrada de recursos, en forma de incrementos del activo o disminuciones del pasivo o una combinación de ambos, que generan incrementos en el patrimonio, devengados de la venta de bienes, por la prestación de servicios o por la ejecución de otras actividades, realizadas durante un período, que no provienen de los aportes de capital".

De acuerdo con la norma transcrita, es cierto que el ingreso no siempre está orientado a **incrementar el activo**, porque puede hacerse para afectar en disminución el pasivo, pero de todas maneras constituye un incremento patrimonial. De modo que, sin ninguna demostración, el impugnante sostiene absurdamente que "todo ingreso no constituye incremento patrimonial" (fs. 187), cuando lo cierto es que el ingreso contablemente se estima como la materia prima de la intensificación del patrimonio, así no promueva los activos sino que simplemente reduzca el pasivo.

Sin embargo, en el desarrollo del cargo sigue latente la idea de que el ingreso, elemento constitutivo del incremento patrimonial, sólo se percibe con la conversión efectiva del cheque, pero la situación ya fue suficientemente ilustrada en la respuesta a la primera censura.

Por último, si se atendiera el lamento del actor de que se echa de menos el estudio contable que la Corte ha ordenado en otras investigaciones, entonces la censura debió orientarse por la violación indirecta de la ley sustancial (no la directa), con motivo de un presunto falso juicio de existencia.

En la decisión final, la Corte considera no casar la sentencia.

3.4.1.3 Caso de Alberto Giraldo López⁴⁵

Como hechos a resaltar tenemos los siguientes: Con ocasión de las diligencias de allanamiento y registro practicadas en el mes de julio de 1994 en varios inmuebles de Cali por orden de una fiscalía regional, fueron hallados documentos relacionados con las sociedades Inversiones Ara Ltda., Distribuidora de Productos Agrícolas el Diamante, Distribuidora Agrícola la Loma Ltda., Comercializadora Agropecuaria la Estrella, Asesoría Cosmos Ltda., Comercializadora Carnes del Pacífico, y otras, pertenecientes a los hermanos Gilberto y Miguel Ángel Rodríguez Orejuela. El estudio de la documentación incautada permitió descubrir que de las cuentas corrientes de las empresas referidas, así como de las abiertas a nombre de otras personas, también de propiedad de los hermanos Rodríguez Orejuela, fueron girados y consignados en cuentas corrientes y de ahorros del señor **Giraldo López** doscientos ocho (208) cheques por un valor total de \$1.381.080.000.00.

De esta manera la Comisión de Fiscales de la Dirección Regional de Fiscalías de Bogotá la calificó el 12 de abril de 1996. Profirió resolución de acusación en contra de **Alberto Giraldo López** y un Juzgado Regional de Cali produjo la sentencia del 22 de diciembre de 1998 (Fls. 18-103), que

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 16717. M. P. Alvaro Orlando Pérez Pinzón. 20 de junio de 2001.

condenó al procesado a 96 meses de prisión, multa de \$1.438.060.000.00, interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena privativa de la libertad, a la vez que revocó la libertad provisional que se le había concedido, y ordenó fueran compulsadas copias con destino a la fiscalía regional para que se iniciara el respectivo procedimiento de extinción de dominio de los bienes en cabeza suya.

Entonces, la sentencia se fue a casación en donde el demandante alegó violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida de los Arts. 23, 35, 36, 41 y 45 del Código Penal; 1º. del decreto 1895 de 1989, convertido en legislación permanente por el Art. 1º. del decreto 2266 de 1991, y falta de aplicación de los Arts. 1º. y 2º.

Asimismo, expuso que el error consistió en que el Tribunal y el Juez Regional recurrieron a hechos contradictorios para arribar a la misma conclusión: que **Giraldo López** era responsable de infracción al Art. 1º. del decreto 1895 de 1989. Pero mientras el juez y la fiscalía indicaron que el procesado había recibido en sus cuentas bancarias dineros procedentes de los Rodríguez Orejuela con destino a las arcas de los políticos nacionales, el Tribunal le atribuyó los mismos cargos a título "personal", generando con ello una indebida aplicación de la norma precitada.

Se insistió en señalar que a **Giraldo López** no se le podía atribuir un enriquecimiento ilícito porque los dineros que recibió de los señores Rodríguez Orejuela fueron por concepto de los gastos que realizó en ejercicio de una actividad permitida como es la de relacionista público; estas sumas monetarias tenían un origen legítimo, pues aquellos también fungían como empresarios, tal como se estableció dentro de la investigación con el testimonio de Guillermo A. Pallomari. Aseguró que existe una abierta contradicción entre la prueba recaudada y el resultado de la investigación. Pese a que el Tribunal Nacional dijo lo contrario, a **Giraldo López** se le

hicieron cargos en la resolución acusatoria y en el fallo de primer grado por haber recibido dineros con destino a la clase política. Sin embargo, a lo largo de todo la investigación no se menciona a un solo personaje de la vida política que hubiera recibido aportes monetarios de parte de éste. Concluye, entonces, que mal se podría sindicar y condenar a una persona por haber entregado dineros a terceros, sin indicar o determinar sus nombres ni el monto de lo recibido.

La Corte sostiene que cuando se acude a esta causal de casación es indispensable que el censor concrete y demuestre la configuración de alguna de las hipótesis de desacierto posibles, por ejemplo equívoco por falso juicio de existencia, de identidad o de raciocinio. Igualmente debe comprobar la definitiva incidencia que haya tenido el error en la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo, mediante el señalamiento preciso de la manera como la decisión habría sido diversa si no se hubiera incurrido en el error probatorio. La imputación al fallo, además, debe estar dirigida a derruir todas las pruebas que constituyen su soporte, pues si así no se procede y una de ellas goza de suficiencia para mantenerlo erguido, se impone la improsperidad de la censura.

De esta manera dice la corte que el letrado no cumplió con estas exigencias de técnica casacional. Invocó violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho, pero no indicó la forma o especie del yerro, ni concretó con nitidez y determinación los medios de persuasión objeto de los vicios, y, menos, mostró la importancia máxima de las falencias en la orientación y determinación de la sentencia materia de impugnación.

Aparte lo anterior, la Corte considera que las fallas de la propuesta resultan aún más evidentes si se tiene en cuenta que su reproche es parcial, pues no abordó -como ya se dijo- el estudio de todos los medios probatorios que sirvieron de fundamento a la decisión. No obstante la cantidad y diversidad

de la prueba incorporada a la actuación (Fls. 32-35, C. 45), el defensor solamente se detuvo en el testimonio del señor Guillermo Alejandro Pallomari, no para demostrar que en su apreciación se hubiera incurrido en equívoco alguno, sino con el propósito de proponer su personal valoración.

La Corte dice que el demandante afirmó que de acuerdo con dicho testigo todos los dineros que recibió el señor **Giraldo López** de los hermanos Rodríguez Orejuela tuvieron como motivo los servicios de "relacionista público" que les prestó, y que por lo tanto la conducta de su defendido no podía ser enmarcada dentro de la hipótesis delictiva del enriquecimiento ilícito de particulares, dada la naturaleza legal de la actividad y la legítima procedencia de una gran parte de los dineros pagados, habida cuenta la calidad de empresarios que los citados hermanos tenían.

Es así que la Corte considera que el defensor omitió indicar sobre qué medios probatorios fincaba tales aciertos, sino que no demostró los yerros en que pudieran haber incurrido los jueces de instancia en la valoración de los mismos, y en virtud de los cuales arribaron a las conclusiones que suscitan su inconformidad.

Por último, la Corte replica que el censor dejó de lado algo indiscutible: el recurso extraordinario de casación no constituye una tercera instancia aprovechable para proseguir el debate jurídico o probatorio propuesto en el curso del proceso. Por ello, en lugar de presentar y acreditar la existencia de errores trascendentes en la apreciación de los medios de prueba -como lo señaló en el enunciado del cargo- todo su esfuerzo argumentativo lo dirigió a expresar a la Corte su personal interpretación de los hechos objeto de investigación y a exponer su pensamiento sobre una sola de entre las múltiples y diversas pruebas incorporadas a la abundante foliatura.

Por tanto, la Corte resuelve no casar el fallo impugnado.

3.4.1.4 Caso de Rodrigo Garavito Hernández⁴⁶

A continuación, haremos un breve resumen de los hechos que enmarcaron este caso y las consideraciones que tuvo la corte para condenar a Garavito Hernández.

La empresa “Litifarallones y Cía Ltda.” Envío por intermedio de una empresa transportadora una remesa con 10 bultos de camisetas “Samper Presidente”, encomienda recibida por el Dr. Garavito en su oficina de Manizales. Luego de ello, el procesado se hospeda en el Hotel Intercontinental de Cali, cuya cuenta iba a ser pagada por el Miguel Rodríguez Orejuela, según una orden suya. Y, por último, el señor Garavito abre dos cuentas bancarias a nombre de terceras personas con el fin que le sean consignados ciertos números de cheques, cuentas que manejaría él personalmente y en las cuales se depositaron entre los años 1.991 y 1.995 más de CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$400.000.000.00); la explicación dada por Garavito es que estas cuentas las mantenía en movimiento las transacciones que él hacía de Compra – Venta de divisas pero nunca se enteró de quién o de qué empresas provenían los cheques. Según investigaciones, los giradores de los mismos eran empresas o allegados a los hermanos RODRÍGUEZ - OREJUELA, personajes a los que Garavito dice no conocer.

Entra la Sala de la Corte a Considerar diciendo que no cree que el señor Garavito haya vendido una suma tan elevada de divisas y que le pagaron con cheques - que estos al ser consignados y volverse efectivos debían pagársele al girador en dólares -, y no saber a quien le vendió. Para la Corte este argumento hubiera tenido validez si tal vez las transacciones se hubieran realizado en efectivo; además, se pone en duda que desconocidos

⁴⁶ Sala de Casación Penal. Sentencia SU 1300. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. 6 de diciembre de 2001.

giraran cheques por denominaciones altas y que cuando fueran pagados les diera cheques en dólares sin respaldo alguno. También argumenta la Corte en cuanto a la justificación que se ofrece de que en una operación de venta de dólares el señor Garavito recibió el cheque, y alguna vez que estuvo en Cali lo consignó, es inaceptable y rompe la naturaleza propia de esas negociaciones. Está fuera de toda lógica aspirar a que se le crea que el comprador no sólo entregaba el dinero a cambio de nada, sino que además esperaba a que en una ocasión que el vendedor fuera a Cali lo consignara.

La Sala emite su propio juicio al decir que la conducta realizada por el implicado en el caso de la cuenta abierta en Davivienda a nombre de un tercero (para el caso en cuestión era Fabio Duque), y que el procesado llenó las tarjetas con datos que no correspondían y puso firmas y huellas digitales falsas , lo convierte en autor de falsedad material en documento privado, ya que hay alteración de la verdad, hay elaboración total de un documento privado falso, con el cual se llegó a establecer una relación jurídica con la entidad bancaria, dándole así el uso necesario para la tipificación de la conducta. Para la Corte fue claro que las cuentas abiertas por Garavito a nombre de terceras personas no fue previendo el pago de un rescate como lo quiso hacer ver la defensa, sino que fue realizado con el fin de consignar dineros provenientes de actividades como el narcotráfico según las propias palabras de MIGUEL RODRÍGUEZ, que buscaron cuentas fachadas para tal fin.

“...Como puede verse, no es que la Corte desconozca la presunción de la inocencia, ni que suponga infundadamente que los dineros provienen del narcotráfico, como lo afirma el defensor, sino que hay prueba documental, testimonial e indiciaria que conduce a esa conclusión, y no puede la Sala dejarse llevar a la extrema tesis de que para que se configure el punible hay que establecer que los billetes recibidos en negocios de narcotráfico son los mismos

que se le entregan al que se enriquece ilícitamente; o la igualmente ilógica, de que lo pagado en sobregiro no es dinero del narcotraficante que maneja la cuenta sino del Banco; o la de que el dinero producto de actividades ilícitas que entra a una cuenta corriente pierde su carácter originario, "y se transforma en un solo fondo con los demás dineros de los clientes y del mismo Banco..."⁴⁷

Todo lo anterior lleva a la Corte a una conclusión: El señor RODRIGO GARAVITO desplegó una conducta que se adecua a la de Enriquecimiento Ilícito de Particulares, la cual se encuentra prevista en el Art. 10 del decreto 2266 de 1.991 y que llevan a la Corte a la siguiente conclusión:

"... la norma no restringe el sujeto activo a que sea la misma persona que realiza la actividad ilícita, sino quien obtiene el incremento patrimonial injustificado (que es la conducta que aquí se sanciona) (...) El ingrediente normativo que contiene el tipo, según el cual el incremento patrimonial debe ser "derivado de actividades delictivas", (...) 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"⁴⁸

Por lo tanto, la Corte profiere Resolución Acusatoria en contra de Rodrigo Garavito por los delitos de Falsedad en documento privado y Enriquecimiento Ilícito de Particulares.

La Corte tiene razón en los argumentos emitidos, pero para la época en que se profiera esta sentencia, habían claros indicios que Miguel Rodríguez Orejuela era un Narcotraficante, en esto se basa la Corte para concluir que los dineros obtenidos por el Procesado son ilegales; luego debió existir una

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 10467-1. M. P. Ricardo Calvete Rangel. 12 de junio de 1996.

⁴⁸ *Ibíd.*

prueba suficiente independiente de este proceso para llegar a la conclusión que eran derivados de una actividad delictiva.

Los casos anteriores muestran de un modo claro que el fin del Ejecutivo en 1.989 era conseguir la tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito de Particulares, para contrarrestar la lucha contra el narcotráfico y sus delitos conexos. De la misma forma puede observarse que los procesos en su totalidad tienen relación al enriquecimiento injustificado proveniente de dineros recibidos a capos de la droga en los años 90.

Y aunque la Corte pretende reconsiderar la postura expuesta en la sentencia C – 127 de 1.993 en relación a que no debe estar probada la actividad delictiva con sentencia condenatoria para poder realizar la respectiva investigación por el tipo en estudio, no puede dejarse de lado que los procesos realizados a la mayoría de sindicatos por el mismo, partieron de hechos notorios, reconocidos y probados con antelación, lo que dio suficiente sustento para ser condenados por Enriquecimiento Ilícito de Particulares pese a que los mismos hacían parte de investigaciones y providencias emitidas a terceras personas como los capos de la droga, luego la actividad delictiva estaba judicialmente declarada.

3.4.2 Resoluciones inhibitorias

3.4.2.1 Caso de Rodrigo Marín Bernal⁴⁹

El 28 de Abril de 1.998 la Fiscal delegada ante la Corte Suprema de Justicia dictó resolución inhibitoria a favor de RODRIGO MARIN BERNAL, distinguido dirigente conservador; a quien se le acusó de haber recibido a su favor un

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia. Única Instancia. Radicado No 2839. 28 de abril de 1998.

cheque por valor de \$2.000.000.00, los cuales fueron girados por MARTHA CECILIA GAITAN DE ORTIZ, el 13 de abril de 1.994.

Dentro del curso de la investigación, el sindicado acepta haber recibido la suma antes mencionada como aporte para su campaña política, además, dice conocer al señor GUILLERMO ORTIZ GAITAN, pero aclara que nunca hablaron en torno a los negocios que este último y que tan solo hasta el año de 1.995 por medio de la prensa, se enteró sobre las imputaciones que se le hacía por narcotráfico y enriquecimiento ilícito.

La defensa basó su alegato diciendo que para la época en que el Dr. MARIN BERNAL había recibido el aporte de los \$2.000.000.00, los esposos ORTIZ – GAITAN, estaban vinculados a investigación penal alguna, ya que eran personas que ante la sociedad se apreciaban de ser honradas en reuniones sociales y políticas, sin siquiera el sindicado llegar a imaginar que serían investigadas a futuro (a partir de 1.995), por los delitos de Enriquecimiento Ilícito y Narcotráfico.

El concepto de la Fiscalía para declarar la atipicidad de la conducta, fue que los dineros que recibió el señor MARIN BERNAL, provenían de una actividad lícita, descartando de esta forma que fuera del producto de actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes, que el señor BERNAL no conocía de las actividades ilícitas a las que se dedicaban los esposos ORTIZ – GAITAN y, que para el año de 1.994, este matrimonio no había sido objeto de investigación.

La conducta desplegada por el Dr. Rodrigo Marín Bernal no fue dolosa, ya que él recibió de buena fe un dinero que le estaban ofreciendo para su campaña política pero desconociendo de antemano la procedencia ilícita de los mismos, porque como él mismo lo manifiesta, no conocía la actividad a la

que se dedicaba sus amigos y confió plenamente en ellos y había comenzado investigación alguna; caso contrario hubiera sido saber que pese a conocer la procedencia ilícita del dinero, éste se recibiera haciendo caso omiso a la infracción de la ley penal, aquí si tendríamos un comportamiento doloso de parte del investigado, pero como no fue así, fue cerrada la investigación.

3.4.2.2 Caso de Alvaro Leyva Durán⁵⁰

El ex ministro Álvaro Leyva Durán, en calidad de representante en Colombia de la firma Earth and Space, concretó en 1994 un negocio con la firma Cominco, de propiedad de Jairo Aparicio Lenis, quien le giró un cheque de la casa de cambio El Dólar por \$49 millones y le dio un \$1 millón en efectivo, esto formalizó esa transacción, convirtiéndose en piedra de escándalo y, motivo por el cual fue investigado ALVARO LEYVA DURAN.

Leyva Durán fue procesado por enriquecimiento ilícito, ya que también se decía que ese dinero entregado por Jairo Aparicio venía directamente entregado por HELMER HERRERA BUITRADO. Se dictó medida de aseguramiento el 30 de Junio de 1.998 y resolución de acusación el 2 de Julio de 1.999, confirmada el 6 de Septiembre del mismo año y, de acuerdo con la resolución acusatoria proferida por los fiscales de entonces, las explicaciones rendidas por Leyva Durán, así como las pruebas aportadas por su defensa técnica no pudieron comprobar el origen lícito de 50 millones de pesos, 49 millones en cheque y un millón en efectivo, recibidos por el ex ministro en una transacción comercial.

⁵⁰ El 22 de octubre de 2001 la Unidad Nacional de Fiscalías Antinarcóticos y de Interdicción Marítima, por conducto del fiscal especializado Andrés Ramírez, pidió ante el Juez Quinto Especializado de Santa fe de Bogotá, Patricia Ladino, que se absuelva de todo cargo de enriquecimiento ilícito al ex-constituyente en mención.

Pero en 2001, la Fiscalía General analizó en su integridad el acervo probatorio, evaluó las pruebas sobrevivientes y solicitó al juez proferir sentencia absolutoria a favor del ex ministro Leyva Durán, de acuerdo con lo indicado por el Art. 232 del Código de Procedimiento Penal (No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado).

El 22 de Octubre de 2.001, la Unidad Nacional de Fiscalías Antinarcóticos y de interdicción Marítima, por conducto del fiscal especializado, pide ante el Juez Quinto Especializado de Bogotá, que se absuelva de todo cargo de Enriquecimiento Ilícito a ALVARO LEYVA DURAN, por no existir plena prueba para condenar al sindicado y, por lo tanto, se debió aplicar la garantía constitucional del in dubio pro reo. Por consiguiente, el Juez Segundo Especializado en Descongestión de Cali ordenó la libertad del ex-ministro Alvaro Leyva Durán, porque según la decisión judicial desaparecieron los fundamentos sustanciales y la necesidad de mantener vigente la detención preventiva. Como consecuencia de decisión tomada, se convierte en improcedente la solicitud de extradición que pesaba en su contra y desaparecen las órdenes de captura vigentes. En junio de 2004 fue absuelto por la Corte Suprema de Justicia.

3.4.2.3 Caso de William Rodríguez Abadía⁵¹

Con fecha de Octubre 26 de 2.001, el Fiscal 13 de la Unidad Nacional de Fiscalías Antinarcóticos y de Interdicción Marítima, profirió resolución inhibitoria a favor de WILLIAM RODRÍGUEZ ABADÍA, hijo de MIGUEL RODRÍGUEZ OREJUELA.

⁵¹ Unidad Nacional de Fiscalías Antinarcóticos y de Interdicción Marítima. Radicado No 376. 26 de octubre de 2001.

Esta investigación tiene origen en la compulsión de copias que hiciera la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado, en donde se enviaron copias de los cheques de la cuenta principal sindicado, todo esto dirigido a determinar si a través de la misma se había alimentado las denominadas cuentas fachadas del Cartel de Cali. Y así fue, según las confesiones dadas MIGUEL y GILBERTO RODRÍGUEZ, esta cuenta recibió dineros que provenían de otras cuentas fachadas, que el titular de esta cuenta giró numerosos cheques para atender sus gastos personales, pero se deja en claro que estos en muchos casos, corresponde a cantidades bajas o propias de un gasto cotidiano para una persona con esa posición económica.

Cuando se le toma versión libre, WILLIAM RODRÍGUEZ dice que a partir de 1.993 ingresa al manejo de empresas familiares y junto con dos compañeros y un litigante, conformaron una empresa de abogados a la cual llamaron Derecho Integral Ltda.; además aclaró que, su padre a través de cheques financiaba sus gastos personales y atender su seguridad ya que eran perseguidos por el extinto narcotraficante PABLO ESCOBAR GAVIRIA. Siendo así las cosas, se le pone de presente al imputado más de 50 consignaciones que se hicieron a su cuenta, proveniente de cuentas fachadas del Cartel de Cali, éste argumentó que era dinero recibido para su manutención, la de su familia, para seguridad, etc. También se procedió a recibir diferentes declaraciones como la del señor JAVIER ALFONSO PEREZ, quien para ese entonces era el jefe de seguridad del imputado.

Cuando se llama en este proceso a declarar a MIGUEL ANGEL RODRÍGUEZ, sobre la procedencia de los cheques a la cuenta de su hijo, manifiesta que él le giraba estos dineros para su manutención, para pagar la seguridad ya que le daba temor por la vida de su familia, debido a que PABLO ESCOBAR lo declaró enemigo público en 1.988 y ya había muerto

mucha gente que era de su confianza; también agrega diciendo que la procedencia de los cheques consignados en la cuenta de su hijo era lícita porque provenían de Empresas legalmente constituidas.

La defensa pide resolución inhibitoria a favor de RODRÍGUEZ ABADÍA argumentando que el término máximo para la investigación previa es de 6 meses ya superados, que su prohijado aceptó recibir los cheques de parte de su padre y su tío para gastos personales, familiares, seguridad, alimentos, estudios, regalos, pago a terceros, etc, por lo tanto, puede decirse que tenían una destinación específica. Y, concluye el defensor diciendo que el dinero recibido por parte de MIGUEL RODRÍGUEZ no es de manera dolosa, como voluntad dirigida a obtener ese resultado.

El despacho dentro de sus consideraciones dice que comparte los criterios presentados por el defensor del imputado, pues a través de una larga diligencia de versión libre, él dio a conocer diferentes y admisibles causas para recibir los diferentes cheques de parte de su padre o tío. Entonces, la conducta no estuvo encaminada con un doloso propósito de enriquecerse con dineros provenientes de actividades ilícitas; ya que, no es contrario al ordenamiento jurídico que un Padre atienda la manutención de su hijo, sin importar que éste sea mayor o menor de edad. Queda plenamente acreditada la condición de abogado de WILLIAM RODRÍGUEZ, de la empresa que conformó en compañía de sus colegas y la cual le prestaba sus servicios profesionales a diferentes empresas, entre esas las legalmente constituidas y reconocidas por los hermanos RODRÍGUEZ – OREJUELA y, el imputado sólo sacaba ventaja de una realidad económica y personal que le era propicia.

Como entre los cheques consignados, aparece uno de INVERSIONES ARA, de la cual RODRÍGUEZ ABADÍA era socio, estos fueron girados para cubrirle

utilidades operacionales de la unidad empresarial. Vale aclarar que la empresa tenía un origen lícito, por consiguiente, no debe llevar al Despacho a especular nada.

Concluye el despacho diciendo que descarta un incremento patrimonial injustificado, que los ponga frente a la hipótesis de Enriquecimiento Ilícito, ordenando el archivo de las diligencias por atipicidad de la conducta; pero, la razón más importante y a la cual hizo mención la defensa, fue la ausencia absoluta de dolo, lo que hace tomar como atípico el comportamiento. Y es que la ausencia del mismo se verifica en el momento de recibir los cheques ya que no se acudió a mecanismos de mimetización u ocultación del comportamiento, que estos fueron cobrados por ventanilla, mostrando que no actuó precedido de la convicción o de la creencia de infringir el ordenamiento penal, porque se debe tener en cuenta que cuando una persona sabe que infringe la ley, tergiversa, niega los hechos o la utiliza de coartada.

Y termina el despacho diciendo, que si una conducta no lesiona el ordenamiento jurídico, se considera permitida, no configurable como reprochable penalmente a partir de una adecuación en un tipo penal, por consiguiente, la acción penal no puede proseguirse por ser atípica a la conducta del imputado y acto seguido se profiera Resolución Inhibitoria a favor de WILLIAM RODRÍGUEZ ABADÍA.

Por ser el hijo de MIGUEL RODRÍGUEZ, la gran mayoría pensaría que se enriqueció de manera fraudulenta, pero no fue así; ya que en el curso de la investigación se logró demostrar que los dineros consignados en su cuenta muchas veces eran para la manutención del investigado y la de su familia, para su seguridad, etc.; porque si los mismos hubiesen sido utilizados para fines fraudulentos, no dudarían un instante siquiera en inventar una excusa o en ocultar la procedencia de éstos. Hay una resolución inhibitoria porque no

se actuó de manera dolosa ni hubo un incremento patrimonial injustificado como lo exige la norma.

En estos casos pudimos observar que la razón fundamental por la cual los investigados fueron absueltos en los procesos por Enriquecimiento Ilícito de Particulares fue la falta de dolo en la conducta, como elemento inescindible del delito ya que la misma se enmarcó dentro de las contempladas en el Art. 32 de la Ley Penal que excluyen la antijuridicidad y las circunstancias de inculpabilidad bajo el nombre de ausencia de responsabilidad; tampoco se estableció que los incrementos patrimoniales tuvieran una procedencia ilegal, pues no se comprobó el elemento normativo del enriquecimiento ilícito como la relación de la causalidad directa inequívoca y suficiente entre la actividad ilícita y el incremento injustificado.

No quedó demostrado por parte de la administración de justicia la existencia del ilícito, es decir, los elementos que conforman su tipicidad y antijuridicidad así como la responsabilidad subjetiva de la persona; además, no se configuró el ingrediente normativo que se exige, para este caso el incremento injustificado ya que los investigados lograron explicar que el incremento patrimonial obtenido fue de manera lícita y legal, no se pudo comprobar las actividades delictivas de los mismos, pues luego de una exhaustiva investigación se tuvo que no tenían nada que ver con el narcotráfico y los delitos conexos.

CONCLUSIONES

1. El delito de Enriquecimiento Ilícito de Particulares surge en un Decreto de carácter transitorio en el año de 1.989, pero hoy se encuentra tipificado en nuestra legislación gracias al Art. 8º transitorio de la Constitución Política.
2. Este tipo no admite la modalidad de culpa o de preterintención, solo admite el dolo porque quien se enriquece ilícitamente lo hace de manera dolosa, es decir, conciente y voluntaria.
3. El incremento patrimonial no justificado debe estar plenamente sustentado, pues quien no presente el mismo se considera que ha obtenido un incremento ilícito; siendo el Estado quien detenta la carga de la prueba, debe probar que el patrimonio ha aumentado de manera injustificado y por esta razón le corresponde al procesado demostrar que el incremento se logró conforme a derecho.
4. El Enriquecimiento Ilícito de Particulares no es un delito autónomo sino conexo con otros delitos que deben primero estar demostrados por sentencia en firme para que el juez pueda iniciar y llevar hasta su finalización la investigación por Enriquecimiento, con el objetivo de no violar el debido proceso.
5. Los bienes adquiridos con dinero ilícitos se consideran de ilícita procedencia y por lo tanto, son susceptibles de extinción de dominio,

aunque la acción penal por el delito de enriquecimiento ilícito no prospere.

6. El Art. 327 del Código Penal, tipifica el enriquecimiento ilícito de particulares, el cual no es claro en su literalidad y deja mucho a la interpretación del Juez Penal, porque dentro de lo que se ha llamado “actividades delictivas”, se puede enmarcar otros delitos, diferentes al narcotráfico y sus conexos.
7. Las sentencias base para el estudio del tipo de enriquecimiento ilícito de particulares son las C-127 de 1993 y C-319 de 1996, aunque encontremos posiciones contradictorias en la parte motiva de las mismas y, es el Juez Penal quien en última instancia decide la posición que comparte dentro de las providencias de cada proceso.
8. Dentro de los procesos que examinamos pudimos observar que en la interpretación del ingrediente normativo los jueces se orientan a considerar como actividades delictivas el narcotráfico y sus conexos.

BIBLIOGRAFIA

BARCENAS ESPITIA, Edgar. El enriquecimiento ilícito de particulares. Santa fe de Bogotá. 1996.

Constitución Política de la República de Colombia. 1ª ed. Bogotá: Legis. 1991.

CAMARGO, Pedro Pablo. El delito de enriquecimiento ilícito. 4ª ed. Bogotá: Leyer. 2002.

CANCINO MORENO, Antonio José. El delito de enriquecimiento ilícito. 1ª ed. Bogotá: El Profesional. 1986.

RUIZ YÉPEZ, Luz América. El delito de enriquecimiento ilícito de particulares. Edición Única. Santa fe de Bogotá: Leyer. 2001.

SABOGAL QUINTERO, Moisés y SÁNCHEZ, Luis Alberto. El enriquecimiento ilícito y la extinción de dominio en Colombia. Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibáñez. 1997.

ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. El enriquecimiento ilícito: Aspectos jurídicos y procesales. 3ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibáñez. 1998.

Jurisprudencia:

Decreto 1895 de 1989

Decreto 2266 de 1991

Ley 40 de 1993

Ley 333 de 1996

Ley 599 de 2000

Sentencia C–127 de 1993

Sentencia C–389 de 1994

Sentencia C–319 de 1996

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 1522.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 16356.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso No 16717.

Corte Constitucional, Sentencia SU 1300 de 2001.

Fiscalía General de la Nación, Auto Inhibitorio, Radicado No 376.

Fiscalía General de la Nación, Auto Inhibitorio, Radicado No 2839.

On line:

www.mininteriorjusticia.gov.co

www.ramajudicial.gov.co

ANEXOS

ANEXO A. DECRETO N° 2266 DE 1991

DECRETO N° 2266 DE 1991

(octubre 4)

*por el cual se adoptan como legislación permanente unas disposiciones expedidas en
ejercicio de las
facultades del Estado de Sitio.*

...

ARTICULO 10. *Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del
Decreto Legislativo 1895 de 1989:*

Artículo 1° *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".*

ANEXO B. LEY 40 DE 1993

LEY 40 DE 1993

(enero 19)

por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia,

DECRETA
CAPITULO I

De los delitos en particular.

ARTICULO 1° El secuestro extorsivo. El que arrebate, sustraiga retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos mensuales.

En la misma pena incurrirá quien arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una personalidad de reconocida notoriedad o influencia pública.

ARTICULO 2° Secuestro simple. El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo anterior, arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de seis (6) a veinticinco (25) años y en multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales.

Si el propósito del agente es contraer matrimonio u obtener una finalidad erótico-sexual, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. Para proceder en este caso se requiere querella de parte.

ARTICULO 3° Circunstancias de agravación punitiva. La pena señalada en el artículo 1° se aumentará entre ocho (8) y veinte (20) años más, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Si el delito se comete en persona inválida o enferma, o de menos de dieciocho (18) años, o que no tenga la plena capacidad de autodeterminación o que sea mujer embarazada.
2. Si se somete a la víctima a tortura física o moral o a violencia sexual durante el tiempo que permanezca secuestrada.
3. Si la privación de la libertad del secuestrado se prolonga por más de quince (15) días.

Si se ejecuta la conducta respecto de pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los copartícipes.

Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.

5. Cuando el delito se comete por persona que sea empleado oficial o que sea o haya sido miembro de las fuerzas de seguridad del Estado.

6. Si se comete en persona que sea o hubiere sido empleado oficial periodista o candidato a cargo de elección popular y por razón de sus funciones.
7. Cuando se presione la entrega o verificación de lo exigido, con amenaza de muerte o lesión o con ejecutar acto que implique grave peligro común o grave perjuicio a la comunidad o a la salud pública.
8. Cuando se cometa con fines terroristas.
9. Cuando se obtenga la utilidad, provecho o la finalidad perseguidos por los autores o copartícipes.
10. Cuando se afecten gravemente los bienes o la actividad profesional o económica de la víctima.
11. Cuando por causa o con ocasión del secuestro le sobrevengan la víctima la muerte o lesiones personales.
12. Si se comete en persona que sea o haya sido dirigente comunitario, sindical, político o religioso.
13. Si el hecho se comete utilizando orden de captura o detención falsificada o simulando tenerla.

PARAGRAFO. La pena señalada en el artículo 2° de la presente Ley, se aumentará hasta en la mitad cuando concurriera alguna de las circunstancias anteriores.

ARTICULO 4° Circunstancias de atenuación punitiva. Si dentro de los quince (15) días siguientes al secuestro, se dejare voluntariamente en libertad a la víctima, sin que se hubiere obtenido alguno de los fines previstos en el artículo 1° de esta Ley, la pena se disminuirá hasta la mitad.

En los eventos del artículo 2°, habrá lugar a igual disminución de la pena si el secuestrado, dentro del mismo término fuere dejado voluntariamente en libertad.

No habrá lugar a la atenuación si concurriera una de las circunstancias señaladas en los numerales 2, 5, 6, 7, 10 y 11 del artículo anterior.

ARTICULO 5° Concierto para secuestrar. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer un delito de secuestro, cada, una de ellas será penada, por ese solo hecho, con prisión de cinco (5) a diez (10) años. La pena se aumentará hasta en una cuarta parte para quienes promuevan, encabecen o dirijan el concierto.

ARTICULO 6° Enriquecimiento ilícito derivado del secuestro. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, y siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá por ese solo hecho, en prisión de cinco (5) a diez 10 años, y en multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 34 de la Constitución.

ARTICULO 7° Favorecimiento. El que teniendo conocimiento de un delito de secuestro y sin concierto previo, ayudare a eludir la acción de la autoridad, o a entorpecer la investigación correspondiente, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

En la misma pena incurrirá quien, a sabiendas de que el dinero resultante de una transacción va a destinarse al pago de la liberación de un secuestrado, participe en dicha transacción.

ARTICULO 8° Receptación. El que fuera de los casos de concurso de delito, oculte o ayude a ocultar o a asegurar, o quien utilice, el producto de un delito de secuestro incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

ARTICULO 9° Omisión de informes. El que conociendo de los planes o actividades encaminadas a la ejecución de un delito de secuestro no diere aviso oportuno a las autoridades, o no denunciare un secuestro de cuyos autores o partícipes tenga conocimiento, incurrirá en la pena establecida en el artículo anterior.

ARTICULO 10. Omisión de aviso. El que no diere aviso a las autoridades de un secuestro o desaparición de cuya ocurrencia tenga conocimiento directo, incurrirá en prisión de seis (6) meses a un (1) año.

El Fiscal General de la Nación dispondrá lo pertinente para que quede en secreto la identidad de quien dé el aviso de que trata este artículo.

ARTICULO 11. Obligación especial de investigación. Los jueces y las autoridades competentes deberán, de oficio, adelantar las investigaciones correspondientes, cuando tengan conocimiento, por cualquier medio, de que se ha cometido un posible delito de secuestro o de que ha ocurrido una desaparición.

Las investigaciones preliminares tenderán a averiguar el hecho del secuestro, y una vez existan indicios de que tal delito se ha cometido, procederán en concordancia con la Fiscalía General de la Nación a tratar de que se provea lo dispuesto en la presente Ley, en relación con los bienes del secuestrado y de las personas a que se refiere el artículo 18 de la presente Ley.

La Procuraduría General de la Nación dispondrá de sistemas especiales de vigilancia y seguimiento en los casos de investigación y juzgamiento de los delitos de secuestro y de la desaparición de personas.

ARTÍCULO 12. Celebración indebida de contratos de seguro. Quien intervenga en la celebración de un contrato que asegure el pago de] rescate de un posible secuestro o en la negociación o intermediación del rescate pedido por un secuestrador incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.

CAPITULO II Asuntos Procesales.

ARTICULO 13. Decomiso de bienes. Los bienes muebles o inmuebles que sean empleados para arrebatar, sustraer, retener u ocultar a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga o se omita algo o con fines publicitarios o de carácter político o con cualquier propósito distinto, serán decomisados y puestos inmediatamente a disposición de la Fiscalía General de la Nación, la cual, por resolución podrá destinarlos provisionalmente al servicio oficial o a entidades de beneficio común instituidas legalmente.

Quien tuviere un derecho demostrado legalmente sobre el respectivo bien tendrá preferencia para recibirlo en depósito o bajo cualquier título no traslativo de dominio. La autoridad competente que decreta el decomiso, dará aviso inmediato a los interesados para el ejercicio de sus derechos.

Si el propietario fuese condenado como autor, partícipe o cómplice los beneficios obtenidos producto de dichos bienes, se aplicarán a la prevención y represión del secuestro.

Podrá ordenarse en cualquier tiempo por la misma autoridad la devolución de los bienes o el valor de su remate, más los beneficios obtenidos como producto de dichos bienes, si fuere el caso, a terceras personas, si se llegare a probar plenamente dentro del proceso que ellas no tuvieron ninguna participación en el destino ilícito dado a esos bienes en todo caso corresponderá a dichas personas demostrar que los bienes decomisados, o no fueron utilizados, o lo fueron sin autorización ni siquiera tácita en la comisión del secuestro.

La providencia que ordene la devolución a que se refiere este artículo, deberá ser y sólo surtirá efectos una vez confirmada por el superior.

PARAGRAFO. Cuando se trate de bienes que estén sujetos a registro de propiedad, deberá la misma autoridad notificar el decomiso a las personas inscritas en el registro.

ARTÍCULO 14. Amnistía e indulto. En ningún caso el autor o los copartícipes del delito de secuestro, en cualquiera de sus modalidades, podrá ser beneficiado con amnistías e indultos

o sus consecuentes de cesación de procedimiento o auto inhibitorio, ni podrá considerarse el secuestro como delito conexo con el delito político, dada su condición de atroz.

ARTICULO 15 Exclusión de beneficios y subrogados. Salvo lo dispuesto en el artículo 17 de este Estatuto, en el artículo 37 y la rebaja por confesión previstos en el Código de Procedimiento Penal, los sindicados o condenados por los delitos de que trata esta ley no tendrán derecho a la condena de ejecución condicional, libertad condicional ni a subrogadas administrativas. En los casos del delito de secuestro, no podrán otorgarse la suspensión de la detención preventiva ni de la condena. La libertad provisional sólo podrá concederse por pena cumplida.

ARTICULO 16. Sanciones imposibles al servidor público. El servidor público, cualquiera que sea su cargo o función, que facilite, promueva o de cualquier manera colabore en el pago de rescate por la liberación de una persona secuestrada, incurrirá en causal de mala conducta que dará lugar a la destitución de su cargo o a la pérdida de su investidura, e inhabilidad para el ejercicio de sus funciones públicas por diez (10) años, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

ARTICULO 17. Beneficios por colaboración. Por razones de conveniencia evaluadas por el Fiscal General de la Nación, o por el funcionario que éste designe las penas previstas para los hechos punibles consagrados en esta Ley se rebajarán en la mitad, cuando el procesado o condenado colabore eficazmente en el esclarecimiento de los hechos, o en la captura de autores o partícipes o en el establecimiento de responsabilidad penal por los delitos consagrados en este estatuto.

En casos excepcionales, y por razón de la eficacia de la colaboración, podrá reconocerse la condena de ejecución condicional, prescindirse de la imposición de penas o de la ejecución de aquella que se hubiere impuesto, por requerimiento del Fiscal General de la Nación o del Vicefiscal, previo concepto del Procurador General de la Nación.

Cuando la colaboración permita capturar y deducir responsabilidad penal para quienes conformen organizaciones delincuenciales podrá ordenarse o solicitarse la preclusión o la cesación de procedimiento por parte del Fiscal General de la Nación.

Si la colaboración a que se refiere este artículo se realizare durante la etapa de instrucción, el Fiscal, al formular, la acusación, acompañará dicha resolución del acta en que haya acordado con el procesado la disminución punitiva, para que el juez al dosificar la pena reconozca dicho beneficio. Si se realiza en la etapa de juzgamiento el Fiscal suscribirá un acta que contenga el acuerdo a que se ha llegado con el procesado para la concesión de los beneficios a que se refiere este artículo, la cual aportará al proceso para que el juez reconozca dichos beneficios en la sentencia. Si la colaboración proviene de persona sentenciada realizado el acuerdo entre el procesado y el Fiscal que intervino en el proceso, el acta correspondiente se enviará al juez que esté ejecutando la sentencia para que disminuya la pena o exonere al sentenciado de su ejecución.

En el procedimiento establecido en este artículo intervendrá obligatoriamente el Ministerio Público.

PARAGRAFO. La disminución punitiva a que se refiere este artículo será solicitada por el procesado al Fiscal que esté conociendo de la instrucción o que esté actuando o haya actuado en la etapa de juzgamiento, quien se reunirá con el peticionario y si llegaren a cualquier acuerdo se sentará el acta respectiva.

Si se considera que es procedente la exclusión de pena, la preclusión o cesación de Procedimiento, la solicitud será enviada al Fiscal General de la Nación o al Vicefiscal, para que determine la procedencia de dichos beneficios y en caso de ser viables se sentará un acta que se enviará al funcionario respectivo para las determinaciones a que se refieren los incisos anteriores.

CAPITULO III

Facultades de la Fiscalía General de la Nación.

ARTICULO 18. Vigilancia administrativa de bienes. Al tener noticias ciertas de que se ha cometido un delito de secuestro o de que ha ocurrido una desaparición, el Fiscal General de la Nación o su delegado, procederá de inmediato a elaborar el inventario de los bienes de la persona secuestrada lo mismo que de los bienes de su cónyuge, compañera o compañero permanente, y de los de sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil con base en sus respectivas declaraciones de renta. Estas personas anteriormente citadas, deberán hacer, bajo juramento denuncia de sus bienes y de los del secuestrado.

Para los efectos de este artículo sobre bienes denunciados, y sobre aquellos de que tenga noticia, el Fiscal General de la Nación o su delegado decretará, la vigilancia administrativa de los mismos. Se formará cuaderno separado para toda esta actuación, a la cual tendrán acceso solamente el Fiscal, su delegado, el agente del Ministerio público y los afectados o sus apoderados.

De oficio o a petición de parte y previa audiencia con el posible afectado, el Fiscal General de la Nación o su delegado, podrá decretar la vigilancia administrativa de los bienes de otras personas, cuando existan fundadas razones para considerar que tales bienes podrían ser utilizados , directa indirectamente, para el pago por la liberación de una persona secuestrada.

Dicha vigilancia administrativa podrá extenderse a las sociedades de las cuales sean socias las personas antes mencionadas, cuando existan fundadas razones para considerar que a través de tales sociedades se pudieren obtener recursos destinados a pagar liberaciones de personas secuestradas.

La vigilancia administrativa de bienes no priva a sus propietarios o poseedores de la tenencia, uso y goce de los mismos, ni de su explotación económica, pero prohíbe a éstos la disposición y el gravamen sobre dichos bienes, sin la previa autorización del Fiscal General de la Nación o su delegado, cuando no corresponda al giro ordinario de los negocios de las personas o sociedades señaladas en este artículo.

Tratándose de bienes sujetos a registros, las medidas serán comunicadas a las autoridades y funcionarios pertinentes para lo de su cargo.

Las transacciones que se hagan sin el lleno de los requisitos anteriores serán inexistentes.

La vigilancia administrativa de bienes obliga a sus titulares o administradores a rendir cuentas periódicas de su gestión, en los términos que el Fiscal General de la Nación o su delegado señalen. El incumplimiento de esta obligación o su retardo injustificado darán lugar a su remoción.

La vigilancia administrativa de bienes se efectuará durante el término que dure el secuestro más el término adicional que considere la Fiscalía General de la Nación para el cumplimiento de los propósitos de esta Ley.

El que, con el propósito de beneficiarse con lo dispuesto por este artículo, simule un secuestro incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a diez (10) años.

PARAGRAFO 1° Para facilitar el seguimiento del autor o de los autores, del copartícipe. o de los copartícipes de un delito de secuestro, el Fiscal General de la Nación o su delegado, podrá suspender o aplazar la vigencia de las medidas de vigilancia administrativa de bienes que trata este artículo.

PARAGRAFO 2° No obstante lo dispuesto en este artículo, cuando alguna de las personas antes señaladas pusieren conocimiento de la Fiscalía General el hecho del secuestro, y colabore con este organismo, el Fiscal o su delegado, podrá acordar con dichas personas procedimientos que no impliquen la vigilancia administrativa de bienes.

PARAGRAFO 3° Quienes ejerzan el cargo de delegados del Fiscal General de la Nación sobre los bienes sometidos a vigilancia administrativa, tendrán las funciones propias de un auditor de control interno.

ARTICULO 19. Acciones y excepciones. Carecerá del derecho de alegar cualquier acción o excepción, quien a cualquier título entregue lineros destinados a pagar liberaciones de secuestrados.

ARTICULO 20. Sanciones. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 18 y 19 de esta Ley, las instituciones financieras, y en general todas aquellas personas cuyo objeto sea la captación de dineros del público, que conociendo el que entre sus usuarios se encuentra una de las personas señaladas en dicho artículo 18 de esta Ley, autoricen la entrega, continua o discontinua de sumas de dineros superiores a dieciséis (16) salarios mínimos mensuales, o sumas que no correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas personas, incurrirán en multa no mayor de dos mil (2.000) salarios mínimos y no menor de quinientos (500) salarios mínimos mensuales, imponible por la Superintendencia Bancaria, previa investigación administrativa.

Para efectos de las entregas de recursos que correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas personas, el Fiscal General de la Nación o su delegado, podrá acordar con las instituciones a que se refiere este artículo, procedimientos que, al mismo tiempo que garanticen el cumplimiento de los objetivos de esta Ley, traten de evitarles perjuicios a las personas cuyos bienes se sometan a la vigilancia administrativa.

ARTICULO 21. Informes y autorizaciones. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior y para los efectos del mismo, las instituciones financieras y todas aquellas personas cuyo objeto social sea la captación de dineros del público, deberán informar inmediatamente las solicitudes de retiros excepcionales de fondos o las presentaciones para el cobro de cheques girados contra las cuentas de las personas referidas en el citado artículo 18 de esta Ley, a la Fiscalía General de la Nación, la cual contará con un plazo de diez (10) días, como máximo, para autorizar el pago.

Vencido termino sin que la entidad financiera hubiese recibido respuesta de la Fiscalía General de la Nación, se podrá efectuar la entrega.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que pueda recaer sobre el funcionario que no se pronunció a tiempo sobre el respectivo desembolso.

ARTICULO 22. Fiscalía delegada para el secuestro. Autorízase al Fiscal General de la Nación para crear la fiscalía delegada para el secuestro o las unidades de Fiscalía para el mismo fin, cuyas funciones serán, entre otras, la investigación y acusación ante los juzgados y tribunales competentes, de los delitos contenidos en la presente Ley la vigilancia administrativa de bienes a que se refiere el artículo 18 además de la aplicación efectiva de la presente Ley.

La Fiscalía tendrá también facultades para ofrecer y pagar recompensas, así como para proteger a testigos y sindicados que colaboren con la Fiscalía.

PARAGRAFO. La Fiscalía delegada para el secuestro o las unidades de fiscalía para el mismo fin, tendrán a su disposición un equipo especializado de miembros del cuerpo técnico de investigación de fiscalía, quienes contarán con todos los medios y recursos suficientes para el cumplimiento de sus labores, y de todo lo necesario para asegurar su protección personal.

ARTICULO 23. Facultades del Fiscal para solicitar información. El funcionario instructor, con la colaboración de los organismos de seguridad del Estado, controlará la adquisición de bienes muebles e inmuebles, en especial de vehículos automotores, consignaciones

bancarias y (demás transacciones que se realicen en forma desacostumbrada en la respectiva localidad.

Para tal efecto, las notarías, las oficinas de registro de instrumentos públicos, las entidades financieras y bancarias, las oficinas de tránsito, y en general las empresas comerciales, suministrarán la información sobre el particular, cuando sean requeridas o cuando consideren que se ha presentado una situación que permite presumir la posibilidad de transacciones tendientes a realizar un secuestro o a cancelar el va[valor de una liberación.

CAPITULO IV Prohibiciones.

ARTICULO 24 Otorgamiento de créditos, fianzas y avales. Incurrirán en multa no mayor de dos mil (2.000) salarios mínimos ni menor de quinientos (500) salarios mínimos mensuales, imponible por la Superintendencia :Bancaria, previa investigación Administrativa, las personas citadas en el artículo 20 de esta Ley, cuando otorguen créditos, afiancen, avalen o en cualquier forma autoricen o faciliten dineros destinados al pago por la liberación de un secuestrado.

Las operaciones y transacciones que verifiquen en violación de este artículo, serán ineficaces de pleno derecho, y en el caso de entregadas de dinero no se podrá exigir la devolución de las sumas entregadas.

ARTICULO 25. Sanciones a empresas nacionales y extranjeras. Sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar, cuando algún directivo de una empresa nacional o extranjera, o su delegado oculten o colaboren en el pago de la liberación de un secuestro de un funcionario o empleado de la misma o de una de sus filiales, el Gobierno quedará facultado para decretar la caducidad de los contratos que esta empresa tenga suscritos con entidades estatales. En caso de que el hecho sea cometido por un funcionario o delegado de un subcontratista de la anterior, si ésta es extranjera, el Gobierno ordenará su inmediata expulsión del país. Los subcontratistas nacionales serán objeto de las sanciones previstas en esta Ley.

PARAGRAFO 1° El contratista nacional o extranjero que pague sumas de dinero a extorsionista se hará acreedor a las sanciones previstas en este artículo.

PARAGRAFO 2° Los contratos que celebren las entidades estatales colombianas con compañías extranjeras y nacionales llevarán una cláusula en la cual se incluya lo preceptuado en este artículo.

ARTICULO 26. Contratos de seguros. Sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar, los contratos de seguro que bajo cualquier modalidad se otorguen para cubrir el riesgo del pago para lograr la liberación de un secuestrado, serán ineficaces de pleno derecho, y las compañías seguros y los corredores intermediarios que intervengan en su realización, serán sancionados por la Superintendencia Bancaria, previa investigación administrativa, con multa no inferior a doscientos (200) salarios mínimos y no superior a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales sin perjuicio de lo establecido en el artículo 12 de la presente, Ley.

CAPITULO V Labores de inteligencia y grupos Unase.

ARTICULO 27. Coordinación de información sobre inteligencia contra secuestro y extorsión. El Ministro de Defensa Nacional conformará un comité integrado por los organismos de seguridad del Estado a fin de coordinar la recolección, análisis, evaluación y difusión de la

información requerida por la Fiscalía General de la Nación y demás organismos encargados de investigar y reprimir los delitos de extorsión y secuestro.

CAPITULO VI Aumento de penas.

ARTICULO 28. Modificaciones al artículo 44 del Código Penal. El artículo 44 del Decreto-ley 100 de 1980, Código Penal, quedará así:

Duración de la pena. La duración máxima de la pena es la siguiente:

- Prisión, hasta sesenta (60) años.
- Arresto, hasta cinco (5) años.
- Restricción domiciliaria, hasta cinco (5) años.
- Interdicción de derechos y funciones públicas, hasta diez (10) años.
- Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio hasta cinco (5) años.
- Suspensión de la patria potestad, hasta quince (15) años.

ARTICULO 29. Sobre el homicidio. El artículo 323 del Decreto ley 100 de 1980, Código Penal, quedará así:

Homicidio. El que matare a otro incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años.

ARTICULO 30. Modificación al artículo 324 del Código Penal. El artículo 324 del Decreto-ley 100 de 1980, Código Penal, quedará así:

ARTICULO 324. Circunstancias de agravación punitiva. La pena será de cuarenta (40) a sesenta (60) años de prisión, si el hecho descrito en el artículo anterior se cometiere:

1. En la persona del ascendiente o descendiente, cónyuge, hermano adoptante o adoptivo o pariente hasta el segundo grado de afinidad.
2. Para preparar, facilitar o consumir otro hecho punible; para ocultarlo, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los partícipes.
3. Por medio de cualquiera de las conductas previstas en los capítulos II y III del título V, del Libro Segundo de este Código.
4. Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil.
5. Valiéndose de la actividad de inimputable.
6. Con sevicia.
7. Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esa situación.
8. Con fines terroristas, en desarrollo de actividades terroristas o en persona que sea o hubiere sido servidor público, periodista, candidato a cargo de elección popular, dirigente comunitario, sindical, político o religioso; miembro de la fuerza pública; profesor universitario, agente diplomático o consular al servicio de la Nación o acreditada ante ella, por causa o por motivo de sus cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones, o en cualquier habitante del territorio nacional por sus creencias u opiniones políticas; o en sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

ARTICULO 31. Modificación al artículo 28 del Código Penal. Salvo en los casos contemplados en esta Ley, la pena privativa de la libertad no podrá exceder de treinta (30) años.

ARTICULO 32. Modificación del artículo 355 del Código Penal. El artículo 355 del Decreto-ley 100 de 1980, Código Penal, quedará así:

ARTICULO 355 Extorsión. El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero, incurrirá en prisión de cuatro (4) a veinte (20) años.

La pena se aumentará de la tercera parte a la mitad, si el constreñimiento se hace consistir en amenaza de ejecutar acto del cual pueda derivarse calamidad, infortunio o peligro común. Si el propósito o fin perseguido por el agente es facilitar actos terroristas constreñiendo a otro mediante amenazas a hacer, suministrar, tolerar u omitir alguna cosa, la sanción será de veinte (20) a treinta (30) años de prisión, multa de mil (1.000) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales.

Quien forme parte de organización o grupo de personas que tenga como uno de sus fines o propósitos la comisión de hecho punible de los descritos en los incisos anteriores, o ayude a eludir la acción de la autoridad, o a entorpecer la investigación correspondiente, o a ocultar o asegurar el producto del delito, o lo adquiera o enajene, incurrirá por ese sólo hecho en la sanción prevista en el inciso primero disminuida en una tercera parte.

Del mismo modo, quien conociendo de los planes y actividades de uno de los mencionados grupos u organizaciones de personas en relación al delito de extorsión, omitiere informar oportunamente sobre aquellos a la autoridad, o no denuncie una extorsión de cuyos autores o partícipes tenga conocimiento, incurrirá en la pena establecida en el inciso primero disminuida en la mitad.

ARTICULO .33. Empleados oficiales. El empleado oficial que omita, rehúse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones en relación con la prevención, investigación o juzgamiento de una extorsión o un secuestro, incurrirá en prisión de dos (2) a diez (10) años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

CAPITULO VII

Disposiciones varias.

ARTICULO 34. Comisión de seguimiento. Créase una comisión compuesta por tres (3) Senadores y tres (3) Representantes, miembros de las Comisiones Primeras de cada Cámara y designados por dichas Comisiones, para que se encargue de supervisar las políticas gubernamentales y judiciales contra el secuestro, así como el comportamiento de autoridades y jueces, en relación con sus obligaciones frente a este delito. Esta Comisión podrá solicitar informes y sugerir acciones y políticas en relación con este tema. Igualmente esta Comisión estará encargada de recibir, evaluar y dar a conocer a la opinión pública nacional e internacional, los casos de violación de los derechos humanos de los secuestrados.

ARTICULO 35. Programas de asistencia. El Gobierno Nacional con sujeción al plan de desarrollo, llevará a cabo programas de asistencia integral al secuestrado y a sus familiares diseñados y puestos en funcionamiento por entidades estatales o con el concurso de instituciones privadas que estén en capacidad de adelantar estas tareas.

ARTICULO 36. Campañas públicas. El Ministerio de Justicia, en coordinación con el Ministerio de Comunicaciones, institucionalizará campañas publicitarias y de toda índole tendientes a prevenir y combatir el delito de secuestro, así como a difundir el contenido, los objetivos y el cumplimiento de la presente Ley.

ARTICULO 37. Traslados y adiciones presupuestales. Autorízase al Gobierno Nacional, para verificar los traslados y las adiciones presupuestales necesarios para el cumplimiento de la presente Ley.

ARTICULO 38. El que preste eficaz colaboración a los investigadores y autoridades judiciales que permitan la captura de los secuestradores, podrá obtener los beneficios otorgados por el programa especial de protección a los colaboradores de la justicia y recibirá del erario a título de gratificación el equivalente a lo que el Estado considere exento de todo impuesto en el respectivo año gravable.

ARTICULO 39. Derógase el inciso 3° del artículo 28 del Decreto-ley 180 de 1988 adoptado como legislación permanente por el artículo 4° del Decreto extraordinario 2266 de 1991 que dice: "Si se produce la muerte de una o varias personas, la pena será de veinte (20) a treinta (30) años y la multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales".

ARTICULO 40. Vigencia y alcance. La presente Ley rige a partir de su promulgación, modifica y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

El Presidente del honorable Senado de la República,

TITO E. RUEDA GUARIN

El Secretario General del honorable Senado de la República,

PEDRO PUMAREJO VEGA.

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,

CESAR PEREZ GARCIA

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,

DIEGO VIVAS TAFUR.

República de Colombia--Gobierno Nacional.

Publíquese y ejecútese,

Dada en Santafé de Bogotá, D. C., a 19 de enero de 1993.

CESAR GAVIRIA TRUJILLO

El Ministro de Justicia,

ANDRÉS GONZÁLEZ DÍAZ.

DIARIO OFICIAL. AÑO CXXVIII. N. 40726. 20, ENERO, 1993. PAG.1

ANEXO C. LEY 333 DE 1996

LEY 333 DE 1996

(diciembre 19)

Diario Oficial No. 42.945, de 23 de diciembre de 1996

<NOTA DE VIGENCIA: Derogada por la Ley 793 de 2002>

Por la cual se establecen las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita

EL CONGRESO DE COLOMBIA,
DECRETA:

CAPÍTULO I.

DE LA EXTINCIÓN DEL DOMINIO.

ARTÍCULO 1o. DEL CONCEPTO. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Para los efectos de esta Ley, se entiende por extinción del dominio la pérdida de este derecho en favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular.

ARTÍCULO 2o. DE LAS CAUSALES. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Por sentencia judicial se declarará la extinción del derecho de dominio de los bienes provenientes directa o indirectamente del ejercicio de las actividades que más adelante se establezcan o que hayan sido utilizados como medios o instrumentos necesarios para la realización de los mismos. Dichas actividades son:

1. Enriquecimiento ilícito de servidores públicos, de particulares.
2. Perjuicio del Tesoro Público que provenga de los delitos de peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, de contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efectos o valores equiparados a moneda; ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico; hurto sobre efectos y enseres destinados a seguridad y defensa nacionales; delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado; utilización indebida de información privilegiada; utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva.
3. Grave deterioro de la moral social. Para los fines de esta norma, se entiende que son hechos que deterioran la moral social, los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes y las normas que lo modifiquen o adicionen, testaferrato, el lavado de activos, los delitos contra el orden económico social, delitos contra los recursos naturales; fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares, concusión, cohecho, tráfico de influencias, rebelión, sedición, asonada o provenientes del secuestro, secuestro extorsivo o extorsión.
4. Los eventos en que se utilicen bienes como medio o instrumentos de actuaciones delictivas o se destinen a éstas, salvo que sean objeto de decomiso o incautación ordenada dentro del proceso penal mediante providencia en firme.
5. También procederá la extinción del dominio cuando judicialmente se haya declarado la ilicitud del origen de los bienes en los eventos consagrados en los incisos 2o. y 3o. del artículo 7o., de esta Ley, y en el Código de Procedimiento Penal.

ARTÍCULO 3o. DE LOS BIENES. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Para los efectos de esta Ley se entenderá por bienes susceptibles de extinción del dominio todo derecho o bien mueble o inmueble, con excepción de los derechos personalísimos.

La extinción del dominio también se declarará sobre el producto de los bienes adquiridos en las circunstancias de que trata esta Ley, los derivados de éstos, sus frutos, sus rendimientos, y sobre los recursos provenientes de la enajenación o permuta de bienes adquiridos ilícitamente o destinados a actividades delictivas o considerados como producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito. Cuando se mezclen bienes de ilícita procedencia con bienes adquiridos lícitamente, la extinción del dominio procederá sólo hasta el monto del provecho ilícito.

ARTÍCULO 4o. DE LOS BIENES ADQUIRIDOS POR ACTO ENTRE VIVOS. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Tratándose de bienes transferidos por acto entre vivos, procederá la extinción del dominio cuando un tradente los haya adquirido en los casos contemplados en el artículo 2o y los adquirentes hubieren actuado con dolo o culpa grave respecto del conocimiento de las causales allí contempladas.

En los casos en que se hubiere constituido fiducia o encargo fiduciario sobre los bienes respecto de los cuales se pretenda la extinción del dominio, bastará para su procedencia que alguna de las causales señaladas en el artículo 2o. sea predicable del encargante o constituyente, sin perjuicio de los derechos de la fiduciaria a su remuneración y de los derechos de beneficiarios y terceros que no hubieren actuado con dolo o culpa grave.

Las disposiciones de esta Ley no afectarán los derechos que con arreglo a las leyes civiles se deriven de los negocios jurídicos válidamente celebrados ni los de su invalidez, nulidad, resolución, rescisión e ineficacia para las partes y terceros, ni los inherentes al pago de lo no debido ni al ejercicio de las profesiones liberales.

ARTÍCULO 5o. DE LOS BIENES ADQUIRIDOS POR CAUSA DE MUERTE. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Procederá la extinción del derecho de dominio respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando dichos bienes hayan sido adquiridos por el causante en cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 2o de la presente Ley.

En el evento de haberse efectuado la partición y realizado el pago del impuesto por el adjudicatario, así como la ganancia ocasional, si la hubiere, el Estado deberá devolverlos para que sea procedente la ejecución de la sentencia.

ARTÍCULO 6o. DE LOS BIENES EQUIVALENTES. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Cuando no resultare posible ubicar, incautar o aprehender otros bienes determinados sobre los cuales verse la extinción del dominio, al momento de la sentencia podrá el Juez declarar extinguido el dominio sobre un valor equivalente. Lo dispuesto en el presente artículo no podría interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

PARÁGRAFO. Antes de la sentencia de primera instancia, no podrá el Juez que esté conociendo de la acción de extinción de dominio aprehender, ocupar u ordenar la práctica de medidas cautelares sobre bienes equivalentes.

CAPÍTULO II. DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DEL DOMINIO.

ARTÍCULO 7o. DE LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN. *La acción de extinción del dominio de que trata esta Ley es de naturaleza jurisdiccional y de carácter real, y procederá contra el titular real o presunto o los beneficiarios reales de los bienes, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido, {y sin perjuicio de los derechos de los terceros de*

buena fe. En ningún caso se podrá intentar la acción de extinción del dominio en forma independiente, si hay actuaciones penales en curso}.

Si la acción penal se extingue o termina sin que se haya proferido decisión sobre los bienes, continuará el trámite ante el mismo funcionario que conoció del proceso penal y procederá la declaración de extinción del dominio de aquellos bienes adquiridos en cualquiera de las circunstancias de que trata esta Ley.

Si terminado el proceso penal aparecieren nuevos bienes, en cualquier caso procederá la acción de extinción del dominio ante el mismo funcionario que conoció de la acción penal correspondiente.

ARTÍCULO 8o. DE LA LEGITIMACIÓN. La Dirección Nacional de Estupefacientes, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con su especialidad, de oficio, a petición de cualquier persona, o de las entidades o autoridades extranjeras u organismos internacionales, ejercerán la acción de extinción del dominio sobre los bienes adquiridos en las circunstancias de que trata la presente Ley. La Fiscalía General de la Nación la iniciará de oficio.

PARÁGRAFO. De conformidad con los tratados y convenios de colaboración recíproca las entidades o autoridades extranjeras u organismos internacionales habilitados para ello, podrán solicitar que se inicie la acción de extinción de dominio de que trata la presente Ley.

ARTÍCULO 9o. DE LA PRESCRIPCIÓN. <Artículo INEXEQUIBLE>

ARTÍCULO 10. DE LA AUTONOMÍA. <Inciso CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> La acción de extinción del dominio es distinta e independiente de la responsabilidad penal y complementaria de las actuaciones penales.

<Inciso CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> La declaración de extinción del dominio corresponderá a los jueces competentes para conocer de las actuaciones penales. En consecuencia, las entidades estatales legitimadas, en los casos en que los bienes tengan su origen en una actividad delictiva, promoverán la acción consagrada en esta Ley cuando la actuación penal termine por cualquier causa y no se haya declarado en ésta la extinción del dominio sobre los bienes considerados como producto, efecto, instrumento u objeto del delito o se hubiere declarado sólo sobre una parte. Por las demás causales, dichas entidades estatales deberán instaurar la acción con absoluta independencia de la actuación penal.

La providencia que declare la ilicitud de la adquisición del dominio de los bienes en un proceso penal y la sentencia condenatoria que así lo establezca constituye prueba de la ilícita procedencia de los bienes.

CAPÍTULO III.

DEL DEBIDO PROCESO Y DE LOS DERECHOS DE TERCEROS.

ARTÍCULO 11. DEL DEBIDO PROCESO. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> En el ejercicio y trámite de la acción de extinción del dominio se garantizarán el debido proceso, el derecho de defensa y la plenitud de las formas propias del mismo.

ARTÍCULO 12. DE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS. Durante el procedimiento se garantizarán y protegerán los derechos de las personas y de los terceros, para cuyo efecto no podrá declararse la extinción del dominio:

1. En detrimento de los derechos de los titulares legítimos y terceros de buena fe.
2. Si no estuvieren probadas las circunstancias contempladas en la ley.
3. Si no se hubiere garantizado el debido proceso y el derecho de defensa.
4. En todos los casos se respetarán el principio de la Cosa Juzgada.

PARÁGRAFO. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los titulares de derechos o los poseedores de los bienes objeto de la acción de extinción del dominio, así como los terceros,

podrán comparecer al proceso dentro de las oportunidades procesales previstas en esta Ley para el ejercicio de su derecho de defensa. En todo caso, los que no comparezcan están representados por un curador ad litem, sin perjuicio de que, en el evento de no comparecer durante el trámite por razones no atribuibles a su culpa o dolo, puedan en cualquier tiempo antes del fallo interponer las acciones y recursos legales que consideren pertinentes para la defensa de sus derechos.

ARTÍCULO 13. DE LAS VÍCTIMAS. Toda persona y sus causahabientes forzosos a quienes se les hubiere causado un daño por el titular de los bienes cuyo dominio haya sido extinguido conforme a esta Ley, tendrá derecho preferencial a la reparación integral siempre que el mismo haya sido reconocido por sentencia judicial ejecutoriada.

Si los bienes hubieren ingresado al patrimonio del Estado, éste reembolsará a las víctimas el monto de la indemnización hasta concurrencia del valor de aquéllos, para lo cual formularán solicitud en tal sentido acompañada de copia autenticada de la sentencia ejecutoriada en la que le reconoce el derecho y tasa el daño y de la sentencia que declaró la extinción del dominio, siendo aplicable en este evento lo dispuesto por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

En todo caso, el Estado se subrogará en los derechos que reconozca la sentencia judicial a quien reciba un pago, según lo provisto en el inciso anterior, por la cuantía de lo pagado, y perseguirá el patrimonio de la persona obligada a resarcir el daño a que se refiera la correspondiente sentencia judicial, con los mismos derechos reconocidos al beneficiario en dicha providencia.

CAPÍTULO IV. DEL PROCEDIMIENTO Y DE LA COMPETENCIA.

ARTÍCULO 14. DE LA COMPETENCIA. Corresponderá a los funcionarios competentes para conocer de las actuaciones penales la declaración de extinción del dominio cuando la adquisición de los bienes se origine en cualquiera de las circunstancias de que trata esta Ley, o cuando se trate de bienes vinculados a actividades delictivas o destinados a las mismas, sin perjuicio de que la acción de extinción del dominio sea iniciada por las entidades estatales legitimadas con posterioridad a la terminación de la actuación penal, cuando ésta termine por cualquier causa y no se declare la extinción del dominio o se declare sólo sobre una parte de éstos.

<Inciso modificado por el artículo 34 de la Ley 504 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:>
Concederán de la extinción del dominio los Fiscales Delegados ante los Jueces Penales de Circuito Especializados y el supervisor de éstos en los asuntos penales de su competencia y, en los demás casos, la Fiscalía adscrita a la Unidad Especializada, o la que determine el Fiscal General de la Nación, así como los Jueces Penales de Circuito Especializados o el Juez Penal del Circuito que está conociendo de la actuación.

ARTÍCULO 15. DEL TRÁMITE. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> El trámite de la extinción del dominio en las actuaciones penales se surtirá en cuaderno separado y se adelantará de conformidad con las siguientes reglas:

- a) El fiscal que deba conocer de la acción de extinción del dominio, de oficio o por interposición de demanda, ordenará su iniciación mediante providencia interlocutoria apelable en el efecto devolutivo indicativa de los hechos en que se funda, los bienes y las pruebas o indicios, prevendrá sobre la suspensión del poder dispositivo y decretará la inmediata aprehensión y ocupación y las medidas preventivas pertinentes, si no se hubieren adoptado en la actuación penal;
- b) En la misma providencia, ordenará la notificación al Agente del Ministerio Público y a las demás personas afectadas cuya dirección se conozca, que se surtirá según las reglas generales, y dispondrá el emplazamiento de las personas respectivas, de los titulares actuales de derecho real principal o accesorio que figuren en el certificado registral

correspondiente, de los terceros y personas indeterminadas con interés en la causa para que comparezcan a hacer valer sus derechos, quienes tomarán la actuación en el estado en que se encuentre al instante de su comparecencia. El emplazamiento se surtirá por edicto que permanecerá fijado en la Secretaría por el término de veinte (20) días y se publicará y divulgará por una vez dentro de este término en un periódico de amplia circulación nacional y en una radiodifusora de la localidad. Cumplidas estas formalidades, si no se presenta el emplazado dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término de fijación del edicto, continuará la actuación con un curador ad - litem.

c) Dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de comparecencia, deberá contestarse aportando las pruebas o solicitando la práctica de aquéllas en que se funda la oposición. En este mismo término, el agente del Ministerio Público solicitará la práctica de pruebas;

d) Transcurrido el término anterior, se decretarán las pruebas conducentes y pertinentes y las que oficiosamente considere el funcionario, quien fijará el término para su práctica el cual será de veinte (20) días, prorrogables por un término igual por una sola vez;

e) Concluido el término probatorio, se surtirá traslado por secretaría por el término común de ocho (8) días a los intervinientes para alegar de conclusión y al agente del Ministerio Público para su concepto.

f) Transcurrido el término anterior, cuando el trámite hubiere sido conocido por la Fiscalía, dictará una providencia de acuerdo con lo alegado y probado, en la cual concluya respecto de la procedencia o improcedencia de la extinción del dominio. Si concluye sobre la procedencia de la declaratoria de extinción del dominio, enviará inmediatamente el expediente al Juez Regional en los asuntos de su competencia o al Juez Penal del Circuito en los demás casos, quienes dictarán la respectiva sentencia de extinción del dominio, verificando que durante el trámite que hubiere adelantado la Fiscalía se hubiere respetado el debido proceso, la plenitud de las formas y la protección de derechos.

g) En contra de la sentencia que decreta la extinción del dominio procede el recurso de apelación conforme a las reglas generales. La que se abstenga de esta declaración se someterá al grado de consulta.

ARTÍCULO 16. PROTECCIÓN DE DERECHOS. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Los funcionarios competentes para conocer de las actuaciones penales y de la acción de extinción del dominio, garantizarán el debido proceso, el derecho de defensa, la plenitud de las formas y observarán lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 12 de la presente Ley en materia de protección de derechos.

En todo caso, la extinción del dominio prevista en esta Ley no excluye la aplicación del decomiso, comiso, incautación, aprehensión, ocupación y demás medidas consagradas por el ordenamiento jurídico en materia de bienes.

CAPÍTULO V. DEL PROCEDIMIENTO.

ARTÍCULO 17. DEL PROCEDIMIENTO. El procedimiento de la acción de extinción del dominio, se sujetará a las disposiciones especiales contenidas en la presente Ley.

ARTÍCULO 18. DE LA DEMANDA. La demanda contendrá los siguientes requisitos:

a) Nombres y apellidos, identificación y domicilio del titular presunto, del real y de los terceros con interés en la causa, según el caso;

b) La identificación del bien o bienes, estimación de su valor o de los bienes o valores equivalentes,

c) La petición de pruebas, acompañando las que tenga en su poder, y

d) La dirección del lugar para recibir notificaciones.

ARTÍCULO 19. DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS. Desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso, el demandante podrá pedir la práctica de medidas cautelares de los bienes sobre los cuales pretende la extinción del dominio, para lo cual se observarán las reglas contenidas en el Libro IV, Título XXXV, del Código de Procedimiento Civil.

ARTÍCULO 20. DE LA PERENTORIEDAD DE LOS TÉRMINOS. La inobservancia de los términos y oportunidades señalados en esta Ley constituye causal de mala conducta sancionable con destitución del cargo que será impuesta por la autoridad competente.

ARTÍCULO 21. DE LA SENTENCIA. Si la sentencia declara la extinción del dominio, ordenará la cancelación de las limitaciones, desmembraciones, gravámenes, embargos e inmovilizaciones e inscripciones que recaigan sobre los bienes y su inscripción en el registro competente sin costo alguno para el Estado.

Cuando los bienes objeto de extinción se encuentren gravados con prenda, hipoteca o recaiga sobre éstos algún otro derecho real accesorio distinto del dominio o medida cautelar de embargo o secuestro decretado por autoridad competente y debidamente inscrito con fecha anterior al decreto de medida preventiva o de suspensión del poder dispositivo dentro del proceso de extinción, la sentencia se pronunciará respecto de la eficacia o ineficacia, licitud o ilicitud de los títulos y derechos de conformidad con las disposiciones civiles y establecidas en la presente Ley.

Si la sentencia declara la ilicitud o ineficacia de los títulos y derechos de que trata el inciso anterior, decretará igualmente su extinción y su inscripción en el registro competente sin costo alguno para el Estado.

En caso contrario, se decretará la venta en pública subasta conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil y con su producto se pagarán las acreencias correspondientes. Los remanentes corresponderán al Estado en los términos de la presente Ley.

Los titulares de los derechos contemplados en esta norma deberán comparecer al proceso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de esta Ley. Quienes tengan legitimación para concurrir al proceso podrán impugnar la eficacia y licitud de los títulos y derechos a que refiere este Precepto.

PARÁGRAFO. También procederá la extinción del dominio sobre bienes equivalentes, en el evento de que el Estado tuviere que reconocer a un tercero el derecho que se hubiere probado en el proceso, respecto del cual se haya establecido limitación, gravamen o desmembración, embargo, registro de demanda, inmovilización e inscripción sobre los bienes materia del proceso.

ARTÍCULO 22. DE LA ENTREGA. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Si la sentencia declara la extinción del dominio de los bienes y éstos no estuvieren en poder del Estado, ordenará su entrega definitiva a quien corresponda y, ejecutoriada, comisionará para la diligencia que se practicará de preferencia por el comisionado dentro de los diez (10) días siguientes a la providencia respectiva.

ARTÍCULO 23. DE LA PERSECUCIÓN DE BIENES. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> El Estado podrá perseguir bienes de los que sea titular o beneficiario real la persona contra quien se dictó sentencia de extinción del dominio o sus causahabientes que no sean de buena fe y hasta concurrencia del valor por el cual se decretó la extinción.

CAPÍTULO VI. DE LA SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO.

ARTÍCULO 24. DE LA SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Desde la providencia que ordena el trámite de

extinción, no podrá adquirirse ni transferirse el dominio de los bienes provenientes de actividades ilícitas, ni constituirse derecho alguno, ni celebrarse acto, contrato o negocio jurídico alguno respecto de éstos, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

CAPÍTULO VII. DEL FONDO PARA LA REHABILITACION, INVERSIÓN SOCIAL Y LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO.

ARTÍCULO 25. DE LA CREACIÓN DEL FONDO PARA LA REHABILITACION, INVERSIÓN SOCIAL Y LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Créase el Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado, que funcionará como una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la Dirección Nacional de Estupeficientes, de acuerdo con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de Estupeficientes.

Los bienes objeto de extinción del dominio, sin excepciones de naturaleza alguna hechas las deducciones a que se refiere el artículo 24 de la presente Ley, según el caso, formarán parte de los recursos de este Fondo.

PARÁGRAFO 1o. <Ver Nota de Vigencia> Durante el desarrollo del proceso, la Dirección Nacional de Estupeficientes podrá destinar en forma provisional los bienes sobre los cuales esté vigente una medida cautelar, a las entidades oficiales o instituciones de beneficio común legalmente reconocidas. Los gastos de conservación estarán a cargo de la entidad destinataria. La Dirección Nacional de Estupeficientes tomará las medidas necesarias para garantizar que, los bienes objeto de destinación provisional continúen siendo productivos y generadores de empleo, para lo cual podrá recurrir al arrendamiento o fiducia de los bienes en caso de que la operación genere utilidades. Estos recursos deberán destinarse a la financiación de los programas sociales de que trata esta Ley con preferencia en la circunscripción territorial en que se encuentran localizados.

Preferencialmente en tratándose de bienes rurales con caracterizada vocación rural, una vez decretada su extinción pasarán de manera inmediata al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, para ser aplicados a los fines establecidos en la Ley 160 de 1994.

PARÁGRAFO 2o. <Ver Nota de Vigencia> Desde la providencia que ordena el trámite de extinción del dominio, la Dirección Nacional de Estupeficientes, podrá enajenar los bienes fungibles o que amenacen deterioro, respecto de los demás bienes, si se hiciere necesario en razón de lo oneroso de su administración y custodia, podrá celebrar contratos de administración con entidades públicas o privadas sometidas a vigilancia estatal.

En el evento en que los bienes hubiesen sido enajenados y se ordenare su devolución mediante sentencia judicial debidamente ejecutoriada, el Fondo reconocerá el precio de la venta con actualización de su valor, sin perjuicio de las acciones consagradas en la ley.

PARÁGRAFO 3o. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta Ley, el Gobierno Nacional procederá a reestructurar la Dirección Nacional de Estupeficientes para el cumplimiento de las funciones que se le asignan.

ARTÍCULO 26. DE LA DISPOSICIÓN Y DESTINACIÓN DE LOS BIENES. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Los bienes y recursos sobre los cuales se declare la extinción del dominio, sin excepción alguna ingresarán al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado y serán asignados por el Consejo Nacional de Estupeficientes, de conformidad con los reglamentos, para:

- a) Financiar programas y proyectos en el Área de Educación, Recreación y Deporte. Así mismo los programas que prevengan el consumo de la droga, como los que tiendan a la rehabilitación y la promoción de la cultura de la legalidad;
- b) Financiar programas de desarrollo alternativo para la erradicación de cultivos ilícitos;

- c) Financiar programas para prevenir, combatir y erradicar la corrupción administrativa en cualquiera de sus manifestaciones;
 - d) Financiar programas de reforma agraria y de vivienda de interés social para los desplazados por la violencia y los involucrados en los programas de erradicación de cultivos ilícitos;
 - e) Reembolsar en la hipótesis de que trata esta Ley, los daños causados a los nacionales titulares y terceros de buena fe. Para ello financiará la contratación de seguros que cubran los riesgos por actos terroristas súbitos y violentos y los perjuicios en que pueda incurrir la población civil por esos mismos actos, cuando no estén amparados por el Gobierno Nacional mediante pólizas de seguros. Igualmente garantizar mediante la contratación de pólizas expedidas por compañías de seguros, la protección de los bienes sobre los cuales esté vigente una medida cautelar o sobre aquellos que sean objeto de extinción del dominio;
 - f) Financiar programas que ejecute el deporte asociado, con el objeto de fomentar, masificar y divulgar la práctica deportiva. Igualmente, apoyar programas recreativos, formativos y social comunitarios.
 - g) Financiar la inversión en preparación técnica y tecnológica, en soportes logísticos, adquisición de equipos y nueva tecnología, y, en general, en el fortalecimiento de las acciones del Estado en su lucha contra el delito del narcotráfico. Los bienes culturales e históricos serán asignados a las entidades estatales pertinentes para los efectos consagrados en la legislación sobre la materia;
 - h) Financiar programas de rehabilitación, educación, capacitación y microempresas para la población carcelaria;
 - i) Financiar programas de reubicación dentro de la Frontera Agrícola, a colonos asentados en la Amazonia y la Orinoquia Colombiana;
 - j) Financiar todos los aspectos atinentes al cumplimiento de las funciones que competen al Consejo Nacional de Política Criminal;
 - k) Para financiar programas de nutrición a la niñez, de estratos bajos, a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar;
 - l) Para financiar en parte la administración de justicia a través del Consejo Superior de la Judicatura;
 - m) Financiar los programas de las mujeres cabeza de familia, menores indigentes y tercera edad;
 - n) Para financiar el Programa de Bibliotecas Públicas para Santa Fe de Bogotá;
 - o) Para financiar la asignación de recursos al Fondo de seguridad de la Rama Judicial y del Ministerio Público;
 - p) Financiar programas de desarrollo humano sostenible en las regiones de ecosistemas frágiles en los cuales se han realizado cultivos ilícitos;
 - q) Los bienes y recursos que se encuentren dentro de la jurisdicción del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y cuya extinción de dominio se haya decretado, conforme a la presente Ley, serán asignados por el Consejo Nacional de Estupefacientes al Instituto de Tierras del Archipiélago, para el cumplimiento de sus fines, consagrados en la legislación correspondiente;
- Mientras se crea el Instituto de Tierras del Archipiélago el Consejo Nacional de Estupefacientes asignará los bienes a programas de vivienda de interés social, reforma agraria, obras públicas o para financiar programas de educación en el Archipiélago y promover su cultura;
- r) Financiar programas para población de los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales;
 - s) Financiar programas de recreación y cultura de pensionados y la tercera edad;
 - t) Implementación de programas de vivienda de interés social;
 - u) Financiar programas para erradicar la indigencia en el país.
- PARÁGRAFO. <Parágrafo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE>** Las tierras aptas para la producción y que ingresen al Fondo que se crea en la presente Ley, se adjudicarán a los campesinos e indígenas que cumplan los requisitos establecidos. La adjudicación se hará de conformidad con lo dispuesto en la Ley 160 de 1994. Los desplazados por la violencia y los

involucrados en los programas de erradicación de cultivos ilícitos tendrán prioridad para la adjudicación.

ARTÍCULO 27. DEL EJERCICIO ESPECIALIZADO Y PREFERENTE. Sin perjuicio de la competencia de los fiscales ante la Justicia Regional, de los que determine el Fiscal General de la Nación y de los Jueces Penales del Circuito, la Fiscalía General de la Nación conformará, por reorganización de su planta de personal, una unidad especializada para investigar bienes de ilícita procedencia, adelantar la extinción del dominio en las actuaciones penales e integrar un registro y control de los procesos en los cuales se inicie y declare la extinción del dominio.

Las investigaciones preliminares para investigar bienes de ilícita procedencia de la unidad especializada tendrán un plazo hasta de seis (6) meses; en ellas se observará lo dispuesto en el artículo 26o.

Los funcionarios competentes para conocer de la acción de extinción del dominio la ejercerán preferentemente, tratándose de las actividades delictivas de organizaciones criminales, del crimen organizado y de la corrupción administrativa, de los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, contra el Régimen Constitucional, la Administración Pública, la Administración de Justicia, la Seguridad Pública, los de secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, lavado de activos, testaferrato, enriquecimiento ilícito, así como los que sean predicables de la subversión.

Las entidades estatales legitimadas para iniciar la acción y los funcionarios competentes para conocer de la acción de extinción del dominio, informarán a la Unidad Especializada de la Fiscalía General de la Nación de la iniciación del proceso dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a su iniciación, con indicación de las partes, bienes y persona o personas contra quienes se promueva, así como de la sentencia que se pronuncie.

El deber de iniciación del proceso de extinción del dominio se entiende sin perjuicio de las obligaciones de información que corresponden a las entidades estatales legitimadas, de sus funciones de inspección, vigilancia y control, así como de las atribuciones y facultades específicas que se derivan de éstas.

ARTÍCULO 28. DEL EJERCICIO TEMERARIO DE LA ACCIÓN. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> En los eventos en que la demanda interpuesta por la entidad estatal sea temeraria o motivada en el dolo o culpa grave del funcionario que la interpuso habrá lugar a la indemnización de los daños causados al demandado, sin perjuicio de las acciones penales y administrativas a que haya lugar.

PARÁGRAFO. Quien realice una falsa denuncia en los supuestos de la presente Ley incurrirá en la sanción penal respectiva, incrementada hasta en una tercera parte. Igual aumento se aplicará a la sanción a que se haga acreedor el Fiscal o el funcionario judicial que incurra en prevaricato, por indebida aplicación.

En todo caso, no se podrá abrir o iniciar investigación alguna, contra personas naturales o jurídicas con base en anónimos o pruebas obtenidas ilegalmente.

ARTÍCULO 29. DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN. Esta Ley se aplicará en todos los casos en que los hechos o actividades a que se refiere el artículo segundo hayan ocurrido total o parcialmente en Colombia, o cuando los bienes se encuentren ubicados en el territorio nacional.

Respecto de aquellos bienes situados en el exterior cuyos titulares o beneficiarios reales sean colombianos o cuando los hechos se hayan iniciado o consumado en la República de Colombia, se aplicará con sujeción a los tratados y convenios internacionales.

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables respecto de tributos e impuestos, ni a propósito de las otras formas de extinción del dominio contempladas en la legislación agraria, minera y ambiental, que se regularán por las leyes sobre el particular.

ARTÍCULO 30. DE LA INTEGRACIÓN. En los aspectos no contemplados en esta Ley se aplicarán las disposiciones de los Códigos de Procedimiento Penal, de Procedimiento Civil y Contencioso Administrativo, en los que sean compatibles con la naturaleza del proceso y las actuaciones que se realicen en el mismo.

ARTÍCULO 31. AUTORIZACIÓN. <Artículo INEXEQUIBLE>

ARTÍCULO 32. PROTECCIÓN A LA VIVIENDA FAMILIAR. <Artículo INEXEQUIBLE>

ARTÍCULO 33. DE LA VIGENCIA. Esta Ley rige a partir de la fecha de su promulgación. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> No obstante, la extinción del dominio se declarará, cualquiera sea la época de la adquisición o destinación ilícita de los bienes o derechos, aun tratándose de situaciones jurídicas existentes con anterioridad a la vigencia de esta Ley, siempre que dicha adquisición o destinación ilícita de los bienes o derechos haya sido realizada con posterioridad a la existencia de los delitos que dan lugar a esta medida de extinción, así la legislación haya modificado o modifique la denominación jurídica, sin perjuicio del término de prescripción de que trata el artículo 90. de esta Ley. En todo caso, se entenderá que la adquisición ilícita de los bienes no constituye justo título, causa un grave deterioro de la moral social y es conducta con efectos permanentes.

El Presidente del Honorable Senado de la República,
LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO.

El Secretario General Del Honorable Senado De La República,
PEDRO PUMAREJO VEGA.

El Presidente De La Honorable Cámara De Representantes,
GIOVANNI LAMBOGLIA MAZZILLI.

El Secretario De La Honorable Cámara De Representantes,
DIEGO VIVAS TAFUR.

República de Colombia - Gobierno Nacional
Publíquese y ejecútese.
Dado en Santafé de Bogotá, D.C., a 19 de diciembre de 1996.

ERNESTO SAMPER PIZANO.
El Ministro de Justicia y del Derecho,
CARLOS EDUARDO MEDELLIN BECERRA

ANEXO D. PROCESO N° 15224

Proceso No 15224

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION PENAL**

**Magistrado Ponente:
Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO**

Aprobado Acta No. 16

Bogotá, trece (13) de febrero de dos mil dos (2002).

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto en defensa del procesado *ARMANDO HOLGUÍN* contra la sentencia de fecha julio 6 de 1998, mediante la cual el entonces Tribunal Nacional confirmó la condena proferida en su contra por un extinto Juzgado Regional de Cali, con la modificación en el sentido de aumentar la pena principal a siete (7) años de prisión como autor del delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

HECHOS

Dan cuenta los autos que como consecuencia de las múltiples diligencias de allanamiento y registro efectuadas por el Comando Especial Conjunto y la Fiscalía General de la Nación con el propósito de capturar a los presuntos dirigentes del denominado "Cartel de Cali", las autoridades incautaron títulos valores, órdenes de alojamiento y facturas de hotel que vinculaban a diferentes personajes del ámbito político nacional con los confesos narcotraficantes Miguel Angel y Gilberto José Rodríguez Orejuela.

Entre la documentación decomisada se detectaron varios cheques a favor del entonces Senador de la República *ARMANDO HOLGUÍN*, de Norma Cortés Wiedmann y Ramiro Sarria, esposa y hermano del primero, respectivamente, girados contra cuentas corrientes manejadas por los mencionados Rodríguez Orejuela, que se hicieron efectivos a través de cuentas corrientes o de ahorros de las cuales era titular el procesado.

Por este medio el doctor *HOLGUÍN* resultó beneficiario de la suma de doscientos cuarenta y ocho millones seiscientos sesenta y dos mil pesos (\$248.662.000), a la que se adicionaron dos millones doscientos trece mil setecientos ochenta y cinco pesos (\$2.213.785), correspondientes a gastos de alojamiento y consumos efectuados por aquél en el Hotel Intercontinental de la ciudad de Cali, sufragados por la sociedad Inversiones Ara Ltda., en la que se constató tenían participación los familiares cercanos de los hermanos Rodríguez Orejuela.

ACTUACION PROCESAL

1. Por competencia en virtud del fuero que amparaba al entonces senador *HOLGUÍN* y para la investigación por su presunta incursión en el delito de enriquecimiento ilícito de particulares contemplado en el artículo 1° del Decreto 1895 de 1989, una Comisión de

Fiscales adscrita a la Fiscalía Regional de esta ciudad, mediante resolución del 18 de abril de 1995, ordenó la expedición de copias con destino a la Corte Suprema de Justicia.

Con fundamento en los documentos remitidos, el Magistrado sustanciador en auto del 26 de mayo siguiente dispuso la investigación preliminar, reconoció personería al *“Dr. Hernando Londoño Jiménez, como apoderado del Dr. ARMANDO HOLGUÍN SARRIA, según memorial que obra en las diligencias y quien podrá actuar a partir del momento en que su representado sea escuchado en versión libre”* y decidió finalmente, que evacuadas las diligencias ordenadas se escucharía en versión libre al imputado. Después, en providencias de fechas octubre 11 y noviembre 30 de 1995 ordenó otras pruebas (fs. 55, 186, 406, cd. 1).

2. Los resultados de la actuación previa determinaron la apertura de la instrucción mediante auto del 9 de febrero de 1996, en el que se ordenó la vinculación del doctor **ARMANDO HOLGUÍN** en indagatoria y una vez efectuada, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió su situación jurídica el 23 de abril de 1996 con detención preventiva por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, tipificado en el artículo 1º del Decreto 1895 de 1989, convertido en legislación permanente en artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 (fs. 476, cdno. 1; 2 a 33, 39 a 64, 200 a 247, 270 a 292, 316 a 336; 93 a 122, cdno. 3).

Clausurado el sumario y agotado el término legal para las alegaciones correspondientes, con fecha diciembre 16 de 1996, la Corte calificó su mérito probatorio con resolución acusatoria en la que atribuyó al sindicado la autoría del hecho punible imputado en la medida de aseguramiento, mantenida en providencia del 7 de febrero de 1997 al resolverse el recurso de reposición interpuesto por la defensa (fs. 1 a 66, 117 a 125 vto., cdno. 5).

La Mesa Directiva del Senado de la República aceptó la renuncia que el procesado **ARMANDO HOLGUÍN** hizo de su investidura de congresista. En consecuencia, desaparecido el fuero constitucional que lo cobijaba, esta Corporación en auto del 6 de marzo de 1997 ordenó remitir las diligencias por competencia a la justicia regional.

4. Encontrándose en firme la resolución de acusación, un Juzgado Regional de Cali asumió el conocimiento del proceso y surtido el trámite propio de la causa de conformidad con las normas especiales que la regulaban, profirió el fallo ordinario de fecha 13 de marzo de 1998 en el que condenó al doctor **ARMANDO HOLGUÍN** a las penas principales de setenta y dos (72) meses de prisión y multa de \$221.662.000, al hallarlo autor del delito de enriquecimiento ilícito de particulares, previsto en el artículo 1º del Decreto 1895 de 1989, erigido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991.

La sentencia de primera instancia fue confirmada por el extinto Tribunal Nacional al pronunciarse sobre la apelación presentada por la defensa, no sin aclarar el nombre del procesado y con la modificación en el sentido de fijar la pena privativa de la libertad, en definitiva, en siete (7) años de prisión; sin embargo, en virtud de una acción de tutela promovida por el procesado contra la Corporación citada por violación del derecho fundamental al debido proceso, derivada del alegado desconocimiento de la prohibición de la reformatio in pejus, la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca ordenó modificar la sentencia de segundo grado, en el sentido de *“confirmar la condena de seis años impuesta por el Juzgado”*, orden acatada por el Tribunal Nacional mediante providencia del 7 de diciembre de 1998 (fs. 328, cd. Tribunal Nacional).

El Tribunal Nacional impugnó el fallo de tutela ante el Consejo de Estado, Corporación que en providencia del 19 de febrero de 1999 determinó que en el presente caso era improcedente dicha acción, por lo tanto, revocó la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (fs. 72 y 74, cd. Corte).

El apoderado del doctor **HOLGUÍN** interpuso el recurso extraordinario de casación, que sustentó oportunamente con la demanda sobre la cual decide ahora la Corte.

LA DEMANDA

El censor presenta once cargos contra la sentencia del Tribunal, los siete primeros al amparo de la causal tercera de casación del artículo 220 del estatuto procesal penal entonces vigente (Decreto 2700 de 1991), al estimar que fue proferida en un juicio viciado de nulidad, en tanto que los restantes reparos los postula por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial.

El desarrollo de estas censuras es pues el siguiente.

Primer cargo.

Demanda la invalidación del proceso por haberse producido el menoscabo del derecho a la defensa material, pues no se dio a conocer al sindicado en forma oportuna, según afirma, la imputación que constituyó la génesis de la investigación preliminar.

En la sustentación del reparo el libelista señala que una vez fue recibida en la Corte Suprema de Justicia la documentación incautada durante los allanamientos realizados con el propósito de capturar a los hermanos Rodríguez Orejuela, remitida por la Comisión de Fiscales Regionales, las actuaciones ingresaron al Despacho del Magistrado sustanciador el 27 de abril de 1995.

El 4 de mayo siguiente, el doctor *HOLGUÍN* le informó a esta Corporación su conocimiento sobre la existencia de las diligencias, a través de memorial en el cual indicó que se encontraba dispuesto a rendir versión libre acompañado de abogado.

En auto del 26 de mayo de 1995, el Magistrado ordenó iniciar la investigación preliminar y reconoció personería al profesional del derecho a quien el imputado anunció que le conferiría su representación judicial para la versión libre y espontánea. En esta decisión advirtió, en todo caso, que el abogado sólo podría intervenir a partir de tal diligencia. Posteriormente, en providencias de octubre 11 y noviembre 30 de 1995 la Corte decretó pruebas, y el 9 de febrero de 1996 abrió la instrucción sin resolver en algún sentido sobre la petición del doctor *HOLGUÍN* de ser escuchado en versión libre y espontánea.

Así las cosas, concluye el censor, durante casi un año la dinámica investigativa del Estado se llevó a cabo a espaldas del interesado, situación que unida a la omisión de todo pronunciamiento sobre la versión libre oportunamente solicitada, se tradujo en la negación del derecho de defensa, de manera tan ostensible, incluso, que esta Corporación le reconoció personería a un abogado a quien el imputado *HOLGUÍN* no le había otorgado efectivamente el poder (fs. 53 y 57, cd.1).

La actuación de la Corte, afirma el demandante, desconoció no sólo la norma constitucional que consagra el derecho a la defensa, sino también la específica disposición del estatuto procesal penal que establece el derecho que tienen los imputados a solicitar la recepción inmediata de la versión libre y a designar el abogado que los asista en esa diligencia.

Destaca por otra parte, que durante la investigación previa se recaudaron las pruebas de cargo, concretamente, las fotocopias de los cheques de los cuales fue beneficiario el acusado y la declaración de Pallomari; asimismo, se realizaron varias inspecciones judiciales en las que se incorporaron a los autos importantes elementos de juicio. Actividad probatoria de tal intensidad y trascendencia, atesta el impugnante, que si se excluyen los medios de persuasión acopiados en la indagación preliminar la sentencia sería necesariamente de naturaleza absolutoria.

Resalta el fundamento constitucional del derecho de contradicción y la forma como puede ejercerse, antes o después de decretadas las pruebas, durante su práctica o con

posterioridad a su realización material, momentos que estima igualmente importantes y sin posibilidad de concederle prevalencia a alguno respecto de los otros, so riesgo de quebrantar tal garantía como elemento integrante del debido proceso.

A continuación transcribe apartes de varios pronunciamientos de la Corte Constitucional alusivos a la efectividad de la controversia probatoria durante la investigación preliminar (sentencias C-150 de 1993) y a la vigencia del derecho de defensa en el transcurso de toda la actuación penal (sentencias C-412 de 1993 y C-049 de 1996), para concluir que la Sala de Casación Penal al prolongar la investigación previa por más tiempo del permitido, desatendió la solicitud elevada por el doctor *HOLGUÍN* de ser escuchado en versión libre privándole de la oportunidad de tener acceso al proceso, con la consecuencia adicional de haberse acopiado durante esta fase toda la prueba incriminatoria que sustenta la condena.

Afianza las anteriores conclusiones en un conocido criterio doctrinal sobre la nulidad derivada de la tardía vinculación del sindicado; e insiste en alegar la vulneración del derecho de contradicción y de contera del derecho de defensa, para solicitar en últimas la invalidación de todo lo actuado desde la apertura de las diligencias preliminares, incluyendo las pruebas recaudadas durante dicho estadio.

Segundo cargo.

Al amparo de la causal tercera de casación, el libelista solicita la declaratoria de nulidad de todo lo actuado a partir de la investigación previa, *“por haber actuado en situación de incompetencia por parte de quienes realizaron integralmente la investigación -miembros de la Fiscalía- desconociéndose de tal manera el fuero constitucional consagrado a favor de los miembros del Congreso de la República”*.

En el desarrollo del reparo alude a los fundamentos del fuero consagrado para el juzgamiento de quienes ocupan las más altas dignidades del Estado, así como al origen constitucional o legal del mismo y a sus diferencias, que tratándose del previsto con el primer carácter mencionado para los congresistas propende por garantizar su independencia en el cumplimiento de la función legislativa.

En el fuero constitucional, además, fue querer del Constituyente que en él no hubiera intervención de la Fiscalía General de la Nación, de manera que en relación con el juzgamiento de los congresistas se creó una excepción al sistema acusatorio consagrado por la Carta Política, donde la investigación preliminar, el sumario y la etapa de la causa deben ser adelantadas directamente por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, afirma el censor, resulta a todas luces contrario al fuero constitucional que el Fiscal General de la Nación o sus delegados intervengan en actividades de investigación tratándose de los procesos adelantados contra los miembros del Congreso, más aún, que lo hagan con autonomía.

Más adelante y con idéntica orientación argumentativa conceptúa sobre la imposibilidad de delegar las funciones constitucionales, razón por la cual la Corte Constitucional declaró la inexecutable parcial del artículo 17-1º de la Ley 81 de 1993, en cuanto permitía al Fiscal General de la Nación investigar, calificar y acusar a los funcionarios con fuero constitucional *“por conducto de sus delegados de la unidad de fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia”*, a través de pronunciamiento cuyas consideraciones transcribe (sentencia C-472 del 20 de octubre de 1994, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa) y que retomó esta Sala al abordar dicha temática en la providencia del 21 de febrero de 1995, M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas.

A partir de las anteriores premisas el casacionista plantea, entonces, que constituye un grave menoscabo del ordenamiento constitucional, ocurrido con rasgos de generalidad en los procesos seguidos en esta Corporación contra los miembros del Congreso, que prácticamente la totalidad de la investigación ha sido adelantada *“por una Unidad de Fiscales subalternos que obedecían las directrices señaladas por el Fiscal General de la Nación”*.

Advierte que si bien la Corte Constitucional declaró exequible el precepto que faculta a la Sala Penal para comisionar la práctica de pruebas a cualquier autoridad judicial, tratándose de las actuaciones que la misma ha adelantado contra los congresistas, se está *“en presencia de procesos en los cuales la Fiscalía ha actuado de manera autónoma y donde de manera general el acerbo (sic) probatorio incriminatorio fue practicado por la Fiscalía General, sin que existiera de por medio un auto que la comisionara”*; irregularidad a la que no fue ajena la investigación que cursó en esta Corporación contra el Dr. Holguín, según afirma el actor, pues *“las pruebas que constituyen la médula de la acusación son medios de convicción que fueron practicados por funcionarios subalternos de la Fiscalía sin que existiera de por medio un auto comisario de la corporación competente, en este caso la Corte Suprema de Justicia”*.

Con miras a sustentar tal aserto destaca que en el auto de apertura de la instrucción la Corte comisionó a la Fiscalía para practicar pruebas con amplias facultades, entre ellas, las de subcomisionar y adelantar las demás diligencias que estimara necesarias; asimismo, que la Comisión de Fiscales del denominado proceso 8.000 remitió a la Sala varios documentos existentes en otros procesos a los que obviamente no tuvo acceso el sindicado ignorándose en qué forma fueron obtenidos, pues si bien se afirma que lo fueron en allanamientos realizados a algunos domicilios, para efectos de determinar la legalidad de la prueba, no se cumplió con el simultáneo envío de las copias de las providencias que los ordenaron ni de las actas levantadas luego del cateo.

Por las razones anteriores encuentra que fuera de la actuación adelantada por la Corte, en investigaciones paralelas se producían pruebas contra el sindicado sin posibilidad de ejercer en ellas los derechos de defensa y contradicción. En fin, concluye, la Comisión de Fiscales actuó de manera autónoma desplazando indebidamente a la Corporación constitucionalmente competente. Así las cosas, afirma el demandante, en el caso examinado se incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral 1º del artículo 304 del derogado estatuto procesal penal (Decreto 2700 de 1991).

Tercer cargo.

Acusa la sentencia impugnada de haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad por violación del debido proceso, que reclama sea declarada a partir del auto de clausura de la investigación.

Al concretar la irregularidad de la que deriva esta grave consecuencia, el libelista arguye el desconocimiento del principio de investigación integral, contemplado en el artículo 333 de la anterior codificación procedimental y de arraigo en el inciso final del artículo 250 constitucional, pues se dejaron de decretar y practicar pruebas solicitadas por la defensa, en tanto que otras fueron negadas con el argumento de resultar impertinentes, cuando las posteriores decisiones proferidas en el curso del proceso demostraron una realidad totalmente diversa. Tales medios de persuasión, agrega el casacionista, habrían demostrado que el sindicado *ARMANDO HOLGUÍN* prestó sus servicios profesionales a los hermanos Rodríguez Orejuela y consecuentemente, la inexistencia del delito de enriquecimiento ilícito que le fue imputado.

Señala de manera específica que se omitió resolver sobre los testimonios pedidos en memorial presentado por la defensa el 11 de abril de 1996, con los que se pretendía demostrar los aspectos tratados por el acusado en la indagatoria. Así mismo, que de las pruebas solicitadas en escrito del 28 de junio siguiente la Sala en un inicio guardó silencio, pero en posteriores autos accedió a la práctica de las declaraciones de los doctores Juan Fernández Carrasquilla, Bernardo González, Servio Tulio Ruiz y Carlos Julio Castrellón, sin decidir sobre las demás declaraciones deprecadas en esa oportunidad.

Por otra parte, mediante auto del 3 de septiembre de 1996, la Corte se pronunció parcialmente sobre las pruebas solicitadas el 9 de agosto del 1996, pues rehusó la recepción de las versiones de los abogados españoles a quienes les constaba que el sindicato prestó sus servicios profesionales a los hermanos Rodríguez Orejuela, sin mencionar o referir en ese proveído a los restantes elementos de juicio pedidos. Argumentó la Sala para la negativa de dicha prueba, que el hecho objeto de la misma se hallaba probado con suficiencia en el proceso, por lo tanto, que no requería de tal refrendación testimonial.

Esta consideración parcial de la prueba solicitada también se configuró tratándose de las pretendidas o allegadas en los memoriales de la defensa de fechas 4, 8 y 23 de octubre de 1996.

En efecto, advierte el censor, de ellas se negaron los testimonios de Rafael Robledo Cancino, Aníbal Posso Londoño, Francisco José Ferreira Delgado, Camilo González Múnera y Fluvio Grisales Echeverry, exmagistrados del Tribunal Superior de Cali, que la Corte estimó inconducentes con miras a demostrar el prestigio profesional del sindicato, que no fue puesto en duda en estas diligencias, y superfluos para acreditar la relación profesional entre el doctor *HOLGUÍN* y Miguel Rodríguez Orejuela, al encontrar que obraban en autos otras pruebas que la establecían.

Esta Sala también rehusó como pruebas las constancias del tiempo de servicio del procesado como Senador, los proyectos de ley en cuyo trámite participó o no, así como la sentencia del Consejo de Estado en la que tal Corporación no accedió a decretar la pérdida de su investidura de congresista, frente a las cuales se argumentó que carecían de nexos con el núcleo de la instrucción; las certificaciones relacionadas con el Comité de Veeduría Electoral del Valle, la declaración de Fernando Botero Zea y las copias del proceso adelantado contra el exPresidente Samper, impertinentes a juicio de la Corte; y la Gaceta Constitucional del 3 de mayo de 1991, pues adujo que el reglamento de la Asamblea Constituyente y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de sus miembros podía ser consultado en los documentos respectivos sin necesidad de obrar esa revista en el instructivo.

En síntesis, afirma el libelista, la Corte y los demás funcionarios que conocieron del proceso nunca se pronunciaron respecto a los testimonios de Jorge Luis Gutiérrez, Jesús María Cobo, Antonio Cajelli, Gustavo Franco Hernández, Tito Livio Salazar Romo, Marino Copete, Miguel Bajo Fernández, Carlos Cuenca Perona, Joaquín Ruiz-Giménez Aguilar y Manuel Cobo del Rosal, citados en la indagatoria y quienes según el demandante desarrollaron tareas profesionales bajo la dirección del sindicato en defensa legítima de los intereses de Miguel Rodríguez Orejuela.

En lo atinente a la trascendencia de los medios de persuasión echados de menos, el censor destaca que a través de ellos la defensa pretendía demostrar la asesoría profesional brindada por el doctor *HOLGUÍN* a los hermanos Rodríguez Orejuela; aspecto que tiene una particular incidencia en el caso examinado, ante las conclusiones que sobre tal vínculo profesional expresaron los funcionarios judiciales cuando adoptaron las decisiones adversas al acusado.

Para sustentar esta última afirmación, transcribe las conclusiones de la acusación sobre la falta de credibilidad y de respaldo probatorio de la versión del doctor *HOLGUÍN* cuando

imputa los títulos valores objeto de la investigación al pago de honorarios, así como las que en el mismo sentido se vertieron en los fallos de instancia donde se negó finalmente la relación profesional entre aquél y los hermanos Rodríguez Orejuela para colegirse, en consecuencia, que los cheques recibidos no encuentran justificación en el ejercicio de la abogacía y, por lo tanto, que fue ilícito el incremento patrimonial que por razón de ellos obtuvo el sindicado.

La situación denunciada se torna más aberrante, plantea el actor, porque de los diecinueve testimonios pedidos para acreditar tal relación profesional sólo se decretaron cuatro, esto es, los de los doctores Juan Fernández Carrasquilla, Bernardo González, Servio Tulio Ruiz y Carlos Julio Castrellón, a quienes el Tribunal no les concedió mérito por tratarse de los juristas *“cuya defensa de los intereses del denominado Cartel de Cali es de público conocimiento”*; máxime cuando la defensa en virtud del principio de libertad probatoria contemplado en nuestra codificación procesal penal, optó por demostrar esa asesoría jurídica mediante prueba testimonial.

En las condiciones precedentes encuentra demostrada entonces la violación del principio de la investigación integral, constitutiva de una irregularidad sustancial que transgrede el debido proceso, erigida en causal de nulidad en el artículo 304-2º del derogado Código de Procedimiento Penal

Cuarto cargo.

Con fundamento también en la causal tercera de casación, el defensor aduce la *“nulidad de todas las pruebas”* ilegalmente trasladadas de otras actuaciones; irregularidad que califica de trascendente por derivarse de ella la vulneración del debido proceso constitucional y legal.

En la sustentación del reparo plantea que algunas pruebas fueron *“transportadas mecánicamente de otros procesos”* sin cumplir con las exigencias previstas en el estatuto procesal civil, de imperativo cumplimiento en virtud del principio rector de la integración contemplado en el Código de Procedimiento Penal, que si bien autoriza el traslado de la prueba omite toda regulación acerca de la forma como debe efectuarse.

En el desarrollo de tal aserto alude en forma breve a la evolución del derecho civil y de sus procedimientos para colegir que fue abriendo espacios a otras áreas del conocimiento jurídico; de ahí que en muchos códigos de naturaleza diversa a la civil se consagre una norma de integración, en virtud de la cual aquellas materias que no aparezcan reguladas de manera expresa se sujetan a las disposiciones de la codificación instrumental civil, como acontece precisamente en el Decreto 2700 de 1991.

Discurre sobre la trascendencia del traslado de pruebas y respecto de la necesidad de garantizar en tales eventos los derechos de contradicción y al debido proceso, pues el artículo 29 constitucional dispone la nulidad de pleno derecho de los medios de persuasión obtenidos con violación de tales garantías; e indica que los precedentes estatutos procesales penales no contenían ninguna previsión acerca de dicho instituto, por lo tanto, como consecuencia del principio de integración en dicha materia se aplicaban las normas del Código de Procedimiento Civil.

Esta situación se mantuvo en el Decreto 2700 de 1991, afirma el libelista, donde simplemente se autorizó el traslado de pruebas sin precisar cómo debe realizarse, vacío que obliga a remitirse entonces al estatuto procesal civil, máxime ante la imposibilidad de sorprender a las partes con elementos de juicio practicados en un proceso donde no tuvieron la oportunidad de intervenir.

En apoyo de tales postulados transcribe segmentos de una sentencia del Consejo de Estado sobre las exigencias de validez tratándose de la prueba trasladada; comenta los fallos de la Corte Constitucional a través de los cuales se declararon inexecutable algunas disposiciones procesales que pretendían limitar el derecho de contradicción, y concluye que para el traslado de pruebas de cualquier actuación administrativa o judicial a la penal deben satisfacerse las exigencias establecidas en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, porque de lo contrario se estaría en presencia de una prueba ilegal por vulneración del debido proceso.

Acota después que estas exigencias no fueron observadas en el traslado de la indagatoria y la declaración de Pallomari, así como de las inspecciones judiciales en curso de las cuales fueron incautados algunos de los documentos que soportan la acusación, pruebas que surgen nulas de pleno derecho conforme establece el Constituyente, sin que pueda contra argumentarse que la defensa tuvo la posibilidad de controvertirlas a posteriori, pues no es menos importante la realizada al momento de su práctica.

Así las cosas, insiste el demandante, se debe casar el fallo impugnado y declararse la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación.

Quinto cargo.

Con fundamento en el numeral 3º del artículo 220 del Decreto 2700 de 1991, el defensor solicita que se case la sentencia del Tribunal por haberse incurrido en violación del derecho de defensa material al no permitírsele al sindicado el acceso al expediente para preparar sus alegatos previos al fallo de primera instancia.

El recurrente señala que en su momento la defensa solicitó el traslado del sindicado a la sede del Juzgado competente por el factor territorial, y que otro tanto hizo el doctor *HOLGUÍN* en la fase final de la primera instancia con el propósito de imponerse en forma directa de la actuación seguida en su contra; sin embargo, la respuesta del juzgador a quo fue el silencio y la negación tácita con ostensible transgresión del derecho a la defensa material.

Admite que el procesado en todo caso alegó de conclusión ante el temor de no obtener una respuesta a su pedido; sin embargo, en tal escrito anunció que de ser autorizado el acceso al expediente lo complementaría con la alusión más precisa a las pruebas practicadas y a otros aspectos de la actuación que incluso a la fecha son totalmente desconocidos para el acusado, como dejó constancia en la notificación personal del auto que citó a los sujetos procesales para la sentencia y al solicitar la nulidad de dicha providencia.

Con los anteriores argumentos solicita la nulidad a partir del auto *“de preparación para la sentencia de primera instancia”*.

Sexto cargo.

También al amparo de la causal tercera, el impugnante acusa la sentencia de segunda instancia de la vulneración del debido proceso, que deriva de la irregularidad sustancial cometida por el Juzgado Regional de Cali al remitir en forma incompleta el expediente al Tribunal Nacional para que se surtiera la apelación interpuesta contra el fallo condenatorio de primer grado, concretamente, sin los 60 anexos donde obran pruebas fundamentales a favor del procesado con las que se demuestran los servicios profesionales prestados por el doctor *HOLGUÍN* a los hermanos Rodríguez Orejuela, desvirtuándose por lo tanto el enriquecimiento ilícito endilgado.

Con esta misma orientación destaca que en el auto mediante el cual se concedió la alzada se ordenó el envío tan sólo de los cuadernos originales, estrictamente acatada por la

Secretaría del a quo como se constata de las comunicaciones respectivas. Así las cosas, el Tribunal resolvió *"con base en un proceso mutilado"*.

Destaca que en los anexos ignorados por la segunda instancia como consecuencia del yerro de actividad denunciado se encontraban las declaraciones de renta del sindicado correspondientes a los años de 1990 a 1994, necesarias para analizar el patrimonio y concluir la existencia de un enriquecimiento ilícito; los documentos referidos a la compra de un vehículo Mercedes Benz, su importación y posterior venta, *"que al ser reconocido rebaja el crecimiento patrimonial del sindicado en no despreciable suma de cincuenta y cinco millones de pesos (\$ 55.000.000)"*; finalmente, el cuaderno relacionado con la compra de los inmuebles que componen el patrimonio del doctor *HOLGUÍN*, soporte además de las alegaciones de conclusión y al cual nadie se ha referido.

Dadas las anteriores condiciones encuentra claro, entonces, que la grave irregularidad puesta de presenta se traduce en la violación trascendente del debido proceso, constitutiva de la causal de nulidad prevista en el artículo 304-2º del estatuto procesal penal, que solicita sea declarada a partir de la sentencia de segunda instancia.

Séptimo cargo.

Acudiendo nuevamente a la causal tercera de casación del artículo 220 del derogado estatuto procesal penal, el libelista demanda que se case la sentencia condenatoria impugnada por haberse incurrido en ella en irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, *"puesto que se desconoció el principio de favorabilidad constitucional y legalmente consagrado"*. Tal hecho aparece consagrado como causal de invalidación en el numeral 2º del artículo 304 del C. de P.P., en consecuencia, debe *"decretarse la nulidad de la sentencia y en su lugar se dicte (sic) fallo absolutorio de reemplazo"*.

En orden a demostrar la anomalía alegada en esta censura, el actor discurre sobre el concepto y la positivización del principio de legalidad, concebido como una garantía de la libertad personal de la cual se deriva la prohibición del juzgamiento por un hecho no previsto como delito en una ley previa, que señale además la pena correspondiente y los procedimientos de obligada observancia en la investigación y el juicio.

Alude a las sentencias de control constitucional, a su relación con el principio de legalidad y concluye que en determinado momento producen las mismas consecuencias de una derogatoria. Transcribe los comentarios de la jurisprudencia y la doctrina constitucionales en la materia para afirmar que los efectos de los fallos de constitucionalidad sólo pueden proyectarse hacia el futuro so pena de vulnerar el mencionado postulado, integrante además del concepto del debido proceso.

Seguidamente reseña las providencias de las Cortes Suprema de Justicia y Constitucional sobre la exequibilidad de las normas que han descrito el enriquecimiento ilícito de particulares, para plantear que cuando en la sentencia C-127 de 1993 se sostuvo que las actividades delictivas vinculadas causalmente al incremento patrimonial debían estar judicialmente declaradas para no violar el debido proceso, ello significó que desde la tipificación de tal delito en 1989, hasta el 18 de julio de 1996, fecha en la cual la Corte Constitucional reconsideró dicha postura en el fallo C-319 de tal año, el hecho punible en comento era de carácter subsidiario, pues dependía en su consumación de la previa condena por el delito que originó el enriquecimiento.

En este orden de ideas, concluye el actor, el juzgamiento de conductas anteriores al 18 de julio de 1996, considerando el enriquecimiento ilícito de particulares como un delito autónomo de conformidad con las directrices de esa última sentencia de la Corte

Constitucional, constituye una flagrante arbitrariedad y el desconocimiento del principio de legalidad.

Afianza la conclusión anterior desde la óptica del principio de la irretroactividad de la ley penal, que entiende constituye un requisito mínimo para la seguridad jurídica; consideraciones que traslada luego al caso examinado, donde la totalidad de los cheques de los cuales fue beneficiario el doctor *HOLGUÍN* fueron girados antes del 18 de julio de 1996, para colegir que debió aplicársele entonces la jurisprudencia constitucional de 1992 (sic), de conformidad con la cual para predicar el enriquecimiento ilícito se requería que la actividad delictiva de la cual se derivaba el aumento patrimonial estuviera demostrada por sentencia debidamente ejecutoriada, que no existía respecto de los hermanos Rodríguez Orejuela.

En este orden de ideas solicita la anulación del fallo de segunda instancia y el proferimiento de una sentencia sustitutiva de carácter absolutorio.

Octavo cargo.

El recurrente propone esta censura por violación mediata de la ley sustancial, como consecuencia del error de derecho cometido por los juzgadores al apreciar las pruebas que fueron ilegalmente allegadas al proceso. Alude el actor en este reparo, concretamente, a las recaudadas por la llamada "Comisión de Fiscales", que se limitó *"a remitir una serie de documentos sin que se hubieran enviado las copias de las diligencias de allanamiento en que fueron obtenidos"*, indispensables para esclarecer su legalidad.

Cita como normas infringidas los artículos 246 y 251 del estatuto procesal penal (Decreto 2700 de 1991) *"y de manera indirecta el artículo 1º del Decreto 1895 de 1989, convertido en legislación permanente por el artículo 10º del Decreto 2266 de 1991 y de la Ley 333 de 1996"*.

En la fundamentación del reproche el demandante destaca que mientras la actuación contra el doctor *HOLGUÍN* se encontraba bajo el conocimiento de la Corte, la llamada "Comisión de Fiscales" prosiguió el instructivo de manera autónoma y aportó a estas diligencias los elementos de juicio que no fueron el resultado del cumplimiento de una comisión dispuesta por la Corporación competente, respecto de los cuales nunca se informó además cómo fueron obtenidos. Ante tales condiciones, bien puede afirmarse que se produjo un simple transporte material de pruebas, no el traslado de la misma legalmente efectuado.

Más adelante reitera *"que la mayoría por no decir que la totalidad de pruebas incriminantes"* se practicaron en otros procesos en los que obviamente no intervino el sindicado, a quien no se le permitió tampoco el acceso a las pesquisas preliminares y careció de oportunidad para contradecir esas evidencias. Insiste en el carácter indelegable de las competencias constitucionales, a la vez que plantea, por otra parte, que no existe claridad sobre los documentos enviados por la Comisión de Fiscales a la Corte y a partir de los cuales se iniciaron las presentes diligencias, máxime que en el acta del allanamiento en el que supuestamente se incautaron no se menciona dicho suceso. En síntesis, concluye, la legalidad de estos elementos de juicio surge seriamente cuestionada, por lo tanto, no pueden tenerse como pruebas.

Idéntica situación se configura, afirma el libelista, tratándose de los cheques girados a favor del doctor *HOLGUÍN* o de sus familiares y que son el fundamento de la imputación erigida por el delito de enriquecimiento ilícito, pues en el oficio remisorio se adujo su hallazgo durante el registro a un inmueble sin que conste tal decomiso en el acta respectiva.

Así las cosas, se encuentra demostrada la ilegalidad de los allanamientos y de las remisiones probatorias, *"caso en el cual, por la existencia de errores de derecho, no podían ser apreciadas por los jueces de instancia"*, de manera que al haberlas atendido se incurrió en *"la violación indirecta de las normas relacionadas con la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito de particulares y las relacionadas con la extinción de dominio"*.

Con base en los fundamentos reseñados, el demandante opina que debe casarse la sentencia impugnada y dictarse la de reemplazo de naturaleza absolutoria, pues entre las pruebas recaudadas y allegadas de manera ilegal se encuentra toda la que sustenta el supuesto enriquecimiento ilícito.

Noveno cargo.

El censor denuncia la infracción directa del artículo 1º del Decreto 1895 de 1989, *“convertido en legislación permanente por el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 y de la Ley 333 de 1996*, por haber incurrido los juzgadores de instancia en errores de derecho al valorar la prueba trasladada, que fue ilegalmente incorporada a los autos porque se omitieron los mandatos del Código de Procedimiento Civil.

Invoca como normas medio transgredidas los artículos 21, 246, 247, 251 y 254 del Código de Procedimiento Penal, así como el artículo 185 del estatuto procesal civil.

Después, en la sustentación del reparo transcribe las argumentaciones que en relación con este mismo tema formuló en el cuarto motivo de casación, a las que baste remitirse ahora en esta reseña de la demanda.

Concluye el desarrollo argumentativo planteando que si la indagatoria y declaración de Pallomari, las inspecciones judiciales en las cuales se encontraron los documentos que fundamentan la acusación *“y otras pruebas que han sido irregularmente allegadas al proceso son inválidas por mandato constitucional”*, resulta claro que el fallo impugnado debe ser casado y consecuentemente dictarse la sentencia de sustitución de carácter absolutorio.

Décimo cargo.

Esta censura la apoya el casacionista en la causal primera de casación, cuerpo segundo, porque en su criterio los falladores incurrieron en errores de hecho, por falsos juicios de existencia, al prescindir de las pruebas que demostraban los servicios profesionales que el sindicato prestó a los hermanos Rodríguez Orejuela, sin duda trascendentes, pues con ellas se desvirtuaba la comisión del delito enriquecimiento ilícito imputado.

Señala como normas medio vulneradas las previstas en los artículos 246, 247 y 248 del Código de Procedimiento Penal *“y de manera indirecta el artículo 1º del Decreto 1895 de 1989, convertido en legislación permanente por el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 de la Ley 333 de 1995 (sic)”*, normas que no estaban llamadas a regular el caso examinado, pues se encuentra demostrada la inexistencia del enriquecimiento ilícito imputado al sindicato HOLGUÍN, quien simplemente recibió unos dineros a título de honorarios profesionales.

Concreta que los juzgadores omitieron el análisis de los conceptos realizados por el doctor HOLGUÍN para los hermanos Rodríguez Orejuela sobre varios temas jurídicos, aportados en el período probatorio de la causa, las declaraciones rendidas en esa misma fase del proceso por el abogado Lisandro González Barbosa, apoderado de Gilberto Rodríguez Orejuela, así como los testimonios de los ex - magistrados Aníbal Posso Londoño y Camilo González Múnera, quienes confirmaron también esa asesoría jurídica que les brindó el acusado a los confesos narcotraficantes.

Agrega que los juzgadores insistentemente aseguraron la ausencia de documentos demostrativos de la actividad profesional del sindicato en beneficio de los hermanos Rodríguez Orejuela, pero cuando se allegaron a las diligencias los ignoraron olímpicamente en un claro falso juicio de existencia, por omisión *“total de pruebas oportuna y legalmente aportadas y producidas dentro del proceso”*.

Advierte que los medios de convicción atrás enunciados son trascendentes porque revelan la relación profesional entre el encausado y los hermanos Rodríguez Orejuela destruyendo la imputación por un presunto enriquecimiento ilícito, pues acreditado tal nexos profesional, los dineros recibidos por el doctor *HOLGUÍN* tienen una justificación lícita.

Con los anteriores argumentos solicita a la Sala que case el fallo impugnado y dicte la sentencia absolutoria de reemplazo.

Undécimo cargo.

Con apoyo en la causal primera de casación, cuerpo primero, el casacionista acusa la violación indirecta del artículo 1º del Decreto 1895 de 1989, convertido en legislación permanente por el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, y de la Ley 333 de 1996, como consecuencia de *“errores de hecho trascendentes en la apreciación probatoria puesto que se incurrió en falsos juicios de identidad, al desconocerse las reglas de la sana crítica, que regulan la limitada discrecionalidad que tienen los funcionarios judiciales en el proceso de apreciación de los medios de convicción”*.

En el desarrollo de la censura cita como normas medio vulneradas los artículos 246, 247, 253 y 254 del Código de Procedimiento Penal.

Conceptúa sobre la libre apreciación probatoria, respecto de las implicaciones derivadas de la necesidad de ajustarse para tal fin a las reglas de la sana crítica, así como en relación con el conocimiento científico, la experiencia y la lógica, para concluir que dicho sistema de análisis de la prueba no puede conducir al capricho judicial pues quedaría socavado el modelo de Estado Social de Derecho.

Plantea que la modalidad de desatino acusado se traduce en la valoración probatoria efectuada en contravía de las reglas de la ciencia, la experiencia y la lógica, que afirma configurado entonces en el presente asunto porque los falladores le concedieron *“credibilidad a unos medios de prueba y se la negaron a otros, existiendo las mismas circunstancias personales en relación a los varios testimonios apreciados que hubieran impuesto una misma valoración probatoria para el rechazo o la aceptación de tales medios de convicción”*.

Precisa seguidamente que en la sentencia del ad quem se concedió plena credibilidad al testigo Pallomari, pero se le negó todo mérito a Miguel Rodríguez Orejuela cuando afirmó la prestación de servicios profesionales por parte del doctor *HOLGUÍN*, conclusión que se ofrece caprichosa pues ambos declarantes se encuentran en similitud de circunstancias personales y sociales, en consecuencia, ambos debieron aceptarse como veraces o ser rechazados por inverosímiles.

Advierte con idéntica orientación argumentativa que el calificativo de delincuente es predicable de los dos deponentes citados. Más aún, que el Tribunal en la valoración probatoria omitió considerar que las acusaciones de Pallomari ameritaban una especial reserva ante la posibilidad de haber estado inspiradas en el único propósito de obtener de las autoridades norteamericanas beneficios punitivos. En fin, el censor afirma como sustento del reparo, que los juzgadores le concedieron credibilidad a tal testigo, *“como si se tratase de un respetable ciudadano, olvidando que se trata de un delincuente internacional que se encuentra a buen recaudo precisamente como consecuencia de sus andanzas criminales”*.

Aclara que con este reproche no opone su personal apreciación probatoria a la del juzgador, sino que está evidenciando el grosero análisis efectuado por los falladores de instancia al otorgarle entero crédito a las incriminaciones del testigo Pallomari no obstante su pasado criminal, para descartar sin embargo todo atisbo de veracidad en las afirmaciones de Miguel Rodríguez Orejuela, precisamente, por calificarlo de delincuente.

Con base en estos planteamientos solicita casar la sentencia impugnada y absolver al procesado *HOLGUÍN*.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado se pronuncia sobre la totalidad de los reparos elevados por el defensor a la legalidad del fallo, y sugiere que algunos de ellos deben encontrar prosperidad en esta sede, en tanto que desestima los restantes. En torno a tales censuras reflexiona en los términos a continuación reseñados.

Primer cargo.

Advierte que la Corte Suprema de Justicia dispuso adelantar la investigación preliminar, la práctica de unas pruebas y recibir la declaración espontánea del imputado una vez se hubiesen evacuado las diligencias ordenadas, sin expresar en esta oportunidad la necesidad de evaluar los resultados de dichas pesquisas antes de establecer la procedencia de la versión libre del implicado, decisión que por lo tanto no podía atar a la Corporación en el ulterior desarrollo de la actuación judicial.

En todo caso, señala, la Sala recuperó la discrecionalidad que había cedido con el comentado pronunciamiento, cuando en auto del 11 de octubre de 1995 consideró necesario practicar nuevas diligencias para el esclarecimiento de los hechos, ocasión en la cual manifestó que una vez realizadas se determinaría si resultaba procedente o no mantener la orden de recibirle la versión libre, que finalmente desestimó al ordenar la apertura de la investigación en providencia del 9 de febrero de 1996.

Destaca que de conformidad con el artículo 322 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época de las diligencias no era obligatorio recibir la versión libre del imputado, ni aún en aquellos eventos en los cuales el interesado lo solicitaba; asimismo, que era perfectamente posible que el funcionario competente terminara la indagación previa sin efectuar tal actuación, profiriendo resolución inhibitoria o decretando la apertura de la instrucción, sin que en tales hipótesis resultaran quebrantadas las garantías del inculcado, pues dentro de la estructura del proceso penal la versión del imputado en la investigación preliminar no constituye presupuesto indefectible.

Agrega que en manera alguna fue arbitraria la decisión de condicionar la diligencia en cuestión al acopio de las pruebas orientadas a esclarecer si había lugar al ejercicio de la acción penal, y que si de su incorporación se advirtió la necesidad de iniciar la instrucción, la versión libre perdía su objeto para abrir compuerta a la defensa a través de la vinculación mediante indagatoria.

Plantea que con la apertura de la instrucción sin agotar previamente la versión libre no se cercenaron las posibilidades defensivas del inculcado; pero además, que el censor omitió esbozar de qué forma habría podido controvertir en la investigación preliminar la prueba recaudada en dicha fase, a tal punto, que hubiese determinado a la Corte a proferir una decisión diferente al inicio del sumario. En fin, que con la simple alusión a las maneras como puede ser rebatida la prueba no se satisface la exigencia de demostrar la trascendencia del error de actividad en la afectación del debido proceso o de las garantías del procesado.

Por los anteriores motivos, el Ministerio Público no comparte la propuesta de nulidad del demandante y sugiere su desestimación.

Segundo cargo.

El fuero establecido para los congresistas constituye una excepción a la naturaleza del proceso penal que la Carta Política concibe, porque se unifican en un mismo ente las funciones de instrucción, acusación y juzgamiento; sin embargo, dentro del contexto normativo que lo regula no se advierte una competencia tan rígida que le impida a la Corte apoyarse para el cumplimiento de dicha función en otros funcionarios, o que la sustraiga de la posibilidad de comisionar para la práctica de

pruebas y la toma de decisiones que no resuelven el fondo de los asuntos propios de la actuación penal.

Por el contrario, las normas alusivas a la comisión se fundamentan en la necesidad de adelantar las investigaciones con celeridad y eficiencia dentro del concepto de colaboración armónica en el ejercicio de las funciones estatales, también de estirpe superior, como lo entendió la Corte Constitucional al determinar la exequibilidad de la potestad que tienen los funcionarios de la fiscalía para comisionar a otros funcionarios judiciales (sentencia C-396 de 1994, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

El argumento del libelista también pierde fuerza si se advierte que el artículo 333 de la Ley 5ª de 1992 faculta al Congreso de la República para otorgar comisiones cuando ejerce funciones jurisdiccionales de conformidad con el artículo 174 de la Constitución Política.

En este orden de ideas, concluye el Delegado, cuando la Corte Suprema de Justicia dispuso comisionar a funcionarios de la fiscalía para la práctica de unas específicas diligencias, actuó dentro de la órbita de sus facultades constitucionales y legales, sin que ello implique el desconocimiento del fuero que amparaba al inculcado.

De otra parte, la Corte no se desprendió de la dirección y control de la actuación, porque nunca delegó las funciones básicas que le competían en el proceso; por el contrario, de manera directa ordenó la investigación preliminar, abrió la instrucción, escuchó en indagatoria al sindicado, a quien le resolvió la situación jurídica, ordenó el cierre del sumario y elevó la acusación. Además, la facultad concedida al funcionario comisionado para practicar las restantes diligencias que considerara necesarias no le permitía extender su actividad a aspectos reservados a la Corporación competente, tan sólo lo habilitaba la práctica de las pruebas íntimamente relacionadas con las dispuestas por la Sala.

Tampoco tiene respaldo la crítica del demandante, afirma, en el sentido que la fiscalía adelantó de manera autónoma investigaciones paralelas a las que no tuvo acceso el procesado; menos aún, la de haber aportado de modo ilegal elementos probatorios sin que existiese dentro del proceso auto que ordenara su aducción, simplemente en la actividad emprendida para dismantlar una compleja organización criminal inició varias investigaciones penales, y dentro de esta dinámica, al encontrar evidencias que interesaban a otras actuaciones en curso, procedió a remitirlas a la autoridad respectiva.

En lo que atañe con la técnica de la censura, el Procurador Delegado advierte que el demandante cuestiona la legalidad de la prueba, aspecto que debió ventilar por la vía de la causal primera de casación; de igual modo, que incurrió en la impropiedad de alegar en forma genérica la existencia de vicios en los elementos de juicio que sustentan la acusación, sin especificarlos cuáles fueron los medios de prueba viciados, como en rigor le correspondía para que la Corte examinara su legalidad y la eventual ruptura de la sentencia atacada.

A partir de estas argumentaciones, entonces, el Ministerio Público afirma que el reproche carece de aptitud para derribar las bases del fallo.

Tercer cargo.

El principio de investigación integral no es absoluto, sino que debe armonizarse con otros que rigen también el proceso penal, tales como los de conducencia y pertinencia de la prueba. Esta integración le permite al funcionario judicial hacer declaraciones anticipadas en relación con los hechos a los que se refieren las pruebas, que no lo comprometen sobre el fondo del asunto en la medida que no entrañan la anticipación de criterios sobre la responsabilidad del procesado. Lo anterior significa, a juicio de la Procuraduría, que si el juez o el fiscal al momento de resolver sobre una determinada petición de pruebas, estima que con las existentes en ese momento se encuentra probado el hecho que se pretende acreditar, debe declararlo así sin que esté obligado a mantener dicha afirmación en un estadio ulterior.

Trasladadas estas reflexiones al caso examinado, encuentra que si la Corte afirmó que estaba probada la asesoría jurídica que brindó el procesado a los hermanos Rodríguez Orejuela, esta declaración no la ataba, como tampoco al juez competente al momento de dictar la sentencia, pues podía apartarse de ella sin contrariar el ordenamiento jurídico o generar una causal de nulidad.

Destaca que la defensa buscó acreditar el aludido vínculo profesional mediante prueba testimonial, de manera que con la decretada y efectivamente acopiada se observó el principio de investigación integral; asimismo, que las peticiones en este punto no estuvieron orientadas a establecer una asistencia para asuntos concretos y determinados, que fue lo reprochado por la Corte en la resolución de acusación, a modo de vinculación permanente para facilitar de uno u otro modo las actividades ilícitas de los hermanos Rodríguez Orejuela. En esta misma línea de razonamiento se desenvolvió el fallo de segundo grado, donde el Tribunal dejó en claro, finalmente y a pesar del carácter deshilvanado de su análisis, que la responsabilidad penal surgía, no de la ausencia de la relación profesional, sino de la ilegalidad de la misma, al asumir que el contrato alegado por el inculcado tenía causa ilícita. Así las cosas, las afirmaciones del juzgador ad quem, referidas a la ausencia de una prueba sobre las precisas y específicas actividades jurídicas desempeñadas por el acusado, no niegan el hecho que la Corte adujo en su momento para negar la práctica de las pruebas, como lo asegura el censor.

Finalmente, respecto a la solicitud de testimonios de otros profesionales del derecho sobre la cual no hubo pronunciamiento de los funcionarios judiciales, el Procurador advierte que la demanda no señala la repercusión que esta omisión tuvo en las garantías del procesado y en la investigación integral, pues se limita a comentar que fueron requeridos para que informaran de la relación profesional del encausado con los hermanos Rodríguez Orejuela, cuando lo discutido no era la existencia de dicho nexo, insiste, sino la forma como se desplegó.

Por lo anterior, como quiera que la censura carece de razón, no puede prosperar.

Cuarto cargo.

Las irregularidades planteadas en este cargo se proponen bajo un motivo inadecuado, porque el demandante por la vía de la nulidad invoca vicios de legalidad en las pruebas trasladadas argumentando la violación del principio de contradicción, cuando ha debido postular tal reproche al amparo de la causal primera, por violación indirecta de la ley sustancial, ya que la falla alegada envuelve un error de derecho determinado por un falso juicio de legalidad.

La razón de ser de este requisito echado de menos en la censura no es caprichosa, advierte el Ministerio Público, porque la apreciación de la prueba ilegal, de tener incidencia en el fallo impugnado, no deriva en la invalidez del proceso sino en la mutación del sentido de la sentencia, desde luego, en el evento que se derriben sus restantes fundamentos probatorios. En todo caso, acota el Procurador, los argumentos que sustentan la propuesta son incompletos, pues se aboga por la aplicación de las normas rituales civiles con fundamento en el principio de integración, sin tener en cuenta la distinta naturaleza de los procesos civil y penal. Además, el actor omitió determinar con exactitud las pruebas afectadas con el vicio de legalidad pregonado, para aducir de manera genérica que el defecto vicia todas las que fueron trasladadas, como si de esta forma pudiera demostrarse un error que por su propia naturaleza reclama la individualización de los medios de persuasión cuya legalidad se controvierte.

En síntesis, como el cargo no es idóneo para socavar las bases del proceso, estima que no está llamado a prosperar.

Quinto y sexto cargos.

El censor presenta en dos cargos lo que entiende el Ministerio Público que constituyeron obstáculos puestos al procesado para el adecuado ejercicio de su defensa, que permiten por lo tanto una respuesta conjunta.

Seguidamente discurre sobre el alcance del derecho de defensa partiendo de su consagración como garantía integrante del debido proceso en el artículo 29 de la Carta Política, que se desarrolla dentro del proceso penal en sus vertientes formal y material; garantía acogida con similar contenido en el artículo 14-2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y en los literales c. y d. del artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica, normas superiores con sujeción a las cuales el funcionario judicial está en la obligación de permitir al procesado el acceso a los medios de defensa legalmente establecidos.

Acogiendo estas previsiones, tratándose del sindicado privado de la libertad, el legislador previó la notificación personal de ciertas providencias, la intervención del acusado en la audiencia y su reclusión en una cárcel ubicada en el mismo lugar en donde tiene su sede el funcionario encargado del juzgamiento, mecanismos a través de los cuales puede llevar el control del proceso adelantado en su contra, sin que la presencia del defensor pueda considerarse como incompatible con el ejercicio de la defensa material, pues la actividad del abogado no excluye la del inculcado ni la torna innecesaria.

Ahora bien, cuando la detención preventiva se cumple por razones legales en un sitio diferente al del juzgamiento, para determinar la eventual violación del derecho a la defensa, resulta preciso determinar si las dificultades que tuvo el procesado para acceder al expediente son consecuencia de una regulación normativa o de una situación material, pero además, si fueron adecuadamente superadas con mecanismos que le permitieran conocer la actuación o enterarse de su contenido y desplegar las actividades pertinentes en procura de sus intereses.

Aduce que de conformidad con el artículo 403 del Decreto 2700 de 1991, en armonía con los artículos 21 y 29 de la Ley 65 de 1993, el procesado *HOLGUÍN*, dado el fuero constitucional de juzgamiento que lo amparaba al momento de iniciar la detención preventiva, fue recluido en un establecimiento especial de la ciudad de Bogotá, señalado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia mientras esta Corporación fue competente para adelantar el proceso.

Posteriormente, cuando un Juzgado Regional de Cali asumió el conocimiento del asunto, al tenor del artículo 21 de la Ley 65 de 1993 debió señalar el sitio de reclusión, obligación que se abstuvo de cumplir. Ante esta omisión el defensor elevó la solicitud encaminada a obtener la remisión del acusado a la ciudad de Cali, decidida equivocadamente en auto del 23 de abril de 1997 como si se tratara de una petición de traslado, para colegir el a quo entonces que estaban insatisfechas las exigencias del artículo 75 de la citada Ley, pronunciamiento que mantuvo al resolver el recurso de reposición presentado por el togado y avalado por el Ministerio Público. El Tribunal Nacional, por su parte, se abstuvo de dirimir la alzada incoada con carácter subsidiario al estimar que tal providencia no era susceptible de este medio de impugnación.

Así las cosas, como el traslado del sindicado *HOLGUÍN* sólo se produjo luego de dictada la sentencia de primera instancia por decisión del Tribunal Nacional del 1º de julio de 1998, ante el pedido del Director del INPEC con sustento en el artículo 21 de la precitada Ley, se le violó el derecho a permanecer recluido en un establecimiento especial ubicado en la misma sede del juzgado que conocía de su causa.

El Procurador encuentra que al acusado también se le limitaron arbitrariamente las oportunidades de defensa al privársele del acceso al expediente, sin tenerse en cuenta

además, que en el trámite del proceso no había lugar a la audiencia pública, de manera que tuvo que acudir bajo protesta a la presentación de sus alegatos, donde aseveró la imposibilidad para referirse a todas las pruebas por cuanto ignoraba su contenido. Esta vulneración, a juicio del Delegado, alcanza la entidad de irregularidad sustancial generadora de una causal de nulidad, que no se diluye por la activa gestión de su apoderado. Invoca en sustento las sentencias SU-960 de 1999 y T-966 de 2000. Precisa que a lo anterior debe agregarse que el inculcado careció del conocimiento íntegro de la sentencia de primera instancia, según la constancia obrante en autos, así como de la oportunidad de que el juzgador ad quem adquiriera un completo conocimiento del asunto sometido a su consideración, pues al Tribunal Nacional no fueron remitidos todos los cuadernos que conformaban el expediente, y los que permanecieron en la sede del juzgado contenían los documentos necesarios para dar respuesta a los argumentos planteados por el acusado al sustentar la alzada contra el fallo condenatorio del a quo.

En conclusión, la afectación se presentó cuando el acusado solicitó al juez el examen del expediente para presentar sus alegatos previos, por lo tanto, estima que la nulidad debe declararse desde el auto de citación para sentencia.

Séptimo cargo.

El recurrente aduce que el proceso está viciado de nulidad porque se quebrantaron los principios de legalidad y favorabilidad; sin embargo, el postulado del cual parte carece de realidad, pues para la fecha de los hechos el comportamiento investigado estaba previsto en la ley como delito.

Tampoco se configuró la lesión al principio de favorabilidad desde la perspectiva del demandante, aplicable cuando hay tránsito de leyes y que no es el caso aquí planteado, donde clama por una interpretación jurisprudencial que estima más favorable de la norma tipificadora del delito imputado.

Conceptúa sobre los efectos de las sentencias de constitucionalidad y respecto del valor relativo de la jurisprudencia como criterio auxiliar en la interpretación de la ley; afirma que la referencia a la declaración judicial previa de las actividades ilícitas, contenida en la sentencia C-127 de 1993, por el contexto en el que fue efectuada en manera alguna modificó la estructura del tipo penal del enriquecimiento ilícito, máxime que la Corte Constitucional en la sentencia C-319 de 1996 aclaró que la reconsideración allí postulada no implicaba un cambio de jurisprudencia; y concluye finalmente, que tampoco en este cargo se atisba vicio alguno, de trámite o de garantía, con incidencia en las bases fundamentales del juzgamiento, por lo tanto, el cargo debe ser desestimado.

Octavo cargo.

La censura desconoce las pautas técnicas de la causal invocada, pues cuando se trata del error de derecho por falso juicio de legalidad, no basta con señalar las pruebas que supuestamente fueron incorporadas en contravía de los requisitos legales, sino que además es necesario indicar las disposiciones que regulan la aducción de los medios de convicción reputados como ilegales, su incidencia en la sentencia impugnada y, adicionalmente, enfrentar sus resultados probatorios con los restantes argumentos del fallo con miras a demostrar que los subsistentes resultan precarios para mantenerlo.

En el caso de autos, estima el Procurador, el envío material de prueba efectuado por la Fiscalía a la Corte carece de ilegalidad, pues simplemente obedeció al principio de informar a las autoridades competentes acerca de los hechos punibles de

investigación oficiosa y de la consiguiente evidencia atinente a ellos. Lo importante en casos como éste, es que los sujetos procesales puedan conocer y controvertir los elementos de juicio allegados, requisito que aquí se satisfizo sin remisión a dudas.

Por otra parte, el censor perdió de vista que de acuerdo con la técnica propia del recurso, si la prueba trasladada fue practicada de manera irregular en el proceso de origen, al demandante le corresponde demostrar en qué consistió la ilegalidad porque se presume legítima atendida la fuente de la cual proviene, carga que eludió el defensor al formular y desarrollar este reparo.

Resalta que las sentencias se apoyaron, entre otras pruebas, en los cheques girados al doctor **HOLGUÍN**, su esposa y hermano, cobrados a través de cuentas propias, en los emitidos para cancelar cuentas de alojamiento y consumo en el Hotel Intercontinental de Cali, así como en el historial de las cuentas corrientes contra las cuales se libraron, elementos de juicio cuyo acopio se verificó por iniciativa de la Corte, que además ordenó incorporarlos debidamente a la actuación, aspecto omitido sin mucha sutileza por el impugnante.

Así las cosas, como a la Sala le está vedado adicionar, corregir o enmendar las deficiencias del libelo, el cargo no debe prosperar.

Noveno cargo.

La sustentación de la censura es incompleta, pues aunque el actor afirma que el traslado de las pruebas no se rigió por el artículo 185 del C. de P. C., no concreta cuál fue la aducida de tal manera, tampoco precisó su trascendencia ni enfrentó los fundamentos del fallo. En síntesis, se limitó a transcribir los argumentos expuestos en uno de los motivos de nulidad, sin especificar el error específico denunciado y su trascendencia en la aplicación de la ley sustancial en la sentencia recurrida.

Estos evidentes vicios de técnica, afirma el Ministerio Público, tornan inocuo el reparo elevado.

Décimo cargo.

La acusación planteada por falsos juicios de existencia no es cierta, pues el Tribunal estimó los documentos que el actor afirma que fueron prescindidos en su análisis; por lo tanto, el problema se circunscribe a la controversia sobre la credibilidad asignada a tales evidencias, que no es factible alegar en casación donde los juicios de los juzgadores sobre los medios de convicción están revestidos de la presunción de acierto y legalidad.

En cuanto a las declaraciones que se señalan omitidas, el demandante no enfrenta el contenido fáctico de tales pruebas con los fundamentos de las sentencias, de modo que aflore sin dificultad a través de dicho cotejo que aquellas los desvirtuaban; confrontación eludida, muy seguramente, porque la existencia de la asesoría jurídica del sindicato a los hermanos Rodríguez Orejuela no estaba en discusión, sino la forma como fue ejecutada en contradicción del ordenamiento jurídico, punto sobre el cual nada aportaban los testigos relacionados en la demanda.

A partir de estos argumentos concluye, entonces, que el reproche surge inepto para el fin postulado.

Undécimo cargo.

El recurrente acusa errores de hecho por falsos juicios de identidad y a partir de tal enunciado aduce que en la apreciación de los testimonios de Guillermo Pallomari y Miguel Rodríguez Orejuela no se respetaron las reglas de la sana crítica.

La sustentación del reproche, en opinión del Ministerio Público, no es la adecuada, porque el censor no confrontó el contenido fáctico de la prueba con el que le asignó el juzgador, como le resultaba necesario para demostrar la realidad del desatino argüido y proceder luego a la precisión de la trascendencia del yerro en las bases argumentales del fallo atacado.

Por el contrario, con la crítica a la credibilidad concedida a uno de los deponentes en detrimento de la veracidad del otro, el actor desenfoca totalmente el cargo, pues la casación no tiene por objeto reexaminar la prueba y su alcance, sino verificar si en la sentencia se observó la ley que regula los criterios de apreciación de la misma. Tampoco demostró de qué manera el análisis de tales testimonios repercutió en la transgresión de la norma sustancial que estima violada, pues mediante un precario desarrollo argumentativo se limitó a concluir que la sentencia debe ser casada.

En este orden de ideas, concluye, este último cargo debe ser desestimado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala iniciará la respuesta a los cargos de la demanda con apego a la secuencia trazada por el impugnante, como quiera que ningún reparo suscita desde la óptica de la prioridad y la lógica que gobiernan la impugnación extraordinaria, pues se postulan en primer término los reparos de nulidad, además en forma separada y con un orden determinado por sus efectos o alcances, de manera que de ser acogidos tornarían innecesario el estudio de los ataques restantes, fundamentados en la violación indirecta de la ley sustancial.

Primer cargo.

Por la vía de la causal de nulidad, el censor propone la invalidez de todo lo actuado desde el auto a través del cual la Corte dispuso la apertura de las diligencias preliminares, extendida además a la totalidad de las pruebas recaudadas en dicho estadio, pretensión apoyada en la violación del derecho a la defensa que el demandante estima producida como consecuencia de las irregularidades que la Sala pasa a examinar en su realidad y trascendencia, no sin precisar de antemano, que la legalidad de las actuaciones aquí cuestionadas, ante el tránsito de legislación sucedido desde entonces a la data, se determinará con apego a la norma instrumental que preexistía para la época de su realización.

1. Partiendo de la anterior premisa, se tiene que el demandante plantea el menoscabo de la referida garantía porque no se le dio a conocer a su representado en forma oportuna la imputación que originó la investigación preliminar, ataque que en el desarrollo argumentativo lo concreta en el inicio de la instrucción sin resolverse en algún sentido, afirma, sobre la petición del doctor *HOLGUÍN* de ser escuchado en versión libre.

En la réplica de este reparo, sea lo primero precisar, que el imputado contrario a lo atestado en forma insistente por el defensor en la sustentación del cargo, en manera alguna reclamó la mencionada declaración injurada sino que exteriorizó tan sólo estar dispuesto a rendirla (f. 53, cd. 1), distinción de aparente sutileza y nimiedad pero que ponderada en esencia surge de verdad trascendente, en cuanto permite diluir de entrada la aseveración del actor en el sentido de haberle sido negada a aquél la posibilidad de aportar desde entonces sus explicaciones o en otros términos, de desplegar tal medio de defensa, pues fue el propio aforado quien sin ejercitar el derecho a solicitar la versión libre, subordinó el decreto y la práctica de dicha diligencia a la discrecionalidad de la Corte.

En todo caso, tampoco resulta cierto que la Corte en esta fase previa ignorara por completo la aludida manifestación del imputado, pues en el auto de fecha mayo 26 de 1995, mediante el cual dispuso la actuación preliminar, ordenó la versión libre del doctor *HOLGUÍN* pero supeditó su realización a los resultados de las diligencias dispuestas en esa misma providencia (f. 57, cd. 1); decisión sin duda ajustada a la discrecionalidad concedida en el artículo 322 del estatuto procesal penal entonces vigente (Decreto 2700 de 1991), que facultaba al funcionario judicial para efectuarla cuando lo considerara necesario, obviamente, para la consecución de las finalidades previstas para la indagación previa en el artículo 319 ibídem.

Posteriormente, en autos de fechas octubre 11 y noviembre 30 de 1995, con el propósito también de esclarecer la ocurrencia de un comportamiento que propiciara la iniciación del sumario, esto es, con estricto apego a los fines de la investigación preliminar, la Corte ordenó la práctica de otras diligencias y precisó en el primero de ellos, además, que una vez allegadas se determinaría *"si hay lugar para la apertura de investigación penal en contra del Dr. ARMANDO HOLGUÍN SARRIA, y si es procedente o no mantener la orden de recibirle versión libre"* (f. 191, cd. 1); y así las cosas, surge indiscutible que en su momento la Corporación subordinó la versión libre del doctor *HOLGUÍN*, de conformidad con la discrecionalidad legal de la cual disponía para efectuarla o no, se insiste, a la incorporación a las diligencias de los elementos de juicio suficientes para concretar y formular en su contra una imputación penal.

Ahora bien, resulta indiferente para la legalidad del trámite que en auto del 9 de febrero de 1996 (f. 476, cd. 1), la Corte al examinar los elementos de juicio hasta entonces aportados y como lo había anunciado en la decisión atrás reseñada, en el implícito entendimiento de encontrar satisfechas por completo las finalidades de la investigación previa, optara por prescindir de la versión libre para decretar la apertura de la instrucción con orden de escuchar en indagatoria al imputado.

En primer término, porque si se quiere ver en la práctica de la diligencia echada de menos una oportunidad defensiva que le habría permitido acceder al expediente, imponerse de las pruebas allegadas, controvertirlas cuestionando su mérito o a través de la aportación y solicitud de las que estimaba necesarias para sus intereses, así como para hacerse representar por un abogado y contar con asistencia técnica, tal argumento cede al encontrar que idénticas posibilidades se le ofrecían con la ordenada vinculación mediante indagatoria.

De otra parte, como lo ha discernido la Sala, por cuanto la versión libre no constituye un presupuesto necesario e indefectible para acceder a la etapa instructiva, comenzada con el auto de apertura de la misma, como quiera que tal decisión de conformidad con los artículos 319, 324 y 327 ibídem, podía ordenarse al quedar superadas las dudas sobre la procedencia del ejercicio de la acción penal, por razón de las cuales y con miras a despejarlas se había dispuesto la investigación previa.

2. El recurrente aduce en un segundo reparo que la indagación preliminar se prolongó durante casi un año; asimismo, el acopio durante ella de buena parte de la prueba de cargo que sustenta el fallo de condena, sin oportunidad de controvertirla en dicho estadio porque ésta surgía a partir de la recepción de la versión libre, que nunca fue realizada.

Al respecto, la Sala en modo alguno refuta la afirmada dilación de esta fase, establecida del simple cotejo cronológico, en tanto que corresponde a la realidad también el aporte en el transcurso de las diligencias previas de la prueba documental y trasladada reseñada en la demanda; sin embargo, como lo precisa con indiscutible acierto la Procuraduría, en virtud del principio de trascendencia que orienta las nulidades al tenor del artículo 308-2º de la codificación procedimental entonces vigente, resulta forzoso concluir que el actor no cumplió con la carga que se deriva de este postulado, esto es, de acreditar que las irregularidades acusadas realmente afectaron las posibilidades de controversia de dichos elementos de juicio con vulneración, por lo tanto y como asegura, del derecho de defensa.

Esta justificación sobre la incidencia de la anomalía ritual denunciada, en modo alguno puede entenderse satisfecha con el discurso al cual acudió el impugnante sobre el fundamento constitucional del derecho de contradicción y la manera como puede ser

ejercitado, antes o después de decretadas las pruebas, durante su práctica o con posterioridad a la realización material de las mismas, momentos que califica de igualmente importantes y sin posibilidad de sujetarlos a un orden de prevalencia, pues el requisito que en materia de técnica se reclama para el completo desarrollo de la propuesta, no es la formulación de conceptos teóricos de todos conocidos e irrefutables, en los que se extiende prolijamente el defensor, sino la demostración concreta del influjo que tuvieron las irregularidades advertidas en la tramitación del proceso para cercenar o menguar la garantía que se afirmó conculcada y, desde luego, su incidencia para viciar de nulidad el juicio finiquitado con el fallo recurrido.

Específicamente, en cuanto interesa para los actuales fines, el censor no indicó siquiera de qué forma se habrían podido controvertir en la investigación preliminar los medios de convicción acopiados en dicha fase, mediante una estrategia que además le resultara ajena en los posteriores períodos probatorios del sumario y de la causa, persistiendo entonces el menoscabo alegado; menos aún, lo que era susceptible de conseguirse desde la óptica del derecho de defensa, si la Corte en lugar de dar inicio a la instrucción hubiese escuchado en versión al imputado y prolongado la investigación preliminar.

En fin, de las argumentaciones anteriores se colige que la versión que el doctor *HOLGUÍN* se mostró dispuesto a rendir surgía superflua, procuradas como estaban las finalidades de la averiguación previa; asimismo, que tampoco constituyó una afrenta al derecho a la defensa la apertura del sumario sin decretar en forma adelantada dicha diligencia, sin que sobre añadir que las restricciones que el imputado tuvo hasta entonces en el acceso al expediente, derivadas del carácter reservado de la actuación preliminar, encontraban sustento en el artículo 321 del Decreto 2700 de 1991, que la Corte Constitucional encontró proporcionadas a la luz de la Constitución Política por obedecer *“fundamentalmente, a una ponderación entre el derecho al debido proceso - dado que se trata, en todo caso, de un medio de defensa - y el derecho a la verdad”*¹.

Resta aducir que la insistencia en la práctica de algunas de las pruebas que no habían sido evacuadas en la investigación preliminar, ordenada en el auto de apertura de la instrucción (f. 477, cd. 1), la intensa actividad probatoria en el sumario y la causa, así como la recepción de la indagatoria del doctor *HOLGUÍN* desde los albores del instructivo, le restan todo asidero a la argüida vinculación tardía del sindicado, pues estas circunstancias revelan de manera incontrastable que la averiguación no quedó agotada, como se sugiere, en esa fase anterior a la que el imputado no tuvo acceso; por el contrario, ponen de presente que las diligencias previas se adelantaron simple y llanamente hasta cuando quedó esclarecida como probable la comisión de una conducta descrita en la ley penal como delito y satisfecha entonces la finalidad de la indagación preliminar.

3. Plantea el censor por último, que en el auto que dispuso la investigación preliminar se reconoció personería a un abogado a quien el doctor *HOLGUÍN* efectivamente no le había concedido su representación judicial, pues simplemente anunció tal eventualidad en caso de ser convocado a rendir la versión libre (f. 53, cd. 1); pronunciamiento inocuo desde todo punto de vista porque ninguna consecuencia práctica y real se derivaba de él, ya que la intervención del profesional se sujetó al adelantado agotamiento de la versión libre, como lo condicionaba precisamente el citado artículo 321 del derogado estatuto procesal.

Por las anteriores razones, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

Por la misma causal tercera de casación, el demandante plantea la nulidad de todo lo actuado a partir de la investigación previa por el desconocimiento del fuero constitucional que amparó al procesado durante el tiempo que mantuvo su investidura de congresista, al permitirse según aduce, que los miembros de la Fiscalía realizaran *“integralmente la investigación”*.

1. Con miras a discernir la realidad de la irregularidad denunciada y su trascendencia de establecerse la misma, constituyen punto de partida los artículos 186 y 235 de la Carta

Política, desarrollados a su vez en el artículo 68 del estatuto instrumental penal vigente para la época de tramitación de estas diligencias, de conformidad con los cuales la Corte Suprema de Justicia tiene competencia privativa para investigar y juzgar a los Senadores y Representantes a la Cámara; fuero constitucional que ciertamente constituye una excepción al proceso penal que con tendencia acusatoria concibió la Constitución, puesto que concurren en el órgano límite de la jurisdicción ordinaria las funciones básicas de instrucción, acusación y de juzgamiento.

De ahí que en este proceso penal especial y de única instancia que le corresponde adelantar a la Corte contra los congresistas mientras permanezcan en el ejercicio del cargo o con posterioridad a él, en este último evento cuando el comportamiento punible imputado tenga relación con las funciones desempeñadas, lo que sea decidido por otras autoridades judiciales surge viciado de nulidad, pero sin que ello signifique, como lo entiende de manera equivocada el libelista, una competencia con unos ribetes de rigidez, de tal extremo, que esté proscrita la intervención de cualquier forma de todo funcionario distinto de la Sala de Casación Penal y, en particular, de los pertenecientes a la Fiscalía General de la Nación.

Ciertamente, en el nuevo esquema constitucional el fuero especial de los congresistas, conforme ha precisado la Sala, está concebido con miras a garantizar la dignidad del cargo y de las instituciones que representan, pero además, su independencia y autonomía en el desempeño de sus funciones, e implica que sea únicamente la Corte en representación del Estado la encargada de ejercer la titularidad de la acción penal y, por lo tanto, el carácter privativo e indelegable de todas aquellas actuaciones o decisiones que comportan el control del proceso, que es bien distinto de la realización directa o personal de todas las diligencias en el respectivo trámite, por la cual propugna el demandante, involucren o no esa potestad de dirección.

En este orden de ideas, contrario a lo atestado en el desarrollo del reparo, también en las actuaciones penales seguidas por la Corte contra los congresistas tiene indiscutible cabida la comisión para la práctica de diligencias, que a diferencia de la delegación, ésta sí vedada sin duda, no apareja como aquella el desprendimiento de la conducción del proceso, sino la simple facultad concedida en forma temporal a otro funcionario judicial, circunscrita o limitada a la práctica de la diligencia comisionada y, obviamente, a las decisiones que surjan necesarias para el cabal cumplimiento de la misma. A tal comprensión se arriba al conciliar las finalidades del fuero de los congresistas con tal instituto, inspirado en los principios de economía procesal, de eficiencia en la administración de justicia y de colaboración armónica entre las autoridades públicas, igualmente de arraigo constitucional.

Debe resaltarse que este entendimiento coincide con el pregonado por la Corte Constitucional, cuando al examinar la competencia del Fiscal General de la Nación, tratándose de los funcionarios cobijados también por el fuero constitucional, precisó que *“Las funciones consignadas en el artículo 251 citado - en particular la de investigar, calificar y acusar a los altos funcionarios del Estado que gocen de fuero constitucional -, revisten el carácter de indelegables y, por tanto, sólo el señor fiscal general de la Nación puede asumirlas y ejecutarlas. El espíritu del Constituyente no fue el de que las funciones que se encuentran en cabeza del señor fiscal general pudiesen ser delegadas en sus subalternos. Las anteriores consideraciones no obstan para que el señor fiscal general de la Nación pueda comisionar -que no delegar- en los fiscales delegados ante Corte Suprema de Justicia, el ejercicio de algunas de las funciones contenidas en el artículo 251 de la Carta Política. Sin embargo, la decisión final y el compromiso jurídico y político que ella conlleve, debe el señor fiscal asumirlo siempre, y en todos los casos, en forma personal²”*, pronunciamiento que invoca parcializadamente el impugnante incluso en cuanto afirma la imposibilidad de la delegación, pero sin mencionar tangencialmente siquiera a la viabilidad allí mismo predicada frente al mecanismo de la comisión para la práctica de diligencias.

Por otra parte, ^en armonía con lo expuesto en precedencia, se tiene el artículo 82 del Decreto 2700 de 1991, modificado por la Ley 81 de 1993, artículo 12, que otorgaba a la Corte Suprema de Justicia la posibilidad de comisionar *“Para la práctica de diligencias a cualquier funcionario judicial o a sus magistrados auxiliares”*, cobijando dentro de aquella primera

expresión a los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, revestidos por mandato constitucional de jurisdicción al pertenecer, dentro de la estructura del Estado, a la Rama Judicial del poder público (artículos 249 a 253 C.P.).

Con fundamento en las anteriores premisas la Sala concluye que ninguna realidad tienen las críticas del recurrente cuando censura las comisiones impartidas por la Corte en la fase instructiva a la Fiscalía para la práctica de diligencias, pues el restringido ámbito de las facultades concedidas a los funcionarios judiciales comisionados, determinado por la naturaleza misma del instituto y por los límites que en concreto se le fijaron, en manera alguna implicó, como lo atesta el casacionista, que dicho ente hubiese actuado en forma autónoma arrogándose la realización integral de la instrucción y, menos aún, el desprendimiento por parte de la Corporación de la dirección del proceso.

Por el contrario, el control de la investigación por entonces cursada contra el aforado continuó radicado privativamente en la Corte Suprema de Justicia, y se exteriorizó no sólo a través de los pronunciamientos que afectaron al sindicado, esto es, la definición de la situación jurídica con imposición de medida de aseguramiento, el cierre de la investigación, la resolución acusatoria y el que resolvió el recurso de reposición presentado contra la misma, sino también, mediante las providencias referidas a las pruebas, que fueron decretadas de oficio o a solicitud de parte e igualmente comprendidas dentro del ámbito de su competencia exclusiva, en las que surge claro e incontrastable que fue esta Corporación, en su momento, la que decidió sobre la conducencia, la pertinencia y la utilidad de los elementos de juicio existentes en el proceso, denotando entonces, que mantuvo en forma constante el control de la investigación que el actor se empeña en desconocer.

Ahora bien, que en el auto de apertura del sumario la Corte además de impartir la comisión a la Fiscalía para realizar unas específicas diligencias hubiese señalado el otorgamiento de *"amplias facultades, inclusive para subcomisionar bajo su dirección y responsabilidad y adelantar las demás diligencias que considere necesarias..."* (f. 477, cd. 1), en manera alguna implicó que tuviese el alcance que le asigna el impugnante, de desprendimiento de la dirección del proceso para asumirla desde entonces en forma autónoma los funcionarios del ente investigador.

Por el contrario, la comisión así dispuesta, de conformidad con la naturaleza de dicho instituto y con sujeción a sus términos, significó tan sólo que quedó comprendida la atribución para adoptar las medidas y proferir las decisiones necesarias con miras a practicar tales diligencias, como también para realizar aquellas otras íntimamente relacionadas con las que habían sido decretadas por la Corte y que eran objeto de la misma, sin facultar al comisionado para extender su actividad a los actos de dirección o control reservados al competente, ámbito por demás en momento alguno invadido por la Fiscalía en el desarrollo de dicha comisión, como tampoco en el cumplimiento de las demás que fueron ordenadas en el curso de la fase instructiva.

2. Por otra parte, tampoco en el sucesivo envío que hizo la Fiscalía a la Corte de documentos de eventual interés para la investigación adelantada contra el doctor *HOLGUÍN*, obtenidos en el curso de otras actuaciones penales con idéntico origen en los resultados de los allanamientos efectuados a varios inmuebles en procura del dismantelamiento del llamado "Cartel de Cali", tuvo esa misma significación que predica el demandante, de asunción por parte del ente investigador de la dirección del proceso, a partir de la cual deriva el desconocimiento del fuero constitucional de aquél y, consecuentemente, la nulidad de lo actuado en la fase instructiva por falta de competencia.

En efecto, estas remisiones de prueba documental, así se hubiesen efectuado por iniciativa de la Fiscalía, conforme se constata en autos y se acepta sin ambages (fs. 80, 159, 161, 181, 204, 453, cd.1), simplemente materializaron el deber de dar cuenta a la autoridad judicial competente de la comisión de hechos punibles de investigación oficiosa, imperativo que no se agota con el mero informe al involucrar, así no lo quiera ver el casacionista, el de allegar en forma oportuna los elementos de convicción que contribuyan a su esclarecimiento, con independencia de si la aprehensión material de tales evidencias se lleva a cabo, como

aquí aconteció, con posterioridad al aviso de la ocurrencia de la conducta presuntamente delictiva.

En contraste, lo que resulta en realidad trascendente para discernir que la Corporación mantuvo el control del sumario, es que con prescindencia del origen de esta prueba documental, de si el envío se realizó por iniciativa de la Fiscalía, es que la Corte efectuó el juicio sobre su conducencia, pertinencia y utilidad al ordenar su incorporación al expediente y fundamentar en ella el inicio del sumario (fs. 256, 476 cd. 1), pero además, al proferir las decisiones en las cuales fue valorada, actos estos sí de dirección del proceso.

3. En los restantes ataques comprendidos dentro de este cargo, una vez más el demandante desconoce los parámetros técnicos que gobiernan el recurso extraordinario, pues con palmaria transgresión del principio de autonomía de los motivos de impugnación, desborda el ámbito de la nulidad postulada para abordar en últimas temáticas del todo diferentes, concretamente, de las que son propias de la causal primera, cuerpo segundo, al plantear aquí también los cuestionamientos repetidos luego en otros cargos a la legalidad de la prueba trasladada, impropiedad que impide por sí sola avanzar en mayores réplicas frente a dichos reproches.

En las circunstancias anotadas, el cargo se desestima.

Tercer cargo.

Ha sostenido la Sala y reitera ahora, que cuando se arguye la violación del principio de investigación integral, previsto en el artículo 333 del Decreto 2700 de 1991, vigente para la época en la cual fueron adelantadas las diligencias, al censor no le basta con individualizar las pruebas conducentes, pertinentes y útiles que se dejaron de practicar, de decretar o que fueron indebidamente negadas, sino que también le corresponde demostrar su trascendencia para modificar de algún modo y en forma propicia la situación jurídica del procesado, pues sólo así puede aceptarse vulnerado con contenido de realidad el mandato impuesto a los funcionarios judiciales de investigar con imparcialidad tanto los aspectos favorables como desfavorables al procesado, requisito este último que aparece incumplido en el desarrollo de la propuesta, tornándola insuficiente para alcanzar su cometido de quebrar la legalidad del fallo.

Efectivamente, el actor a través de la confrontación de las solicitudes probatorias de la defensa con las decisiones judiciales en torno a ellas, acreditó que algunos de los testimonios deprecados se sustrajeron de pronunciamiento, si bien no todos los que reseña en el libelo. En concreto, se guardó silencio sobre las declaraciones de Jorge Luis Gutiérrez, Marino Copete, Miguel Bajo Fernández, Carlos Cuenca Perona, Joaquín Ruiz-Giménez Aguilar y Manuel Cobo del Rosal, con quienes la defensa aspiraba a comprobar que el sindicato prestó asesoría jurídica a los hermanos Rodríguez Orejuela; en tanto que los testimonios de Jesús María Cobo, Antonio Cajelli, Gustavo Franco Hernández y Tito Livio Salazar Romo, orientados a idéntica comprobación, fueron decretados finalmente en el juicio, pero sólo fue posible la recepción del primero (fs. 473, cd.5, 190, cd.6).

No obstante lo anterior, conviene destacar, el impugnante admite en forma paralela que sobre este mismo aspecto atestiguaron los doctores Juan Fernández Carrasquilla, Bernardo González, Servio Tulio Ruiz y Carlos Julio Castrellón, como también lo hicieron, observa la Sala, Carlos Muñoz Paz, Carlos Andrade y Marco Fidel Chávez; pero además, que sus declaraciones fueron objeto de análisis en los fallos de instancia, sólo que negándoles mérito para desvirtuar el carácter injustificado del aumento patrimonial derivado de los dineros recibidos por el acusado de los hermanos Rodríguez Orejuela.

Plantea también, que en relación con otros deponentes cuya aducción se solicitó en el curso del proceso para obtener idéntica constatación en autos, esto es, insiste la Sala, la asesoría jurídica brindada por el sindicato *HOLGUÍN* a los confesos narcotraficantes atrás mencionados, la Corte en la fase instructiva denegó su recaudo con asidero en razones de utilidad, pues argumentó la cabal demostración de este hecho a través de los elementos de juicio que ya habían sido incorporados al expediente. Pero después los juzgadores de

instancia al colegir la responsabilidad del inculpatado, en un nuevo giro adujeron la ausencia de pruebas que acreditaran la realidad de dicho vínculo profesional, evidenciándose entonces, concluye el actor que los medios de convicción denegados si resultaban de pertinente y necesario recaudo.

Enunció en este reparo, específicamente, las versiones pedidas de Rafael Robledo Cancino, Aníbal Posso Londoño, Francisco José Ferreira Delgado, Camilo González Múnera y Fluvio Grisales; alegación que en cuanto a la exclusión de tales prueba en el plenario se ofrece acorde con la realidad procesal, salvo en lo atinente a los citados González Múnera y Posso Londoño, quienes rindieron testimonio en últimas durante la etapa del juicio (fs. 311 a 314, anexo 1).

Pero cuando se aguardaba del libelista la determinación precisa de la incidencia que tuvo la omisión y la negativa de tales elementos de persuasión en las conclusiones de la condena, sin examinar con rigor las conclusiones probatorias de los juzgadores, afirmó que de haberse allegado a las diligencias habría quedado establecida la asesoría profesional del doctor **HOLGUÍN** a favor de los intereses de los hermanos Rodríguez Orejuela y, en consecuencia, que los cheques recibidos por aquél de estos últimos encontraban justificación en el ejercicio de la abogacía, por lo tanto, que fue lícito el incremento patrimonial que por razón de tales dineros obtuvo el procesado.

Sin embargo, con este genérico planteamiento el demandante perdió de vista que en las sentencias de instancia, integradas en unidad jurídica, no se fundamentó la existencia del enriquecimiento ilícito y la responsabilidad del sindicado en la exclusión tajante de la posibilidad de haber brindado el doctor **HOLGUÍN** algún tipo de asesoría a los hermanos Rodríguez Orejuela; por el contrario, se aceptó tal hecho para cimentarse la condena, entonces, en la circunstancia de estimarse demostrado en autos, que en lo particular, los cheques investigados y constitutivos del aumento patrimonial ilícito objeto de averiguación, de acuerdo con lo acreditado a través de los medios de convicción aducidos a los autos, no tuvieron origen en el ejercicio legítimo de la abogacía, menos aún, en las actividades profesionales que específicamente y en relación con cada uno argumentó el inculpatado haber ejecutado en procura de los intereses de los confesos narcotraficantes.

En este sentido surgen claros los razonamientos del a quo cuando afirmó que *“No cree este Judicatura que tanto dinero sea simplemente pagado por hacer una consulta diferente a la de las actividades delictuosas en las que estaban sumidos los señores Rodríguez Orejuela, algo muy raro había en dichas asesorías...”* (Resalta la Sala, f. 466, cd. 6).

Más aún, al colegir el conocimiento que el acusado **HOLGUÍN** tenía sobre el origen de los dineros recibidos en las actividades delictivas de los hermanos Rodríguez Orejuela, el fallador de primera instancia partió de aceptar la realidad de los conceptos jurídicos que aquél argumentó haberles brindado, cuando precisó que *“Tampoco es lógico que un amigo de toda la vida no sepa de donde provengan sus ganancias si era su asesor de cabecera y solicitaba información sobre extradición, retroactividad, colaboración con la justicia, etc...”* (Negrillas fuera de texto, f. 470, cd. 6), para concluir en el análisis conjunto del acervo probatorio que los pagos demostrados en estas diligencias no lo fueron *“por sus famosas asesorías”*, sino provenientes de *“negocios fuera de lo legal y que nunca pudo demostrar su legalidad”*, máxime al descartar la veracidad de las explicaciones que respecto de los cheques vertió el indagado.

En esta misma línea argumentativa se desarrolló el análisis del Tribunal en la decisión objeto del recurso extraordinario, pues si bien en ella al brindársele réplica a uno de los argumentos de la defensa se excluyó la demostración de un contrato de mandato, verbal o escrito, en sus aspectos *“tales como la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita”* (f. 53, cd. Tribunal Nacional), en cuanto a la atestada asesoría, que el casacionista afirma se habría demostrado en su existencia con la prueba omitida y negada, el ad quem sin repudiar del todo dicha posibilidad únicamente coligió que tratándose de los dineros materia de la instrucción, *“no encuentran origen en el ejercicio legítimo de su profesión de abogado, ya fuera como asesor o coordinador de otros togados, conclusión a la que se arriba luego de analizar las exculpaciones vertidas por el procesado...”* (f. 54, cd. ib.).

Así las cosas, si los elementos echados de menos por el actor simplemente apuntaban a corroborar también con rasgos de generalidad esa asesoría jurídica que insistentemente aseguró el encausado con apoyo en otros medios de convicción existentes en autos, sustraída de discusión por los falladores al fundamentar la condena, resulta claro entonces que sobre estas bases conocidas en el proceso carecían de la probabilidad para modificar de manera favorable la situación jurídica del procesado, pues nada podían agregar los testimonios prescindidos o rehusados para explicar, en lo específico, la procedencia de los dineros representados en cada uno de los cheques.

En otros términos, al contribuir tal prueba simplemente a afianzar un aspecto admitido por los juzgadores, su omitida práctica no se muestra vulneradora del principio de investigación integral excluyéndose entonces la causal de nulidad alegada.

Por lo anotado, este otro ataque tampoco prospera.

Cuarto cargo.

También al amparo de la causal tercera de casación, el impugnante pretende en el cuarto cargo de la demanda que se declare la nulidad de *“todas las pruebas que fueron ilegalmente trasladadas de otros procesos”*; ilegalidad derivada, en opinión del censor, de la inobservancia de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil alusivas a las formalidades en el traslado de la prueba, que afirma resultaban aplicables, en virtud del principio de integración, tratándose de los elementos de juicio traídos de otras investigaciones cursadas en la Fiscalía, pues si bien el estatuto procesal penal autoriza dicho traslado omite toda regulación acerca de la forma de realizarlo.

Propuesto en estos términos el reproche, resulta evidente que el censor desatinó al invocarlo con sustento en la causal de nulidad. Ciertamente, de acuerdo con el reiterado criterio de la Sala³, el ataque de la prueba irregularmente allegada al proceso cuando el juzgador la ha valorado al dictar la sentencia estimándola como legalmente producida o incorporada, por constituir un error in iudicando de apreciación probatoria, concretamente, un error de derecho por falso juicio de legalidad, debe efectuarse al amparo del primer motivo de casación, cuerpo segundo, máxime que un desacierto de tal naturaleza, de establecerse en su realidad y trascendencia, en manera alguna se comunica a la actuación posterior aparejando como consecuencia la invalidación del proceso, sino que encuentra expedita solución en el retiro de la prueba viciada, que por lo tanto no puede tenerse en cuenta en el fallo.

Este infranqueable derrotero en materia de técnica no cede porque en el planteamiento del cargo se aduzca, como se hizo en el libelo examinado, la infracción del artículo 29 de la Carta Política, pues como también lo ha precisado la Corte, cuando *“en esta disposición superior se prescribe que es nula de pleno derecho la prueba practicada con violación al debido proceso, es claro que se está refiriendo al fenómeno de la inexistencia de los actos procesales, cuyos efectos invalidantes se surten sobre la prueba en sí misma, sin que fatalmente deban trascender al resto de la actuación, pues la sanción político-jurídica a este tipo de irregularidades es su no apreciación como medio de convicción, es decir, sin que se requiera pronunciamiento judicial...”*⁴.

En este orden de ideas, como resultó equivocada la vía del ataque, deficiencia que en modo alguno puede subsanar la Corte en virtud del principio de limitación, se impone desestimarlos no sin agregar, finalmente, que la comprensión echada aquí de menos en materia de técnica no fue ajena del todo al actor, pues repitió el reparo elevado en esta censura en un cargo posterior con fundamento en la causal primera, donde precisamente acusó la violación mediata de la ley sustancial como consecuencia de errores de derecho por falsos juicios de legalidad.

Quinto cargo.

Con apoyo también en la causal tercera de casación, el demandante solicita que se case la sentencia del Tribunal por haberse proferido en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho a la defensa material.

En la concreción del reparo aduce que al sindicado *HOLGUÍN* no se le permitió el acceso al expediente para preparar los alegatos previos al fallo de primera instancia, pues a pesar de los insistentes pedidos de la defensa, no se efectuó su traslado al lugar donde tenía la sede el juzgado que asumió el conocimiento de la causa luego de la pérdida del fuero constitucional, situación que según atesta, obstaculizó el ejercicio de sus facultades como sujeto procesal.

En este ataque el libelista pasa por alto que quien demanda en casación por la causal tercera, tiene la carga no sólo de establecer la realidad del error de actividad denunciado, requisito satisfecho sin duda aquí, sino también y con no menor importancia para la prosperidad de la propuesta, acreditar de manera precisa y clara que el vicio incidió en detrimento de las garantías de los sujetos procesales o en el desconocimiento grave de la estructura básica del proceso, conforme lo imponía además el artículo 308-2º del Decreto 2700 de 1991, bajo el cual se adelantó la presente actuación y que exigía demostrar la trascendencia de la irregularidad al revestirla del carácter de principio orientador de las nulidades.

Efectivamente, de la simple revisión del expediente se constata que asumido el control del proceso por un Juzgado Regional de Cali, atendidos los factores objetivo y territorial determinantes de la competencia, y luego que el sindicado perdió el fuero constitucional en virtud del cual había estado radicada privativamente en precedencia en la Corte Suprema de Justicia, ningún pronunciamiento verificó sobre la cárcel “*dentro de su jurisdicción*” donde debía proseguir el doctor *HOLGUÍN* en detención preventiva, soslayando entonces con evidencia la decisión que en ese sentido reivindicaba el artículo 21 de la Ley 65 de 1993, como destaca el Procurador Delegado. Más aún, el a quo mantuvo la reclusión del sindicado en el establecimiento del Distrito Capital que había fijado para dicho fin esta Corporación, en otros términos, en sitio diferente de aquél donde se dio inicio y culminación al juicio.

También se establece de autos, que ante la solicitud de traslado elevada por el apoderado del procesado el funcionario de conocimiento en auto del 23 de abril de 1997 examinó la procedencia de lo solicitado, no de conformidad con lo prescrito en el citado precepto de la Ley 65 de 1993, sino a partir de las previsiones del artículo 75 ibídem, para finalmente negarlo en la comprensión de no estar configurado ninguno de los supuestos regulados en dicha norma para el traslado de los internos (fs. 199 y 206, cd. 5).

Igualmente corresponde a la realidad, que tal solicitud fue reiterada por el defensor suplente en aras de la agilidad del proceso, en tanto que el apoderado principal impugnó la reseñada negativa en reposición y apelación, ataque prohijado por el Ministerio Público (fs. 220 a 232, 395 cd. 5) y definido por el Juzgado Regional en providencia de junio 6 de 1997, mediante la cual mantuvo la decisión inicial y concedió la alzada incoada en forma subsidiaria, que finalmente el Tribunal Nacional se abstuvo de dirimir al determinar que no era susceptible del recurso así incoado (fs. 435 a 439, cd. 5). En fin, se estableció que por razón de las incidencias reseñadas, sólo después de dictado el fallo de primera instancia, el acusado fue recluido en un establecimiento de la ciudad de Cali (fs. 11 y ss., cd. Tribunal).

Ahora bien, la Sala admite que al tenor del artículo 21 de la Ley 65 de 1993 atrás citado, en armonía a su vez con el artículo 401 del Decreto 2700 de 1991, la detención preventiva debe cumplirse en principio en la misma localidad donde se adelantan las respectivas diligencias, derecho vinculado a la celeridad del trámite, por ende, a la satisfacción del debido proceso **sin dilaciones injustificadas**, pero que también, como lo señala la jurisprudencia constitucional evocada por el Procurador Delegado, patrocina un “*contacto directo y permanente con su apoderado; conocer con mayor facilidad las piezas del expediente; y, participar en la elaboración de la estrategia de defensa y en la controversia de las pruebas que aparentemente lo incriminen. Adicionalmente, esta condición favorece la aplicación de*

*los principios de inmediación y eficiencia, rectores del proceso penal y garantes del derecho de defensa*⁴⁵.

De esta finalidad y del sentido que impregna el comentado derecho surgen dos consecuencias. En primer término, que no es absoluto, de manera que la simple detención del sindicado en un lugar distinto al de la sede de su investigador o juzgador no determina indefectiblemente la invalidez de lo actuado; por el contrario, la necesidad de armonizarlo con otras garantías no menospreciadas, como la vida, la seguridad y la integridad personal del interno, al igual que con los motivos de interés público que orientan la administración de justicia, tornan posible el internamiento en un sitio diferente, como prevé incluso expresamente el legislador en los artículos 75 y 77 de la Ley 65 de 1993, y 405 del Decreto 2700 de 1991.

Por otra parte, en cuanto interesa para discernir el fundamento de la propuesta, que la vulneración del derecho del procesado a encontrarse recluso en la localidad donde cursa la actuación, por constituir un medio para la efectividad de las garantías cuya satisfacción legitima el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, únicamente tiene entidad para propiciar la nulidad cuando por razón de dicha circunstancia se han obstaculizado en forma tangible las facultades de las cuales goza el inculcado en beneficio de sus intereses, esto es, cuando represente una afectación real y no puramente hipotética del derecho a la defensa material, de configuración excluida en el presente asunto, anticipa la Sala.

En efecto, este distanciamiento del sindicado de su juzgador, mantenida durante toda la fase de la causa, desde ninguna óptica le imposibilitó el contacto directo y permanente con su apoderado principal, un prestigioso abogado, ex magistrado de esta Corporación y con domicilio profesional en el Distrito Capital, donde se encontraba recluso el doctor *HOLGUÍN*; en consecuencia, nada le impidió coordinar con él la estrategia defensiva, inclusive, imponerse por su conducto de las incidencias del juicio.

Con idéntica orientación argumentativa, afirma la Sala, que la circunstancia comentada tampoco constituyó óbice para la activa intervención del inculcado en la causa mediante el oportuno aporte de un enjundioso alegato previo al fallo de primera instancia; menos aún, para complementar los argumentos esbozados por su defensor en la impugnación presentada contra dicha providencia (fs. 380 y s.s., cd. 6; 19 y s.s., cd. 7).

Ahora bien, es cierto que en este primer escrito el acusado arguyó ignorancia sobre las pruebas recaudadas en el juicio y respecto de su contenido, es decir, una ilegítima restricción de su derecho de defensa, determinada por la imposibilidad de un acceso directo al expediente, reclamado en efecto al notificársele del auto de citación para sentencia, como arguye el actor; desconocimiento atestado también en el segundo memorial atrás reseñado así como al solicitar del a quo la declaratoria de nulidad, y que retoma el Ministerio Público para predicar la prosperidad de este cargo.

Sin embargo, este alegado cercenamiento de la defensa material se muestra carente de realidad y, por ende, sin entidad para resquebrajar la legalidad del proceso, conforme es pretendido habilidosamente en el desarrollo del reproche; conclusión a la cual arriba la Corte, no sólo porque en el memorial anterior al fallo de primer grado el doctor *HOLGUÍN* aludió de manera expresa a los testimonios recibidos en el juicio y que había asegurado desconocer, concretamente, a las versiones de Carlos Muñoz Paz, Camilo González Múnera, Carlos Julio Castrellón Minotta, Aníbal Posso Londoño y Lisandro González Barbosa, así como a las certificaciones juradas de los congresistas Mario Said Lamk Valencia, Luis Eladio Pérez Bonilla, Luis Emilio Sierra Grajales y Luis Alfonso Hoyos Aristizabal, sino también porque en dicho escrito transcribió apartes de estas mismas declaraciones, lo que obviamente permite inferir que alcanzó por otros medios la contemplación material íntegra de los elementos de juicio recaudados en la causa.

Esta convicción se afianza además al constatar que de las restantes versiones copiadas en el juicio, si bien no reproduce total o parcialmente su contenido, en todo caso aludió en dicho memorial a su existencia en autos, más aún, las invocó para contrarrestar las acusaciones erigidas en su contra por el testigo de cargo Guillermo Pallomari, como sucede específicamente con los testimonios de Jesús María Cobo y Marco Fidel Chávez Sánchez,

de manera que tampoco lo declarado por dichos exponentes fue ajeno a su intelección. Lo mismo acontece tratándose de los documentos allegados por el apoderado suplente en la referida fase de la actuación, que el sindicado relacionó en forma detallada en los alegatos de conclusión.

En síntesis, a partir de estas exteriorizaciones e infirmando sus propio asertos, por lo tanto, los fundamentos del cargo aquí erigido contra la sentencia del Tribunal, el doctor *HOLGUÍN* en las consideraciones previas al fallo del a quo evidenció un conocimiento cabal de los medios de prueba incorporados al expediente durante la causa, sin que constituyera obstáculo entonces para asumirlo la detención preventiva cumplida en un lugar diferente al de la sede del funcionario bajo cuya dirección se adelantó el juicio.

Esta comprobación explica, además, que el demandante en la pretendida demostración de la trascendencia del vicio argüido, en sendero argumentativo por el cual también transita el Delegado de la Procuraduría, se limite a sostener la abstracta y genérica ignorancia del sindicado de la actuación surtida durante la etapa del juicio, insuficiente para poner de relieve la afectación real de la garantía cuya protección reclama a través de la declaratoria de nulidad, indispensable para acceder a dicho reclamo en esta sede, máxime cuando una propuesta de dicho talante encuentra sólida talanquera en las constataciones que en sentido contrario surgen de la simple revisión del expediente.

Resta añadir, de otra parte, que la Corte tampoco discute la constancia del doctor *HOLGUÍN* sobre la notificación parcial del fallo condenatorio de primer grado, máxime cuando al parecer fue remitido para dicho efecto en forma incompleta (f. 19, cd. 7), circunstancia que trae a colación por iniciativa propia el Ministerio Público, para apuntalar en esta irregularidad el aval que imparte al pedido de nulidad del libelista como consecuencia del presunto menoscabo del derecho a la defensa material; sin embargo, en tal postulación no tuvo en cuenta que también aquí el sindicado diluyó el mantenimiento en esa situación de ignorancia, que de haber persistido le arrojaría algo de razón a sus conclusiones, cuando en el escrito mediante el cual complementó la alzada presentada por la defensa contra la providencia del a quo, no sólo admitió su imposición del contenido de la misma, sino que la rebatió en varios puntos de su análisis probatorio, sólo posible si se entiende que en todo caso accedió a ella, muy seguramente, a través de sus apoderados principal y suplente.

Así las cosas, la anómala notificación de la sentencia del a quo, aunque real, fluye a todas luces intrascendente.

Por las razones esbozadas, entonces, el cargo no prospera.

Sexto cargo.

En el último motivo de nulidad, el impugnante acusa la vulneración del debido proceso porque el Juzgado Regional de Cali remitió en forma incompleta el expediente al Tribunal Nacional para el agotamiento de la segunda instancia respecto del fallo de condena, concretamente, sin los anexos que componen la actuación adelantada contra el procesado. El Ministerio Público atisba en esta irregularidad, en cambio, una afectación del derecho a la defensa.

La situación fáctica que sustenta la censura se ofrece incontestable, pues en verdad de la simple confrontación del número de cuadernos remitidos por la Corte al reparto de los entonces Juzgados Regionales, tras perder la competencia para la continuidad de la investigación por la renuncia del sindicado a la investidura de congresista, con los efectivamente recibidos por la Secretaría común del citado género de despachos judiciales, y los finalmente enviados al extinto Tribunal Nacional para la apelación incoada contra la sentencia condenatoria del a quo (fs. 167, 180, cd. 5; 1, cd. Tribunal Nacional), conduce a afirmar que la remesa para los fines de la misma estaba integrada por la actuación original y la conformada en la etapa de la causa, que además es la que obra en la Corte para resolver la impugnación extraordinaria.

Así las cosas, se echan de menos, en síntesis, los anexos recopilados durante la fase instructiva, que corresponden en buena parte a publicaciones (La Confesión en Derecho

Probatorio, La Auditoría, Documentos de Extradición Tomos I y II, Debate en la Constituyente, Mecanismo de defensa de los derechos, Acción de Tutela, Límites de Colombia, Batallas con la Luz, Datos de una Biografía, Revista de Criminología, entre otros), extractos bancarios y otros documentos.

Frente al comprobado envío incompleto de las diligencias, el casacionista aduce estructurada una causal de nulidad de conformidad con el ordinal 2º del artículo 304 del Decreto 2700 de 1991, cuya declaratoria pretende a partir de la sentencia de segunda instancia; sin embargo, en el desarrollo del reproche pasó por alto que cuando se demanda en sede de casación la invalidación de lo actuado argumentándose la vulneración del debido proceso, no basta con constatar la realidad de la anomalía cometida en el respectivo rito, como aquí se hizo, pues resulta ineludible además, en virtud de los principios que orientan las nulidades al tenor del artículo 308 ibídem, demostrar que con ocasión de la irregularidad se afectó de manera grave el trámite culminado con la sentencia impugnada al socavarse la estructura misma del proceso.

Esta exigencia no fue tenida en cuenta en la sustentación del cargo, insiste la Sala, toda vez que la labor demostrativa del censor se encaminó a plantear, con transgresión del principio de autonomía de las causales de casación, que otro habría sido el sentido del fallo de haber tenido en cuenta el Tribunal las pruebas contenidas en los cuadernos de prescindida remisión, pues las mismas, en conjunto y según afirma, desvirtúan la realidad del enriquecimiento ilícito imputado.

Con esta manera de razonar resulta claro, entonces, que el libelista no le atribuyó a la irregularidad acusada trascendencia o repercusión alguna frente a las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, para referirse en el inconsistente desarrollo del reproche a una serie de situaciones que escapan al ámbito de la causal tercera de casación y ponen en evidencia, por el contrario, que su único interés es propiciar de la Corte un examen acerca de la supuesta trascendencia de la prueba prescindida frente a la declaración de justicia contenida en el fallo recurrido, elementos de juicio que no pudo considerar el Tribunal Nacional al no contar materialmente con dichas evidencias, alegato propio de una causal del todo diferente, esto es, de la violación indirecta de la ley sustancial, determinada por un error de hecho por falso juicio de existencia, en la modalidad de omisión de prueba, que en todo caso deja en el mero enunciado.

Ciertamente, con tal orientación argumentativa y distanciándose de la sustentación del error de actividad acusado, el demandante plantea que en los anexos sustraídos del análisis probatorio del juzgador ad quem, dado el incompleto envío del expediente, obran medios de convicción que desvirtúan el cargo que afronta el sindicado por el delito de enriquecimiento ilícito al demostrar los servicios profesionales prestados por el doctor *HOLGUÍN* a los hermanos Rodríguez Orejuela, cuando los juzgadores sin desconocer la posibilidad de tal asesoría jurídica, fundamentaron el fallo de condena en la comprobación de no corresponder los cheques de los cuales fue beneficiario el procesado a esa alegada relación profesional.

Plantea asimismo, que en los cuadernos echados de menos reposan las declaraciones de renta correspondientes a los años de 1990 a 1994, que califica de necesarias para analizar los movimientos del patrimonio del sindicado; al igual que los documentos referidos a la compra de un vehículo, su importación y posterior venta, con incidencia, afirma, para explicar el incremento patrimonial en una importante suma; y finalmente, los relacionados con la compra de los inmuebles que componen el capital del procesado. Sin embargo, para nada considera que la investigación no se extendió al origen de tales bienes muebles e inmuebles, menos aún, al aumento patrimonial registrado en sus declaraciones ante el fisco durante el lapso atrás indicado, pues tuvo un objeto bastante específico y sin relación con dichos documentos, esto es, los dineros representados en los cheques provenientes de cuentas corrientes manejadas por los hermanos Rodríguez Orejuela y de los cuales resultó beneficiario el doctor *HOLGUÍN*.

En otro aparte del libelo el demandante sugiere de manera escueta que la irregularidad acusada redundó en detrimento de las garantías del inculcado. Argumenta concretamente, que en los anexos de prescindida remisión obran los documentos que constituyen el soporte

de las alegaciones del procesado durante la etapa de la causa, sobre las cuales obviamente no se pronunciaron los falladores determinados por dicha falencia; planteamiento que retoma el Ministerio Público para avalar la pretensión invalidatoria del libelista empero por la supuesta violación del derecho de defensa.

Nada más contrario a la realidad. En efecto, los aspectos contenidos en los alegatos de conclusión previos al fallo de primera instancia, en los cuales el sindicado aludió a tópicos constatados a través de las pruebas incorporadas en tales anexos, como fue el caso de la asesoría jurídica brindada por el procesado a los confesos narcotraficantes Rodríguez Orejuela y de la negociación con uno de ellos del vehículo Mercedes Benz de placa MD 2894, fueron objeto de expresa réplica en el pronunciamiento del Juzgado Regional, sin encontrarse en tales nexos justificación legítima para la recepción de los dineros objeto del incremento patrimonial ilícito investigado.

Por otra parte, el memorial mediante el cual el procesado *HOLGUÍN* complementó los argumentos de disenso de la defensa frente al fallo del a quo (fs. 19 a 30, cd. 7), contrario a lo que reseña el Procurador Delegado, ninguna mención contiene a los trillados anexos, que tampoco se observa en el extenso alegato de sustentación de la alzada presentado por la defensa (fs. 1 y ss., cd. sustentación de la apelación), a tal punto que por la ausencia de los mismos el Tribunal Nacional haya dejado de considerar alguno de los aspectos de inconformidad de tales sujetos procesales.

En fin, también aquí debe concluirse que la irregularidad acusada, indubitada en su existencia, fluye en todo caso intrascendente.

Así las cosas, reparo final de nulidad no prospera.

Séptimo cargo.

Esta censura la propone el casacionista con apoyo en la causal tercera de casación, por haberse proferido la sentencia impugnada en un juicio viciado de nulidad por violación del debido proceso, según afirma, ante el desconocimiento de los principios de favorabilidad y legalidad.

El motivo de inconformidad radica en que se examinaron las exigencias de tipicidad del delito de enriquecimiento ilícito de particulares, previsto en el artículo 1º del Decreto 1895 de 1989, erigido en legislación permanente por el artículo 10º del Decreto 2266 de 1991, con sujeción a la sentencia C-319 de 1996 que le asignó un carácter autónomo, cuando por razón de los mencionados postulados y atendida la fecha de comisión de la conducta imputada a su asistido, debieron discernirse de conformidad con el fallo C-127 de 1993, que exigía que las actividades delictivas debían estar judicialmente declaradas.

En estas condiciones, también aquí concluye la Sala que el casacionista equivocó la vía escogida para postular la censura, pues es sabido que a través de la causal tercera de casación, en principio, sólo pueden plantearse yerros de actividad, bien de estructura o de garantía, mientras que los errores in iudicando, derivados de equivocaciones en la aplicación del derecho sustancial como consecuencia de desaciertos de lógica jurídica o de dislates en la apreciación probatoria caen dentro del ámbito de primer motivo de impugnación.

Las anteriores reflexiones fluyen pertinentes en el examen del presente cargo, porque como lo ha discernido la Corte, la *"violación del principio de legalidad comporta la transgresión de una norma de derecho sustancial, en manera alguna la inobservancia de una formalidad ritual. Por tanto, el error, en estos casos, es in iudicando, en cuanto se origina en el ejercicio puro de la función jurisdicente, y en cuanto tal, debe ser alegado al amparo de la causal primera de casación, no de la tercera"*⁶.

Otro tanto se predica tratándose de la alegada vulneración del principio de favorabilidad, pues un desatino de dicha naturaleza no configura un vicio generador de la invalidez de la actuación, susceptible de ser aducido por la vía de la nulidad, *"pues aunque se trata de una garantía constitucional no tiene naturaleza procesal, ya que ampara al procesado en la aplicación del derecho sustancial, como lo ha sostenido la Sala"*⁷. En este orden de ideas, como se traduce en un desacierto del juzgador en la aplicación del derecho sustancial al

caso concreto en las hipótesis de sucesión de normas, es decir, respecto de la vigencia temporal de la ley penal, constituye un error in iudicando demandable por la causal primera de casación.

La certera comprensión de la naturaleza del error demandado no fue ajena del todo al demandante, quien a pesar de postular el cargo al amparo de la causal tercera, de afirmar la configuración de la causal de nulidad otrora prevista en el numeral 2º del artículo 304 del estatuto procesal penal, cayó en la impropiedad de pretender con asidero en ella, no la invalidación de lo actuado desde la concreción de la irregularidad sustancial denunciada y la consecuente reposición del trámite viciado, sino el proferimiento de la sentencia sustitutiva de carácter absolutorio, petición a través de la cual dejó entrever que el desacierto endilgado a los juzgadores lejos estaba de constituir un error de actividad o in procedendo.

En todo caso, al margen de esta insuperable deficiencia técnica y con miras a descartar la posibilidad de cualquier intervención oficiosa de la Corte en la salvaguarda de las garantías fundamentales del inculcado, connotación que bien podría afirmarse respecto de una advertida vulneración del principio de favorabilidad, téngase presente que la Sala con ponencia de quien funge aquí en idéntica calidad, en reciente pronunciamiento dilucidó los efectos jurídicos derivados de las sentencias de control constitucional en materia del delito de enriquecimiento ilícito de particulares, a través de criterio que en esta oportunidad reitera en los siguientes términos:

“Ciertamente, conviene recordar en este punto que de antaño la Corte Constitucional en el análisis de la cosa juzgada constitucional ha distinguido los diversos aspectos de la decisión judicial, no sólo para determinar los efectos de aquella sino también con miras a discernir la fuerza vinculante de los mismos.

“Así, tratándose de la definición concreta del caso, es decir del decisum plasmado en la parte resolutive del fallo, ninguna controversia se plantea respecto a la fuerza de cosa juzgada explícita que concita y a sus efectos erga omnes que obligaría incluso a la Corte Constitucional conforme se planteó en precedente acápite.

“Idéntica consecuencia se predica de la ratio decidendi, esto es, de aquellos conceptos contenidos en la parte motiva pero que expresan el “principio, regla o razón general que constituye la base de la decisión judicial específica” (sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999, M.P. Dres. Gaviria Díaz y Martínez Caballero), revestidos también del carácter de doctrina vinculante y valor de cosa juzgada implícita, efectos a los que no puede sustraerse tampoco la Corporación guardiana de la supremacía del ordenamiento superior, máxime que aparecen cimentados tanto en la necesidad de brindar coherencia y unidad al sistema jurídico como en los principios de la seguridad jurídica e igualdad.

“En cambio, en lo atinente a los obiter dicta, esto es, de aquellas consideraciones incidentales de la respectiva providencia, que al no estar vinculadas de manera inescindible a la decisión adoptada, simplemente constituyen un criterio auxiliar en la labor judicial en los términos precisados en el inciso 2º del artículo 230 de la Carta Política, calidad que por lo atrás anotado fluye indiscutible tratándose de los comentarios esbozados por la Corte en la sentencia C-127 de 1993 en lo atinente al enriquecimiento ilícito de particulares.

“En efecto, sólo en el entendimiento de que esas motivaciones del fallo en comento no guardaban relación directa con la parte resolutive del mismo, por ende, que estaban despojadas del carácter obligatorio que equivocadamente pregona para ellas el Ministerio Público, puede entenderse que su reconsideración resultara posible cuando la Corte Constitucional reexaminó el tema en la sentencia C-319 de 1996, circunstancia que no se diluye porque el control de constitucionalidad se ejerciera sobre dos disposiciones con fuentes formales diversas, es cierto, pero en todo caso de contenido idéntico por cuanto el artículo 10º del Decreto 2266 de 1991 simplemente erigió en norma permanente el artículo 1º del Decreto 1895 de 1989.

“3.2 Por otra parte, de los escuetos y genéricos términos en los que se fundamentó la decisión inicial de la Corte, ni aún con desbordado celo, puede colegirse que tal Corporación no se limitó a declarar la constitucionalidad del artículo 10º del Decreto 2266 de 1991 para imponer una única interpretación posible del ingrediente normativo que vincula el aumento

patrimonial injustificado a una actividad delictiva, adversamente, en las lacónicas reflexiones sobre dicho tópico, así se alude en ellas a algunos derechos fundamentales sin mayor desarrollo argumentativo, no es posible atisbar el fundamento o la razón ligada inescindiblemente a la exequibilidad de la norma descriptiva de tal ilícito, por el contrario, su contenido revela que se trató de conceptos tangenciales y sugeridos, enunciados más allá de lo que resultaba necesarios para la decisión de mantener la norma examinada dentro del ordenamiento jurídico, dotados por ende de una fuerza simplemente persuasiva o de criterio auxiliar en la interpretación del derecho.

"3.3 Abundando en consideraciones, si a pesar de lo anotado persistiera alguna incertidumbre sobre el carácter propugnado para las motivaciones de la sentencia C-127 de 1993 en lo que respecta al enriquecimiento ilícito de particulares, se desvanece por completo al constatar que la Corte Constitucional dentro de la facultad que ha reivindicado para señalar los efectos de sus fallos de control constitucional, precisó de manera postrera que los conceptos contenidos en ella tenían esa colegida naturaleza, cuando sobre ese específico aspecto señaló en el fallo C-319 de 1996: "la Corte se ve precisada a reconsiderar el planteamiento hecho en la parte motiva de la Sentencia C-127 de 1993" 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 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".

"Este criterio fue reiterado después en la sentencia de unificación SU-047 de 1999, M.P. Drs Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, oportunidad en la que al respecto indicó: "En segundo término, en varios casos, esta Corte ha aplicado las anteriores distinciones, con el fin de mostrar que una aparente variación de una doctrina constitucional sentada en una decisión anterior, en realidad no tenía tal carácter, sino que constituía la mera corrección de una opinión incidental de la parte motiva. Así, al reexaminar el alcance del delito de enriquecimiento ilícito en la sentencia C-310 de 1996, esta corporación explícitamente se apartó de los criterios que había adelantado sobre ese delito en una decisión anterior (sent. C-127/93), en donde había sostenido que para que una persona pudiera ser condenada por ese hecho punible, las actividades delictivas de donde derivaba el incremento patrimonial debían estar judicialmente declaradas. Sin embargo, la Corte invocó las anteriores decisiones y concluyó que no había cambio de jurisprudencia, **por cuanto esas consideraciones no eran vinculantes, al no estar indisolublemente ligadas a la decisión de exequibilidad...**" (negritas fuera de texto).

"4. Así las cosas, la Sala descarta el afirmado menoscabo del principio de legalidad del delito, y con fundamento en las propias consideraciones de la Corte Constitucional, la de los postulados de la favorabilidad y de la no retroactividad de los fallos de control constitucional, razón por la cual no encuentra viable la intervención oficiosa sugerida por la Delegada.

"Restaría agregar en este punto frente a la alegada vulneración del principio de favorabilidad y afianzando la conclusión esbozada, que tal postulado en casación está referido al ámbito de validez temporal de la ley sustancial o procesal de efectos sustanciales, de manera que presupone un tránsito de legislación o en otros términos, la sucesión de leyes en el tiempo, echada de menos con evidencia en materia del enriquecimiento ilícito de particulares pues la norma que erigió tal conducta en delito, esto es, el artículo 1º del Decreto 1895 de 1989, fue reproducida a cabalidad al ser elevada a la categoría de disposición permanente a través del artículo 10 del Decreto 2266 de 1991...."²

El cargo no prospera.

Octavo cargo.

El demandante acusa la violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia del error de derecho cometido por los juzgadores al apreciar las pruebas que afirma ilegalmente allegadas al proceso. Alude aquí específicamente, a las recaudadas por la llamada "Comisión de Fiscales" que se limitó, según afirma, *"a remitir una serie de documentos sin que se hubieran enviado las copias de las diligencias de allanamiento en que fueron obtenidas"*.

En la sustentación de este reparo el actor desconoce las pautas técnicas del dislate alegado, con sujeción a las cuales para su adecuado desarrollo en manera alguna le bastaba con indicar los elementos de persuasión viciados, sino que también le era ineludible demostrar que en el análisis del acervo probatorio los falladores le concedieron validez a elementos de juicio incorporados al proceso en forma irregular desacertando, en consecuencia, en la aplicación del derecho en el caso concreto, cometido que se satisfacía únicamente, conforme ha precisado de antaño la Sala, con el señalamiento del *"precepto o preceptos que establecen los requisitos para la aportación de la prueba cuestionada y que se dicen omitidos, y que a través de esta violación medio, se verificó efectivamente la transgresión de una norma sustancial como violación fin, y en qué sentido"*⁹.

Lo anterior, porque el falso juicio de legalidad guarda relación con el proceso de formación de la prueba, con las normas que regulan la manera legítima de producirla e incorporarla a las respectivas diligencias, esto es, con el respeto del principio de legalidad en materia probatoria, vinculado a la observancia de los presupuestos y formalidades requeridas para cada medio.

En el escrito examinado, los argumentos orientados a demostrar el dislate argüido se muestran precarios e insuficientes frente a las exigencias comentadas. En primer término, porque el libelo no ofrece

claridad tratándose de las formalidades que fueron prescindidas respecto de la prueba objeto del yerro acusado, esto es, de la trasladada de esas otras investigaciones seguidas en la Fiscalía, determinando entonces su ilegalidad.

En efecto, en este punto el actor argumentó, respecto a la aducción de tales evidencias, que se cumplió en el proceso sin que la Fiscalía informara cómo fueron obtenidas; sin embargo, después contradijo dicho aserto al admitir, con apego a la realidad, que desde el comienzo la autoridad judicial remitente indicó que las pruebas censuradas habían sido halladas durante los allanamientos efectuados a varios inmuebles, para radicar el vicio en este nuevo giro en la circunstancia de no constar el decomiso de dichos documentos en las actas respectivas.

Pero con este último argumento el casacionista comete una incongruencia adicional que obra en detrimento también de la claridad de la propuesta, pues perdió de vista que al enunciar el reproche hizo consistir la ilegalidad de las pruebas en la realización de su traslado al presente trámite sin que simultáneamente se enviaran las actas de los allanamientos donde fueron incautadas, reconociendo de manera implícita, entonces, que tal suceso si aparece certificado en los pormenores de estas diligencias y que había negado en un anterior planteamiento.

No sobra añadir aquí, en todo caso, que la remisión de las actas echada de menos fluye por demás infundada, pues consta en autos que los documentos que recogieron las incidencias de los cateos, cuya ausencia se acusa, hacen parte de los cuadernos inicialmente enviados por la Fiscalía a la Corte, a los cuales se extendió la inspección judicial decretada en la investigación preliminar y a través de la cual se constaron, precisamente, el motivo y la forma como habían sido dispuestos al igual que los documentos incautados durante su realización (fs. 52, 54 a 68, cd. Corte).

Más adelante se aparta por completo de las falencias atrás comentadas y denuncia que los medios de convicción cuestionados no constituyeron el resultado de una comisión dispuesta en su oportunidad por la Corte en la investigación adelantada contra el procesado aforado; sin embargo, tal reparo obedece a una apreciación puramente subjetiva del demandante, en la que también se aleja de la demostración de la modalidad de error aducido, pues no

precisa norma alguna que consagre la condición echada de menos como requisito para la validez de las pruebas atacadas, esto es, que establezca la necesidad de acudir indefectiblemente a la comisión para trasladar elementos de juicio existentes en otras actuaciones judiciales.

En esta objeción resulta evidente además la confusión del demandante, quien se duele de la ausencia de una comisión impartida por la Corte como formalidad previa para la aducción de la prueba criticada, insiste la Sala, cuando lo acontecido con ella fue, como lo resalta el Delegado de la Procuraduría, que la Fiscalía satisfizo el deber de informar a las autoridades competentes acerca de la probable comisión de hechos punibles de investigación oficiosa, aviso cumplido obviamente, con el consecuente y sucesivo envío de los medios de convicción atinentes a los mismos, pruebas que la Sala en oportunidad y debidamente ordenó incorporar como pruebas a la actuación diluyendo cualquier inquietud respecto de su legal aducción (fs. 256, cd. 1).

Agrega el censor, desde otra perspectiva y plagando el reparo erigido contra el fallo de segundo grado de una imprecisión que constituye inaceptable deficiencia técnica, *“que la mayoría por no decir que la totalidad de las pruebas incriminantes”*, no exclusivamente aquellas que había identificado como indebidamente apreciadas, se practicaron en otros procesos en los cuales no intervino el sindicado; reproche que si entiende restringido a la traída a los autos de las investigaciones penales cursadas para esa época en la Fiscalía, por aludir el demandante en forma seguida a los documentos enviados por la Comisión de Fiscales, de todas maneras tampoco encuentra acogida en esta sede, pues tratándose de prueba trasladada como la que se cuestiona en este cargo, el derecho de contradicción se garantiza al darla a conocer en el proceso en el cual se pretende hacer valer luego de su traslado, abriéndose compuerta de este modo al debate de la misma a través de las diversas manifestaciones de la controversia probatoria, como efectivamente se muestra aquí sucedido durante las diversas etapas de la actuación.

De otra parte, determinando con idéntica contundencia la falta de prosperidad del reproche, se tiene que el libelista tampoco intentó acreditar la incidencia del desacierto argüido en las conclusiones del fallo. Ciertamente, pregonó la ilegalidad de la prueba remitida por la Fiscalía y el yerro incurrido por los juzgadores al valorarla a pesar de ello; señaló luego de manera escueta que dicho desacierto de apreciación probatoria derivó en la violación mediata de las normas relacionadas con la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito y con la extinción de dominio, sin precisar el sentido de la infracción denunciada, a la vez que asignándole un indebido carácter sustancial a las disposiciones alusivas a la citada acción real y patrimonial; pero además y en cuanto a la impropiedad atrás enunciada, omitió el examen del acervo probatorio excluyendo los elementos de juicio que aseguraba ilegalmente allegados, como le resultaba necesario para demostrar por esta vía que no subsistían otros elementos de juicio que mantuvieran el fundamento del fallo de condena impugnado.

Así las cosas, por deficiente y carente de fundamento, el cargo se desestima.

Noveno cargo.

Le asiste razón al Ministerio Público cuando afirma que este ataque, elevado al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, por errores de derecho recaídos sobre *“la prueba trasladada”*, adolece también de deficiencias en materia de técnica que le sustraen toda vocación de prosperidad, así la Sala no comparta en integridad las críticas expuestas en su concepto.

Efectivamente, el actor acusa la infracción mediata del artículo 1º del Decreto 1895 de 1989, erigido en legislación permanente por el artículo 10º del Decreto 2266 de 1991, sin ninguna precisión sobre el concepto o sentido de su violación, incurriendo aquí también en la impropiedad adicional de asignarle carácter sustancial a las disposiciones contenidas en la Ley 333 de 1996, alusivas a la acción de extinción de dominio, concebida con carácter real y naturaleza distinta e independiente de la responsabilidad penal, esta última que fue la

discernida en las presentes diligencias respecto del acusado a través del fallo objeto del recurso extraordinario.

Por otra parte, el recurrente no omitió por completo la individualización de las pruebas censuradas, como afirma el Procurador. En efecto, en manera alguna se discute que el libelista al enunciar el reparo y en su desarrollo argumentativo, cumplido en verdad con la transcripción de los argumentos esbozados al sustentar la misma inconformidad en el cuarto cargo de nulidad, adujo en forma genérica que el vicio de ilegalidad se extendía a *“la prueba trasladada”*; menos aún, que en otros apartes del libelo con los mismos rasgos de vaguedad lo planteó frente a los documentos obtenidos en las inspecciones judiciales llevadas a cabo durante el curso proceso, que por ninguna parte específica. Así las cosas, la Corte coincide con el Delegado en el sentido que esta insalvable imprecisión, que mal puede subsanar la Sala ante las limitaciones propias de su competencia en sede de Casación, impide a no dudarlo el examen de fondo de la censura en relación con los medios de persuasión globalizados en dichos términos.

Sin embargo, tampoco puede desconocer que el actor a pesar de esta difusa fundamentación del motivo de inconformidad satisfizo, en todo caso, la carga de indicar por lo menos dos de las pruebas trasladadas objeto de su reproche de ilegalidad, puesto que lo aseguró incluso repetidamente de la indagatoria y la declaración de Guillermo Pallomari, traídas de otras actuaciones penales surtidas en la Fiscalía; elementos de juicio, respecto de los cuales el defensor no pudo demostrar, en cambio, que en su aducción se desconocieron los requisitos que condicionaban su validez.

Efectivamente, la Sala acepta las argumentaciones del demandante sobre la necesidad de garantizar la contradicción de la prueba trasladada, vinculada al derecho a la defensa y, de contera, al debido proceso; asimismo, que el artículo 21 del derogado estatuto ritual penal (Decreto 2700 de 1991) contemplaba el principio de integración como norma orientadora, de conformidad con la cual en las materias carentes de expresa regulación surgían aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, desde luego, siempre que guardaran armonía con la específica naturaleza del proceso penal.

El desacierto del impugnante radica, entonces, en la afirmación de carecer la codificación instrumental penal de una completa regulación en esta temática, perdiendo de vista que el estatuto entonces vigente (Decreto 2700 de 1991), en el artículo 255 en concordancia con el artículo 186 ibídem, a través de una completa reglamentación autorizaba el traslado a la actuación penal de los elementos de juicio válidamente practicados *“en una actuación judicial o administrativa, dentro o fuera del país”*, sin más condicionamientos para su legalidad que la aportación en copia auténtica, la traducción al castellano por perito oficial cuando se hubiesen producido en otro idioma y, finalmente, la imposición de los mismos a las partes mediante auto de sustanciación susceptible de notificación, requisitos cuyo cumplimiento respecto de la indagatoria y la declaración de Guillermo Pallomari no fueron siquiera controvertidos por el recurrente.

En este punto la Sala reitera el criterio asentado de tiempo atrás, cuando afirmó que *“...respecto de la prueba trasladada frente a la validez en su aducción, no es el proceso de formación en la actuación de origen sino el rito de su traslado y la posibilidad de que una vez incorporada, los sujetos procesales hayan podido conocerla y por ende ejercer el derecho de contradicción.*

“Lo anterior tiene su razón de ser en la independencia que debe existir entre las distintas jurisdicciones para dirimir los conflictos. Como consecuencia, los jueces al proferir sus decisiones, actúan autónomamente, sin que les sea permitido invadir otras competencias.

“...Del contenido de la norma se desprende, que es posible trasladar las pruebas que han sido practicadas válidamente dentro de una actuación disciplinaria, esto es, que no hayan sido desconocidas o anuladas allí por ilegales, siendo importante determinar, además, que en su aducción y contradicción se hayan tenido en cuenta todas las ritualidades y formalidades previstas por la ley, que se haya garantizado su publicidad, que no sean prohibidas y, para efectos de su traslado, que haya una providencia que así lo ordene, es

*decir, que se erigen en una clara voluntad del funcionario judicial en cuanto incorporarlas o admitirlas en el proceso penal***

***Sobre el punto vale la pena aclarar, nuevamente, que en materia penal la prueba trasladada está regulada expresamente por el Estatuto Procesal Penal, por lo tanto no hay lugar a acudir, para efectos de su validez, a la normatividad civil, ni mucho menos adicionarle requisitos que la ley procesal penal no ha impuesto, como el hecho de haber podido contrainterrogar a los deponentes en las diligencias que originaron pruebas objeto de traslado, según sugieren los casacionistas**¹⁰.*

Adicionalmente, en crítica en la cual también atina la Procuraduría, se tiene que el demandante omitió acreditar la trascendencia del dislate acusado conforme se exigía para un cabal desarrollo de la propuesta, al conformarse con argüir que por causa de la ilegalidad de la prueba trasladada surge indefectible la ruptura del fallo impugnado y el proferimiento de la sentencia sustitutiva de carácter absolutorio. En fin, perdió de vista que para desquiciar la doble presunción de acierto y legalidad de la sentencia impugnada, le resultaba necesario entrar a desvalorar todos los elementos de juicio sobre los cuales los juzgadores fundamentaron la certeza predicada de la existencia del hecho punible y la responsabilidad del encausado.

Por lo anotado, entonces, el cargo no prospera.

Décimo cargo.

El actor acusa la violación mediata de la ley sustancial como consecuencia de errores de hecho, por falsos juicios de existencia por omisión de prueba, al reprochar a los juzgadores el prescindido análisis de los medios de convicción aportados en la etapa de la causa y que demostraban, afirma, los servicios profesionales prestados por el doctor *HOLGUÍN* a los hermanos Rodríguez Orejuela.

Frente a este reparo, sea lo primero advertir, que el casacionista en su presentación eludió el señalamiento del sentido de la violación denunciada respecto del artículo 1º del Decreto 1895 de 1989, erigido en norma permanente mediante el Decreto 2266 de 1991, esto es, si lo fue por su aplicación indebida o por exclusión evidente, y si bien del contexto de la argumentación así como de la pretensión elevada a la Corte se infiere acusada la primera modalidad de desatino, también aquí alegó de manera simultánea en detrimento de la claridad exigida en la propuesta, la infracción mediata de las disposiciones legales referidas a la extinción de dominio, cuando en autos se debatió y concluyó exclusivamente la responsabilidad penal del procesado en el aludido ilícito.

Además de la impropiedad anterior, se tiene que el recurrente soslayó el deber de demostrar la realidad del desatino endilgado, pero también y con mayor entidad para determinar la falta de prosperidad del reparo, el de acreditar la incidencia del yerro argüido frente a la declaración de justicia contenida en la sentencia impugnada.

Así, en cuanto a lo primero, téngase presente, que el casacionista acusa el prescindido análisis de elementos de juicio, que como lo advierte el Ministerio Público en el concepto, sí fueron comprendidos en la valoración conjunta que hicieron los falladores del acervo probatorio, sólo que en un sentido contrario al propugnado en el libelo, como se discierne tratándose de los documentos allegados por la defensa en la fase del juicio y que se afirmó daban cuenta de los conceptos jurídicos efectuados por el acusado cumpliendo encargos de los hermanos Rodríguez Orejuela, que el Tribunal Nacional ponderó en el fallo recurrido empero negándoles toda eficacia para desvirtuar la responsabilidad penal. Sobre este punto concretamente afirmó aquella Corporación:

“Claro está que podría argumentarse que en el período probatorio de la causa, se allegaron varios conceptos que presuntamente elaboró el togado sobre diversos tópicos jurídicos en aquella época, respecto de los cuales los suscritos Magistrados ponemos en tela de juicio su verosimilitud, dado que no fueron aportados al inicio del proceso, como era lógico que se hiciera, sino a “a la hora de nona” y como un postrer esfuerzo del implicado por justificar lo injustificable, como es el recibir durante 4 años no solo una apreciable cantidad de dinero,

sino atenciones en el Hotel Intercontinental de Cali, de una persona de la que sin lugar a dudas sabía se dedicaba al tráfico de narcóticos..." (f. 57, cdno. Tribunal).

Tratándose de esta prueba documental y de los testimonios recaudados durante la causa, esto es, de las declaraciones obtenidas del abogado Lisandro González Barbosa y de los ex magistrados Aníbal Posso Londoño y Camilo González Múnera, quienes según atesta la defensa confirmaron la asesoría jurídica prestada por el sindicato a los confesos narcotraficantes Rodríguez Orejuela, el censor también perdió de vista al acusar su relegado análisis en el fallo del Tribunal, que si bien en la casación la providencia impugnada es la de segundo grado, no es menos cierto que ésta cuando es confirmatoria integra unidad jurídica la sentencia de primera instancia, a tal punto, que deben entenderse complementarias.

En este orden de ideas, de manera alguna le resultaba viable denunciar dicho desatino sin la confrontación del contenido de ambas decisiones, cotejo a través de la cual habría discernido en el caso examinado que aunque tales medios de persuasión no fueron relacionados expresamente en la sentencia, si fueron comprendidos en la valoración del a quo sin concedérseles tampoco eficacia para infirmar el carácter injustificado del acrecentamiento patrimonial investigado.

Así, respecto de la prueba allegada a los autos en el período probatorio del juicio el a quo señaló:

"Lo único realmente cierto en este proceso, es que las pruebas recepcionadas en la etapa instructiva son suficientes para encontrar que el procesado sí incurrió en el delito imputado, ya que las pruebas debidamente atesoradas en la etapa del juicio solo nos corroboran la gran capacidad intelectual del implicado..." (f. 472, cd. 6)

Razonamiento que se completa con los demás que fueron esbozados en las motivaciones del fallo, donde se alude de manera expresa a las declaraciones de los profesionales que atestiguaron en el juicio, así como a su contenido referido a las asesorías jurídicas con las cuales se pretendió justificar el aumento patrimonial. Se lee entonces en la decisión de primer grado lo siguiente:

*"*Pues en el legajo no obra constancia ni en las declaraciones de los distinguidos abogados ni en los diferentes allanamientos se encontraron cheques o facturas a nombres de los demás profesionales que acudían a dichas citas..."* (f. 471, cd. 6).

En otro aparte, con idéntica orientación argumentativa, el Juzgado Regional acotó:

*"...pues las pruebas recepcionadas en la etapa del juicio son muy claras y la mayoría se basaron en declaraciones las cuales se receptaron casi en su totalidad pues no es mucho lo que cambiarán la decisión aquí a tomar pues las declaraciones de los distinguidos profesionales solo sirvieron para seguir comprobando la gran brillantez, del implicado pues efectivamente y sin ninguna duda es muy brillante como profesional, como escritor, como Senador, etc., pero desgraciadamente no demostró su solvencia y la procedencia de aquellos cheques...con las pruebas atesoradas en el plenario es suficiente para condenar a ARMANDO HOLGUÍN, pues el recaudo probatorio durante el juicio no atacó en ningún momento el recaudo de dichos dineros, pues el simple **hecho de decir que estaba prestando asesorías no es una exculpación***".* (Resalta la Sala, f. 483, cd.1)

Adicionalmente, el actor dejó a medias el reproche formulado pues no intentó demostrar la trascendencia del yerro de apreciación probatoria endilgado a los juzgadores, como se exigía para un completo desarrollo de la propuesta, pues también en esta censura se limitó a aducir que la prueba omitida demostraba la relación profesional entre el procesado y los hermanos Rodríguez Orejuela destruyendo consecuentemente la imputación del enriquecimiento ilícito, pero sin avanzar en un nuevo análisis del acervo probatorio incluyendo las pruebas supuestamente relegadas en los fallos de instancia.

En fin, perdió de vista ante la naturaleza de la causal invocada, en deficiencia común además a los cargos erigidos en la demanda al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, que le resultaba ineludible el enjuiciamiento de la totalidad de los medios de convicción estimados por el fallador, demostrando que el dislate que aseguró cometido surgía trascendente para modificar de manera favorable a su asistido la naturaleza de la sentencia atacada.

En los términos esbozados, este otro cargo tampoco sale adelante.

Undécimo cargo.

Al amparo de un presunto error de hecho generado por un falso juicio de identidad, el casacionista acusa que el Tribunal en la estimación de los testimonios de Guillermo Pallomari y Miguel Rodríguez Orejuela desconoció los postulados de la sana crítica, concretamente, al concederle credibilidad al primero y negarle todo atisbo de veracidad a la declaración del segundo, a pesar de encontrarse ambos deponentes en idénticas circunstancias personales.

De lo anteriormente expuesto se evidencia que el actor confunde la modalidad de desatino alegado, que como es sabido se configura cuando el juzgador en la contemplación de la prueba distorsiona su sentido objetivo porque lo cercena, adiciona o tergiversa haciéndola producir efectos que en realidad no se desprenden de ella, con el falso raciocinio que si bien constituye otra de las expresiones del error de hecho, a diferencia del falso juicio de identidad surge entonces cuando el fallador al determinar el mérito de la prueba se aparta caprichosamente de las reglas de la sana crítica.

Sin embargo, con prescindencia del requerimiento técnico de la correcta nominación del dislate atribuido a los juzgadores, lo verdaderamente trascendente para colegir la impropiedad de la propuesta, es que en ambos casos se excluye la posibilidad de que el casacionista enfrente sus propias conclusiones probatorias con las del juzgador para que la Corte escoja entre ellas, pues tal valoración es inherente a las instancias y ajena a la impugnación extraordinaria, donde la sentencia de segundo grado arriba amparada por la doble presunción de acierto y legalidad determinando la prevalencia del criterio de los falladores, como fue pretendido en esencia por el libelista en este reparo, según pasa a discernirse.

El censor concreta el ataque en el afirmado desapego de los parámetros de la sana crítica en la apreciación de los referidos testimonios, cuestionamiento propio de un falso raciocinio que no desarrolló con sujeción a sus derroteros técnicos. En efecto, de acuerdo con el criterio de la Sala, cuando se denuncia un desacierto de esta naturaleza al demandante le corresponde señalar el postulado científico, la regla de la lógica o la máxima de la experiencia que resultó desconocida por el fallador al discernir el mérito de la prueba; indicar cuál ha debido ser el aporte científico correcto, la regla de la lógica apropiada o la máxima de la experiencia que debió tenerse en cuenta; y finalmente, demostrar la trascendencia del yerro en la declaración de justicia vertida en el fallo impugnado, esto es, cómo de no incurrirse en él la decisión habría sido de distinta naturaleza y favorable al sindicado.

Ninguno de estos requerimientos fue satisfecho por el actor en el reproche examinado, pues si bien advierte que no opondrá su criterio personal sobre la valoración de las pruebas al de los juzgadores de instancia, a renglón seguido abandona ese anunciado propósito para incurrir simple y llanamente, en la huera controversia sobre la credibilidad concedida al testigo de cargo Guillermo Palomari y respecto de la negada al declarante Miguel Rodríguez Orejuela.

Tampoco demuestra la trascendencia del presunto yerro, esto es, que de no haber ocurrido muy distinto habría sido el sentido del fallo recurrido, pues sin enjuiciar los restantes fundamentos probatorios de la demanda únicamente arguye que por razón del desatino se impone casar la sentencia impugnada y dictar la de sustitución de naturaleza absolutoria.

En tales circunstancias, entonces, este último cargo de la demanda tampoco prospera.

Consideraciones finales.

1. Desaparecido el Tribunal Nacional por el vencimiento del término establecido en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia para el funcionamiento de la justicia regional, así como declarada la inexequibilidad de la Ley 504 de 1999, que creó una Corporación con jurisdicción en todo el territorio nacional y que asumiría la competencia de

aquél, resulta forzoso colegir que el expediente deberá ser remitido al funcionario de primera instancia a través del Tribunal que por el factor territorial relevó en su ámbito funcional al que profirió el fallo de segundo grado, para el presente caso, el Tribunal Superior de Cali.

2. Por último, si bien la Sala precisó al responder el respectivo cargo, que la remisión incompleta que del expediente se verificó al Tribunal Nacional para la resolución de la alzada presentada contra el fallo del a quo no constituyó una irregularidad trascendente para generar la nulidad de lo actuado, en manera alguna puede desconocer que en tal situación se vislumbra una eventual falta contra la diligencia y celo que deben observar los funcionarios judiciales en el manejo de los asuntos a su cargo. En consecuencia, con miras a la investigación disciplinaria a que hubiere lugar, se ordenará la expedición de copias con destino a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle. Contra esta providencia no procede ningún recurso.

En razón y mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. NO CASAR el fallo impugnado

2. ORDENAR la expedición de las copias pertinentes de la presente actuación con destino a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle, para la investigación a que hubiere lugar por razón de los hechos expuestos en la parte motiva. La Secretaría de la Sala librará las comunicaciones respectivas.

Cópiese, comuníquese, cúmplase y devuélvase al a quo por intermedio del Tribunal Superior de Cali.

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Salvamento parcial de voto

HERMAN GALÁN CASTELLANOS EDGAR LOMBANA TRUJILLO
FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA LUIS BERNARDO ALZATE GÓMEZ

Conjuez Conjuez- No hay firma

CARLOS A. CANO JARAMILLO GUILLERMO GARCÍA GUAJE

Conjuez Conjuez

HUGO H. RODRÍGUEZ CORTÉS EDILBERTO SOLÍS ESCOBAR

Conjuez Conjuez- No hay firma

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

¹ Sentencia, C-475 de septiembre 25 de 1997, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

² sentencia, C-472 de octubre 20 de 1994, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

³ Providencias de fechas 12 de agosto de 1992, 25 de febrero de 1993, junio 9 de 1994, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz; 14 de julio de 1996, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll; 28 de octubre de 1998, M.P. Dr. Jorge A. Gómez Gallego; 28 de enero de 2000, M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo; 23 de julio de 2001, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll, entre otras.

⁴ Providencia de abril 20 de 1999, M.P. Dr. Carlos A. Gálvez Argote.

⁵ Sentencia T-966 de julio 31 de 2000, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ Sentencia del 4 de julio de 2001, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

⁷ Providencias de marzo 3 y julio 18 de 2000, M. P. Dr. Carlos A. Gálvez Argote; 17 de julio de 2001, M.P. Dr. Jorge Córdoba Poveda, entre otras.

⁸ Cfr., sentencia de abril 2 de 2001, radicado 14.536.

⁹ Sentencia de julio 12 de 1994, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel; auto de abril 3 de 2000, M.P., Dr. Jorge A. Gómez Gallego.

¹⁰ Sentencia de julio 29 de 1998, M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar.

REPUBLICA DE COLOMBIA CASACIÓN No. 15.224
ARMANDO HOLGUÍN

Corte Suprema de Justicia
REPUBLICA DE COLOMBIA CASACIÓN No. 15.224

ARMANDO HOLGUÍN
Corte Suprema de Justicia

ANEXO E. PROCESO N° 16356

Proceso N° 16356 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:
Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO
Aprobado Acta N° 55
Bogotá, D. C., abril cuatro (04) de dos mil uno (2.001)

VISTOS

Examina la Corte en casación la sentencia de segundo grado fechada el 7 de mayo de 1999, por medio de la cual el desaparecido Tribunal Nacional confirmó la condena impuesta al procesado JOSÉ EDUARDO MESTRE SARMIENTO, quien fuera acusado por el delito de *enriquecimiento ilícito de particulares*, de acuerdo con impugnación propuesta y sustentada por el defensor.

Ha conceptuado la Procuradora Primera Delegada para la Casación Penal, funcionaria que no es partidaria de la estimación de los cargos formulados.

HECHOS

En el curso de los años de 1993 y 1994, el doctor JOSÉ EDUARDO MESTRE SARMIENTO, reconocido excongresista y político del orden nacional, recibió e hizo efectivos trece (13) cheques, diez (10) de ellos por un valor individual de cinco millones de pesos (\$ 5.000.000.00), dos (2) de cuarenta y cinco millones (\$ 45.000.000.00) cada uno, y otro de diez millones

(\$ 10.000.000.00), para un valor total de ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000.00), todos girados en contra del Banco de Colombia, sucursal Cali, en relación con cuentas a nombre de personas o empresas que fueron utilizadas por los hermanos MIGUEL ANGEL y GILBERTO JOSÉ RODRÍGUEZ OREJUELA, entonces identificados públicamente como directores del denominado "cartel de Cali", con el fin de hacer operaciones con los dineros provenientes de su actividad del narcotráfico.

El señor MESTRE SARMIENTO tenía amistad con los mencionados ciudadanos y en varias oportunidades los visitó en la ciudad de Cali, y estuvo hospedado en el hotel Intercontinental por cuenta de la compañía INVERSIONES ARA LTDA. que figuraba a nombre de la cónyuge e hijos de MIGUEL ANGEL RODRÍGUEZ OREJUELA. Además, el procesado apareció en el listado de personas favorecidas con pagos o subvenciones hechas por los mencionados sujetos a personajes de la vida nacional, políticos y congresistas.

El acusado explica que dichos ingresos provinieron de negociaciones lícitas de obras de arte con el señor "OMAR PÉREZ", nombre que igualmente aparece entre los usados fingidamente por los hermanos RODRÍGUEZ OREJUELA para distribuir los dineros de origen ilícito.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 8 de julio del año de 1994, un fiscal regional de Cali llevó a cabo una diligencia de allanamiento y registro de la oficina N° 601 del edificio Siglo XXI de la misma ciudad, sitio en

el cual fue atendido por el señor GUILLERMO ALEJANDRO PALLOMARI GONZÁLEZ, ciudadano chileno que adujo ser el asesor de las empresas de MIGUEL ANGEL RODRÍGUEZ OREJUELA y quien puso a disposición de las autoridades varios documentos y una CPU que contenía bastante información. En relación "EDUARDO MESTRE" se halló una orden de alojamiento en el hotel Intercontinental de Cali, el recibo correspondiente por concepto de servicio de habitación y otros en cantidad de \$ 163.717, documentos en los que figuraba como responsable del pago la empresa de INVERSIONES ARA LTDA.; también fueron encontrados dos (2) desprendibles de los cheques número 3267429 y 3267440, cada uno por valor de cinco millones de pesos (\$ 5.000.000.00), girados el 10 de junio y el 10 de julio de 1994, a favor de la mencionada persona por la DISTRIBUIDORA AGRÍCOLA LA LOMA LTDA., con la nota de corresponder a las respectivas mensualidades.

2. En la citada fecha, el fiscal abrió investigación previa y la radicó con el número 8.000 (cuaderno N° 2, fs. 162).

3. De acuerdo con la resolución del 14 de julio de 1994, el fiscal regional dispuso la expedición de copias de la documentación relacionada con EDUARDO MESTRE y ALBERTO GIRALDO (*idem*, fs. 323).

4. El 10 de agosto de 1994, el señor JOSÉ EDUARDO MESTRE SARMIENTO presentó un escrito al despacho del Fiscal General de la Nación, por medio del cual le transmitía algunas impresiones sobre una publicación aparecida en la Revista Cambio 16, escrito que fue enviado el 24 de agosto a la Dirección de Fiscalía de Cali. De acuerdo con la mencionada comunicación, el ciudadano MESTRE SARMIENTO se quejaba ante el funcionario de que los miembros del Bloque de Búsqueda le hayan enseñado los documentos incautados a los periodistas; le ofrecía un examen de sus ingresos y además que estaba dispuesto a colaborar con las investigaciones que adelantaba la Fiscalía.

5. Por medio de la resolución N° 2810, fechada el 20 de diciembre de 1994, el Fiscal General de la Nación asignó la investigación previa N° 8.000 a una comisión de fiscales de la Dirección Regional de Fiscalías de Bogotá, creada mediante resolución N° 2004 del 8 de septiembre del mismo año (C. 6, fs. 111).

6. Después de practicar sendas inspecciones judiciales al hotel Intercontinental de Cali y a la sucursal del Banco de Colombia de la misma ciudad, diligencias en las cuales se copiaron diversos documentos, la comisión de fiscales abrió formalmente la instrucción el 18 de abril de 1995 (cuaderno 7, fs. 42). En la misma resolución, dispuso la captura de EDUARDO MESTRE SARMIENTO, ALBERTO GIRALDO LÓPEZ, GILBERTO JOSÉ y MIGUEL ANGEL RODRÍGUEZ OREJUELA, como presuntos responsables del delito de enriquecimiento ilícito. El primero fue retenido el 20 de abril siguiente.

7. El imputado MESTRE SARMIENTO fue recibido en indagatoria desde el 21 de abril de 1995 y, por medio de resolución del 2 de mayo siguiente, la comisión de Fiscales ordenó la detención preventiva, sin derecho a excarcelación, como autor del delito de enriquecimiento ilícito entonces cuantificado en treinta millones de pesos (\$ 30.000.000.00), correspondiente a cinco (5) cheques descubiertos a su favor de las cuentas número 8023-024863-9 y 8023-024804 del Banco de Colombia, sucursal Cali, cuyos titulares eran las empresas DISTRIBUIDORA AGRÍCOLA LA LOMA LTDA. y EXPORT CAFÉ LTDA., respectivamente (cuaderno 9, fs. 190). Otras personas fueron vinculadas al proceso en calidad de imputados.

8. Según resolución del 15 de noviembre de 1995, la Fiscalía cerró parcialmente la investigación respecto de los sindicados JOSÉ EDUARDO MESTRE SARMIENTO, ALBERTO GIRALDO LÓPEZ y los hermanos JULIÁN, TULIO ENRIQUE y LUIS FERNANDO MURCILLO POSADA (cuaderno 23, fs. 317). Sin embargo, de acuerdo con providencia del

28 de noviembre siguiente, se revocó el cierre parcial de investigación respecto de los procesados MESTRE SARMIENTO y GIRALDO LÓPEZ (cuaderno 24, fs. 89).

9. Con todo, conforme con resolución del 31 de enero de 1996, la Fiscalía hizo de nuevo el cierre parcial de la investigación en relación con MESTRE SARMIENTO y GIRALDO LÓPEZ, pero además respecto de los vinculados EDUARDO GUTIÉRREZ ARDILA, JESÚS ARMANDO PIEDRAHÍTA SOLARTE, LUIS FERNANDO ORTEGA FERNÁNDEZ y ALFREDO PERLAZA ZÚÑIGA (cuaderno 33, fs. 14).

10. Por medio de providencia fechada el 12 de abril de 1996, la Fiscalía calificó el mérito de la investigación parcialmente cerrada y, dentro de ese propósito, acusó a los procesados MESTRE SARMIENTO y GIRALDO LÓPEZ, como autores del delito de *enriquecimiento ilícito de particulares*, previsto en el artículo 1° del Decreto 1895 de 1989, convertido en legislación permanente por el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991. En la misma decisión, el fiscal precluyó la investigación a favor de los demás sindicados que se mencionan en el párrafo precedente (cuaderno 36, fs. 194). Solamente el defensor del acusado GIRALDO LÓPEZ interpuso el recurso de apelación en contra de la respectiva providencia.

11. Como consecuencia de otro cierre parcial de investigación, el 26 de marzo de 1996 la Fiscalía acusó a los hermanos JULIÁN, TULIO ENRIQUE y LUIS FERNANDO MURCILLO POSADA, como autores de los delitos de *enriquecimiento ilícito de particulares y testaferrato*, el primero; sólo *enriquecimiento ilícito de particulares*, el segundo; y únicamente por *testaferrato*, el tercero (cuaderno 36, fs. 50). Los defensores propusieron el recurso de apelación.

12. Con el ánimo de decidir en una sola providencia las impugnaciones pendientes, así pertenecieran a actuaciones que ya se habían separado en virtud de los cierres parciales, la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal Nacional, por vía de apelación y consulta, confirmó las acusaciones relacionadas con GIRALDO LÓPEZ y los hermanos MURCILLO POSADA e igualmente las distintas preclusiones de investigación, según resolución del 10 de julio de 1996 (cuaderno 41, fs. 159).

13. De acuerdo con auto del 9 de julio de 1996, un juzgado regional de Cali asumió el conocimiento del proceso para la fase del juicio, curiosamente sólo respecto del procesado JOSÉ EDUARDO MESTRE SARMIENTO, sin importarle que GIRALDO LÓPEZ estaba vinculado al mismo proceso y, en consecuencia, abrió el juicio a pruebas (cuaderno 39, fs. 280). En decisión separada, una vez alcanzada la ejecutoria de la respectiva resolución de acusación, el juzgado regional inició el juicio respecto de los hermanos MURCILLO POSADA y el señor GIRALDO LÓPEZ.

14. Sin embargo, conforme con providencia del 25 de septiembre de 1996, el juzgado decretó la nulidad del auto del 9 de julio y, además, ordenó separar la causa de los hermanos MURCILLO POSADA de la relacionada con GIRALDO LÓPEZ y, finalmente, dispuso reunir en un mismo proceso la del último con la del procesado MESTRE SARMIENTO (cuaderno 42, fs. 417). Explicó el juez que los distintos cierres parciales de investigación habían generado ruptura de la unidad procesal, de tal manera que el proceso adelantado en relación con los hermanos MURCILLO POSADA era distinto del que cursaba en contra de MESTRE SARMIENTO y GIRALDO LÓPEZ. Apreció el juzgador, adicionalmente, que no obstante la falta de apelación a favor del acusado MESTRE SARMIENTO, la resolución acusatoria respecto de él estaba en suspenso y sólo quedaba en firme cuando se resolviera la impugnación propuesta en nombre del procesado GIRALDO LÓPEZ, pues no existe norma que prevea una ruptura de la unidad de proceso por el hecho de que sólo uno de los sujetos procesales haya impugnado la resolución de acusación.

15. Inconforme con la anterior decisión, el fiscal regional, ahora como sujeto procesal, interpuso los recursos de reposición y apelación. Negada la reposición, el Tribunal Nacional proveyó sobre el segundo recurso subsidiario y dictó el auto del 28 de abril de 1997, por medio del cual revocó la nulidad ordenada por el *a quo*. Estimó el *ad quem* que si bien había sido irregular la ruptura de la unidad de proceso decretada por la Fiscalía, dado que en verdad la falta de impugnación de uno de los sujetos no está prevista como causal de desmembración en el artículo 90 del Código de Procedimiento Penal, de todas maneras dicho rompimiento no generaba nulidad si no había compromiso de garantías constitucionales, conforme con el artículo 88 del mismo ordenamiento. Así las cosas, el Tribunal volvió atrás la nulidad, aclaró que de todas maneras la ejecutoria de la resolución de acusación sólo se había producido el 10 de julio de 1996 (fecha de la decisión del recurso de apelación), y dispuso continuar los trámites separados respecto de GIRALDO LÓPEZ y MESTRE SARMIENTO (cuaderno 43, fs. 240).

16. En obediencia a lo que dispuso el superior, el juzgado ordenó nuevamente la separación de ambas causas en el auto del 2 de mayo de 1997 (*idem*, fs. 250).

17. Según auto fechado el 8 de mayo de 1997, el juzgado decretó la pruebas solicitadas por la defensa y el fiscal regional como parte (*ibidem*, fs. 258).

18. El 15 de mayo de 1997, el defensor principal solicitó la libertad provisional del procesado, en vista de que había transcurrido más de un año sin que se hubiera vencido el término para presentar alegatos de conclusión. El 16 de mayo, el juez de la causa dictó dos autos, uno de sustanciación, por medio del cual comisiona a un homólogo de Bogotá para la toma de muestras manuscriturales al procesado; y otro, de naturaleza interlocutoria, para negar la excarcelación porque la resolución de acusación se había ejecutoriado el 10 de julio de 1996 (cuaderno 43, fs. 288).

19. Por medio de memorial fechado el 27 de mayo de 1997, la defensora suplente solicitó la nulidad del auto del 8 de mayo, dado que sólo a partir del 28 de abril podía correr el término de veinte (20) días concedido a los sujetos procesales para solicitar pruebas, pues en tal fecha el Tribunal Nacional había revocado el auto del 25 de septiembre de 1996, que invalidaba la providencia del 9 de julio sobre la apertura del juicio a pruebas. Esta petición fue negada en providencia del 6 de junio de 1997 (*idem*, fs. 543).

20. Solicitada nuevamente la libertad provisional por vencimiento de términos, esta vez por la defensora suplente, el juzgado la negó en el auto del 15 de julio de 1997; pero, merced al recurso de apelación interpuesto, el Tribunal Nacional revocó la negativa y concedió la excarcelación en el auto del 15 de octubre del mismo año, providencia en la cual además confirmó lo dispuesto en el proveído del 6 de junio (cuaderno 44, fs. 384 y 563).

21. De conformidad con el artículo 46 del Decreto 2790 de 1990, el 26 de junio de 1997, el juzgado dictó auto de citación para sentencia y traslado para alegar (cuaderno 44, fs. 267).

22. El 23 de julio de 1997, la defensora suplente solicitó la nulidad del proceso por incompetencia territorial del juez de Cali, y además la reposición del auto de citación para sentencia (*idem*, fs. 417). Ambas peticiones fueron negadas en sendas decisiones del 13 y 14 de agosto del mismo año (*ibidem*, fs. 440 y 452). La negación de la nulidad (13 de agosto) fue confirmada por el Tribunal el 18 de noviembre siguiente (*eiusdem*, fs. 577).

23. Conforme con memorial presentado el 26 de noviembre de 1997, el defensor principal solicitó la nulidad del auto de citación para sentencia, pues sin la presión de los términos era preciso practicar las importantes pruebas decretadas, pero la pretensión fue negada por el juzgado de primera instancia en el auto del 11 de diciembre del mismo año. Interpuesto el

recurso de apelación, el Tribunal confirmó la negación de nulidad, según providencia del 28 de abril de 1998, mas por motivos distintos a los expuestos en la decisión de primer grado (cuaderno 44, fs. 616 y cuaderno 45, fs. 193).

24. En relación con las providencias que negaron la nulidad antes señalada, el señor MESTRE SARMIENTO, por medio de apoderado, presentó acción de tutela por cuanto la negación constituía una auténtica vía de hecho y violaba el derecho fundamental al debido proceso, en cuanto imposibilitaba el cabal ejercicio de la defensa. El Tribunal Superior de Cali negó la tutela pretendida y, según sentencia SU-087 de 1999 (17 de febrero de 1999), la Corte Constitucional revisó el mencionado fallo para confirmarlo, en cuanto el peticionario contaba con otros medios judiciales ordinarios (también el extraordinario de la casación) para procurar la protección plena de sus derechos; pero advirtió en la parte motiva que el procesado tenía derecho a que se practicaran las pruebas decretadas, salvo que haya culpa, descuido o negligencia del procesado o de su defensor (cuaderno Tribunal, fs. 17).

25. Sustanciado el auto de citación para sentencia y traslado para alegar, el juez regional dictó sentencia de primer grado el 26 de agosto de 1998, por medio de la cual condenó al acusado JOSÉ EDUARDO MESTRE SARMIENTO a la pena principal de ochenta y cuatro (84) meses de prisión y multa por valor de ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000.00), como autor del delito de ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES, previsto en los artículos 1° del Decreto 1895 de 1989 y 10 del Decreto 2266 de 1991; además, le impuso la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual período; y, como quiera que le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional, revocó la libertad provisional antes concedida, decisión que debía cumplirse a la ejecutoria del fallo (cuaderno 44, fs. 267 y cuaderno 45, fs. 251).

26. En atención al recurso de apelación propuesto por la defensora suplente, el Tribunal proveyó en el fallo de segunda instancia fechado el 7 de mayo de 1999, por medio del cual, en primer lugar, negó la nulidad pretendida por la falta de práctica de las pruebas otrora decretadas en el juicio a petición de la defensa, y, en segundo lugar, confirmó el fallo impugnado (cuaderno Tribunal, fs. 66).

RESUMEN DE LA DEMANDA

El actor presenta cuatro (4) cargos en contra de la sentencia impugnada, dos principales y dos subsidiarios.

PRIMER CARGO

Apoyado en la causal tercera de casación, el demandante propone la nulidad a partir de la resolución acusatoria fechada el 12 de abril de 1996, de conformidad con el numeral 1° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, en vista de que la Comisión de Fiscales acusó al procesado ante el juez regional de Cali, cuando el competente era el juez regional de Bogotá.

Explica que la conducta atribuida al procesado consiste en haber obtenido un incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, pues ingresaron a su haber dineros representados en títulos valores girados contra cuentas corrientes que pertenecían a miembros del denominado cartel de Cali. De modo que por lo dicho, lógicamente se infiere que la determinación del juez competente se relaciona con el concepto de patrimonio y el lugar donde tuvo ocurrencia su acrecentamiento.

Así el patrimonio adquiere una connotación puramente económica o material, de modo que puedan existir patrimonios sin persona (como en el caso de las fundaciones), lo cierto es que sigue siendo característico del concepto de patrimonio su vinculación con la persona y de ésta con un domicilio. De acuerdo con lo prescrito en los artículos 78 a 82 del Código Civil, la

persona tiene un domicilio civil y si ella también ostenta un patrimonio, la consecuencia lógica sería que el patrimonio también tiene un domicilio.

Está probado en el proceso que el señor JOSÉ EDUARDO MESTRE SARMIENTO tenía su domicilio en Bogotá para la época de los hechos, dato conocido por los funcionarios de la Fiscalía, según la revelación de algunos actos y documentos, de modo que cualquier acrecimiento o detrimento de su patrimonio tenía lugar en la mencionada ciudad, que es la misma donde ejercía habitualmente su profesión u oficio. Si en Bogotá era el domicilio de la persona y su patrimonio, allí se consumó el delito de enriquecimiento ilícito, máxime que los cheques fueron depositados en la cuenta corriente número 0070027517 de la Caja Agraria de Bogotá, abierta a nombre del acusado, salvo uno que fue consignado en la ciudad de Bucaramanga y otro que se le imputa haber cobrado personalmente en Cali.

Como se trata de establecer el lugar donde se materializó el acrecentamiento patrimonial, y éste no puede ser otro que aquel en el cual se hizo efectivo para el destinatario el dinero representado en títulos valores, entonces todo ocurrió en la ciudad de Bogotá, así se alegue que uno de los cheques fue cobrado personalmente por el acusado en otra ciudad.

Se refiere el censor a la providencia fechada el 18 de noviembre de 1997, por medio de la cual el Tribunal Nacional confirmó el auto que negó la nulidad por falta de competencia territorial, pues si se trataba de aplicar la regla de competencia a prevención, prevista en el artículo 80 del Código de procedimiento Penal, era necesario tener en cuenta que la resolución de apertura de investigación fue proferida por la Comisión de Fiscales de la Dirección Regional de Bogotá, el 18 de abril de 1995, tal como se constata a folios 42 del cuaderno original número 7.

Solicita, en consecuencia, la nulidad a partir de la resolución de acusación, inclusive, porque ésta no debió formularse ante el juez regional de Cali sino ante el de Bogotá.

SEGUNDO CARGO

Con fundamento en el numeral 3° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, el censor advierte que se ha violado el derecho de defensa, razón por la cual propone la nulidad a partir del auto de citación para sentencia.

En efecto, no obstante que para la fecha de los hechos no regía el artículo 81 de la ley 190 de 1995, que obligaba a la notificación de la investigación previa al imputado, de todas maneras la que en este proceso se adelantó alcanzó a integrar seis (6) cuadernos, de 500 folios aproximadamente cada uno, y se hizo de espaldas al inculpado, a pesar de que éste había enviado una comunicación a la Fiscalía, en el sentido de estar dispuesto a colaborar en el "averiguatorio".

Expone como segunda agresión al derecho de defensa del procesado, el hecho de que en la etapa del juicio no se le haya permitido acceder a las pruebas oportunamente solicitadas y reiteradas, también ordenadas por el juzgado, según aparece en el auto del 8 de mayo de 1997 y adicionado en el auto del 16 de mayo siguiente. Aunque el Tribunal imputa el vacío a una negligencia del acusado y sus defensores, lo cierto es que el 6 de junio de 1997, cuando el procesado fue llamado a ampliar la indagatoria ante el juez comisionado de Bogotá, fue sorprendido con la cita porque no conocía el auto que había decretado las pruebas, dado que éste apenas se le notificó personalmente el 13 de junio siguiente, según lo indican los artículos 186 y 188 del Código de Procedimiento Penal, y desde entonces podía ejercitar los derechos que la ritualidad le permiten, entre ellos el de contar con la asistencia del abogado designado por él. Agrega que no hará ningún comentario sobre la imputación de descuido a los defensores, pero acude al artículo 137 del Código de Procedimiento Penal para relieves que el acusado tiene derecho a la defensa material y no existe constancia procesal alguna que indique que él conocía la decisión de pruebas antes del 13 de junio de 1997, cuando fue notificado personalmente.

Por otra parte, el derecho de defensa se obstaculiza aún más cuando el juzgado dicta auto de citación para sentencia el 26 de junio de 1997, sin dejar correr la ejecutoria de la

providencia de pruebas, cuya consumación se produciría el 2 de julio, según constancia secretarial que obra a folios 273 del cuaderno 44.

La incidencia de la violación del derecho de defensa en el fallo se destaca por el contenido mismo de las pruebas solicitadas y decretadas. En efecto, con la ampliación de indagatoria se pretendía explicar aspectos importantes ventilados en el proceso, tales como el origen de los cheques e indicar los que fueron utilizados en las transacciones y la forma como éstas se llevaron a cabo; de igual manera se tomarían muestras caligráficas al procesado para someter a estudio grafológico el reverso del cheque N° 3213662, con el fin de demostrar que el mismo no había sido endosado ni cobrado por MESTRE SARMIENTO; respecto del "análisis financiero de la evaluación patrimonial" nada se dijo en el auto correspondiente para tenerlo como prueba y, en relación con el testimonio de los autores de tal documento, solamente existe constancia de que no fue localizado HERNANDO RUBIANO BORRERO.

Sin embargo, en la sentencia atacada se hace valer en contra del procesado su negativa a comparecer ante el juez regional de Bogotá el 6 de junio de 1997, a pesar de que apenas ocho días después se enteró de que la prueba había sido ordenada; se tuvo en cuenta el cheque N° 3213662, por valor de cinco millones de pesos, no obstante que sólo había sido arrimado al proceso el 7 de septiembre de 1997; y se condenó al procesado por un incremento patrimonial no justificado, sin haber considerado el informe financiero presentado y sin escuchar la declaración de quienes lo suscriben, máxime que la constancia secretarial de no haber hallado al testigo HERNANDO RUBIANO BORRERO fue suscrita el 29 de mayo de 1997, esto es, 16 días antes de que se notificara formalmente al auto de pruebas al acusado.

De modo que, concluye el actor, al señor MESTRE SARMIENTO se le impidió alegar y probar, conforme con el derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, pues sin ser enterado debidamente y permitirle actuar en la realización de las pruebas, éstas se han hecho valer en su contra.

Como quiera que el término de veinte (20) días para practicar pruebas, de conformidad con el procedimiento especial regional previsto en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, se computa a partir de la ejecutoria del auto que las ordena, pide el censor que se decrete la nulidad a partir de la providencia que citó para sentencia.

TERCER CARGO (PRIMERO SUBSIDIARIO)

Por medio de la causal primera de casación señalada en el numeral 1° del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el demandante acusa la sentencia por violación directa, en la modalidad de interpretación errónea, del artículo 1° del decreto 1895 de 1989, convertido en legislación permanente por el artículo 10 del decreto 2266 de 1991, que consagra el delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

De conformidad con el mencionado precepto, incurre en la infracción "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**".

El Tribunal en la interpretación del texto no tuvo en cuenta los siguientes elementos de juicio: La Corte Suprema de Justicia, por medio de sentencia del 3 de octubre de 1989, declaró exequible la norma siempre que se entendiera que las "actividades delictivas" allí mencionadas eran únicamente el narcotráfico y los delitos conexos.

Al examinar la constitucionalidad del artículo 10 del decreto 2266 de 1991, que incorporó el decreto 1895 de 1989 como legislación permanente, la Corte Constitucional declaró en la sentencia C-127 de 1993 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**".

Una nueva demanda contra el artículo 10 del decreto 2266 de 1991, dio lugar a la sentencia C-319 de 1996, fallo en el cual la Corte Constitucional se vio precisada a "reconsiderar" la postura sentada en la sentencia C-127/93, según la cual las actividades delictivas de las cuales derivaba el incremento patrimonial debían estar declaradas en sentencia judicial firme.

Para concretar el contenido y alcance del artículo 1° del decreto 1895 de 1989, el Tribunal debió acudir a la hermenéutica plasmada en la sentencia C-127 del 30 de marzo de 1993, porque todos los títulos valores que se le adjudican al procesado JOSÉ EDUARDO MESTRE SARMIENTO fueron recibidos antes de que la Corte Constitucional emitiera la sentencia C-319 de 1996 y "reconsiderara" su inicial postura (entre los años de 1993 y 1994), con más veras si el artículo 230 de la Constitución Política, que consagra el principio del "imperio de la ley", prevé que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley y que la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son "criterios auxiliares" de la actividad judicial".

No existe constancia procesal de que las personas titulares de las cuentas corrientes, hubieran sido condenadas por conducta delictiva alguna para la época en que libraron los cheques a favor del procesado, ni menos que la respectiva sentencia estuviera ejecutoriada.

La interpretación que hizo el Tribunal desconoce también los artículos 29 de la Constitución Política y 1° del Código Penal, según los cuales la ley debe ser preexistente al acto que se le imputa y debe considerarse especialmente la más permisiva o favorable a los intereses del procesado. Entiende que se ha aplicado retroactivamente el artículo 1° del decreto 1895 de 1989, puesto que para la época de los hechos tenían vigencia los criterios auxiliares para la actividad judicial y para la aplicación de las normas contenidas en la sentencia C-127 de 1993. Es tan evidente lo dicho, que la Corte Constitucional sólo vino a "reconsiderar" esos criterios dos años, un mes y ocho días después de la fecha en que fuera girado el último cheque enrostrado al procesado MESTRE SARMIENTO, mediante la sentencia C-319 del 18 de julio de 1996.

Solicita a la Corte que case la sentencia acusada y dicte el fallo de reemplazo.

CUARTO CARGO (SEGUNDO SUBSIDIARIO)

Por la misma vía de la violación directa de la ley sustancial, el impugnante señala una interpretación errónea del artículo 1° del decreto 1895 de 1989, convertido en legislación permanente por el artículo 10 del decreto 2266 de 1991. En efecto, el mencionado tipo penal contiene elementos normativos tales como "patrimonio", "injustificado" y "derivado de actividades delictivas", respecto de los cuales se ha equivocado su alcance.

Para establecer la existencia de un incremento patrimonial era necesario un estudio contable sobre el patrimonio del procesado, tal como lo solicitaron la defensa y el representante del Ministerio Público en este caso, y como lo ordenó la Corte en el caso de la senadora *Martha Catalina Daniels*. Ahora bien, no obstante que el fallador valoró y aceptó el contenido y las conclusiones del documento presentado por el acusado, denominado "Análisis financiero de la evolución patrimonial", a la postre confundió los conceptos de "ingreso" e "incremento patrimonial", lo cual no sólo es injurídico sino contrario a la hermenéutica obligada del decreto 2649 de 1993.

Pues bien, el artículo 37 del mencionado decreto define el "patrimonio" como "el valor residual de los activos del ente económico después de deducir todos los pasivos"; mientras el artículo 38 dice que "los ingresos representan flujos de entrada de recursos, en forma de incrementos del activo o disminuciones del pasivo, que generan incrementos en el patrimonio, devengado de la venta de bienes, por la prestación de servicios o por la ejecución de actividades*". Es evidente la diferencia entre ingreso y patrimonio, de modo que recibir cheques puede ser un ingreso pero no todo ingreso constituye un incremento patrimonial.

Recuerda que el ingreso y el incremento patrimonial son hechos económicos, de modo que el decreto 2649 conceptualmente también obliga al intérprete en materia penal, porque,

según el artículo 136 de dicho estatuto, "sin perjuicio de lo dispuesto por normas superiores, tratándose del reconocimiento y revelación de hechos económicos, los principios de contabilidad generalmente aceptados priman y deben aplicarse por encima de cualquier otra norma".

En virtud de la impropia sinonimia planteada entre ingresos de dineros representados en títulos valores "recibidos" por EDUARDO MESTRE SARMIENTO, y el concepto de "incremento patrimonial", se aplicó el artículo 1° del decreto 1895 de 1989, cuando de haber interpretado correctamente el ingrediente normativo del tipo, la decisión hubiera sido el reconocimiento de la atipicidad de la conducta.

Solicita, en consecuencia, casar el fallo y dictar el de reemplazo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

PRIMER CARGO

Desde una concepción antropocéntrica, la persona es el punto de partida y de llegada, por lo tanto, sólo de ella se predicen los atributos del patrimonio y el domicilio. De modo que es absolutamente incorrecto argumentar que el domicilio se deriva del patrimonio, o viceversa, porque no hay "atributo del atributo", pues tanto uno como otro tienen como punto de referencia el sujeto de derechos y obligaciones.

La vida económica del ser humano enseña que los bienes y prestaciones a cargo del individuo no están circunscritos al lugar que habitualmente ocupa, porque es perfectamente posible que tenga su domicilio en un municipio y posea bienes (componente del patrimonio) en otras localidades o países.

Si a favor del señor MESTRE SARMIENTO se giraron cheques sobre una entidad bancaria con sede en Cali, preciso es entender la naturaleza de los títulos valores situada como bienes muebles por el Código de Comercio. Un cheque, como título valor que es, negociable por excelencia, no necesita ser "cobrado" en un banco para que el derecho subjetivo de su titular se entienda ejercido. Verbigracia, cuando se gira un cheque para comprar una mercancía, el pago se entiende verificado con la sola entrega del título valor, independientemente de las posteriores acciones del vendedor de endosarlo, ir al banco y cobrarlo.

En este caso, al procesado se le endilga el delito de enriquecimiento ilícito, consistente en haber recibido apreciables sumas de dinero que provenían de las actividades ilícitas y las sociedades constituidas por los hermanos RODRÍGUEZ OREJUELA, cuyo giro ordinario de negocios estaba en la ciudad de Cali; además, una de esas sociedades constituidas para manejar los dineros provenientes del narcotráfico, pagó a MESTRE SARMIENTO los gastos de consumo en el hotel Intercontinental de Cali; las empresas ficticiamente creadas abrieron cuentas corrientes en entidades bancarias de la misma ciudad; y los títulos valores recibidos por MESTRE SARMIENTO fueron creados en Cali, razón por la cual allí se produjo el incremento patrimonial, sin importar que sus maniobras posteriores hubieran conseguido, como era su deseo, trasladar los bienes muebles a Bogotá y traducirlos en efectivo.

Los referidos cheques no pueden considerarse como contratos que se firmaron en Cali y fueron ejecutados en Bogotá, porque se trata de títulos valores creados en Cali y recibidos en la misma ciudad por el señor MESTRE SARMIENTO, personalmente o *longa manu*, como lo permite para los bienes muebles el numeral 2° del artículo 754 del Código Civil.

Bajo esta consideración, estima la Procuradora que la censura no puede prosperar.

SEGUNDO CARGO

En relación con la carta del 10 de agosto de 1994, dirigida por el señor MESTRE SARMIENTO al Fiscal General de entonces, aclara la Procuradora, en primer lugar, que no es cierta la oferta evidente de su deseo de participar en una investigación o de que se le recibiera versión libre, sino que simplemente se limitaba a protestar por las divulgaciones

que supuestamente hicieron los miembros de la fuerza pública a los medios de comunicación de algunos documentos incautados en los diversos allanamientos. Además, el ofrecimiento de someter al examen de la Fiscalía sus ingresos, no constituye ni mucho menos una solicitud expresa de vinculación o de versión libre.

Respecto de la insinuada vinculación tardía del imputado, porque sólo se le recibió indagatoria cuando ya existía una investigación previa compuesta de seis (6) cuadernos con 500 folios cada uno, lo cual podría lesionar los principios de transparencia y celeridad que deben regir los procesos penales, el Ministerio Público repara que el acopio de información a partir del allanamiento practicado a una oficina del edificio Siglo XXI en la ciudad de Cali, que dio lugar a la indagación preliminar conocida con el radicado 8.0000, estaba referida por lo menos a cuarenta y ocho (48) personas, entre políticos, deportistas, artistas, etc., y no solamente al imputado MESTRE SARMIENTO.

Por otra parte, inicialmente sólo se contaba con dos colillas de cheques y una orden de alojamiento a nombre de EDUARDO MESTRE, pero no se tenía su ubicación concreta, su número de cédula ni su individualización, de modo que llamar a versión libre al imputado desde entonces era apresurado. Las veces que GUILLERMO ALEJANDRO PALLOMARI GONZÁLEZ declaró en Colombia nunca comprometió a "EDUARDO MESTRE", pues simplemente se limitó a decir que era un político que figuraba en las cuentas de las empresas de RODRÍGUEZ OREJUELA, sin determinar el título al cual recibía una mensualidad.

Se añade a lo anterior que, antes de la ley 504 de 1999, el inciso 2° del artículo 352 permitía las vinculaciones diferidas (aunque no tardías), basado en las dificultades que ofrecían los procesos por narcotráfico, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-150 de 1993, en la medida en que era un instrumento procesal enderezado a garantizar el derecho material y los derechos de las personas que en él intervienen.

Ahora bien, en cuanto a la trascendencia de la prueba practicada en la etapa de investigación previa, debe tenerse en cuenta que toda el acervo testimonial que sirvió de base a los fallos de instancia, fue recaudado posteriormente a su vinculación; los análisis y conclusiones financieras propiamente dichas son posteriores a la indagatoria; la prueba documental de la declaración de tránsito aduanero, en relación con los objetos traídos por MESTRE SARMIENTO después de misión diplomática en Ginebra (Suiza), llegó mucho después de su injurada; y el fingimiento del nombre de OMAR PÉREZ se supo después de recibida la declaración a GUILLERMO PALLOMARI en los Estados Unidos.

De modo que la prueba recaudada en la investigación previa apenas sirvió para llamar a indagatoria al imputado.

De igual manera, la notificación de la investigación previa sólo resulta imperativa a partir de la vigencia del artículo 81 de la ley 190 de 1995 y, no obstante que se pudiera pregonar alguna irregularidad, ella sería intrascendente al tenor del numeral 2° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, porque no se han afectado garantías fundamentales de los sujetos procesales.

En cuanto a la observación de que se dictó auto de citación para sentencia sin que ni siquiera se hubiera ejecutoriado el que decretaba las pruebas, y además éstas no se practicaron a pesar de haber sido oportunamente ordenadas, la Procuradora señala:

El auto del 8 de mayo de 1997, en realidad no quedó ejecutoriado el 2 de julio del mismo año, como equivocadamente lo declara la respectiva nota secretarial. En efecto, habiendo sido notificados personalmente el agente del Ministerio Público y el fiscal que oficiaba como sujeto procesal, el 14 de mayo siguiente se le envió una comunicación en tal sentido al defensor principal y el 27 de mayo la defensora suplente pidió la nulidad de la mencionada providencia, lo cual significa que para esta última fecha sólo queda pendiente la notificación al procesado MESTRE SARMIENTO. Inexplicablemente la Asesoría Jurídica de la Cárcel Modelo de Bogotá demoraba la notificación al acusado, pues sólo la hizo el 12 de junio de 1997, después de que el 6 de junio el juez regional de Cali requiriera el cumplimiento de la comisión.

De modo que para el 12 de junio de 1997 ya estaban notificados todos los sujetos procesales, pues si bien en estricto sentido la defensa no había firmado un acta en tal sentido, por sus manifestaciones se entendía hecha la notificación por conducta concluyente, conforme con la regulación del artículo 191 del Código de Procedimiento Penal. Por esta razón, la ejecutoria del auto de pruebas venció el 18 de junio de 1997, pues éste transcurre por ministerio de la ley y no al capricho de los funcionarios.

La finalidad de la notificación del auto de pruebas es la de que los sujetos procesales, tras enterarse de su contenido, puedan participar en las respectivas diligencias. En este caso, el conjunto de declaraciones ordenadas comenzó a practicarse justamente a partir del 27 de mayo de 1997, fecha en que la defensora suplente ya estaba enterada del respectivo auto.

Adicionalmente, si la defensa hubiera deseado contrainterrogar a los testigos, bastaba solicitar una ampliación de los testimonios.

Debe anotarse que, aunque la defensa suplente solicitó la nulidad del auto de pruebas, a la vez recibió las boletas de citación de los testigos y éstos no comparecieron. Por otro lado, la petición de nulidad no suspendía la actuación ni los términos.

Apunta la Procuradora que la sola omisión de práctica de pruebas no constituye *per se* motivo de nulidad, porque es necesario evaluar si realizados dichos medios, hubiera cambiado sustancialmente la situación del procesado. No fue así en este caso:

El estudio grafológico que se pretendía sobre el cheque N° 3213662, que buscaba acreditar cómo dicho título valor no fue endosado ni cobrado por MESTRE SARMIENTO, no tenía mayor significación si se compara su cuantía de cinco millones de pesos con el monto total del enriquecimiento ilícito que fue de ciento cincuenta millones de pesos.

Las muestras manuscriturales no se tomaron porque el procesado se negó a salir, no por ausencia de notificación del auto de pruebas, sino porque no contaba con el tiempo suficiente para entrevistarse con su defensor. Sin embargo, la defensora suplente no sólo conocía la providencia sino que "colaboró" con el juzgado comisionado en la cita de los testigos, razón por la cual a ella es imputable una falta de mínima precaución para informar a su poderdante, pues las demoras en la notificación al acusado no son atribuibles a los órganos de la administración de justicia.

El deber del procesado era acudir al despacho que lo requería, a fin de que el funcionario en su momento decidiera sobre la práctica de la diligencia si no concurría el defensor. Además, si el defensor pidió ampliación de indagatoria para hacer precisiones y señalar los cheques que el procesado admitía, era porque ambos habían conversado previamente.

Los testigos MARLON MENDOZA ROJAS y HERNANDO RUBIANO BARRERO, autores del "informe general sobre movimiento de ingresos y egresos del señor MESTRE SARMIENTO", no comparecieron porque sólo fueron invocados por sus números telefónicos, pero las citas se le entregaron a la defensora suplente y el juzgado también los buscó en el respectivo abonado.

Ahora bien, al margen de la falta de comparecencia, lo cierto es que el informe que ellos presentaron estaba basado en los datos suministrados por el propio acusado, pues es evidente que ninguno de los testigos tuvo contacto siquiera indirecto con las transacciones que el señor MESTRE SARMIENTO dijo haber hecho con OMAR PÉREZ.

Si las pruebas cuya práctica se echa de menos carecían de trascendencia, sencillamente el cargo no se ha demostrado.

Finalmente, si el reproche apuntaba a que el acusado fue condenado sin haberse tenido en cuenta el informe financiero por él presentado, claro resulta que el camino en casación no era el de la causal tercera sino el de la primera, por error de hecho como falso juicio de existencia.

TERCER CARGO

El censor pretende efectos vinculantes (de ley) para la doctrina sentada por el Corte Constitucional en la sentencia C-127 de 1993, conforme con la cual las actividades delictivas

de las cuales deriva el enriquecimiento ilícito deben estar judicialmente declaradas, tesis que sólo vino a ser modificada en la sentencia C-319 de 1996.

Sin embargo, una interpretación armónica de los artículos 230 y 243 de la Constitución Política, como lo hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-131 de 1993, indica que la parte resolutive de las sentencias de constitucionalidad hace tránsito a cosa juzgada explícita, mientras que existe cosa juzgada implícita en la parte motiva que guarde unidad de sentido con el dispositivo del fallo. Así pues, la parte motiva de los fallos de constitucionalidad, en principio, tienen el valor de criterio auxiliar que les asigna el inciso 2° del artículo 230 de la Carta.

Aclarada esta situación, es verdad que la sentencia C-127/93 aludió a que las actividades delictivas constitutivas del enriquecimiento ilícito debían estar "judicialmente declaradas" para no violar el debido proceso, y también hizo referencia a las condenas como única forma de antecedente, pero no explicó qué entendía por "declaración judicial" de tales actividades, pues no dijo si ella implicaba otro proceso o si la misma podía hacerse dentro del mismo proceso por enriquecimiento ilícito.

Lo cierto es que la Corte Constitucional declaró exequible todo el decreto 2266 de 1991, incluida la figura del enriquecimiento ilícito, sin condicionar su aplicación a interpretación alguna. La reflexión que entonces hizo la Corte no era la de una interpretación obligatoria sino la de un criterio auxiliar de hermenéutica.

El actor propone otorgarle efectos de ley a toda la parte motiva de los fallos de constitucionalidad, como si el alto tribunal tuviera facultades de legislador o de intérprete auténtico, propuesta que de aceptarse desquiciaría la regla de tridivisión de poderes en un Estado de Derecho.

Sin ninguna duda, la Procuradora estima que es posible dictar sentencia condenatoria por enriquecimiento ilícito, no obstante que no se haya dictado fallo condenatorio anterior por las actividades ilícitas de las cuales deriva, aun cuando los hechos hubieran ocurrido entre el 20 de marzo de 1993 y el 18 de julio de 1996, fecha esta última de la sentencia C-319. En esta decisión, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 1° del decreto 1895 de 1989, donde estimó además que el delito de enriquecimiento ilícito tenía rango constitucional y era autónomo y no subsidiario.

Recuerda la Procuradora que sobre el tema propuesto ya se había pronunciado la Sala en el auto del 14 de junio de 1996, cuya ponencia correspondió al magistrado *Ricardo Calvete Rangel*.

Por último, expone el Ministerio Público que si el censor consideraba violada la garantía del debido proceso, debió acudir a la causal tercera de casación y no a la primera como lo hizo en este caso.

No fructifica la censura.

CUARTO CARGO

En relación con el documento denominado "análisis financiero de la evolución patrimonial del señor MESTRE SARMIENTO", dice la Procuradora que el demandante confunde los conceptos de autenticidad y verdad, porque la primera está garantizada con el reconocimiento que sus autores hicieron ante notario, pero ello no implicaba que fueran verdaderos los negocios causales que dieron origen a los cheques.

La verdad es que el Tribunal en la sentencia fue más allá del mencionado informe financiero, porque acudió a un análisis conjunto de la prueba para determinar el incremento patrimonial derivado de actividades de narcotráfico. De modo que el actor parte de una premisa falsa, cual es la de que el Tribunal aceptó como verdad el contenido íntegro del "análisis financiero", porque más allá del documento existían evidencias no sólo del origen ilícito de los dineros que ingresaron al activo patrimonial del procesado, sino del carácter ficticio de "OMAR PÉREZ", supuesto negociante en el que se apoyó el acusado.

De este modo, si el propósito que subyace en el fondo del ataque es una inconformidad con las apreciaciones probatorias del Tribunal, la vía escogida debió ser la violación indirecta y no la directa.

Hay mucho de "embeleco terminológico" en la presunta confusión de los conceptos de recibo de dineros e incremento patrimonial aludida por el censor, porque éste pretende identificar el "incremento patrimonial" con el goce del mismo. Es perfectamente posible que un sujeto reciba dinero proveniente de actividades del narcotráfico, lo guarde en su casa, lo obsequie a un tercero o inclusive lo llegue a perder, pero no por ello puede pregonarse que no hubo incremento patrimonial, así su declaración de bienes permanezca idéntica al final del año fiscal.

Por lo demás, resulta desacertado que el impugnante propugne por la aplicación del decreto 2649 de 1993, porque se trata de un estatuto reglamentario de la ley 43 de 1990, ordenador de la profesión de Contador Público, y que se activa sin perjuicio de normas superiores, como lo dispone el artículo 137. En este caso, no es concebible la aplicación preferente de un decreto reglamentario de materias contables, por encima de las reglas de valoración probatoria que prevé el Código de Procedimiento Penal.

Tampoco puede prosperar el cargo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. **Nulidad por incompetencia territorial.** Alude el censor a una falta de competencia territorial de los jueces regionales de Cali, dado que el concepto de patrimonio está unido al de domicilio, y no hay duda de que el procesado tenía el asiento de su residencia, profesión y negocios en la ciudad de Bogotá.

Pues bien, la competencia territorial se individualiza por el lugar de comisión del delito, pero éste a su vez está íntimamente relacionado con la acción u omisión que configura el hecho punible. Es preciso transcribir entonces el artículo 1° del decreto 1895 de 1989:

"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".

La acción delictiva consiste en *obtener para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas*. De acuerdo con el artículo 13 del Código Penal, que regula el *principio de territorialidad de la ley penal*, el hecho punible se considera realizado *"en el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción"*.

La pregunta obvia es: ¿dónde obtuvo el incremento patrimonial no justificado el procesado MESTRE SARMIENTO?

De acuerdo con el pensamiento del actor, dicho incremento patrimonial se logró con el depósito de los cheques recibidos en la cuenta corriente N° 00700027517-5 de la Caja Agraria, de la cual era titular el procesado en la ciudad de Bogotá, salvo uno que fue consignado en la ciudad de Bucaramanga y otro que se cobró en la ciudad de Cali.

Sin embargo, nadie discute que los títulos valores fueron recibidos por el señor MESTRE SARMIENTO en la ciudad de Cali, personalmente o por interpuesta persona. Ocurre entonces que el incremento patrimonial se logra con la sola recepción de los cheques, como pasa a demostrarse.

En efecto, la expresión cualificada "incremento patrimonial", obviamente deriva del sustantivo "patrimonio", y éste jurídicamente se entiende como el conjunto de derechos y obligaciones con carácter económico, respecto de las cuales se predica una determinada relación jurídica. No hay duda de que los títulos valores en general, y en especial los cheques, incorporan un **derecho de contenido crediticio, literal y autónomo**, que nace a la vida jurídica (tanto como la obligación cambiaria correlativa) con la sola puesta de la firma y **"la entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de circulación"**. La sola entrega del título valor constituye el pago, así lleve envuelta la condición resolutoria,

en caso de que sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera. Es lo que se desprende nitidamente de las previsiones hechas en los artículos 619, 624, 625, 628 y 882 del Código de Comercio.

De modo general puede afirmarse que el incremento patrimonial se obtuvo cuando el procesado recibió los cheques en la ciudad de Cali, por sí o por interpuesta persona, sin importar que después los haya consignado en su cuenta corriente abierta en Bogotá, pues a partir de la recepción de los títulos valores nació el derecho integrador del concepto de incremento patrimonial injustificado, máxime que se ha probado que los mismos fueron librados de cuentas corrientes pertenecientes a los hermanos RODRÍGUEZ OREJUELA, pública y probatoriamente reconocidos en la actividad del narcotráfico.

No sería necesario en este caso hacer matizaciones del patrimonio para los solos efectos penales, pues la idea de "patrimonio" (concretamente de "incremento patrimonial"), no se dirige a la definición de aquél como bien jurídico (concepto propio del derecho penal), sino como un elemento normativo del tipo penal de enriquecimiento ilícito, por cuyo medio se protege un interés jurídico distinto y complejo, que involucra la salud pública, el orden socio-económico y la seguridad pública, como quiera que se integra al sistema de protección eficaz frente al producto de otros hechos punibles como el narcotráfico. Basta la consideración civil o comercial del patrimonio como relación social que involucra derechos y obligaciones.

Ocurre que en el auto del 18 de noviembre de 1997, por medio del cual el Tribunal Nacional confirmó la negación de la nulidad hecha por la primera instancia en respuesta a la pretensión de falta de competencia territorial, se acudió a la regla de la competencia a prevención, en el entendido de que si se tuviera como comisión del delito también la consignación de los cheques en la cuenta corriente del procesado radicada en Bogotá, de todas maneras aquél se habría realizado en varios sitios (cuaderno 44, fs. 577). El censor sostiene que el Tribunal ha cometido un equívoco en esta materia, porque la resolución de apertura de instrucción, dato que señalaría la competencia, no fue dictada por un fiscal regional de Cali sino por la Comisión de Fiscales de Bogotá.

Pues bien, es necesario relacionar el contenido del artículo 80 del Código de Procedimiento Penal con los artículos 118 y 121 del mismo estatuto, en cuanto facultan al Fiscal General para designar fiscales especiales. Con base en tales potestades, el Fiscal General dictó la resolución N° 2810 del 20 de diciembre de 1994, por medio de la cual asignó una investigación previa que se venía adelantando por los fiscales regionales de Cali a la comisión especial de fiscales de Bogotá, constituida mediante resolución N° 2004 del 9 de septiembre del mismo año.

De modo que cuando la comisión de fiscales de Bogotá dictó la resolución de apertura de instrucción, no actuó por razón de un territorio determinado, ni con apego a hechos ocurridos en su sede, sino con motivo de una designación especial que les permitía asumir una investigación que se adelantaba en la ciudad de Cali. Los criterios del artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, relacionados estrictamente con la competencia territorial, entran en juego siempre que el Fiscal General no haya hecho uso de la facultad de designar un funcionario especial, sin atención a su inicial competencia en el lugar donde ocurrió el hecho. Por otra parte, sin la consideración de una asignación especial, el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal tampoco puede entenderse aisladamente del artículo 13 del Código Penal, de tal manera que así sean distintos los funcionarios judiciales del lugar donde primero se formuló la denuncia, o se abrió la instrucción o donde haya sido capturado el imputado, todos finalmente serían territorialmente competentes si, en sus respectivas jurisdicciones, se realizó parcialmente la acción, pues la primera norma a la postre consagra un reparto del trabajo y no estrictamente de la competencia. De modo que si irregularmente se quebrantara el orden y la prelación previstos en la disposición, no habría lugar a nulidad alguna porque, al fin y al cabo, todos son competentes por haberse realizado parcialmente la acción en sus territorios.

La concreción de la frase rectora consistente en obtener un incremento patrimonial no requiere de las disquisiciones propuestas sobre el vínculo entre patrimonio y domicilio, pues

lo determinante en la materia penal referida específicamente al delito en cuestión, no es el lugar donde el individuo tenga su asiento residencial o el de sus negocios o profesión, sino el sitio donde logró la ventaja económica de origen ilícito, que por razón de la dinámica de las relaciones sociales puede ser distinto del primero. No procede la censura.

2. Nulidad por violación de las garantías del debido proceso y defensa. Tres matices propone el actor en la presunta transgresión: el adelantamiento de la investigación previa de espaldas al imputado; la falta de práctica de las pruebas de favor ordenadas en la fase del juicio; y el proferimiento del auto de citación para sentencia sin haberse ejecutoriado la providencia que dispuso las pruebas.

Para entender la razón o sinrazón del reparo es necesario acudir a los detalles del capítulo de la actuación procesal, pues, como lo hizo ver la Procuradora Delegada, el proceso finalizó en este caso sólo en relación con el procesado JOSÉ EDUARDO MESTRE SARMIENTO, pero la investigación previa involucraba por lo menos cuarenta y ocho (48) personas del ámbito político, artístico, deportivo y otros de la vida nacional, número que se fue decantando a medida que se expedían copias y cuando ya se abrió investigación. En efecto, el allanamiento practicado en la oficina 601 del edificio Siglo XXI de la ciudad de Cali, el 8 de julio de 1994, arrojó una buena cantidad de documentos e informaciones que provocaron la apertura de la investigación previa denominada 8.000, referida al crecido número de personas antes indicado, y de ahí la conformación inicial de seis (6) cuadernos que obviamente no se referían únicamente al imputado JOSÉ EDUARDO MESTRE SARMIENTO.

Inicialmente los datos eran precarios porque apenas se referían equívocamente al personaje "EDUARDO MESTRE", sin documento de identidad conocido, pues se desprendían de la incautación de una orden de alojamiento y un recibo de costo de servicios de alojamiento en una habitación del hotel Intercontinental de Cali, pagados por la sociedad INVERSIONES ARA LTDA., propiedad de la familia de MIGUEL ANGEL RODRÍGUEZ OREJUELA; también los desprendibles de los cheques N° 3267429 y 3267440, por valor de cinco millones de pesos (\$ 5.000.000.00) cada uno, expedidos por la DISTRIBUIDORA AGRÍCOLA LA LOMA, empresa de fachada del denominado "cartel de Cali", a favor de "EDUARDO MESTRE". Además, en las declaraciones que rindió GUILLERMO ALEJANDRO PALLOMARI GONZÁLEZ antes de refugiarse en los Estados Unidos, escasamente se refería a "EDUARDO MESTRE" por los documentos de contabilidad que él manejaba de las empresas ficticias del "cartel de Cali", a quien no conocía personalmente y dudosamente señalaba como un "político" (cuaderno 2, fs. 320 y cuaderno 5, fs. 233).

Junto a la precariedad en la individualización de las personas mencionadas en los documentos decomisados, también pesaba la duda en los funcionarios sobre el origen lícito o ilícito de las negociaciones que dieron lugar a la expedición de los cheques, razón por la cual se inclinaban por recibir inicialmente declaración a los beneficiarios de los cheques, así como a "OMAR PÉREZ", quien figuraba como gerente de la DISTRIBUIDORA AGRÍCOLA LA LOMA LTDA. En efecto, en la resolución del 25 de octubre de 1994, la comisión de fiscales regionales dispuso, entre otras cosas, la siguiente:

"Teniendo en cuenta que dentro de la presente actuación hay constancias de la emisión de cheques girados a favor de conocidos miembros de la Política Nacional y Local, se adelantarán las pesquisas correspondientes en orden a obtener la comparecencia de los mismos y escuchar sus testimonios para que expliquen clara y detalladamente, la relación existente entre ellos y la sociedad comercial titular de la cuenta girada" (cuaderno 6, fs. 22. Se ha subrayado).

No se trataba entonces de actuar con deslealtad al imputado, sino que era evidente el propósito de respetar la presunción de inocencia y no hacer una vinculación procesal apresurada. Tampoco se advierte traición por falta de una comunicación formal al imputado sobre la imputación que le aparecía en las diligencias previas, pues las palabras transcritas reflejan la duda y el ánimo correlativo de hacérselo saber en un proyectado testimonio. Por lo

demás, de acuerdo con la comunicación que el señor MESTRE SARMIENTO envió al Fiscal General el 10 de agosto de 1994, era claro que él ya conocía las imputaciones que habían surgido en su contra con motivo de los allanamientos y documentos incautados, sólo que entonces ofreció al funcionario someter sus ingresos a un escrutinio de los investigadores y prestar la colaboración que fuere necesaria en la investigación, pero en manera alguna reveló el propósito formal de que se le vinculara con versión libre, conforme con el derecho previsto en el inciso 3° del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, el 20 de enero de 1995 la comisión de fiscales ordenó una inspección a los libros y registros del hotel Intercontinental de Cali, diligencia en la cual se estableció que el señor "EDUARDO MESTRE", identificado con la cédula de ciudadanía número 2.028.986, se había alojado en dicho establecimiento por lo menos en cuatro (4) oportunidades, por cuenta de INVERSIONES ARA LTDA. También se determinó, por medio del informe presentado por los agentes del C. T. I. el 7 de febrero de 1995, que el abonado telefónico 431668, cuyo registro aparecía en el listado incautado a los hermanos RODRÍGUEZ OREJUELA, pertenecía a la ciudad de Bucaramanga y figuraba a nombre de SERGIO A. MESTRE SARMIENTO (cuaderno 6, fs. 120).

Como se habían presentado dificultades para el recaudo de la documentación en la anterior inspección judicial, la comisión ordenó otra que se practicó el 26 de enero de 1997, acto en el cual fueron hallados los documentos que soportaban el cobro de los servicios prestados por el establecimiento al señor MESTRE SARMIENTO, por cuenta de la compañía INVERSIONES ARA, así como la identidad de los huéspedes (cuaderno 6, fs. 274, 316, 318, 325 y 376).

Frente a la nueva realidad que representaba el hallazgo del número de identidad de "EDUARDO MESTRE" entre los documentos incautados, que realmente correspondía al político MESTRE SARMIENTO; y el nombre del titular de una línea telefónica desde la cual se produjo comunicación con los hermanos RODRÍGUEZ OREJUELA, indudablemente perteneciente a un hermano del imputado, entonces la alternativa ya no podía ser la de recibir testimonio al imputado sino la de abrir investigación formal para vincularlo mediante indagatoria, como diligentemente lo hizo la comisión en la resolución del 18 de abril de 1995, en tiempo relativamente corto después del último hallazgo, a pesar del considerable volumen de datos e imputados (cuaderno 7, fs. 42).

No queda duda que el accionar de la Fiscalía, en la etapa de la investigación previa, fue diáfano y acorde con las reglas de eficacia y garantía que deben equilibrar la persecución penal.

Por otra parte, en punto a la demostración de la trascendencia de la objeción, como bien lo hace notar la Procuradora, el actor omitió que la sentencia se ha basado en pruebas practicadas fundamentalmente en la fase formal instructiva, después de la indagatoria del sindicado, tales como la mayoría de los cheques a su favor (11 más) descubiertos después de la investigación previa; el informe general del movimiento de los recursos económicos y financieros presentado por el propio acusado (anexo 1, fs. 9); la declaración-indagatoria rendida por el contador GUILLERMO ALEJANDRO PALLOMARI GONZÁLEZ en la ciudad de Charlotte, Carolina, en los Estados Unidos de América (cuaderno 23, fs. 371); la declaración de tránsito aduanero que hizo el señor MESTRE SARMIENTO (cuaderno 7, fs. 283); los testimonios de GERMÁN GÁMEZ CÁRDENAS (cuaderno 44, fs. 92), WILLIAM GALLO MANRIQUE (cuaderno 14, fs. 300), ORFA LIBIA CASTELLANOS ESPINEL (cuaderno 15, fs. 140), el excongresista y coprocesado GERMÁN BULA HOYOS (cuaderno 13, fs. 39) y el coprocesado TULIO ENRIQUE MURCILLO POSADA (*idem*, fs. 284).

Las pruebas de investigación previa, practicadas de manera limitada y circunscritas al objeto previsto en el artículo 319 del Código de Procedimiento Penal, solamente sirvieron para abrir instrucción y recibir indagatoria al imputado.

El segundo aspecto de la violación alegada, se refiere a la falta de práctica de las pruebas ordenadas en la fase del juzgamiento.

El juzgado regional competente, por medio de auto fechado el 8 de mayo de 1997, ordenó la práctica de las pruebas solicitadas por la defensa, entre ellas, una confrontación grafológica

respecto del cheque N° 3213662 de la cuenta corriente N° 8060-024863-9; la ampliación de indagatoria del procesado MESTRE SARMIENTO y el testimonio de los autores del estudio contable y financiero presentado por el acusado (cuaderno 43, fs. 117 y 258). Esta providencia fue notificada personalmente al Ministerio Público el 13 de mayo siguiente; el 14 de mayo se envió comunicación telegráfica a la oficina del defensor principal en la ciudad de Bucaramanga, sin que exista constancia de devolución (*idem*, fs. 269) y al fiscal regional de Bogotá se le notificó por medio de comisionado el 19 de mayo (*ibidem*, fs. 266); sólo el 12 de junio se notificó el auto al procesado en la cárcel Modelo de Bogotá y el 26 de junio se hizo por estado (cuaderno 44, fs. 212, 214 y 277).

Si se tiene en cuenta que el auto que decreta pruebas en el juicio es notificable, de conformidad con el artículo 186 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual admite el recurso de reposición, resulta evidente la irregularidad porque el juzgado comenzó a ejecutarlo antes de su ejecutoria, dado que el 20 de mayo se enviaron los comisorios al juez de Bogotá para que escuchara en ampliación de indagatoria al procesado y los testimonios de los profesionales que realizaron el estudio patrimonial y financiero (cuaderno 43, fs. 280). Sin embargo, la irregularidad de ejecutar la providencia que decreta pruebas en el juicio, antes de su ejecutoria, no constituye nulidad en virtud del principio de instrumentalidad de las formas, según el cual no habrá lugar a la invalidez del acto "cuando se cumpla la finalidad para la cual estaba destinado" (C. P. P., art. 308). Como el propósito era practicar unas pruebas propuestas por la defensa y supuestamente favorables a la situación del procesado, la falta de ejecutoria de la respectiva providencia no perjudicaba a los peticionarios, pues bastaba enterarlos por cualquier medio de las fechas dispuestas y ellos no tenían interés en oponerse a lo que los mismos habían solicitado expresamente, pero paradójicamente fueron quienes entorpecieron su curso por el expresado anhelo de obtener la libertad por vencimiento de términos, sin importarles la celeridad del trámite.

El procesado se negó a asistir al despacho comisionado para la ampliación de indagatoria, previamente prevista para el 6 de junio en el auto del 26 de mayo de 1997, con el pretexto de que no tenía tiempo suficiente para comunicarse con su defensor (cuaderno 44, fs. 54). Sin embargo, resulta que la defensora suplente conocía integralmente el auto de pruebas, pues en relación con él solicitó una nulidad el 27 de mayo y, adicionalmente, también estuvo al tanto de la situación en el Juzgado 53 Penal del Circuito de Bogotá, comisionado para las diligencias, dado que, según constancia del titular, la mencionada profesional retiró de la secretaría las boletas de citación para los testigos, a pesar de lo cual no comparecieron (cuaderno 44, fs. 210).

Ninguna sorpresa representaba para el procesado el requerimiento para una ampliación de indagatoria, pues si el propósito era aclarar situaciones vitales dentro del proceso que sólo él conocía y, por dicho medio, admitir o rechazar los cheques que se le atribuían, lo lógico era que el defensor no hubiese pedido la diligencia sin el consentimiento de su protagonista que era el acusado. Además, su excusa al momento de la remisión no fue la de que no conocía el auto de pruebas o de que era sorpresiva la diligencia, sino que inútilmente quiso dar la apariencia de que no había tenido comunicación con su defensor.

No hubo negligencia de la judicatura para la práctica de las pruebas, porque se practicaron buena parte de las declaraciones de los testigos que fueron hallados, y las mismas no fueron objetadas en casación, a pesar de la irregularidad de haberlas realizado antes de la ejecutoria del auto de pruebas. Confróntense al efecto los testimonios de HAROLD SCARPETTA CIFUENTES, GUILLERMO MÁRQUEZ LASSO, ALVARO REY MORA y JUAN MANUEL RIVERA HERNÁNDEZ (cuaderno 43, fs. 487, 489, 497 y 551); JAIRO RAMOS BARRETO, GERMÁN GÁMEZ CÁRDENAS, GABRIEL VARGAS ROBAYO, MARÍA ISABEL CÁRDENAS DE ORTIZ y GUSTAVO BALCÁZAR MONZÓN (cuaderno 44, fs. 57, 92, 207, 359 y 373).

No hubo incuria de los jueces en la práctica de las pruebas, porque los testigos que no acudieron habían sido invocados sólo por su abonado telefónico y abundan con creces las constancias del juzgado comisionado sobre la repetición de llamadas para localizarlos (cuaderno 44, fs. 330 y ss.). Además, la defensora suplente recibió las boletas de citación

para dos de ellos, precisamente los autores del informe financiero, no obstante lo cual no comparecieron y, conforme con el principio de protección que regula las nulidades, no podría la defensa proclamar la existencia de una anomalía que ella misma propició con su desidia (C. P. P., art. 308, numeral 3), pues su deber de colaboración en la práctica de las pruebas emergía genéricamente del artículo 47 del Decreto 196 de 1971 y, específicamente para el proceso penal, se infería de lo dispuesto en el artículo 258 del Código de Procedimiento Penal.

Por manera que, en relación con el tercer aspecto destacado en este cargo, el auto de citación para sentencia y traslado para alegar, se dictó el 26 de junio de 1997, cuando ya el juzgado había agotado el esfuerzo probatorio de la causa, conforme con sus deberes de investigación oficial y sin la colaboración de la defensa, de modo que no hubo interferencias entre uno y otro paso del *iter* procesal, máxime que, como con tino lo sostiene la Procuraduría, la ejecutoria de la providencia de pruebas prácticamente se produjo el 18 de junio de 1997, después de estimar que la defensa se había notificado por conducta concluyente el 27 de mayo del mismo año, conforme con el artículo 191 del Código de Procedimiento Penal (cuaderno 44, fs. 267).

Resta decir que, a pesar de la apariencia de beneficio que representaban para el procesado las pruebas que se echan de menos, el actor no ha demostrado su incidencia en el sentido del fallo, pues en más de una ocasión el acusado reconoció la recepción de los cheques de procedencia ilícita, aunque les atribuye otro origen; el informe patrimonial y financiero fue apreciado como prueba en la sentencia y no se duda de la autenticidad que se pretendía probar con los testimonios de sus autores; la ausencia de endoso o cobro del cheque número 3213662, hecho que se pretendía probar con las muestras manuscriturales y el respectivo estudio grafológico, nada obstaculizaba en el fallo al saber que de todas maneras el título valor fue expedido a nombre de MESTRE SARMIENTO. En fin, otros asuntos que no pudieran cubrirse con las pruebas que ya obraban en el proceso o que definitivamente debieran removerse con las que se echan de menos, no han sido evidenciados por el demandante como cuota obligatoria de la demostración de trascendencia en el cargo propuesto.

Adicionalmente, el informe patrimonial y financiero sí se tuvo como prueba en el respectivo auto de pruebas, fechado el 8 de mayo, evidencia de lo cual fue que se dijo que ya estaba incorporado al proceso y sólo se requerían los testimonios de sus autores, tal como habían sido solicitados por la defensa (cuaderno 43, fs. 262). Y así no se hubiera dicho literalmente en la providencia de pruebas que se tuviera dicho informe como prueba en el proceso, lo cierto es que aún sin la ratificación testimonial de sus autores, los juzgadores lo examinaron como medio de convicción en las respectivas sentencias. En efecto, el Tribunal adujo expresamente:

“Resulta oportuno señalar, que pese a lo alegado por la defensa en el escrito de impugnación del auto que citó para sentencia y en el libelo de la demanda de tutela, el precitado documento contable no amerita objeción respecto de su autenticidad, ni de la idoneidad de la persona que lo suscribe, por cuanto ninguno de los sujetos procesales lo cuestionó, y en el mismo consta que fue elaborado por un profesional de la materia” (cuaderno tribunal, fs. 86).

3. Interpretación errónea por desconocimiento del artículo 230 de la Constitución Política y de la doctrina de la Corte Constitucional. Aunque el censor pretende, de manera equívoca e indiscriminada, reconocerle efectos obligatorios a cualquier doctrina de la Corte Constitucional, en el fondo propugna porque la Corte acoja la hermenéutica más favorable a los intereses del procesado, que fue la sentada de soslayo y parcamente en la sentencia C-127 del 30 de marzo de 1993, de preferencia a la que la misma Corporación determinó por incumbencia directa en la sentencia C-319 del 18 de julio de 1996.

De entrada debe aclararse que el censor se refiere a la interpretación errónea del artículo 1° del decreto 1895 de 1989, convertido en legislación permanente por el artículo 10 del decreto 2266 de 1991, pero lo correcto hubiera sido invocar su aplicación indebida, pues no

sólo en dicha fase queda consumado el error *in iudicando*, sino porque la interpretación siempre se ofrece lógica y dinámicamente como una operación previa a la aplicación del derecho. No obstante, como de todas maneras la interpretación equivocada sería el motivo generador de la aplicación indebida de la norma, la Corte examinará la censura.

Con todo, como quiera que la adjetivación hecha en la sentencia C-127 de 1993, en el sentido de que era preciso contar con sentencia condenatoria ejecutoriada sobre la actividad delictiva matriz para poder condenar subsecuentemente por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, ella no obedeció a una razón fundamental para sostener la exequibilidad del precepto (*ratio decidendi*), sino a argumentaciones circunstanciales que para nada condicionaron la constitucionalidad del mismo (*obiter dicta*). Ya la Corte había analizado y rechazado una propuesta similar a la de hoy en el auto del 12 de junio de 1996, respondida en los siguientes términos:

"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.

"Sería absurdo que se considerara legítimo el incremento patrimonial injustificado de una persona, por haber sido derivado de la actividad del narcotráfico de otra en cuyo favor se declaró la extinción de la acción penal por muerte, o por prescripción, o por el reconocimiento de una causal de inculpabilidad etc., pues eso implicaría que la norma únicamente se podría aplicar a quien recibiera dinero después de la condena ejecutoriada, alternativa que si el legislador hubiera considerado la habría incluido en el tipo con la redacción correspondiente que era muy sencilla, pero lo que dijo fue una cosa totalmente diferente, la cual guarda armonía con la razón por la que en el Decreto 1895 se introdujo esta prohibición, en cuya motivación se dijo:

"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....".

"Es verdad que en la parte motiva de la sentencia mediante la cual se declaró la exequibilidad del precepto en referencia, se incluyó el comentario de que las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, confundiendo el concepto de "actividad delictiva" con el de "antecedentes penales", e introduciéndose así en la interpretación de un ingrediente normativo del tipo cuyo alcance y contenido le corresponde precisar al funcionario penal al momento de aplicar la norma.

"La Sala sabe perfectamente, que hace tránsito a cosa juzgada constitucional la parte resolutive de las sentencias de exequibilidad o inexecuibilidad de la Corte Constitucional, y aquellas de la motiva que guardan una relación inescindible con la parte resolutive, o dicho en palabras de esa Corporación, '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', situación en la cual no se encuentra el comentario que el defensor pretende que se tome como interpretación obligatoria".

En virtud de la claridad dogmática y político criminal que reflejaba el auto antes citado, la misma Corte Constitucional, en la mencionada sentencia C-319 de 1996, acogió buena parte

de sus reflexiones y, no obstante que "reconsideró" el planteamiento ligero hecho en la sentencia C-127 de 1993, de igual manera explicó que no se trataba de recoger una doctrina constitucional ya sentada sino de determinar la motivación que correspondía como objeto directo e inescindible de la declaratoria de exequibilidad del artículo 10 del decreto 2266 de 1991. Dijo entonces la Corte Constitucional:

"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".

Aunque se respeta la hipótesis interpretativa que propone el actor, la otra que asumió el fallador y que ha sido prohijada por esta Corporación y la Corte Constitucional, es la que razonablemente se ha impuesto aún antes de la sentencia C-319 de 1996. Una interpretación más favorable, se preferiría cuando definitivamente el texto legal tolere, en igualdad de condiciones, dos o más interpretaciones razonables, pero, en este caso, no pueden equipararse valorativamente las premisas teóricas de las sentencias C-127 de 1993 y C-319 de 1996 (porque no son equiparables en cuanto criterios de interpretación), con el fin de señalar un tránsito entre las mismas como si se tratara de una sucesión de leyes. No hay lugar a lo propuesto.

4. Interpretación errónea por confusión del elemento normativo. Según la tesis del demandante, el tipo penal del artículo 1° del decreto 1895 de 1989 consagra el "incremento patrimonial", como ingrediente normativo, pero el fallador lo confundió con el concepto fiscal o contable de "ingreso", lo cual condujo a la declaración de la existencia del delito de enriquecimiento ilícito, sin haberse consumado el "incremento patrimonial". Extrae la diferencia entre "patrimonio" e "ingreso" de las previsiones del decreto 2649 de 1993 (diciembre 29), reglamentario de la ley 43 de 1990, que organizó la profesión de Contador Público y la contabilidad en general.

No es fácil sopesar un conflicto entre el mencionado decreto reglamentario y el Código de Procedimiento Penal, como lo estima la Procuradora Delegada, sobre todo porque aquél establece positivamente los principios o normas de contaduría pública generalmente aceptados en Colombia, cuestión en la cual no pugna sino que debe integrarse con las normas penales tanto sustantivas como adjetivas.

Pues bien, el artículo 38 del mencionado reglamento, curiosamente citado con algún recorte por el mismo demandante, dirime la confusión que él pretende poner en el texto de la sentencia atacada, pues aquel precepto dice que "*los ingresos representan flujos de entrada de recursos, en forma de incrementos del activo o disminuciones del pasivo o una combinación de ambos, que generan incrementos en el patrimonio, devengados de la venta de bienes, por la prestación de servicios o por la ejecución de otras actividades, realizadas durante un período, que no provienen de los aportes de capital*". De acuerdo con la norma transcrita, es cierto que el ingreso no siempre está orientado a **incrementar el activo**, porque puede hacerse para afectar en disminución el pasivo, pero de todas maneras constituye un incremento patrimonial. De modo que, sin ninguna demostración, el impugnante sostiene absurdamente que "todo ingreso no constituye incremento patrimonial" (fs. 187), cuando lo cierto es que el ingreso contablemente se estima como la materia prima de la intensificación del patrimonio, así no promueva los activos sino que simplemente reduzca el pasivo.

Sin embargo, en el desarrollo del cargo sigue latente la idea de que el ingreso, elemento constitutivo del incremento patrimonial, sólo se percibe con la conversión efectiva del cheque, pero la situación ya fue suficientemente ilustrada en la respuesta a la primera censura.

Por último, si se atendiera el lamento del actor de que se echa de menos el estudio contable que la Corte ha ordenado en otras investigaciones, entonces la censura debió orientarse por la violación indirecta de la ley sustancial (no la directa), con motivo de un presunto falso juicio de existencia.

No procede el reparo.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGÓ

EDGAR LOMBANA TRUJILLO ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

NILSON PINILLA PINILLA MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ
Secretaria.

Casación N° 16.356.
JOSÉ EDUARDO MESTRE SARMIENTO.
Casación N° 16.356.
JOSÉ EDUARDO MESTRE SARMIENTO.

ANEXO F. PROCESO N° 16717

Proceso N° 16717

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**MAGISTRADO PONENTE
ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN**

Aprobado Acta No. 88

Bogotá, D. C., veinte (20) de junio de dos mil uno (2001).

VISTOS

Se ocupa la Sala del fondo del recurso de casación interpuesto por el defensor del ciudadano **Alberto Giraldo López**, quien fuera condenado por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

HECHOS

Con ocasión de las diligencias de allanamiento y registro practicadas en el mes de julio de 1994 en varios inmuebles de Cali por orden de una fiscalía regional, fueron hallados documentos relacionados con las sociedades Inversiones Ara Ltda., Distribuidora de Productos Agrícolas el Diamante, Distribuidora Agrícola la Loma Ltda., Comercializadora Agropecuaria la Estrella, Asesoría Cosmos Ltda., Comercializadora Carnes del Pacífico, y otras, pertenecientes a los hermanos Gilberto y Miguel Angel Rodríguez Orejuela. El estudio de la documentación incautada permitió descubrir que de las cuentas corrientes de las empresas referidas, así como de las abiertas a nombre de Jorge Alberto Castillo Correa, Edgar Vicente Castillo Plaza, Omaira Gómez Galindo, Sixta Tulia Carrasquilla, Rubén Darío Zapata, Jaime Diego Pérez, Jesús Zapata Alvarez, Jesús Piedrahita Solarte, Jairo Omar Ortiz Molineros y Carlos Augusto Lozano García, también de propiedad de los hermanos Rodríguez Orejuela, fueron girados y consignados en cuentas corrientes y de ahorros del señor **Giraldo López** doscientos ocho (208) cheques por un valor total de \$1.381.080.000.00.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en lo anterior, la Dirección Regional de Fiscalías de Bogotá ordenó la apertura de investigación el 18 de abril de 1995 (Fl. 42, C.7) y vinculó mediante indagatoria a Eduardo Mestre Sarmiento (Fl.118, C. 7), Jesús Armando Piedrahita (Fl.408, C.7), Luis Fernando Ortega (Fl.417, C.8), Alfredo Perlaza Z. (Fl.262, C.11), **Alberto Giraldo López** (Fl.2, C.12; Fl.178, C.21; Fl.81 y 344, C.44), Gilberto Rodríguez Orejuela (Fl.243, C.13) y a los hermanos

Luis Fernando, Tulio, Julio y Julián Murcillo Posada (Fl.321, C.10; Fl. 272, C.13; Fl. 219, C. 5; Fl.7, C.16).

Clausurada parcialmente la investigación el 31 de enero de 1996 respecto de los señores **Alberto Giraldo López**, Eduardo Mestre Sarmiento, Jesús Armando Piedrahita Solarte, Alfredo Perlaza Zúñiga, Eduardo Gutiérrez Ardila y Luis Fernando Ortega Fernández (C.33, fol. 14), a quienes la Fiscalía había definido la situación jurídica, afectando con detención preventiva a los dos primeros y absteniéndose de imponer medida de aseguramiento a los cuatro últimos (Fl. 190, C. 9; Fl. 71, C. 10; Fl. 211, C.13), una Comisión de Fiscales de la Dirección Regional de Fiscalías de Bogotá la calificó el 12 de abril de 1996. Profirió resolución de acusación en contra de **Alberto Giraldo López** y Eduardo Mestre Sarmiento como responsables del delito de enriquecimiento ilícito de particulares, y precluyó la instrucción en favor de Gutiérrez Ardila, Piedrahita Solarte, Ortega Fernández y Perlaza Zúñiga (Fls. 194-287, C. 36). Apelada esta decisión por el defensor de **Giraldo López**, el Tribunal Nacional la confirmó el 10 de julio de 1996 (Fls. 159-203, C. 41).

La etapa del juicio correspondió a un Juzgado Regional de Cali, donde, tras el rito pertinente y después de haber separado la causa adelantada en contra de **Giraldo López** de la que también se seguía respecto de Mestre Sarmiento (Fls. 1 y 8, C.43), se produjo la sentencia del 22 de diciembre de 1998 (Fls. 18-103), que condenó al procesado a 96 meses de prisión, multa de \$1.438.060.000.00, interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena privativa de la libertad, a la vez que revocó la libertad provisional que se le había concedido, y ordenó fueran compulsadas copias con destino a la fiscalía regional para que se iniciara el respectivo procedimiento de extinción de dominio de los bienes en cabeza suya.

Apelado el fallo por la defensa, el Tribunal Nacional lo confirmó el 21 de junio de 1999 (Fls. 19-58, C.46), modificándolo en el sentido de condenar a **Giraldo López** a siete (7) años de prisión -en vez de los 8 inicialmente impuestos- y multa de \$1.391.080.000.00, como autor del delito de enriquecimiento ilícito personal; así mismo, revocó el ordinal sexto de la sentencia y en su lugar ordenó se mantuvieran vigentes las medidas cautelares que pesaban sobre los bienes del procesado, con el fin de hacer efectivo el pago de la multa.

Esta sentencia fue objeto de casación por parte de la defensa. La Corte se ocupa, entonces, de resolver el fondo del asunto.

LA DEMANDA

Cuatro cargos presentó el defensor. Los dos primeros, al amparo de la causal tercera de casación, y los restantes con fundamento en la segunda y primera, cuerpo segundo, respectivamente. Los enunció así:

Causal tercera.

Primer cargo.

La sentencia del Tribunal fue dictada en un juicio viciado de nulidad porque el juez que profirió el fallo condenatorio no tenía competencia para ello.

Como demostración del reproche señaló que los fallos de instancia surgieron como consecuencia de los dineros que recibió su representado, girados mediante cheques en Cali y que ingresaron a sus cuentas bancarias en Bogotá, merced a las operaciones de canje que se desarrollaron en esta ciudad, de lo cual concluyó que el incremento del peculio del señor **Giraldo López** se produjo en la capital del país, donde los dineros recibidos generaron el aumento de sus arcas y tiene el asiento principal de sus negocios.

Lo anterior significa que el juez competente para conocer de los cargos imputados era el Juez Regional de Bogotá y no el de Cali. Solicitó a la Corte decreta la nulidad de todo lo actuado a partir, inclusive, de la resolución por medio de la cual el Juez Regional de Cali avocó el conocimiento de la causa.

Segundo cargo.

La sentencia del Tribunal fue dictada en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa, por cuanto al procesado y a su abogado se les impidió el acceso a pruebas de relevancia y sobre las cuales se edificó la sentencia condenatoria.

Como demostración del reproche aseguró que durante la instrucción a aquél sólo le fue permitido conocer aproximadamente 150 cheques, en la fase del juicio se le presentaron otros cuatro, en tanto que la sentencia fue proferida sobre un total de 208.

Consideró igualmente que constituye vulneración del derecho referido el hecho de que no se hubiera determinado con claridad el monto del incremento patrimonial, sin cuya precisión la conducta imputada devendría atípica. Agrega que la legalidad de la actuación se resiente seriamente, pues no se delimitó en la resolución acusatoria ni en el fallo de instancia si el enriquecimiento ilícito que se le imputaba a su defendido era personal o a favor de terceros, tampoco se discriminó qué dineros entraron a engrosar injustificadamente el peculio del acusado, ni cuáles incrementaron las arcas de terceros o fueron invertidos en actos sociales por **Giraldo López** en su condición de relacionista público al servicio de los señores Rodríguez Orejuela.

Pidió se decrete la nulidad de la actuación a partir, inclusive, del auto que ordenó el cierre de la investigación para que el imputado tenga la oportunidad no solo de conocer la totalidad del haz probatorio, sino de controvertirlo.

Causal Segunda.

Cargo tercero.

Afirmó que no existe consonancia entre la resolución de acusación y la sentencia porque ambas decisiones fueron dictadas con fundamento en hechos diferentes.

Para demostrarlo señaló que dichas providencias son ambiguas, pues no obstante que en ellas se hace alusión al incremento patrimonial obtenido por **Giraldo López** y a los beneficios monetarios alcanzados por la clase política con los dineros provenientes de los Rodríguez Orejuela, tales pronunciamientos concluyeron con formulación de cargos en contra del procesado por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares de que trata el Decreto 1895 de 1989, sin que se determinara si el crecimiento patrimonial fue personal o en favor de terceros.

Consideró que el Tribunal Nacional enmendó de manera ilegal el yerro del Juez Regional de Cali, pues al desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado la modificó en el sentido de que el incremento patrimonial era personal, violando la normatividad que prohíbe al *Ad- quem* hacer referencia a asuntos no contenidos en el fallo objeto de impugnación. Estimó que el Tribunal debía decretar la nulidad de lo actuado para que la sentencia se adecuara a lo consignado en la resolución acusatoria o se enmendaran las falencias advertidas en la investigación. En lugar de ello dijo que el incremento atribuido a **Giraldo López** era personal y ordenó se le compulsaran copias por el delito de enriquecimiento ilícito a favor de terceros, con clara violación del principio *non bis in idem*.

Pidió a la Corte case la sentencia y dicte el fallo que corresponda.

Causal Primera.

Cuarto cargo.

Violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 23, 35, 36, 41 y 45 del Código Penal; 1º. del decreto 1895 de 1989, convertido en legislación permanente por el artículo 1º. del decreto 2266 de 1991, y falta de aplicación de los artículos 1º. y 2º. ejusdem. Expuso:

El error consistió en que el Tribunal y el Juez Regional recurrieron a hechos contradictorios para arribar a la misma conclusión: que **Giraldo López** era responsable de infracción al artículo 1º. del decreto 1895 de 1989. Pero mientras el juez y la fiscalía indicaron que el procesado había recibido en sus cuentas bancarias dineros procedentes de los Rodríguez Orejuela con destino a las arcas de los políticos nacionales, el Tribunal le atribuyó los mismos cargos a título "personal", generando con ello una indebida aplicación de la norma precitada.

Insistió en señalar que a **Giraldo López** no se le podía atribuir un enriquecimiento ilícito porque los dineros que recibió de los señores Rodríguez Orejuela fueron por concepto de los gastos que realizó en ejercicio de una actividad permitida como es la de relacionista público; estas sumas monetarias tenían un origen legítimo, pues aquellos también fungían como empresarios, tal como se estableció dentro de la investigación con el testimonio de Guillermo A. Pallomari.

Aseguró que existe una abierta contradicción entre la prueba recaudada y el resultado de la investigación. Pese a que el Tribunal Nacional dijo lo contrario, a **Giraldo López** se le hicieron cargos en la resolución acusatoria y en el fallo de primer grado por haber recibido dineros con destino a la clase política. Sin embargo, a lo largo de todo la investigación no se menciona a un solo personaje de la vida política que hubiera recibido aportes monetarios de parte de éste. Concluye, entonces, que mal se podría sindicar y condenar a una persona por haber entregado dineros a terceros, sin indicar o determinar sus nombres ni el monto de lo recibido.

Pidió a la Corte reconozca y declare la existencia de una violación directa de la ley sustancial, case la sentencia impugnada y en su lugar disponga la absolución de su representado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para el Procurador Segundo Delegado en lo Penal ninguno de los cargos puede prosperar, por las siguientes razones:

Primer cargo.

No es cierto que el delito de enriquecimiento ilícito se hubiese cometido en la ciudad de Bogotá. Como lo señala el censor, **Giraldo López** recibió cheques librados contra cuentas bancarias de Cali, que luego fueron consignados en sus cuentas personales en Bogotá. Ello significa que el hecho delictivo se realizaba simultáneamente en Cali y en Bogotá. Desde esta perspectiva, y de conformidad con las previsiones de los artículos 80 del C. de. P. P. y 13-1 del Código Penal, es competente el Juez Regional de Cali para conocer del asunto en estudio.

Segundo cargo.

La censura presenta serias deficiencias técnicas, pues en el desarrollo del cargo por nulidad acusó la sentencia de violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea. Además, la crítica por violación del derecho de defensa carece de sustentación. No demostró cuáles fueron las pruebas que ocultó la fiscalía, ni la trascendencia que tuvo ese hecho en las decisiones finales adoptadas por ésta y los jueces de instancia.

No es condición del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares que se identifique con precisión, como lo requiere el censor, la destinación que se le haya dado al monto del incremento patrimonial. Basta con que se hubiera establecido que **Giraldo López** manejó una determinada cantidad de dinero (en este caso \$1.391.080.000.00) con ánimo de señor y dueño, y dispuso de ella sin poder explicar su lícita procedencia.

Tercer cargo.

La aludida incongruencia entre la sentencia y la resolución de acusación carece de fundamento. La orden impartida por el Tribunal para que se compulsaran copias de la actuación no entraña ninguna agravación de la situación del acusado **Giraldo López**, ni comporta un vicio en la ritualidad o quebrantamiento de garantías defensivas, ni atenta contra el principio del *ne bis in idem*.

La resolución acusatoria y la sentencia del Tribunal hacen referencia a los hechos relacionados con el capital ilícito manejado por **Giraldo López** y que ingresó a sus cuentas bancarias en cuantía de \$1.391.080.000.00. Las copias ordenadas por el Tribunal tienen que ver con otros hechos distintos: el dinero que el citado periodista entregó "en cajas de cartón, envueltas en papel regalo que contenían el dinero con el que el cartel de Cali contribuyó al financiamiento de la campaña presidencial de Ernesto Samper Pizano", cuya cuantía no importa en estas consideraciones pero que se ha establecido que no es el mismo que se manejó en la relación de cheques que cita la acusación de la fiscalía regional. No se trata de la misma imputación fáctica, sino de hechos absolutamente diferentes, que podrían dar lugar a un eventual concurso homogéneo de enriquecimiento ilícito.

Cuarto cargo.

El libelista no sustentó en debida forma el vicio *in iudicando* invocado. No demostró que el sentenciador hubiera distorsionado el sentido de los elementos de persuasión que sirvieron de soporte a la sentencia impugnada. En lugar de ello se dedicó a cuestionar las consideraciones del fallo, a negar los hechos, a refutar el carácter delictivo de la conducta desplegada por su patrocinado y a presentar su personal apreciación del acervo probatorio, invitando a la Corte, como si se tratara de una tercera instancia, a que realice una nueva evaluación probatoria que favorezca los intereses del procesado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo.

Se desestima, porque:

1. Le asiste la razón al Procurador Delegado cuando señala que el delito se realizó en Cali, pues fue allí donde le giraron y consignaron al señor **Giraldo López** los 208 cheques que acrecentaron su peculio, librados contra las cuentas mencionadas en la reseña que de los hechos se han fijado en esta sentencia y tal como se advierte con total claridad en la relación de los tantos títulos-valores que aparece en la resolución acusatoria y en las fotocopias de los propios cartularios (Fls. 219- 249, C. 36; Fls.1- 156, C. A).

2. El artículo 1º. del Decreto 1895 de 1989, adoptado como legislación permanente por el artículo 10º. del Decreto 2266 de 1991, define el delito de enriquecimiento ilícito de particulares en los siguientes términos:

"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".

De la lectura de esta norma se concluye que el hecho se consuma - y prosigue su ejecución permanente - en el momento y en el lugar en los que el autor *obtiene*, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, pues el verbo *obtener* es el núcleo orientador y rector de la conducta.

3. El cheque - salvo ciertas excepciones que no concurren en el asunto en estudio - es un instrumento de pago, es decir, equivale al porte de moneda o de valor en efectivo o, como dice la ley mercantil, comporta la orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero (artículo 713-1). Es, en pocas palabras, una de las formas como se dispone del numerario que se encuentra en el banco librado.

Dada la naturaleza de tales títulos, su emisión, transferencia o consignación en una cuenta de alguien, implica la entrega de dinero al beneficiario de los mismos, de donde surge que

en el instante y en el lugar en que una persona pone a disposición de otra uno o varios de estos instrumentos de pago, aumenta el patrimonio de ésta¹.

Así las cosas, no cabe duda que el aumento patrimonial que se le reprocha al procesado comenzó a consumarse en la ciudad de Cali, donde le fueron girados y consignados los cheques y no después, cuando la moneda o billete en la cuantía por ellos representada ingresó a sus cuentas bancarias en la ciudad de Bogotá y se convirtió en dinero, materialmente hablando.

Como se sabe, la competencia territorial se individualiza por el lugar de realización del delito, y éste a su vez está íntimamente relacionado con la acción u omisión que configura el hecho punible.

En conclusión, el error in procedendo invocado no existió, pues el Juez Regional de Cali sí tenía competencia para conocer del presente asunto, por cuanto la conducta delictiva objeto de estudio comenzó a desarrollarse en dicha ciudad.

Segundo cargo.

Tampoco puede prosperar, porque:

1. Son evidentes los yerros técnicos en que incurrió el casacionista en la presentación de este segundo reproche. Anunció un ataque por infracción al derecho de defensa por el presunto ocultamiento del material probatorio y en el desarrollo de la imputación apareció haciendo referencia a la violación del debido proceso por motivación anfibológica o indeterminación del tipo objetivo atribuido al procesado, con base en que la justicia no había fijado claramente la cuantía del enriquecimiento ilícito imputado al señor **Giraldo López**, ni especificado si el incremento patrimonial fue personal o a favor de terceros. Se apartó, entonces, de las reglas mínimas que surgen del deber de formular la demanda de manera fundamentada, precisa, nítida y respetando la autonomía de los cargos y las causales.

2. Aseguró que durante la etapa de la instrucción se le escondió al procesado y a su apoderado "la casi totalidad de pruebas sobre las que se apuntaló la resolución acusatoria", pero no demostró de manera concreta cuáles fueron los medios de convicción cuyo conocimiento les fuera negado, ni cuál la incidencia real de ese hecho en la decisión final adoptada por los jueces de instancia.

3. A más de lo anterior, no es cierto que al señor **Giraldo López** se le hubiera vulnerado el derecho de defensa por no haber tenido la oportunidad de controvertir la prueba que sirvió de cimiento a la sentencia proferida en su contra. Según se infiere del estudio del expediente, tanto el procesado como su defensor tuvieron acceso a todos los cheques a que se hace alusión en la resolución acusatoria y en los que se cimentó el fallo del Tribunal.

4. Es cierto que al señor **Giraldo López** no se le pusieron de presente en la primera diligencia de indagatoria la totalidad de los títulos-valores que ingresaron a sus cuentas bancarias, circunstancia obediente a que en ese momento procesal no habían sido descubiertos aun todos los cheques girados o endosados a su favor. Esto, sin embargo, no fue óbice para que los conociera después, en la medida en que eran hallados y luego incorporados al expediente. Como el mismo defensor lo reconoce en la demanda, en la etapa de la instrucción el procesado se enteró de la existencia de cerca de 150 títulos. De otra parte, posteriormente, cuando se calificó el mérito del sumario, la fiscalía hizo una relación pormenorizada de cada uno de los 208, indicando el número del título, su valor, fecha de expedición, nombre de girador o endosante, número de cuenta y nombre del banco librado (Fls. 219-249, C. 36).

Significa lo anterior que el procesado y su defensor sí tuvieron la oportunidad de conocer la totalidad de los títulos valores que sirvieron de soporte a la conducta delictiva que se le

imputó a aquél. Unos, a partir del 26 de mayo de 1995, cuando se le recibió la primera diligencia de injurada, y los otros en el mes de abril de 1996, cuando se les notificó personalmente la resolución de acusación (Fl. 287 Vto, C. 36).

Pero a pesar de ese conocimiento, en ningún momento ejercieron el derecho de contradicción en relación con los medios de pago, pues no debatieron su contenido, ni desvirtuaron su valor suasorio mediante la confrontación con otros medios de convicción. No lo hicieron antes del 13 de abril de 1995 cuando según el defensor **Giraldo López** ya conocía cerca de 150 cheques, ni con posterioridad, cuando se les puso de presente la totalidad de los mismos en que se soportó la resolución acusatoria.

Obsérvese que en la injurada del 30 de mayo de 1995 (Fls. 20 s.s., C.36), el inculcado señaló de manera genérica que los cheques por los que se le preguntaba los había recibido por la venta de unas obras de arte que había realizado a través del señor Alvaro Vanegas por un valor aproximado a doscientos millones de pesos. En la diligencia de ampliación de indagatoria que se le recibió el 22 de septiembre de 1995 (Fl. 178, C.21) no supo dar ninguna explicación sobre la procedencia de los nuevos cheques que se allegaron a la investigación, como tampoco aportó aclaración alguna sobre el punto en las indagatorias rendidas el 18 de diciembre de 1997 y el 3 de julio de 1998 (Fls. 81 y 344, C. 44), a pesar que hacía más de dos años se había enterado con absoluta claridad acerca de cuáles eran los documentos que servían de cimiento a los cargos que se le venían formulando por el delito de enriquecimiento ilícito.

5. Carece igualmente de fundamento la censura propuesta por motivación anfibológica de las imputaciones contenidas en la resolución acusatoria y en la sentencia impugnada. Basta leer dichas piezas para ratificar el aserto.

En efecto, la resolución de acusación expresó:

"El ejercicio de desmontar la coartada del sindicato resultó apropiado para el momento de definir su situación jurídica provisional, en el que se debatía solamente la justificación de unos ingresos aproximados a los DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS, pero, a esta altura de la actuación, cuando **los ingresos injustificados de ALBERTO GIRALDO LÓPEZ superan los MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS** y su respuesta en ampliación de indagatoria a este grueso excedente consistió en un mutismo irónico, interrumpido solamente para pedir plazos que jamás utilizó de la manera que lo anunció aportando unos soportes contables que aseguró tener, su actividad conscientemente dirigida a la infracción del tipo penal que se le ha endilgado emerge sin ningún esfuerzo, permitiendo que el hecho se le impute dolosamente y como autor responsable" (Fls. 261/2, C. 36).

En la sentencia atacada se señala nítidamente que se condena al señor **Giraldo López** "a la pena principal de 7 años de prisión y multa de \$1.391.080.000.00, como autor responsable del delito de enriquecimiento ilícito personal que le fue endilgado en la resolución acusatoria de primera instancia", con indicación en su parte motiva de que los ingresos obtenidos con los cheques girados por las empresas "fachadas del cartel de Cali" ascendían a la suma antes referida y no a \$1.444.000.000.00, como equivocadamente lo estimó la fiscalía (Fls. 52 y 57, C. 46).

Tercer cargo.

Se desestima por las siguientes razones:

1. Nuevamente, siguiendo el derrotero trazado en la censura anterior, el demandante abandonó el deber de respetar la autonomía de los cargos y la obligación de formularlos de manera límpida, precisa y fundamentada, como lo exige la normatividad. Al inicio afirmó que

la sentencia no estaba en consonancia con la imputación contenida en la resolución acusatoria y, a renglón seguido, tildó a estas decisiones de indeterminadas y anfibológicas, acusando al Tribunal por desconocimiento del debido proceso, con base en que se había extralimitado al modificar ilegalmente el fallo de primer grado e ignorar el principio *non bis in idem*. Olvidó que tales aspectos sólo pueden proponerse a la luz de la causal tercera.

2. Resulta asaz incoherente invocar el segundo motivo de casación previsto en el artículo 220-2 ibídem, y acusar al mismo tiempo a la resolución acusatoria por indeterminación en la imputación del tipo objetivo.

Como lo ha reiterado la Sala de Casación Penal de la Corte², es de la esencia de la causal segunda que quien la postule acepte, sin cuestionamientos, el cargo o los cargos plasmados en la resolución acusatoria, porque la denuncia por incongruencia apunta a que el juzgador respete el marco de la acusación y que retorne la imputación al ámbito dentro del cual fue formulada. Ni la calificación jurídica, ni la prueba, pueden ser objeto de impugnación cuando se acude a ella.

Por tanto, para la demostración de la falencia alegada se debe confrontar la resolución de acusación con la sentencia, para verificar, de una parte, que se ha condenado por cargos no previstos en aquélla, o, de la otra, que no se han resuelto las imputaciones expresamente deducidas. Este error *in procedendo* implica comprobar ante la Corte una condena que no corresponde a la realidad fáctica y jurídica tenida en cuenta en la acusación, de manera que se ponga en evidencia que ha sido desbordada por el fallo.

3. Nada de lo dicho hizo el actor. En lugar de presentar un cotejo de los apartes pertinentes de las dos decisiones para demostrar la inconsonancia propuesta, se dedicó a enseñar su pensamiento y a expresar su desacuerdo con las providencias.

Y mal podía hacerlo, pues como se demostró en las consideraciones de la censura anterior, no existe ninguna divergencia entre la resolución acusatoria y el fallo del Tribunal. Son idénticos los aspectos fácticos y jurídicos que le sirven de soporte a las imputaciones que en ellas se formularon al procesado: que incurrió en el delito de enriquecimiento ilícito de particulares definido el artículo 1º. del Decreto 1895 de 1989, adoptado como legislación permanente por el artículo 10º. del Decreto 2266 de 1991, por haber acrecentado su peculio injustificadamente en virtud de los 208 cheques que los hermanos Rodríguez Orejuela le giraron de sus cuentas bancarias en la ciudad de Cali, por un monto superior a mil trescientos millones de pesos y que ingresaron mediante operaciones de canje a las cuentas que tenía en la ciudad de Bogotá.

4. Al margen de lo anterior, es incorrecto acusar al Tribunal de haber incurrido en violación del debido proceso porque modificó el fallo de primer grado en el sentido de hacer claridad en cuanto al señor **Giraldo López** se le condenaba como autor del delito de enriquecimiento ilícito personal y ordenar que se compulsaran copias para que se le investigara por el hecho punible de enriquecimiento ilícito a favor de terceros.

5. Olvidó el demandante que cuando interpuso el recurso de apelación contra el fallo del Juez Regional de Cali acusó su decisión, entre otros aspectos, por ser ambigua debido a que no había precisado si el enriquecimiento ilícito que se le atribuía a su defendido lo era a título personal o a favor de terceros (FI 126, C. 45). Mal se recibe, entonces, que ahora le reproche al *Ad-quem* la claridad que hizo con fundamento en las facultades que le otorgaba expresamente el artículo 217 del C. de. P. P., en consideración -se repite- a la petición expresa que le hiciera en el memorial de sustento a la alzada.

6. Como nítidamente lo expresó el Tribunal en la sentencia, sólo sería objeto de su estudio - como lo fue también para el *A-quo*- lo relacionado con el eventual enriquecimiento ilícito de **Giraldo López** a propósito de los cheques cuyo listado se insertó en la resolución acusatoria y los diez millones de pesos que el inculcado le cobró como comisión al publicista Mauricio

Montejo, que fueron los únicos hechos por los que en definitiva resultó acusado. Siendo así, no existe fundamento alguno para afirmar violación del principio *non bis in idem*. Las copias que el Tribunal ordenó compulsar se refieren a un hecho diferente, del cual no se ocupó la actuación que merece ahora la atención de la Sala: su probable intervención en la ilícita financiación de la campaña presidencial del doctor Ernesto Samper Pizano. Es evidente, entonces, que el *Ad-quem* no infringió tal principio y que obró obedeciendo el mandato previsto en el artículo 25-2 del C. de. P. P.

Cuarto cargo.

No puede prosperar, porque:

1. Afirma el actor que la sentencia impugnada violó indirectamente la ley sustancial "por aplicación indebida de los artículos 23, 35, 36, 41 y 45 del C. P., 1º. del Decreto 1895 de 1989, convertido en legislación permanente por el artículo 10º. del Decreto 2266 de 1991, y falta de aplicación de los artículos 1º. y 2º. ejusdem", por haber incurrido en errores de hecho en la apreciación de la prueba.

La censura, sin embargo, se quedó en su enunciado genérico, pues no recibió la debida verificación y desarrollo.

2. Cuando se acude a esta causal de casación es indispensable que el censor concrete y demuestre la configuración de alguna de las hipótesis de desacierto posibles, por ejemplo equívoco por falso juicio de existencia, de identidad o de raciocinio. Igualmente debe comprobar la definitiva incidencia que haya tenido el error en la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo, mediante el señalamiento preciso de la manera como la decisión habría sido diversa si no se hubiera incurrido en el error probatorio. La imputación al fallo, además, debe estar dirigida a derruir todas las pruebas que constituyen su soporte, pues si así no se procede y una de ellas goza de suficiencia para mantenerlo erigido, se impone la improsperidad de la censura.³

3. El letrado no cumplió con estas exigencias de técnica casacional. Invocó violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho, pero no indicó la forma o especie del yerro, ni concretó con nitidez y determinación los medios de persuasión objeto de los vicios, y, menos, mostró la importancia máxima de las falencias en la orientación y determinación de la sentencia materia de impugnación.

4. Aparte lo anterior, las fallas de la propuesta resultan aún más evidentes si se tiene en cuenta que su reproche es parcial, pues no abordó -como ya se dijo- el estudio de todos los medios probatorios que sirvieron de fundamento a la decisión.

No obstante la cantidad y diversidad de la prueba incorporada a la actuación (FIs. 32-35, C. 45), el defensor solamente se detuvo en el testimonio del señor Guillermo Alejandro Pallomari, no para demostrar que en su apreciación se hubiera incurrido en equívoco alguno, sino con el propósito de proponer su personal valoración.

Afirmó que de acuerdo con dicho testigo todos los dineros que recibió el señor **Giraldo López** de los hermanos Rodríguez Orejuela tuvieron como motivo los servicios de "relacionista público" que les prestó, y que por lo tanto la conducta de su defendido no podía ser enmarcada dentro de la hipótesis delictiva del enriquecimiento ilícito de particulares, dada la naturaleza legal de la actividad y la legítima procedencia de una gran parte de los dineros pagados, habida cuenta la calidad de empresarios que los citados hermanos tenían.

5. No sólo omitió indicar sobre qué medios probatorios fincaba tales asertos, sino que no demostró los yerrores en que pudieran haber incurrido los jueces de instancia en la valoración de los mismos, y en virtud de los cuales arribaron a las conclusiones que suscitan su inconformidad.

6. Y, por último, el censor dejó de lado algo indiscutible: el recurso extraordinario de casación no constituye una tercera instancia aprovechable para proseguir el debate jurídico o probatorio propuesto en el curso del proceso. Por ello, en lugar de presentar y acreditar la existencia de errores trascendentes en la apreciación de los medios de prueba -como lo señaló en el enunciado del cargo- todo su esfuerzo argumentativo lo dirigió a expresar a la Corte su personal interpretación de los hechos objeto de investigación y a exponer su pensamiento sobre una sola de entre las múltiples y diversas pruebas incorporadas a la abundante foliatura.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

No casar la sentencia impugnada

Cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGGO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

No hay firma

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN NILSON E. PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

¹ Cfr., por ejemplo, Corte Suprema de Justicia. Auto del 31 de octubre de 2000, Rad. 17.087. Sentencia del 4 de abril de 2001, Rad. 16.356.

² Sentencias del 19 de diciembre de 2000, 14 de agosto de 2000 y 11 de diciembre de 1999, Radicaciones Nos. 15.941, 15.946, 14.655 y 14.796, respectivamente.

³ Cfr., por ejemplo, Casaciones del 14 de marzo de 1990, 22 de junio de 1990, 18 de octubre de 2000, 12 de marzo de 2001, Radicaciones 3.759, 4.563, 15.214, 12.098, respectivamente.

Casación 16.717
Alberto Giraldo López

ANEXO G. SENTENCIA N° C-127 DE 1993

Sentencia No. C-127/93

TIPO PENAL ABIERTO/TERRORISMO/DELITO POLITICO

Frente a delitos "estáticos" o tradicionales, deben consagrarse tipos penales cerrados. Pero frente a delitos "dinámicos" o fruto de las nuevas y sofisticadas organizaciones y medios delincuenciales, deben consagrarse tipos penales abiertos. Así pues, el "terrorismo" es un delito dinámico y se diferencia por tanto de los demás tipos. Como conducta responde a unas características diferentes de cualquier tipo penal, por lo siguiente: Primero, es pluriofensivo pues afecta o puede llegar a afectar varios bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal. Segundo, obedece a organizaciones delincuenciales sofisticadas. Tercero, el terrorista demuestra con su actitud una insensibilidad frente a los valores superiores de la Constitución Política, que son un mínimo ético, al atentar indiscriminadamente contra la vida y dignidad de las personas. Es de tal gravedad la conducta terrorista que los beneficios constitucionalmente consagrados para el delito político no pueden extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechando la situación de indefensión de la víctima. El delito político es diferente al delito común y recibe en consecuencia un trato distinto. Pero, a su vez, los delitos, aún políticos, cuando son atroces, pierden la posibilidad de beneficiarse de la amnistía o indulto.

HOMICIDIO CON FINES TERRORISTAS/DERECHO A LA IGUALDAD

No existe vulneración del artículo 13 de la Constitución que consagra el derecho a la igualdad, cuando se trata de homicidio con fines terroristas cuyo sujeto pasivo es cualificado. La norma no vulnera el principio de la igualdad, pues la igualdad se refiere a un trato igualitario entre iguales. La interpretación correcta debe encaminarse a resaltar en cada hecho punible el elemento subjetivo de la finalidad terrorista. Es decir no basta que el sujeto pasivo aparezca relacionado en un catálogo, sino que se hace imprescindible que las motivaciones sean propias de terrorismo cuando contra esas personas se atente. Por otra parte las autoridades para mantener la independencia e integridad nacionales deben ser respetadas por todas las personas y los ciudadanos, con fundamento en el artículo 95.3 de la Constitución. El aumento de la pena responde entonces al atentado contra la persona (como en el homicidio simple del artículo 323 del Código Penal), pero cobra gran importancia su dignidad, la ocupación y su representatividad en la comunidad. No se trata en consecuencia de que tenga mayor valor la vida de determinadas personas.

INCREMENTO PATRIMONIAL

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.

NORMAS DEROGADAS

Las expresiones "intendente", "comisario", "suplente", "Concejos intendentales" "Concejos Comisariales", "Subdirector Nacional de Orden Público" y "Director Seccional de Orden

Público", son contrarias a las disposiciones constitucionales pues éstas desaparecieron con la vigencia de la nueva Constitución Política.

REF: Proceso No. D-179

NORMA ACUSADA: Decreto 2266 de 1.991.

Actores: María Consuelo del Río Mantilla y Reinaldo Botero Bedoya.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

La Corte Constitucional de la República de Colombia

**EN NOMBRE DEL PUEBLO
Y
POR MANDATO DE LA CONSTITUCION**

Ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la demanda instaurada en acción pública de inconstitucionalidad, radicada con el No. D-179, adelantada por los ciudadanos María Consuelo del Río Mantilla y Reinaldo Botero Bedoya, en contra del Decreto 2266 de 1991, por medio del cual se convirtieron en normas permanentes algunas disposiciones contenidas en los decretos de estado de sitio N° 3664 de 1.986, 1198 de 1.987, 1631 de 1.987, 180 de 1.988, 2490 de 1.988, 1194 de 1.989, 2790 de 1.990 y 99 de 1.991.

I. ANTECEDENTES

El Gobierno Nacional, mediante el Decreto 1038 de mayo 1° de 1.984, había decretado el Estado de Sitio en todo el territorio nacional.

Posteriormente el 27 de enero de 1.988 el Gobierno dictó en ejercicio de las facultades de excepción, el Decreto N° 180, denominado "Estatuto para la Defensa de la Democracia", por el cual se complementan algunas normas del Código Penal y se dictan otras disposiciones conducentes al restablecimiento del orden público.

Más tarde el Gobierno Nacional expidió los decretos 261 de 1.988 y 099 de 1.991, por medio de los cuales modificó algunas disposiciones del Decreto 180 de 1.988.

Esta era la situación que reinaba al momento de la reforma constitucional de 1991. Ahora el artículo 8° Transitorio de la Constitución Política autorizó al Gobierno Nacional para convertir en normas permanentes los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de Estado de Sitio que se hubiesen dictado hasta el momento de la promulgación de la Constitución, para lo cual contaba con 90 días a partir del día 5 de julio de 1.991; decretos éstos que debían ser sometidos a la aprobación de la Comisión Especial Legislativa, la cual había sido creada por el artículo 6° Transitorio de la Carta.

Fue así como la Comisión Especial Legislativa aprobó parcialmente los referidos decretos de estado de sitio sometidos a su consideración por el Gobierno, que después fueron promulgados en un sólo cuerpo normativo mediante el Decreto 2266 de 1.991 que ahora nos ocupa.

1. El Decreto demandado.

DECRETO NUMERO 2266 DE 1991

(octubre 4)

por el cual se adoptan como legislación permanente unas disposiciones expedidas en ejercicio de las facultades del Estado de Sitio.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo transitorio 8° de la Constitución Política, y

CONSIDERANDO:

Que el Gobierno Nacional se encuentra autorizado por el artículo transitorio 8° de la Constitución Política para convertir en legislación permanente, los decretos expedidos en ejercicio de las facultades del Estado de Sitio, que la Comisión Especial no haya improbadado;

Que la Comisión Especial creada por el artículo transitorio 6° de la Constitución Política en ejercicio de la atribución conferida en el literal a) de la misma disposición, ha decidido no improbar las normas del Decreto legislativo 815 de 1989, que se adoptan como legislación permanente,

DECRETA:

ARTICULO 1° Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 3664 de 1986:

Artículo 1° El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y en el decomiso de dicho elemento.

La pena anteriormente dispuesta se duplicará cuando el hecho se cometa en las circunstancias siguientes:

- a) Utilizando medios motorizados;
- b) Cuando el arma provenga de un hecho ilícito;
- c) Cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades;
- d) Cuando se empleen máscaras o elementos similares que sirvan para ocultar la identidad o la dificulten.

Artículo 2° El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre o porte armas o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas, incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años y en el decomiso del material correspondiente.

La pena mínima anteriormente dispuesta se elevará al doble cuando concurren las circunstancias determinadas en el inciso 2 del artículo 1° de este Decreto.

ARTICULO 2° Adóptese como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1198 de 1987:

Artículo 1° Elévase a la condición de delito la contravención descrita en el artículo 64 de la Ley 30 de 1986 y del artículo 65 de la misma ley, las cuales serán sancionables con pena de prisión de tres (3) a diez (10) años.

ARTICULO 3° Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1631 de 1987:

Artículo 1° Al responsable de alguna de las conductas punibles previstas en el Código Penal cuando su acción aparezca encaminada a perseguir o intimidar a cualquier habitante del territorio nacional por sus creencias u opiniones políticas, partidistas o no, se le aplicará la pena prevista en la respectiva disposición aumentada de una cuarta parte a la mitad.

La misma pena se impondrá si la conducta se realiza contra los parientes, hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, de la persona a quien se pretende intimidar o perseguir por razón de sus creencias u opiniones políticas.

ARTICULO 4° Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 180 de 1988:

Artículo 1° Terrorismo. El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices valiéndose de medios capaces de causar estragos incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensual, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con este hecho.

Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, cassette o escritos anónimos, la pena será de dos (2) a cinco (5) años y la multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

Artículo 2° Circunstancias de agravación punitiva. Las penas señaladas en el artículo anterior, serán de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión y una multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales, cuando:

- a) Se hiciere participe en la comisión del delito a menores de dieciséis (16) años;
- b) Se asalten o se tomen instalaciones militares, de policía, de los cuerpos de seguridad del Estado o sedes diplomáticas consulares;
- c) La acción se ejecute para impedir o alterar el normal desarrollo de certámenes electorales;
- d) El autor o participe hubiere sido miembro de las Fuerzas Militares, Policía Nacional u organismos de seguridad del Estado;
- e) Cuando con el hecho se afecten edificaciones de países amigos o se perturben las relaciones internacionales.

Artículo 4° Omisión de informes sobre actividades terroristas. El que conociendo de la presencia de terroristas, o sus planes y actividades para cometer alguna de las conductas contempladas en el artículo primero, omitiere informar oportunamente sobre ellos a la autoridad competente, incurrirá en la pena establecida en el artículo 1°, disminuida de una sexta parte a la mitad.

Cuando la omisión sea cometida por empleados oficiales la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

Artículo 6° Instigación o constreñimiento para ingreso a grupos terroristas. Quien fomenta o ejecute actividades tendientes a obtener el ingreso de personas a grupos terroristas, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la acción se realice respecto de menores de dieciséis (16) años, de miembros activos o retirados de las Fuerzas Militares, de Policía Nacional u organismos de seguridad del Estado, o cuando se constriña u obligue a alguien a participar o colaborar en actividades terroristas.

Artículo 7º Concierto para delinquir. El que forme parte de un grupo de sicarios o de una organización terrorista incurrirá por este sólo hecho prisión de diez (10) a quince (15) años.

La pena se aumentará en una tercera parte para quienes promuevan, encabecen o dirijan a los integrantes de estos grupos u organizaciones.

Artículo 8º Instigación al terrorismo. El que pública o privadamente incide a otro u otros a la comisión de estos terroristas, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) y una multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

Artículo 12. Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos. El que con propósitos terroristas coloque, lance bomba artefactos explosivos o incendiarios, o corrosivo de cualquier tipo, lo envíe, porte o remita, que pueda afectar la integridad física de las personas o los bienes, en la vía pública, centros de recreación, instalaciones deportivas, instituciones de enseñanza, iglesias, en lugares caracterizados por la concurrencia habitual de personas, centros de salud, edificios públicos o privados, en lugares destinados a la habitación, en instalaciones industriales, militares o de policía, estará sometido a la pena de diez (10) a veinte (20) años de prisión y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

Artículo 14. Corrupción de alimentos y medicinas. El que envenene, contamine, o altere producto o sustancia alimenticia o medicinal con fines terroristas, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años y a multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

Artículo 15. Instrucción y entrenamiento. El que organice, instruya, entrene o equipe a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares o terroristas, o las contrate con fines terroristas, incurrirá en prisión de ocho (8) a catorce (14) años y multa de quince (15) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales.

Cuando la instrucción o entrenamiento se refiera a la fabricación o uso de armas de fuego, explosivos, sustancias inflamables, asfixiantes, tóxicas o corrosivas, o se realice con mercenarios, las penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

Artículo 16. Utilización ilícita de equipos transmisores o receptores. El que para los efectos previstos en el artículo primero posea o haga uso de aparatos de radiofonía o televisión, o de cualquier medio electoral electrónico diseñado o adaptado para emitir o recibir señales, incurrirá, por éste solo hecho en prisión de tres (3) a seis (6) años.

Artículo 17. Administración de recursos. El que administre dinero o bienes relacionados con terroristas, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

Artículo 18. Intercepción de correspondencia inicial. El que viola intercepte o o sustraiga correspondencia oficial, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

La pena descrita en el inciso anterior se aumentará hasta en una tercera parte, cuando la correspondencia esté destinada o remitida a los organismos de seguridad del Estado.

Artículo 19. Utilización ilegal de uniformes e insignias. El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, compre, venda, suministre, sustraiga, porte o utilice prendas para la fabricación de uniformes de campaña, insignias o medios de identificación, de uso privativo de la fuerza pública o de los organismos de seguridad del Estado, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años, multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales y en el decomiso de dichos elementos.

Artículo 20. Suplantación de autoridad. El que con fines terroristas simule autoridad, suplante a la autoridad legítima, o usurpe sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) a sesenta salarios mínimos mensuales.

Artículo 21. Instalación a la comisión de delitos militares. El que en beneficio de actividades terroristas incite al personal de la Fuerzas Militares, Policía Nacional u

organismos de seguridad del Estado a desertar, abandonar el puesto o el servicio, o ponga en práctica cualquier medio para este fin, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

Artículo 22. Secuestro. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales.

Artículo 23. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas señaladas en el artículo anterior, se aumentarán en una tercera parte si concurriere alguna de las siguientes circunstancias.

a) Si el delito se cometiere en personas de inválido, enfermo, menor de dieciséis (16) años, mayor de sesenta (60) años o mujer embarazada;

b) Si se somete a la víctima a tortura durante el tiempo que permanezca secuestrada;

c) Si la privación de libertad del secuestrado se prolongare por más de diez (10) días;

d) Si se comete en ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, hermano o hermana, cónyuge o a fin en línea directa en primer grado;

e) Si se comete en persona que sea o hubiere sido empleado oficial y por razón de sus funciones;

f) Cuando se exija por la libertad del secuestrado un provecho o cualquier utilidad;

g) Cuando se presione la obtención de lo exigido con amenazas de muerte o lesión del secuestrado, o con ejecución de acto que implique peligro común, grave perjuicio de la comunidad o de la salud pública;

h) Cuando se cometa para hacer u omitir algo o con fines publicitarios de carácter político.

Artículo 24. Torturas. El que someta a otra persona a tortura física o síquica, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

Artículo 25. Extorsión. El que con el propósito de facilitar actos terroristas, obligue a otro a hacer, suministrar, tolerar u omitir alguna cosa mediante amenazas, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y en multa de quince (15) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales.

Artículo 26. Amenazas personales o familiares. El que por cualquier medio apto para difundir el pensamiento atemorice, amenace o cause alarma, zozobra o terror en una persona o familia, incurrirá, por este solo hecho, en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de cinco (5) a veinticinco (25) salarios mínimos mensuales.

Si la persona amenazada o intimidada fuere funcionario público perteneciente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o sus familiares, la pena se aumentará en una tercera parte.

Artículo 28. Secuestro de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo. El que mediante violencia, amenazas o maniobras engañosas, se apodere de nave, aeronave, o de cualquier otro medio de transporte colectivo, o altere su itinerario, o ejerza su control, será sancionado con prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

Si como resultado de estos actos se ocasionaren daños a la integridad personal de la tripulación o sus ocupantes, la pena será de quince (15) a veinte (20) años y la multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.

Si se produce la muerte de una o varias personas, la pena será de veinte (20) a treinta (30) años y la multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales.

Artículo 29. Homicidios con fines terroristas. El que con fines terroristas diere muerte a un magistrado, juez, gobernador, intendente, tesorero municipales, o miembros principales o suplentes del Congreso de la República, de las Asambleas Departamentales, de los Consejos Intendenciales, de los Consejos Comisariales o

de los Concejos Municipales o del Distrito Especial de Bogotá, Presidente de la República, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, candidato, dirigente político, dirigente de Comité Cívico o Gremial, periodista, profesor universitario, directivo de organización sindical, miembros de las Fuerzas Militares, Política Nacional o de Organismos de Seguridad del Estado, Cardenal, Primado, Agente Diplomático o consular Arzobispo u Obispo, incurrirá en prisión de quince (15) a veinticinco (25) años y en multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales.

Artículo 30. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas previstas en el artículo anterior, se aumentarán hasta en una quinta parte cuando el hecho se cometa:

a) Si el hecho produjo incapacidad para trabajar o enfermedad que no pase de treinta (30) días, las penas serán de dos (2) a cuatro (4) años de prisión y multa de cinco (5) a veinte (20) salarios mínimos mensuales;

b) Si la incapacidad o la enfermedad pasare de treinta (30) días, sin exceder de noventa (90) días, la pena se aumentará hasta en una tercera parte;

c) Si la incapacidad o enfermedad excediere de noventa (90) días, la pena se aumentará en dos terceras partes.

Artículo 32. Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cinco (5) a cuarenta (40) salarios mínimos mensuales.

Si fuere permanente la deformidad, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión y multa de diez (10) a cincuenta salarios mínimos mensuales.

Si la deformidad afecta el resto, las penas se aumentarán hasta en una tercera parte.

Artículo 33. Perturbación funcional. Si el daño consistiere en perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, la pena será de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

Si fuere permanente, la pena será de seis (6) a doce (12) de prisión y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

Artículo 34. Perturbación síquica. Si el daño consistiere en perturbación síquica transitoria, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

Si fuere permanente, la pena será de siete (7) a trece (13) años de prisión y la multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

Artículo 35. Pérdida anatómica o funcional de un organismo o miembro. Si el daño consistiere en la pérdida de la función de un órgano o miembro, la pena será de ocho (8) a catorce (14) años de prisión y la multa de veinte (20) a ciento veinte (120) salarios mínimos mensuales.

Artículo 36. Unidad punitiva. Si, como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, sólo se aplicarán las penas correspondientes al de mayor gravedad.

ARTICULO 5°. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 2490 de 1988:

Artículo 3° Cuando las lesiones personales se ocasionen por quien pertenezca a grupo armado, las penas previstas en el artículo 31 del Decreto legislativo 180 de 1988 se incrementarán en otro tanto.

ARTICULO 6° Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1194 de 1989:

Artículo 1°. Quien promueva, financie, organice, dirija, fomente o ejecute actos tendientes a obtener la formación o ingreso de personas a grupos armados de los denominados comúnmente escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de

justicia privada, equívocamente denominados paramilitares, será sancionado por este solo hecho con pena de prisión de veinte (20) a treinta (30) años y multa de cien (100) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales.

Artículo 2°. La persona que ingrese, se vincule, forme parte o a cualquier título pertenezca a los grupos armados a que se refiere el artículo anterior, será sancionada, por este solo hecho, con pena de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, sin perjuicio de la sanción que le corresponda por los demás delitos que cometa en ejercicio de esa finalidad.

Artículo 3°. El que instruya, entrene o equipe a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares para el desarrollo de las actividades delictivas de los grupos anteriormente mencionados, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y en multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

Artículo 4°. Cuando las conductas descritas en el presente Decreto sean cometidas por miembros activos o retirados de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional o de organismos de seguridad del Estado, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

ARTICULO 7°. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1856 de 1989:

Artículo 6°. Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito del narcotráfico y conexos, incurrirá en pena de prisión de cinco a diez años y multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes.

ARTICULO 8°. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1857 de 1989:

Artículo 1° Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de cinco (5) a nueve (9) años y en multa y en multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales.

Artículo 2°. Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en arresto de dos (2) y a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

ARTICULO 9°. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1858 de 1989:

Artículo 1° El que con el pretexto de adelantar campaña política en desarrollo de actividades electorales utilice las armas o amenace por cualquier medio, para obtener apoyo o votación por determinado candidato o lista de candidatos, o por los mismos medios impida a un ciudadano o lista de candidatos, o por los mismos medios impida a un ciudadano el libre ejercicio del derecho de sufragio, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales.

ARTICULO 10. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1895 de 1989:

Artículo 1°. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para si o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una 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.

ARTICULO 11. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 2790 de 1990:

Artículo 6°. Siempre que el delito de secuestro se dirija contra persona que ocupe alguno de los cargos mencionados en el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 474 de 1988 o en funcionamiento de la Rama Jurisdiccional, Registrador Nacional del Estado Civil, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Delegado del Consejo Nacional Electoral o del Registrador, Registrador Departamental o Municipal del Estado Civil, Agente del Ministerio Público, Agente Diplomático o Consular al servicio de la Nación o acreditado ante ella, Comandante General o miembro de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional o de los Cuerpos de Seguridad, Subdirector Nacional de Orden Público, Director Seccional de Orden Público, Miembro de la Asamblea Nacional Constitucional, Miembro principal o suplente de las Asambleas Departamentales, funcionario elegido por Corporación de elección popular, Cardenal, Primado, Arzobispo, Nuncio y Obispo; o se ejecute con fines terroristas; u obedezca a los propósitos descritos en el artículo 1° del Decreto 1631 de 1987 o persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal, se sancionará con prisión de veinte (20) a veinticinco (25) años y multa de un mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales.

Quien forme parte de grupo u organización de personas que tenga como uno de sus fines o propósitos el de cometer el hecho punible descrito en el inciso anterior, incurrirá por ese solo hecho en la sanción allí prevista, disminuida en una tercera parte. La misma sanción se aplicará a quien, teniendo conocimiento de la comisión de hecho punible de secuestro ayude a eludir la acción de la autoridad, o a entorpecer la investigación correspondiente, o a ocultar o asegurar el producto del delito o lo adquiera o enajene.

Del mismo modo, quien conociendo de los planes o actividades de uno de los mencionados grupos u organizaciones de personas en relación con el delito de secuestro, omitiere informar oportunamente sobre aquéllos a la autoridad, o no denunciare un secuestro de cuyos autores o partícipes tenga conocimiento, incurrirá en la pena establecida en el inciso primero de este artículo disminuida en la mitad.

Parágrafo. Los incrementos o disminuciones de que tratan los artículos 23 del Decreto 180 de 1988, 270 y 271 del Código Penal, se aplicarán a todas las figuras delictivas descritas en los incisos precedentes.

Artículo 7°. El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para los incrementos señalados en los artículos 355 y 372 del Código Penal.

Si el propósito o fin perseguido por el agente es el de facilitar actos terroristas constriñendo a otro mediante amenazas a hacer suministrar, tolerar u omitir alguna cosa, la sanción será de quince (15) a veinte (20) años de prisión y multa de un mil a un mil quinientos salarios mínimos legales mensuales.

Quien forme parte de organización o grupo de personas que tenga como uno de sus fines o propósitos la comisión de hecho punible de los descrito en los incisos anteriores, o ayude a eludir la acción de la autoridad, o a entorpecer la investigación correspondiente, o a ocultar asegurar el producto del delito, o lo adquiera o enajene, incurrirá por ese solo hecho en la sanción prevista en el inciso primero disminuida en una tercera parte.

Del mismo modo, quien conociendo de los planes y actividades de uno de los mencionados grupos u organizaciones de personas en relación a delito de extorsión, omitiere informar oportunamente sobre aquéllos a la autoridad, o no denuncie una extorsión de cuyos autores o participantes tenga conocimiento, incurrirá en la pena establecida en el inciso primero disminuida en la mitad.

ARTICULO 12. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 099 de 1991:

Artículo 1º Para todos los efectos de ley, los artículos del Decreto legislativo 2790 de 1990, que se incluyen a continuación quedarán así: estatuto, por causa o por motivo de esos cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones, estarán sujetos a pena de prisión de quince (15) a veinticinco (25) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales.

ARTICULO 13. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Santa Fe de Bogotá, D.C., a 4 de octubre de 1991.

2. De la demanda.

Los ciudadanos María Consuelo del Río Mantilla y Reinaldo Botero Bedoya, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241 de la Constitución, demandaron ante la Corte Constitucional la inexequibilidad del Decreto 2266 de 1.991, por medio del cual se convierten en normas permanentes algunas disposiciones contenidas en los decretos de estado de sitio N° 3664 de 1.986, 1198 de 1.987, 1631 de 1.987, 180 de 1.988, 2490 de 1.988, 1194 de 1.989, 2790 de 1.990 y 99 de 1.990.

Los actores consideran infringidas las normas constitucionales contenidas en los artículos 4º, 5º, 13, 20, 22, 29, 93, 94, 113, 114, y los artículos 8º y 9º transitorios.

También estiman violadas las normas internacionales de derechos humanos, que por disposición del artículo 93 de la Carta prevalecen sobre el derecho interno. Tales disposiciones son: los artículos 7º, 9º, 11 y 12 de la Carta de las Naciones Unidas; los artículos 1º, 2º, 4º 5º.2, 5º.3 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 2º, 18, 25 y 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; los artículos 7º, 8º, 24, 25 y 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La motivación de la violación se resume en los siguientes puntos:

a) Violación al principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*.

Para los actores todas las disposiciones contenidas en el Decreto 2266 de 1.991 contienen tipos penales abiertos, abstractos, ambiguos e indeterminados, motivadores de una facultad discrecional para el juzgador a efecto de que legisle sobre la tipicidad y la culpabilidad, determinando la existencia del hecho punible atendiendo a valoraciones subjetivas.

Al sentir de los demandantes, la carencia de una tipicidad estricta, como elemento estructural de la legalidad del delito y la pena, viola el principio de tipicidad general de rango constitucional, como mecanismo garantista de las libertades democráticas y sistematizador del Estado de derecho. Ello en la medida que los tipos penales no determinan ni definen el comportamiento sancionable ni el derecho protegido, ya que su estructura gramatical y su objeto político depende en todo caso del criterio del juzgador, que es quien determina y define el comportamiento sancionable y el monto de la pena.

Se toma como ejemplo en la demanda la categoría general de "terrorismo" que está fundamentada sobre el hecho de una presunción general hipotética según la cual diferentes conductas consideradas como punibles quedan sometidas al régimen de adecuación típica del género "actividad terrorista", siendo que ciertas conductas (contenidas en la ley 30 de 1.984) o el homicidio agravado por las circunstancias del sujeto pasivo del hecho, queden descritas *ipso-iure* como actividades terroristas.

Al observar todas las disposiciones contenidas en el Decreto 2266 de 1.991 se encuentra, afirman los ciudadanos del Río y Botero, que la estructura descriptiva de las conductas no consulta el principio de tipicidad como mecanismo garantista de la libertad individual, y se hace un reiterado uso de fórmulas abiertas en relación con la conducta misma o con los objetos o instrumentos utilizados para cometer el delito.

b) Violación del principio de igualdad ante la ley.

Seguidamente los actores sostienen que las normas protectoras de derechos tanto en su forma descriptiva como en los mecanismos de ejecución para su cumplimiento deben estar revestidas de una generalidad tal que permita que los derechos de todos los ciudadanos se encuentren debidamente protegidos dentro de las mismas condiciones y circunstancias, pues la Constitución protege valores generales.

Consideran los demandantes que una norma que no protege valores generales invita a su violación y corresponde al legislador ordinario proteger permanentemente los derechos individuales y concretos, mediante los mecanismos jurídicos y políticos que señalen las normas generales de rango constitucional, de modo que el articulado de la Carta adquiera características concretas en su materialización protectora.

c) El estado de sitio: sus elementos estructurales. Los motivos determinantes de su declaratoria fueron derogados por el Constituyente.

Por último los demandantes aducen que el nuevo orden creado a partir de las disposiciones constitucionales expedidas por la Asamblea Nacional Constituyente se enmarca dentro de un contexto político e histórico determinado, definido como un acuerdo internacional tendiente a eliminar los factores de perturbación del orden público y con el firme propósito de hallar salidas específicas y civilizadas a los factores de conflicto y violencia que en ese entonces afectaban toda la vida nacional.

Si los motivos de la declaratoria del estado de sitio contenidos en el Decreto 1038 de 1.984 fueron los atentados contra el orden institucional vigente por parte de grupos armados, sostienen los actores, no se entiende cómo a partir de la expedición de la nueva Carta de derechos y la derogatoria de esa medida exceptiva (Decreto 1684 del 4 de julio de 1.991), se mantengan vigentes normas que en su momento tenían como fundamento factores reales que hoy todavía subsisten sin necesidad de que para contrarrestarlos haya sido necesario volver a declarar turbado el orden público mediante un estado de excepción.

3. De la intervención ciudadana.

Durante el término de fijación en lista el Abogado Vicente Soto Lara, en representación del Despacho del Ministro de Justicia, presentó a la Secretaría de la Corte Constitucional un escrito en el que sustentó la constitucionalidad del Decreto 2266 de 1.991 con fundamento en los siguientes argumentos:

a) El Gobierno Nacional procedió a la expedición del decreto acusado para dar cumplimiento al precepto constitucional contenido en el artículo transitorio 8° de la Constitución.

b) Una prueba fehaciente sobre la constitucionalidad del Decreto 2266 de 1.991, se encuentra en la actuación de la Comisión Especial Legislativa creada por el artículo transitorio 6° de la Constitución.

c) La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de junio de 1.991 consideró que se hace necesario en determinadas circunstancias tomar medidas especialmente rígidas que hagan posible la satisfacción de los ciudadanos y el cumplimiento de los deberes del Estado. Ha sido principal preocupación del Gobierno Nacional, como también de los ciudadanos en general, combatir las manifestaciones de terrorismo y la delincuencia organizada, lo que se ha expresado en una decisión colectiva por rechazar tales fenómenos de violencia.

d) El estado actual del orden público hace necesario que el Gobierno cuente con instrumentos ágiles que le permitan hacer frente a los desafíos que sufre el Estado de derecho y conjurar las crisis que sobreviven a diario por cuenta de los violentos. Con la expedición del Decreto 2261 de 1.991 se da un avance a la efectiva protección de los derechos del ser humano y en especial a los ciudadanos colombianos.

e) Ante la penosa situación de impunidad y de infracción permanente a los preceptos constitucionales, legales y morales en protección al bienestar o a la tranquilidad y a un estado pacífico y armónico de la comunidad colombiana, se deben aplicar medidas severas y rígidas y aún aflictivas a quienes incurran en conductas ilegales e ilícitas, pues deben soportar todo el peso de la ley.

f) El Gobierno en cumplimiento estricto de las normas constitucionales debe: defender el Estado Social de Derecho (art. 1º), promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (art. 2º), acatar la Constitución y las leyes, respetar y obedecer a la autoridad (art. 4º), darle primacía a los derechos inalienables de la persona (art. 6º), ser responsable por infracción de la Constitución y de las leyes (art. 6º), y velar por la paz como un derecho y deber de obligatorio cumplimiento (art. 22).

Con base en los anteriores argumentos, el Ministerio de Justicia solicitó a la Corte Constitucional la declaratoria de constitucionalidad del Decreto 2266 de 1.991.

4. Del concepto del Procurador General de la Nación.

De conformidad con lo ordenado en los artículos 242-2 y 278-5 de la Carta Política, procedió el Procurador General de la Nación a rendir el concepto de rigor dentro de la oportunidad establecida para el efecto en el artículo 7º del Decreto 2067 de 1.991.

Considera el titular del Ministerio Público que la confrontación normativa entre el Decreto demandado y la Constitución se encuentra inscrita dentro de las circunstancias o el ámbito de la normatividad jurídica y no dentro de un marco de excepción o de perturbación del orden público. Así, el fundamento de validez para adoptar normas de estado de sitio como legislación permanente, reside en la compatibilidad de las mismas con la preceptiva de la Carta Política vigente y no en las motivaciones que le dieron origen: su control es autónomo de las consideraciones que en su momento esgrimió el Ejecutivo para su expedición y fueron declaradas exequibles por la Corte Suprema de Justicia, como juez de la Constitución de ese entonces. Cita al respecto la vista fiscal el salvamento de voto proferido por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia doctores Pablo J. Cáceres, Rafael Méndez Arango, Ramón Zúñiga, Pedro Escobar, Simón Rodríguez, Manuel Enrique Daza y Jorge Enrique Valencia, a la sentencia de 15 de agosto de 1.991, en la que la Corporación se inhibió para decidir sobre la revisión del Decreto 099 de 1.991.

El Procurador analiza la normatividad demandada desde dos puntos de vista: uno formal y otro material.

1) Análisis formal de las normas demandadas:

En relación con este aspecto, el Procurador encuentra que tanto el Gobierno como la Comisión Espacial Legislativa cumplieron con todos los requisitos, toda vez que las normas incorporadas a la disposición demandada se encontraban vigentes al momento en que se promulgó la Constitución y ellas fueron declaradas exequibles por la Corte Suprema de Justicia.

El decreto demandado fue expedido el 4 de octubre de 1.991, o sea dentro de los 90 días que disponía para el efecto. El acto proferido fue un decreto con fuerza de ley y, finalmente no fue improbadado por la Comisión Legislativa.

Por todo lo anterior el Ministerio Público concluye que formalmente el Decreto 2266 de 1991 es conforme con la Constitución.

2) Análisis material de las normas demandadas:

En el análisis el Procurador parte de la base de que la Carta Política de 1.991 es un **Pacto Social** fruto de un consenso para la paz, para la búsqueda de soluciones democráticas a la

crisis, en el que se consagró un catálogo de derechos, deberes y garantías, en donde la persona humana es la que legitima la existencia misma del Estado.

Por otra parte el Procurador General sostiene lo siguiente:

Por lo tanto, no se compadece con el nuevo Estado Social de Derecho, que supone una protección real y efectiva de los derechos de las personas, la consagración como legislación permanente, de normas de Estado de Sitio, como algunos de los sometidos a examen, que vulneran una serie de derechos y garantías individuales, al adolecer de graves fallas a nivel de técnica legislativa, que desarrollan instrumentos, tales como lo ha demostrado la experiencia, de tipo regresivo, represivo y autoritario, fruto de la urgencia en que debieron ser tomadas, válidas ante la gravedad que revestía la situación de orden público y la falta de claridad respecto de una política criminal coherente.

El Ministerio Público divide así la presentación de sus argumentos:

a) Falta de técnica legislativa como vicio de inconstitucionalidad.

Según la vista fiscal, la Corte Suprema de Justicia, al analizar los decretos de estado de sitio que fueron posteriormente incorporados como legislación permanente, consideró que algunos de ellos adolecían de graves fallas a nivel de técnica legislativa. El Procurador en su concepto considera que las fallas o defectos de técnica legislativa que vayan en detrimento del derecho fundamental al debido proceso, deben ser declaradas inconstitucionales, sobre todo en tratándose de normas de derecho penal que son de orden público. Al respecto manifestó el Procurador:

Cuando la técnica legislativa deja ya de ser un problema formal y accesorio para convertirse en un asunto estructural de la norma acusada, se constituye esta falla en un vicio de inconstitucionalidad.

b) Antijuridicidad como garantía del principio de legalidad.

La ausencia de precisión y claridad en cuanto a los valores protegidos que subyacen en las conductas definidas en el Decreto demandado, lesionan según la vista fiscal el principio de la legalidad, el cual hace parte del principio del debido proceso.

El Ministerio Público analiza los artículos 1º, 2º, 3º, 9º, 10º, 27, y 28 del decreto 180 de 1.988, en los que se presenta una confusión con la consagración legal en un estatuto de una pluralidad de bienes jurídico y que obedece a una política criminal no coherente; además, la norma demandada adolece de una serie de defectos en la asignación de las penas.

c) Tipicidad:

En el aspecto de la tipicidad el Procurador comparte los argumentos esgrimidos por los actores porque la normatividad acusada viola el principio de tipicidad y por ende el del debido proceso, en la medida en que existe una descripción vaga y ambigua de casi todas las conductas tipificadas en el decreto en comentario.

d) La criminalización como última política para afrontar problemas de orden público.

La experiencia ha demostrado que las medidas tendientes a la desjudicialización y a la despenalización han sido más efectivas para controlar el tipo de conductas que el Decreto impugnado intenta reprimir. En el caso particular de las normas demandadas se observa un incremento desmesurado en las penas.

Finalmente advierte el Procurador que la declaratoria de inexequibilidad de los artículos acusados no comporta una desprotección de los bienes jurídicos que la norma pretende

tutelar, puesto que las conductas allí descritas se encuentran tipificadas sistemáticamente en el régimen penal ordinario.

Como conclusión el Procurador General solicita a la Corte Constitucional que declare la inconstitucionalidad del Decreto 2266 de 1.991, por violar especialmente los artículos 1º, 2º, 13 y 29 de la Carta Política.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS.

1. Competencia.

La competencia de esta Corporación para resolver en definitiva sobre la constitucionalidad del decreto transcrito se deriva del artículo 10º Transitorio de la Carta Política, que dice:

Los decretos que expida el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los anteriores artículos tendrán fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional.

Y en efecto el decreto 2266 de 1.991 fue dictado en virtud de los artículos 5º y 6º transitorios.

2. Un itinerario en búsqueda de la convivencia.

Para la década de los ochenta, en Colombia se vivía una crisis generalizada. Las causas que llevaron al legislador de excepción a decretar el Estado de Sitio en todo el territorio nacional mediante el Decreto 1038 de 1.984 no habían desaparecido y por el contrario se habían recrudecido con las acciones de grupos narcoterroristas y guerrilleros, que atentaban contra el Régimen Constitucional mediante hechos de perturbación del orden público. Dichas causas eran:

"Que en diversos lugares del país han venido operando reiteradamente grupos armados que han atentado contra el Régimen Constitucional, mediante lamentables hechos de perturbación del orden público y suscitado ostensible alarma en los habitantes;

"Que para conjurar la grave situación especialmente en los departamentos de Caquetá, Huila, Meta y Cauca, el Gobierno declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio de dichos departamentos por medio del decreto número 615 del 14 de marzo anterior;

"Que el Gobierno ha utilizado para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales los medios que le atribuye la legislación ordinaria, sin que haya bastado su efecto para recobrar la normalidad;

"Que con posterioridad a la expedición del Decreto número 615 de 1.984, han tenido asaltos a poblaciones por obra de grupos armados, entre ellos los ocurridos sobre Acevedo en el departamento del Huila, Corinto en el departamento del Cauca, Sucre y Jordán Bajo en el departamento de Santander, Giraldo en el departamento de Antioquia y Miraflores en la comisaría del Guaviare;

"Que por la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, viene perturbándose gravemente el normal funcionamiento de las instituciones en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salubridad públicas y en la economía nacional;

"Que recientemente ocurrieron actos terroristas en la ciudades de Medellín, Cali y Bogotá, causantes de la destrucción de numerosos vehículos de transporte colectivo;

"Que al anochecer del día de ayer fue asesinado el señor Ministro de Justicia, Rodrigo Lara Bonilla;
"Que en general, hechos de violencia provocados por las circunstancias antes mencionadas han ocasionado sensibles bajas del personal de las Fuerzas Militares y de Policía, lo mismo que víctimas en la población civil;
"Que se hace necesario, ante la gravedad de la situación, adoptar las medidas de excepción contempladas en el artículo 121 de la Constitución Política;

En ejercicio de las facultades de excepción que tal estado permitía, se expidió entre otras normas el Decreto 180 de 1.988 o Estatuto para la Defensa de la Democracia. Algunas de las consideraciones para la expedición del Decreto fueron las siguientes:

Que tales fenómenos de perturbación del orden público se han agravado considerablemente en todo el territorio nacional, manifestándose en actos que atentan contra la vida e integridad de funcionarios del Estado, dirigentes políticos y sindicales, intelectuales; el secuestro de candidatos a alcaldías y corporaciones públicas de elección popular, con fines desestabilizadores de las instituciones democráticas;
Que igualmente mediante actos terroristas se han causado graves daños a oleoductos, plantas industriales, edificios públicos, sedes de partidos y agrupaciones políticas, instalaciones militares, policiales y de servicios públicos;
(...)
Que es deber del Gobierno Nacional enfrentar esta situación de violencia generalizada y de ataques premeditados a las instituciones democráticas que se han manifestado en el auge de actos terroristas, para lo cual es necesario complementar las disposiciones del Código Penal y de Procedimiento Penal.
Que la declaración del actual estado de sitio tuvo origen, igualmente, en la acción criminal de grupos relacionados con el narcotráfico, la cual se ha concretado en actos desestabilizadores de las instituciones democráticas, como la muerte violenta del Procurador General de la Nación.

La respuesta frente a la situación de crisis fue de dos órdenes: primero, la decisión de varios grupos guerrilleros que hicieron dejación de las armas para intervenir en el proceso democrático y participar en la elaboración de la nueva Constitución; y segundo: la participación de la sociedad civil en la reforma constitucional a través de la convocatoria y elección de los delegatarios a una Asamblea Nacional Constituyente.

No obstante lo anterior, algunos movimientos guerrilleros no atendieron a la oportunidad de participar en la vida democrática del país y decidieron continuar con la lucha armada como vía para la consecución de sus fines.

Y por su parte el narcoterrorismo continuó en su estrategia de violencia y terror, por lo que las consideraciones que tuvo en cuenta el Ejecutivo para decretar el estado de sitio en el año de 1.984, siguen vigentes nueve años después.

Así pues, la Constitución de 1.991 buscó consolidar la paz en el país mediante el establecimiento de un Estado Social de Derecho cuyo fin esencial es garantizar la protección efectiva de los derechos humanos. La nueva Carta Fundamental fue fruto del consenso, de la participación de los diferentes actores, muchos de ellos tradicionalmente marginados o fuera de la participación democrática.

El anhelo de paz de los colombianos se consignó en el Preámbulo y en los artículos 2º, 22 y 95.6 de la Constitución. La paz quedó consagrada como un derecho y como un deber. Como Bobbio, "la paz es sólo la condición preliminar para la realización de una libre convivencia"¹.

Pero para el logro de la paz no basta con expedir las normas sino que es necesario cumplirlas. Como afirma Lowestein: "una constitución escrita no funciona por si misma, una vez haya sido adoptada por el pueblo, sino que una constitución es lo que los detentadores y los destinatarios del poder hacen de ella en la práctica."²

Es entonces por el anhelo de paz en un marco de pluralismo y tolerancia que el Constituyente consagró al efecto, en los artículos transitorios, unas normas "puente" con el fin de asegurar un proceso de transición sin traumatismos entre la legislación expedida bajo el anteriormente denominado estado de sitio y el nuevo régimen constitucional. En dichas normas transitorias se establece lo siguiente:

En el artículo 8º transitorio se dice:

Los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de Estado de Sitio hasta la fecha de promulgación del presente Acto Constituyente, continuarán rigiendo por un plazo máximo de noventa días, durante los cuales el Gobierno Nacional podrá convertirlos en legislación permanente, mediante decreto, si la Comisión Especial no los imprueba.

Dicha Comisión Especial estaba consagrada en el artículo 6º transitorio. Fue en virtud de estas disposiciones que se expidió el Decreto 2266 de 1.991, cuyo objetivo era justamente establecer como permanentes las normas de excepción que a juicio del Gobierno ameritaban mantenerse, como quiera que subsistían grupos que no se avenían a los postulados de paz de la nueva Constitución.

Por otra parte, el artículo 13 transitorio de la Constitución dice que "El Gobierno podrá dictar las disposiciones que fueren necesarias para facilitar la reinserción de grupos guerrilleros desmovilizados que se encuentren vinculados a un proceso de paz bajo su dirección."

Así mismo el Decreto 2265 de 1.991 también prolongó la vigencia de los decretos denominados de sometimiento a la justicia de personas que se encuentren al margen de la ley.

Luego **existen mecanismos jurídicos para garantizar la reinstitucionalización del país y el sometimiento de todos** al anhelo de la consecución de la paz en todo el territorio nacional.

En consecuencia es a la luz de los nuevos postulados de paz de la Carta del 91 que debe entenderse el Decreto 2266 de 1.991.

De otro lado, el Decreto 2266 de 1.991 debe ser interpretado a la luz de los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución. Tienen que ver concretamente con dicho Decreto dos fuentes formales y una fuente material, así:

Son fuentes formales el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1.968, en su artículo 9º, y la Convención Americana de Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", ratificada por la misma ley, en sus artículos 7º, 8º, 24, 25 y 27.

Y es fuente material la Carta de Naciones Unidas de 1.948 en sus artículos 7º a 12. Este último instrumento, según la Secretaría de la O.N.U., "no puede obligar a los Estados Miembros en la misma forma en que un Tratado puede obligar a las Partes; no obstante, teniendo en cuenta la mayor solemnidad y significado de una Declaración, puede considerarse que el órgano que la aprueba abriga mayores esperanzas de que los miembros de la comunidad internacional habrán de respetarla"³.

A continuación se estudiarán las acusaciones de los actores en general y cada uno de los tipos de las normas demandadas en particular.

3. Análisis general del Decreto 2266 de 1.991.

En primer lugar, tanto el Procurador General de la Nación como los actores consideraron que las normas acusadas vulneran el principio de tipicidad y por ende el debido proceso, en la medida en que existe una descripción vaga y ambigua en la mayoría de las conductas tipificadas en el Decreto 2266 de 1.991.

En segundo lugar, doctrinariamente se ha sostenido que los tipos penales abiertos son: "los que describen escuetamente la conducta o mencionan solamente el resultado, sin precisar en el primer caso las circunstancias en que tal conducta ha de realizarse, ni indicar en el segundo la modalidad del comportamiento que ha de producirlo"⁴.

La dogmática tradicional ha considerado que el tipo penal debe contener en sí mismo todos los elementos que lo determinan y que lo hacen diferente a otros tipos penales que pueden llegar a ser parecidos. Así lo fundamentan en los artículos 28 y 6º de la Constitución, reiterados por el artículo 3º del Código Penal que establece: "La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca".

Este principio busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta donde va la protección jurídica de sus actos. Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", es decir la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio, se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria.

No obstante este principio general, el propio Código Penal ha consagrado tipos penales abiertos en los que no existe total precisión de las circunstancias en que la conducta debe realizarse. De esta categoría son entre otros, la falsificación de moneda (Cod. Penal art. 207) y el incesto (Cod. Penal art. 259). En el primer caso -falsificación de moneda-, el significado de moneda se debe entender como un medio de pago cuya emisión y circulación están regulados en la ley y sobre los cuales el Estado ejerce la suprema dirección. En el incesto, la amplitud de la conducta descrita -"otro acto erótico sexual"-, es necesaria, pues las consecuencias antijurídicas se producen tanto con la sexualidad normal como con la anormal y tanto en el acceso carnal propiamente dicho como en los actos que pueden conducir a ello.

Estos dos tipos penales que se han tomado como ejemplo, desde el Código Penal de 1.837 responden a una clasificación como "tipos abiertos", por lo que se demuestra que en determinadas circunstancias el legislador no plasma en el tipo penal la descripción perfecta de la conducta, por ser imposible y sin embargo históricamente se ha considerado que con ello no se vulnera el principio de tipicidad.

La Corte Constitucional estima que el Decreto 2266 de 1.991 **es conforme con la Constitución**, en lo relativo a la acusación de los tipos abiertos, **con base en las siguientes consideraciones:**

Primero, con la Constitución Política de 1.991 explícitamente se ha constitucionalizado todo el derecho, ya que la Constitución es su hilo conductor, por el artículo 4º que establece que ésta es norma de normas, y no hay área jurídica inmune al derecho constitucional.

Por lo tanto con la Carta Fundamental de 1.991 se ha "constitucionalizado" el Derecho penal en particular. Igualmente con la misma Carta se ha internacionalizado el Derecho penal a partir del ius cogens.

Hubo pues un doble marco de constitucionalización del Derecho penal en la nueva Constitución Política.

Segundo, como lo anotó el constitucionalista argentino Humberto Quiroga Lavié⁵, los siglos XVIII y XIX estuvieron dominados por la **estática**. Los discursos, incluyendo el jurídico, se caracterizaban por la descripción precisa de las cosas, las cuales se encontraban en un mundo plano y sin movimiento. Esta concepción estática permeó durante las primeras décadas de este siglo al ordenamiento jurídico, que en materia penal se tradujo en una descripción clara y precisa de los tipos penales. En un mundo así estático, que parecía una fotografía, los tipos abiertos no tenían lugar.

El siglo XX está dominado por la **dinámica**. Fue Einstein el que en el discurso de la física introdujo la dinámica que reemplazó a la física estática de Newton. Ello fue un cambio histórico de repercusiones en todos los dominios. El derecho no es la excepción. Es así como el derecho penal de hoy debe responder a maquinarias delictivas "en movimiento", que trascienden los viejos esquemas de los tipos cerrados. De allí que esta Corporación encuentra que a la luz de la Constitución Política, expedida en las postrimerías del siglo XX, los tipos penales abiertos no son inconstitucionales per se.

Ciertamente existen tipos penales claramente tipificados en el Código Penal que no admiten interpretación diferente que la de los contenidos intrínsecos de la misma norma. Pero tratándose de comportamientos que avanzan a una velocidad mayor que la de los tipos - como es el caso del terrorismo-, requieren una interpretación bajo la óptica del actual Estado Social de Derecho.

En este sentido, frente a delitos "estáticos" o tradicionales, deben consagrarse tipos penales cerrados. Pero frente a delitos "dinámicos" o fruto de las nuevas y sofisticadas organizaciones y medios delincuenciales, deben consagrarse tipos penales abiertos. Esta distinción faculta un tratamiento distinto para dos realidades diferentes, con base en el artículo 13 de la Constitución Política.

Así pues, el "terrorismo" es un delito dinámico y se diferencia por tanto de los demás tipos. Como conducta responde a unas características diferentes de cualquier tipo penal, por lo siguiente: Primero, es *pluriofensivo* pues afecta o puede llegar a afectar varios bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal. Segundo, obedece a organizaciones delincuenciales sofisticadas. Tercero, el terrorista demuestra con su actitud una insensibilidad frente a los valores superiores de la Constitución Política, que son un mínimo ético, al atentar indiscriminadamente contra la vida y dignidad de las personas.

A continuación se expresarán los argumentos que respaldan la tesis de la Corte:

a. El delito político y el terrorismo.

Es de tal gravedad la conducta terrorista que los beneficios constitucionalmente consagrados para el delito político no pueden extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechando la situación de indefensión de la víctima. Así lo dispuso el artículo 30 Transitorio de la Constitución:

Autorízase al Gobierno Nacional para conceder indultos o amnistías por delitos políticos y conexos, cometidos con anterioridad a la promulgación del presente Acto Constituyente, a miembros de grupos guerrilleros que se incorporen a la vida civil en los términos de la política de reconciliación. Para tal efecto, el Gobierno expedirá las reglamentaciones correspondientes. **Este beneficio no podrá extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima** (negrillas no originales).

Como se observa, el delito político es diferente al delito común y recibe en consecuencia un trato distinto. Pero, a su vez, los delitos, aún políticos, cuando son atroces, pierden la posibilidad de beneficiarse de la amnistía o indulto.

Colombia ha reconocido el legítimo derecho a la resistencia. En efecto, el artículo 1° de la Carta de 1991 define a Colombia como un Estado pluralista. El pluralismo es la amplitud de la opción para ser distinto, en un marco de tolerancia por parte de los demás. Tal precepto es reiterado por el artículo 19 superior, que establece el derecho al libre desarrollo de la personalidad, una de cuyas manifestaciones es la libertad de opción política. Es por ello justamente que el artículo 150.17 y el artículo 13 transitorio de la Constitución permiten conceder amnistías o indultos únicamente por delitos políticos.

Bobbio afirma en su libro *El Problema de la Guerra y las Vías de la Paz* que "existen hoy medios alternativos para la violencia como fórmula de la resistencia a la opresión que es el método democrático que cumple la misma función que la violencia organizada y tiene la misma eficacia que los procedimientos que emplea aquella"⁶.

El pensamiento democrático ha sido la invención de nuevas instituciones -Estado Social de Derecho-, e instrumentos -democracia participativa-, que permiten resolver, sin necesidad de recurrir a la violencia individual o colectiva, conflictos sociales cuya solución había sido confiada históricamente a la acción violenta.

En nuestros días el derecho de resistencia a la opresión se ejerce democráticamente mediante la protesta realizada a través de las formas institucionales que la propia Constitución Política consagra.

En otras palabras, el poder democrático para esta fase de la civilización, reconoce a los diferentes y aún a los contrarios y les permite su legítima expresión.

Un régimen democrático se caracteriza por la convivencia conforme a las reglas de juego y unas normas jurídicas y morales, fuera de las cuales la política se convierte en una actividad no acorde con el ordenamiento jurídico⁷.

Así pues, los delitos atroces y los homicidios cometidos fuera de combate, aún por móviles políticos, quedan exentos de algunos beneficios constitucionales.

b. El terrorismo en los pactos internacionales sobre derechos humanos.

El derecho internacional público está integrado por preceptos y principios materiales aceptados por la comunidad internacional, denominados *ius cogens*.

El profesor Eduardo Suárez⁸, define el **ius cogens** como:

...Aquellos principios que la conciencia jurídica de la humanidad, revelada por sus manifestaciones objetivas, considera como absolutamente indispensable para la coexistencia y la solidaridad de la comunidad internacional en un momento determinado de su desarrollo orgánico.

La Corte Constitucional en sentencia sobre la exequibilidad del Protocolo I adicional de los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales⁹, estableció que los Protocolos hacen parte del *ius cogens* y que en ellos están consagradas las garantías fundamentales para la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales. Estas garantías se encuentran definidas en el artículo 4° del Protocolo II, así:

Artículo 4 (Garantías fundamentales)

1. Todos aquellos que no tomen parte directa o que hayan dejado de tomar parte en las hostilidades, tanto si su libertad ha sido restringida como si no, tienen derecho al respeto a su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. En todas circunstancias recibirán un trato humano, sin ninguna distinción que les perjudique...

2. Sin perjuicio para las líneas generales de lo que antecede, quedan prohibidos en el presente y en el futuro, en todo lugar y ocasión, los siguientes actos contra aquellos a quienes se refiere el párrafo 1:

a) La violencia contra la vida, la salud y en bienestar físico o mental de las personas, especialmente el asesinato, así como los tratos crueles, como las torturas, mutilaciones o cualesquiera formas de castigo corporal;

...

d) Los actos de terrorismo.

...

h) Las amenazas de llevar a cabo cualquiera de los actos anteriores.

El ius cogens está recogido y positivizado en el inciso 1º del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece:

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos **según el derecho nacional o internacional**. Tampoco se pondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello (negrillas no originales).

Con fundamento en el artículo citado anteriormente y que aparece de igual forma en el artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", el concepto del principio de legalidad de la acción y de la pena se refiere no sólo a la tipicidad nacional sino también a la internacional. Es ésta una norma que debe ser observada por los ordenamientos internos de cada uno de los estados Partes.

Y el inciso 2º del citado artículo 15, consagra:

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio y a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueren delictivos **según los principios generales del derecho** reconocidos por la comunidad internacional.

De conformidad con este inciso, además de establecer tipos cerrados, se permite la consagración de tipos abiertos, según se desprende de la expresión "principios generales".

En respuesta, la comunidad internacional reconoció que determinadas conductas merecen un tratamiento especial por atentar contra la dignidad inherente a la persona, pues todos los derechos se derivan de su respeto, como se desprende del segundo considerando del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En este sentido, el artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1.948, que entró en vigor el 12 de enero de 1.951, de conformidad con el artículo XIII, se establece:

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrado con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

a) Matanza de miembros del grupo;

b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

c) Sometimiento internacional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Y el artículo IV, como complemento del anterior, consagra:

Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.

También el Convenio de Ginebra IV del 12 de agosto de 1.949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, adoptado mediante la Ley 5a. de 1.960, dice:

...A este respecto se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios...

Es igualmente pertinente citar al respecto la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de noviembre de 1.968, la Convención sobre Prevención y Represión del Terrorismo que tuvo lugar en Washington en febrero de 1.971, la Resolución adoptada al respecto por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1.972, la Resolución 3074 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de diciembre de 1.973, sobre los Principios de Cooperación Internacional de la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, la Convención Europea para la represión del terrorismo celebrada en Estrasburgo en mayo de 1.976 y la Resolución contra el terrorismo adoptada el 12 de abril de 1.978 en Luxemburgo, entre otros.

En conclusión, la comunidad internacional ha reconocido en forma unánime y reiterada que el terrorismo es un delito que por ser atroz tiene un trato distinto.

c. Tratamiento del terrorismo en derecho comparado.

La Constitución española, en el artículo 13.3 dispone que quedan excluidos de la extradición los delitos políticos y al mismo tiempo distingue el delito político de los actos de terrorismo, de la siguiente forma:

13.3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, **no considerándose como tales los actos de terrorismo.** (negritas no originales).

El derecho comparado recogió el trato especial que al delito de terrorismo le ha dado la comunidad internacional, y es así como en el artículo 55.2 de la Constitución española relativo a la suspensión de los derechos y libertades, se establece una excepción aplicable en forma exclusiva a la actuación de "bandas armadas o elementos terroristas", independientemente de las restricciones consagradas para los estados de excepción, de la siguiente forma:

55. 2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17.2 y 18.2 y 3 pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

El tratamiento constitucional del delito de terrorismo en España se centra en la Ley Orgánica 9 de 26 de diciembre de 1.984, que en su artículo 1º hace referencia a los delitos cometidos por "bandas armadas o elementos terroristas".

Sobre la interpretación de la disposición constitucional ya transcrita -art. 55.2 de la Constitución española-, el Tribunal Constitucional, expresó al respecto:

El propio constituyente ha sido consciente de la existencia, como problema actual, del terrorismo y del propio peligro que el mismo implica para la vida y la integridad de las personas y para el propio orden democrático. Por ello ha introducido en el artículo 55.2 una habilitación al legislador, para establecer un régimen específico de suspensión de determinados derechos fundamentales con la finalidad de facilitar las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, posibilidad de suspensión de derechos que la Constitución ha estimado como necesaria para el propio sostenimiento del Estado Democrático de Derecho, y que refleja, además, experiencias realizadas en los países europeos afectados también por fenómenos terroristas. esta prevención constitucional demuestra, sin necesidad de mayor argumentación adicional, el reconocimiento *ex Constitutione* de la razonabilidad y no arbitrariedad de la existencia de esa diferenciación de trato respecto al goce de determinados derechos constitucionales en ciertas situaciones cuando se trata de facilitar la investigación de unos delitos de especial gravedad en relación con la vida e integridad física de las personas y de especial trascendencia para la subsistencia del orden democrático constitucional. En consecuencia la existencia de esta normativa legal no supone violación alguna del derecho a la igualdad.

Este principio había sido consagrado ya por la ley irlandesa contra el terrorismo de 1.973, la ley provisional británica sobre prevención del terrorismo de 1.974, las diversas leyes alemanas para reformar el Código penal y la legislación Procedimental en materia de terrorismo y las leyes italianas contra el terrorismo de 5 y 28 de abril de 1.978, entre otras, lo que prueba la intención estatal de recoger los principios internacionales.

d. El terrorismo en el derecho colombiano.

Al igual que en el Derecho comparado, en el Derecho nacional ha existido un tratamiento especial para el delito de terrorismo en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.

a. En la legislación.

El delito de terrorismo, antes de la expedición de la norma revisada ya había sido consagrado en Colombia; aparece por primera vez en el Código Penal de 1.980, fruto del anteproyecto del Código Penal de 1.979, en los delitos contra la seguridad pública. Allí se dijo:

Artículo 187.- Terrorismo. El que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra, o de perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los demás delitos que se ocasionen con este hecho.

El delito de terrorismo fue modificado por el Decreto 180 de 1.988 y adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1.991, artículo 4º, hoy vigente y objeto de revisión constitucional.

Este último contiene un tipo penal más extenso ya que en el anterior se limitaba a describir que los medios de destrucción colectiva se empleen contra las personas o los bienes, mientras que el segundo amplía a la posibilidad de poner en peligro la vida, la integridad

física o la libertad de las personas, las edificaciones, los medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices. El legislador está demostrando la necesidad de amparar todos aquellos bienes jurídicos vulnerables cuya protección se exige.

Como se advierte, el derecho nacional recogió los tipos abiertos que para el terrorismo establecían el Derecho internacional y comparado.

Como antecedentes del delito de terrorismo se tiene que en los años 70, el **genocidio** -como modalidad delictiva-, fue incluido en el anteproyecto de Código Penal de 1.976.

En efecto, en el anteproyecto de Código Penal de 1.976, se estableció:

Art. 457. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un determinado grupo humano, por razón de su nacionalidad, raza, credo religioso o político, de muerte a varios de sus miembros, incurrirá en prisión de veinte a treinta años.

El que con igual propósito y por las mismas razones, lesiones gravemente a los miembros del grupo o someta a éste a condiciones de vida que puedan ocasionar su desaparición total o parcial, o adopte medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo, o traslade contra su voluntad, la totalidad de sus miembros o parte de ellos a otro núcleo o lugar, incurrirá en prisión de cinco a quince años.

La comisión redactora de este proyecto en su respectiva exposición de motivos explicó así las razones y la redacción de este único artículo:

Para dar desarrollo a la Convención aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y acogida mediante la Ley 28 de 1.959, incorpórase a este Título las normas que reprimen el genocidio, dándoles una redacción que consulta la técnica legislativa nacional (Art. 457).

b. En la Jurisprudencia.

La tesis de la constitucionalidad de los tipos abiertos en circunstancias excepcionales ha sido aceptada por la Corte Suprema de Justicia en la revisión constitucional del Decreto 180 de 1.988, "Por el cual se complementan algunas normas del Código Penal y se dictan otras disposiciones conducentes al restablecimiento del orden público".

La Corte Suprema de Justicia declaró su constitucionalidad, salvo los literales a) y b) del artículo 40, en la Sentencia de marzo 3 de 1.988.

Consideró la Corte en relación al punto de la tipicidad, lo siguiente:

No considera la Corte, como lo afirma alguno de los impugnantes, que en la tipificación de las nuevas formas delictivas a las que hace referencia el capítulo 1º se haya desconocido el principio de la determinación y tipicidad que emerge de los artículos 23, 26 y 28 de la Carta. En este sentido no obstante que puedan señalarse algunos errores de técnica legislativa, que no alcanzan a constituirse en vicio de inconstitucionalidad, se trata más bien que varias formas delictivas corresponden al concepto de normas en blanco o de reenvío de que se habla en el ámbito del derecho penal, por eso cuando se toman aisladamente los literales a), b) y c) del párrafo del artículo 3º puede parecer, a la luz de lo afirmado por el impugnante, que existe equívoco sobre el comportamiento penalizado por el legislador extraordinario al señalar ciertas conductas como constitutivas de auxilio a actividades terroristas, pero naturalmente los jueces competentes deberán interpretar tales literales con criterio sistemático armonizándolo con el artículo 1º que define cual es la conducta constitutiva del terrorismo y también con las normas ordinarias del Código Penal relativas al aspecto intencional del delito, es decir, a la culpabilidad y a la complicidad criminal...

c. En la Doctrina.

Independientemente de las normas y la jurisprudencia, el pensamiento jurídico nacional se había ocupado ya del terrorismo.

De otro lado, el Procurador General de la Nación emitió concepto favorable sobre la exequibilidad del Decreto 180 de 1.988, con excepción de los literales a) y b) del artículo 40 y de todo el artículo 47, para los que solicitó la inexecutable. En el considerando tercero, expresó el Procurador, en aquella oportunidad:

...Aunque las normas que se revisan sean objeto de reparos de orden técnico en cuanto que la descripción de las conductas que se tipifican manifiestan algunos errores, ello no indica violación de los principios consagrados por los artículos 23, 26 y 28 de la Carta. En su concepto:

"La mayoría de los artículos impugnados por este concepto prescriben tipos penales subordinados, en blanco o de reenvío que para su cabal entendimiento y aplicación precisan su integración con el respectivo tipo básico. Así es posible que si se toman separada o aisladamente los literales a), b) y c) del párrafo del artículo 3º, resulte equívoco el comportamiento que penaliza el legislador extraordinario al señalar ciertas conductas como constitutivas de auxilio a actividades terroristas. Pero es obvio que tales disposiciones, en la labor interpretativa propia de los jueces competentes, deben ser armonizadas con criterios sistemáticos, especialmente con el artículo 1º que define con claridad y precisión la conducta constitutiva de terrorismo, y también con las normas ordinarias del estatuto penal relativas al aspecto intencional del delito (culpabilidad) y a la complicidad criminal.

...Se tiene entonces que ninguno de los artículos del estatuto en revisión que describen hechos punibles y circunstancias de agravación punitiva o elevan a categorías autónomas delictivas simples formas de participación criminal, ofrecen ambigüedad en su redacción, por lo que se avienen a la Constitución nacional y de modo especial a los principios prescritos en los artículos 23, 26 y 28".

4. Garantías constitucionales y legales del terrorismo.

El hecho de que se le confiera un tratamiento excepcional al delito de terrorismo no implica el desconocimiento de principios consagrados en la Constitución y en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos.

Los principios valorativos tanto en materia de derecho penal material, procesal, como en la ejecución de la pena, que tienen como fundamentos la Constitución Política y en los Tratados Internacionales, matizan la anterior interpretación de los tipos abiertos y garantizan los derechos de los sindicados.

Estos principios son característicos de una administración de justicia penal justa. Entre estos principios se cuentan: el de la proporcionalidad, el de la culpabilidad, entendido en su función limitadora, el de la legalidad, el de la publicidad del proceso, el del derecho a la defensa, el derecho a ser oído, el *in dubio pro reo*, el recurso a una instancia superior, el poder intervenir en el proceso y el derecho a la prueba, la prohibición de realizar determinadas pruebas o de valorarlas como tal, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no presentar testimonio en determinado caso, a determinados límites de carácter social y constitucional en la ejecución penitenciaria entre otros, contenidos en los artículos 28 a 36 de la Constitución.

Igualmente la interpretación del delito de "terrorismo", más allá de la rigurosidad técnica, debe matizarse conforme al principio constitucional de legalidad, en procura de evitar que a su amparo se incriminen y penalicen los delitos políticos, en sí mismos considerados, el delito común y la protesta social, como así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia:

El delito de terrorismo contemplado en el artículo 1º del Estatuto para la defensa de la Democracia, requiere para su estructuración de la presencia de varios elementos

subjetivos los unos, de carácter objetivo los otros, es indispensable que exista por parte del sujeto agente, el propósito de provocar o mantener un estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, para alterar la paz, la tranquilidad o el orden público, pero es necesario además, que este propósito trate de realizarse con "actos que ponen en peligro la integridad física, la libertad de las personas, las edificaciones, medios de comunicación o de transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices...", valiéndose para ello de medios capaces de causar estragos".

Entiéndese por estrago y de acuerdo con el diccionario de la Academia de la Lengua, no todo daño o deterioro que se cause a los bienes por leve que sea, "sino el daño hecho en guerra, con matanza de gente, destrucción de la campaña del país, o en el ejército, ruina, asolamiento".

Con esta acepción, parece haber incorporado el legislador el vocablo a la norma, cuando requiere para la existencia del delito del terrorismo el empleo de medios capaces de causar estragos, ruina o devastación o medios de destrucción colectiva como lo demanda el Código Penal Colombiano en su artículo 187 sobre terrorismo.

Considera en consecuencia la Corte, que cuando la pandilla juvenil o "gallada" incursionó en el barrio...no lo hizo con el propósito de alterar la paz, la tranquilidad, el orden público, bienes tutelados por el Estatuto Antiterrorista, como se desprende de las motivaciones del Decreto en comento, sino en un acto de vandalaje muy propio del espíritu de destrucción y de rivalidad tan frecuentes en estas pandillas juveniles.

Por otra parte tampoco se contemplaron en la realización de la conducta "medios capaces de causar estragos" como explosivos, armas de fragmentación o de fuego.

Se vislumbra por tanto, con mayor precisión un posible delito contra el patrimonio económico (daño en bien ajeno), valorado en varios miles de pesos y de competencia de la justicia ordinaria.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal dirime la colisión de competencias atribuyéndola al Juzgado sexto penal municipal de Cali, a quien se le remitirá el expediente...

5. Sobre el pronunciamiento de disposiciones ya derogadas.

En el artículo 29 del Decreto Legislativo 180 de 1.988, incorporado como legislación permanente por el artículo 4° del Decreto 2266 de 1.991, se encuentran expresiones tales como "intendente", "comisario", "suplente", "Concejos intendenciales" y "Concejos Comisariales", las cuales ya se encuentran derogadas por disposición de la Constitución de 1.991, que en el artículo 309 erigió en departamentos las antiguas intendencias y comisarías.

Igualmente en el artículo 6° del Decreto Legislativo 2790 de 1.990, adoptado como legislación permanente por el artículo 11 del Decreto 2266 de 1.991, se encuentra la siguientes expresiones: "Subdirector Nacional de Orden Público", "Director Seccional de Orden Público", las cuales fueron derogadas por el artículo 253 de la Constitución, desarrollado posteriormente por el Decreto 2699 de 1.991.

La Corte Constitucional en Sentencia C-416 de la Sala Plena, sobre la tesis de la sustracción de materia, estableció:

Ahora bien, la Corte discrepa de la tesis según la cual la llamada **sustracción de materia** debe conducir necesariamente a un fallo inhibitorio, pues la importancia del control constitucional no reside únicamente sobre el efecto inmediato sobre la futura ejecutabilidad de la norma atacada sino que se extiende al establecimiento de una **doctrina** por medio de la cual el organismo encargado de velar por el imperio de la

Carta Política señala el alcance e interpretación de los principios y preceptos que la integran.

No puede, entonces, erigirse el argumento de la sustracción de materia, como sucedió en el pasado, en obstáculo infranqueable para que la jurisdicción constitucional cumpla cabalmente el trascendental cometido que tuvo a bien confiarle el propio Constituyente.

Así pues, la Corte Constitucional en esta oportunidad reitera los planteamientos enunciados y, en consecuencia, habrá de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los preceptos acusados sin inhibirse al respecto.

6. Estudio particular del articulado del Decreto 2266 de 1991.

ARTICULO 1º del Decreto 2266 de 1.991. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto Legislativo 3664 de 1.986.

En esta norma se incorporaron los artículos 1º y 2º del decreto 3664 de 1.986, a saber:

Artículo 1º: El que sin permiso de autoridad competente, importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y en el decomiso de dicho elemento.

La pena anteriormente dispuesta se duplicará cuando el hecho se cometa en las circunstancias siguientes:

- a) Utilizando medios motorizados;
- b) Cuando el arma provenga de un hecho ilícito;
- c) Cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades;
- d) Cuando se empleen máscaras o elementos similares que sirvan para ocultar la identidad o la dificulten.

El artículo 201 del Código Penal establecía:

El que sin permiso de autoridad competente fabrique o almacene armas de fuego o municiones, o trafique con ellas, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

Se debe advertir que en muchas ocasiones, por la redacción de los agravantes, se producirán fenómenos de aparente concurso que, resueltos en forma correcta, podrían significar penas menores de las que trae originalmente el Código penal y se subsumirían ciertas conductas como "violencia contra empleado oficial", que en el artículo transcrito aparecen como agravante y no como delito independiente.

De conformidad con el artículo 248 de la Constitución, el agravante de que trata el literal b) no tendrá operancia si no se ha demostrado previamente que las armas provienen de un "hecho ilícito", declarado tal por sentencia ejecutoriada.

La norma es constitucional con fundamento en el artículo 223 de la Constitución que consagra la prohibición de portar armas, municiones de guerra y explosivos, así como de poseerlos sin permiso de autoridad competente. Igualmente se respeta aquí el principio constitucional del debido proceso por cuanto las situaciones más graves contienen una pena superior, dando aplicación al principio de la proporcionalidad de las sanciones. También encuentra fundamento en los artículos 2º relativo a uno de los fines esenciales del Estado - asegurar la convivencia pacífica- y en el artículo 22 que consagra la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. Es de advertir que el actual Código de Procedimiento Penal en el artículo 71.4. exceptúa de la competencia de los jueces regionales el porte de armas de fuego de defensa personal.

Artículo 2º: El que sin permiso de autoridad competente, importe, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre o porte armas o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años y en el decomiso del material correspondiente.

La pena mínima anteriormente dispuesta se elevará al doble cuando concurren las circunstancias determinadas en el inciso 2º del artículo 1º de este Decreto.

El artículo 202 del Código Penal establecía:

El que sin permiso de autoridad competente fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre o porte armas o municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

La norma es constitucional con fundamento en el artículo 223 de la Constitución que consagra la prohibición de portar armas, municiones de guerra y explosivos, así como de poseerlos sin permiso de autoridad competente. Igualmente respeta el principio constitucional al debido proceso por cuanto las situaciones más graves contienen una pena superior. También encuentra fundamento esta norma en los artículos 2º relativo al fin esencial del Estado de asegurar la convivencia pacífica y en el artículo 22 que consagra la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

Artículo 2º del Decreto 2266 de 1.991. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1198 de 1.987.

El Decreto legislativo 1198 de 1.987 fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de agosto 20 de 1.987. De dicho Decreto, sólo el artículo 1º fue incorporado por el decreto 2266 de 1.991, el cual dice:

Artículo 1º: Elévase a la condición de delito la contravención descrita en el artículo 64 de la Ley 30 de 1.986 y el artículo 65 de la misma, las cuales serán sancionables con pena de prisión de tres (3) a diez (10) años.

La contravención del artículo 64 disponía:

Incurren en contravención:

El dueño, poseedor o arrendatario de predios donde:

- a) Existan o se construyan pistas de aterrizaje sin autorización del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil;*
- b) Aterricen o emprendan vuelo aeronaves sin autorización de la Aeronáutica Civil o sin causa justificada, a menos que diere inmediato aviso a las autoridades civiles, militares o de policía más cercana; y*
- c) Existan pistas o campos de aterrizaje con licencia otorgada por la Aeronáutica Civil, que no dé inmediato aviso a las autoridades de que trata el literal anterior sobre el decolaje o aterrizaje de aeronaves en las circunstancias previstas en el literal a) del numeral 1º del presente artículo.*

Por la Ley 30 de 1.986 se adoptó el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se consagraron delitos y contravenciones relacionados con el tráfico de estupefacientes. Los artículos 64 y 65 de la disposición citada hacen referencia al dueño, poseedor o arrendatario de un predio en donde se construyan pistas de aterrizaje sin autorización del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil cuando no avise a las autoridades sobre el aterrizaje o decolaje de las aeronaves. La modificación de la conducta de contravención a delito es facultad del legislador -en este caso extraordinario- y su base constitucional se encuentra en el artículo 58 que dispone que la propiedad es una función social que implica obligaciones. Igualmente encuentra fundamento esta disposición en los artículos 2º relativo a uno de los fines

esenciales del Estado -asegurar la convivencia pacífica- y en el artículo 22 que consagra la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

Es necesario anotar que las sanciones hasta de diez (10) años, por conductas tradicionalmente consideradas como contravenciones, son desproporcionadas dentro del sistema penal colombiano. El aumento indiscriminado de penas no es solución, cuando se observa que en otras conductas más graves, el Estado cede de manera muy dócil.

Artículo 3º del Decreto 2266 de 1.991. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1631 de 1.987.

El Decreto 1631 de 1.987 fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de octubre 15 de 1.987. De este Decreto, sólo el artículo 1º fue incorporado por la norma revisada. Dicho artículo establece:

Artículo 1º: Al responsable de alguna de las conductas punibles previstas en el Código Penal cuando la acción aparezca encaminada a perseguir o intimidar a cualquier habitante del territorio nacional por sus creencias u opiniones políticas, partidistas o no, se le aplicará la pena prevista en la respectiva disposición aumentada de una cuarta parte a la mitad.

La misma pena se impondrá si la conducta se realiza contra los parientes, hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, de la persona a quien se pretenda intimidar o perseguir por razón de sus creencias u opiniones políticas.

Esta norma es un agravante genérico de punibilidad que puede no ser demasiado aceptable desde un punto de vista estrictamente lógico, pues habría conductas en las que sería imposible su aplicación.

Sin embargo, el artículo es conforme con la Constitución Política, en especial con los siguientes artículos: 1º, que consagra la participación pluralista; 2º, que dice que el fin esencial del Estado es garantizar los derechos; 13, en cuanto a la igualdad sin discriminación por razones de religión, opinión política o filosófica; 18, que consagra la libertad de conciencia; y en los artículos 40, 95.5 y 258 que establecen los derechos al voto y a la participación electoral de los ciudadanos.

Artículo 4º Del Decreto 2266 de 1.991. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 180 de 1.988.

En esta norma se incorporan los artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 6º, 7º, 8º, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, y 36 del Decreto 180 de 1.988, los cuales se estudian a continuación

El Decreto 180 de 1.988 fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia, salvo el artículo 40 literales a) y b), mediante sentencia de marzo 3 de 1.988.

Artículo 1º: Terrorismo. El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices valiéndose de medios capaces de causar estragos incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con ese hecho.

Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video cassette o escrito anónimo, la pena será de dos (2) a cinco (5) años y la multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

El artículo 187 del Código Penal establecía:

El que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra, o de perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los demás delitos que se ocasionen con este hecho.

Materialmente esta disposición desarrolla y protege el valor fundante de la paz, consagrado en el preámbulo y en los artículos 2º, 22 y 95 de la Constitución. La nueva Constitución consagra como fines prioritarios del Estado el asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. En cuanto al carácter "abierto" del tipo y su relación con el debido proceso, su constitucionalidad de principio queda a salvo pero el juez debe estarse a lo afirmado en el capítulo anterior (vid supra) sobre el papel del derecho internacional sobre derechos humanos. La falta de técnica legislativa que eventualmente pueda afectar el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política -esgrimida por el Procurador- puede y debe ser subsanada por el operador jurídico en cada caso concreto. Así pues, siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia, se exigirá de parte del juez una mayor razonabilidad al momento de pronunciarse de fondo. Las críticas de los actores relacionadas con el aumento indiscriminado de penas y la conversión en conductas delictivas de antiguas contravenciones son materia de debates académicos y de las cámaras legislativas, mas no es el control de constitucionalidad el ámbito para debatir el tema.

Artículo 2º: Circunstancias de agravación punitiva. Las penas señaladas en el artículo anterior, serán de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión y multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales, cuando:

- a) Se hiciere partícipe de la comisión del delito a menores de dieciséis (16) años;
- b) Se asalten o se tomen instalaciones militares, de policía, de los cuerpos de seguridad del Estado o sedes diplomáticas o consulares;
- c) La acción se ejecute para impedir o alterar el normal desarrollo de certámenes electorales;
- d) El autor o partícipe hubiere sido miembro de las Fuerzas Militares, Policía Nacional u organismos de seguridad del Estado;
- e) Cuando con el hecho se afecten edificaciones de países amigos o se perturben las relaciones internacionales.

Indudablemente que como en todo exceso, los resultados que se persiguen pueden no obtenerse, u obtenerse los contrarios. Aquí, por el fenómeno de los agravantes, puede resultar un concurso de hechos punibles subsumido en dichas agravantes, con una pena menor.

El tipo penal de terrorismo se agrava cuando concurren las circunstancias consagradas en el artículo 2º. El aumento punitivo responde a una política criminal coherente con la gravedad de la conducta delictiva, en función del interés tutelado. El artículo es constitucional y sigue los lineamientos de los artículos 2º (fines esenciales del Estado), 22 (la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento), 44 y 45 (derechos de los niños y adolescentes), 23 (la igualdad), 40 (la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político), y 95.6. (deber de propender al logro y mantenimiento de la paz).

Artículo 4º: Omisión de informes sobre actividades terroristas. El que conociendo de la presencia de terroristas, o sus planes y actividades para cometer alguna de las

conductas contempladas en el artículo primero, omitiere informar oportunamente sobre ellos a la autoridad competente, incurrirá en la pena establecida en el artículo 1º, disminuida de una sexta parte a la mitad.

Cuando la omisión sea cometida por empleados oficiales la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

Este artículo es constitucional pues el artículo 95.7 de la Carta consagra el deber de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de la justicia. Así mismo el artículo 22 establece el deber de propugnar por la paz. La pena será agravada cuando se trate de empleados oficiales, con fundamento en el artículo 6º que consagra la mayor responsabilidad de los empleados oficiales por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. No existen razones de inconstitucionalidad en la norma demandada; sin embargo se debe tener presente que existen figuras como el estado de necesidad y la insuperable coacción ajena, contempladas en el Código Penal, que justificarían la omisión de informar oportunamente sobre las actividades terroristas de que trata el artículo.

Artículo 6º: Instigación o constreñimiento para ingreso a grupos terroristas. Quien fomenta o ejecute actividades tendientes a obtener el ingreso de personas a grupos terroristas, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años.

La pena se aumentará en una tercera parte a la mitad cuando la acción se realice respecto de menores de dieciséis años, de miembros activos o retirados de las Fuerzas Militares, de Policía Nacional u organismos de Seguridad del estado, o cuando se constriña u obligue a alguien a participar o colaborar en actividades terroristas.

El artículo en mención es constitucional, por cuanto el artículo 95.3 impone el deber de respetar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales.

Artículo 7º: Concierto para delinquir. El que forme parte de un grupo de sicarios o de una organización terrorista incurrirá por este sólo hecho en prisión de diez (10) a quince (15) años.

La pena se aumentará en una tercera parte para quienes promuevan, encabecen o dirijan a los integrantes de estos grupos u organizaciones.

El actual artículo 186 del Código Penal contiene el tipo penal del "concierto para delinquir" en el cual no se hace una distinción de la actividad a realizar por el grupo:

Art. 186. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por este sólo hecho, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Si actuaren en despoblado o con armas, la pena será de prisión de tres (3) a nueve (9) años.

La pena se aumentará en una tercera parte para quienes promuevan, encabecen o dirijan el concierto.

La Corte Suprema de Justicia estableció que la descripción hecha en el artículo 7º del Decreto 180 de 1.988, esto es, concierto para delinquir, es uno de aquellos delitos creados por las necesidades expuestas y referidas sin duda alguna a aquellos comportamientos ligados directamente con la situación de orden público. No es en consecuencia la descripción del tipo penal del concierto para delinquir de que trata el artículo 186 del Código Penal que igualmente se transcribe, en cuanto no le agregó al comportamiento de quienes se conciertan para cometer delitos otros elementos que ampliarán la conducta. La descripción del artículo 186 del Código Penal se estructura sobre la existencia de una

organización, así sea rudimentaria, conformada por un grupo de personas que previamente han convenido en cometer delitos, sin otra finalidad, mientras que en el tipo penal del Decreto 180 de 1.988, se exige pertenecer a una organización terrorista o a un grupo de sicarios, conducta alternativa que se cumple en los dos eventos, por el sólo hecho de pertenecer a dichas agrupaciones.

La Constitución consagra como principio fundamental la libertad de asociación en el artículo 38 para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad; norma que debe ser entendida como la asociación para realizar actividades lícitas, como lo dispone el artículo 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", aprobado por Ley 74 de 1.968, que en virtud del artículo 93 de la Carta prevalece en el orden interno.

Artículo 8º: Instigación al terrorismo. El que pública o privadamente incite a otros u otros a la comisión de actos terroristas incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

Artículo 12: Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos. El que con propósitos terroristas coloque, lance bomba o artefacto explosivo o incendiario, o corrosivo de cualquier tipo, lo envíe, porte o remitan, que pueda afectar la integridad física de las personas o los bienes, en la vía pública, centros de recreación, instalaciones deportivas, instituciones de enseñanza, iglesias, en lugares caracterizados por la concurrencia habitual de personas, centros de salud, edificios públicos o privados, en lugares destinados a la habitación, en instalaciones industriales, militares o de policía, estará sometido a la pena de diez (10) a veinte (20) años de prisión y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

El actual artículo 198 del Código Penal establece:

Art. 198.- El que emplee o lance contra persona, edificio o medio de locomoción, o en lugar público o abierto al público, sustancia u objeto de los mencionados en el artículo precedente, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años, siempre que el hecho no constituya otro delito.

La norma es constitucional, ya que responde a los ideales de paz que consagra la Constitución en el Preámbulo, el artículo 1º, 2º y 22; y los derechos a la vida (11), y a no ser sometida la persona a tratos inhumanos (12). Solamente se agregaría que se trata de un tipo de los llamados "de mera conducta".

Artículo 14: Corrupción de alimentos y medicinas. El que envenene, contamine o altere producto o sustancia alimenticia o medicinal con fines terroristas, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

El actual artículo 206 del Código Penal establece:

*Art. 206.- El que envenene, contamine o altere producto o sustancia alimenticia o medicinal, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.
En la misma pena incurrirá el que suministre producto o sustancia de los mencionados en este artículo.
La pena se aumentará hasta en la mitad, si el que suministre fue el mismo que elaboró, envenenó, contaminó o alteró.*

La norma es constitucional por los mismos motivos que la anterior.

Artículo 15: Instrucción y entrenamiento. El que organice, instruya, entrene o equipe a persona en tácticas, técnicas o procedimientos militares o terroristas, o las contrate con fines terroristas incurrirá en prisión de ocho (8) a catorce (14) años y multa de quince (15) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales. Cuando la instrucción o entrenamiento se refiera a la fabricación o uso de armas de fuego, explosivos, sustancias inflamables, asfixiantes, tóxicas o corrosivas o se realice con mercenarios, las penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

El artículo en mención es constitucional, como quiera que el derecho a la educación consagrado en el artículo 67 de la Carta propende por el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura. Por ello el entrenamiento y la instrucción de actividades ilícitas resulta contrario a los fines del Estado y a la consecución de la paz como un derecho y deber de todas las personas.

Artículo 16: Utilización ilícita de equipos transmisores o receptores. El que para los efectos previstos en el artículo primero posea o haga uso de aparatos de radiofonía o televisión, o de cualquier medio electrónico diseñado o adaptado para emitir o recibir señales, incurrirá por este sólo hecho, en prisión de tres (3) a seis (6) años.

El artículo 75 de la Constitución establece que el espectro electromagnético es un bien público inalienable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Por lo tanto al Estado le compete el control de las comunicaciones y más aún cuando éstas pueden ser manipuladas con fines terroristas.

Artículo 17: Administración de recursos. El que administre dinero o bienes relacionados con terroristas, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

Es constitucional la norma pues es un fin del Estado promover la prosperidad nacional, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. El que administre bienes relacionados con actividades terroristas por el contrario contribuye al fomento de dichas actividades y a su sostenimiento. Por otra parte la libertad de escoger profesión u oficio está consagrada en la Constitución en el artículo 26. A su vez el Estado puede vigilar el ejercicio de la profesión cuando esta implique un riesgo social.

Artículo 18: Intercepción de correspondencia oficial. El que viole, intercepte o sustraiga correspondencia oficial, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años. La pena descrita en el inciso anterior se aumentará hasta en una tercera parte, cuando la correspondencia esté destinada o remitida a los organismos de seguridad del Estado.

El actual artículo 288 del Código Penal establece:

Art. 288.- El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida a otra persona, o se entere indebidamente de su contenido, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor. La pena será de ocho (8) meses a tres (3) años de arresto si se tratare de comunicación oficial. Si el autor del hecho revela el contenido de la comunicación, o la emplea en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro, la pena será prisión de uno a tres años, si se tratare de comunicación privada, y de dos a cinco años si fuere oficial.

La norma es constitucional pues se fundamenta en la protección a la correspondencia y demás formas de comunicación privada, las cuales sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Artículo 19: Utilización ilegal de uniformes e insignias. El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, compre, venda, suministre, sustraiga, porte o utilice prendas para la fabricación de uniformes de campaña, insignias o medios de identificación, de uso privativo de la fuerza pública o de los organismos de seguridad del Estado, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años, multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales y en el decomiso de dichos elementos.

El artículo es conforme con la Constitución que establece en los artículos 216 y 217 que la fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Igualmente es deber de toda persona respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales, según la preceptiva del artículo 95 superior.

Artículo 20: Suplantación de autoridad. El que con fines terroristas simule autoridad, suplante a la autoridad legítima, o usurpe sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales.

El artículo 161 del Código Penal establece:

Art. 161.- El particular que sin autorización legal ejerza funciones públicas, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años.

El artículo es conforme con la Constitución por las mismas razones que la norma anterior.

Artículo 21: Incitación a la comisión de delitos militares. El que en beneficio de actividades terroristas incite al personal de las fuerzas militares, Policía Nacional u organismos de Seguridad del Estado a desertar, abandonar el puesto o el servicio, o ponga en práctica cualquier medio para este fin, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

El artículo es también ajustado a la Constitución por las razones expuestas en los dos artículos anteriores. Sin embargo, se considera que las personas que despliegan las conductas descritas en la norma, por éste sólo hecho no se deben considerar terroristas, ya que su conducta se enmarca en el artículo 1º del Decreto 180 de 1.988.

Artículo 22: Secuestro. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales.

El artículo 268 del Código Penal disponía:

Art. 268.- El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo o con fines publicitarios de carácter político, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años.

Como lo anotó la Corte Suprema de Justicia al declarar la exequibilidad de la norma, hizo una interpretación según la cual se debe entender implícito en el tipo el "ánimo terrorista". El

ingrediente ha debido figurar expresamente en la disposición porque se trataría entonces de una repetición del artículo 268 del Código Penal.

El artículo en cuestión es constitucional porque en el Preámbulo de la Constitución se asegura la paz y la libertad, y en el artículo 2º se consagra como fin esencial del Estado asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. De igual forma los artículos 11 y 12 superiores protegen el derecho a la vida y la prohibición de tratos crueles inhumanos o degradantes; así mismo el artículo 24 constitucional se ocupa específicamente de la libertad de locomoción de todo colombiano de circular libremente por el territorio nacional, salvo las limitaciones que establezca la ley.

Artículo 23: Circunstancias de agravación punitiva. Las penas señaladas en el artículo anterior, se aumentarán en una tercera parte si concurriere alguna de las siguientes circunstancias.

- a) Si el delito se cometiere en persona de inválido, enfermo, menor de dieciséis (16) años, mayor de sesenta (60) años o mujer embarazada;
- b) Si se somete a la víctima a tortura durante el tiempo que permanezca secuestrada;
- c) Si la privación de libertad del secuestrado se prolongare por más de diez (10) días;
- d) Si se comete en ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, hermano o hermana, cónyuge o afín en línea directa de primer grado;
- e) Si se comete en persona que sea o hubiere sido empleado oficial y por razón de sus funciones;
- f) Cuando se exija por la libertad del secuestrado un provecho o cualquier utilidad;
- g) Cuando se presione la obtención de lo exigido con amenazas de muerte o lesión del secuestrado, o con ejecución de acto que implique peligro común, grave perjuicio de la comunidad o de la salud pública;
- h) Cuando se cometa para hacer u omitir algo o con fines publicitarios de carácter político.

El artículo 269 del Código Penal establecía:

Art. 269.- La pena señalada en los artículos anteriores se aumentará hasta en la mitad, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

- 1. Si el delito se comete en persona de inválido, enfermo, menor de dieciséis años, mayor de sesenta o en mujer embarazada.*
- 2. Si se somete a la víctima a tortura física o moral durante el tiempo que permanezca secuestrada.*
- 3. Si la privación de la libertad del secuestrado se prolongare por más de treinta días.*
- 4. Si se cometiere en ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, hermano o hermana, cónyuge o afín en línea directa en primer grado.*
- 5. Si se comete en persona que sea o hubiere sido empleado oficial o por razón de sus funciones.*
- 6. Cuando se presione la obtención de lo exigido con amenazas de muerte o lesión del secuestrado o con ejecutar acto que implique peligro común, grave perjuicio de la comunidad o la salud pública.*

La disposición es conforme con la Carta pues se trata del desarrollo de una facultad constitucional del legislador para fijar las penas. El aumento de la pena obedece a las diferentes situaciones en que se coloca a la víctima del delito de secuestro o atendiendo a su minoría de edad o a su edad avanzada. La Constitución protege precisamente en el artículo 44 a los niños frente al secuestro, como también el artículo 46 se ocupa de la protección de las personas de la tercera edad. También en la Carta se consagra la protección de la paz.

De igual forma los artículos 11 y 12 defienden el derecho a la vida y la prohibición de tratos crueles inhumanos o degradantes; y el artículo 24 se ocupa específicamente de la libertad de locomoción.

Artículo 24: Torturas. El que someta a otra persona a tortura física o síquica, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

El artículo 279 del Código Penal establecía:

Art. 279.- El que someta a otro a tortura física o moral, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

El artículo es conforme con la Constitución pues expresamente en la Carta se prevé la prohibición de la tortura. Además la Corte Constitucional, en la Sentencia N° C-587, consideró a propósito de la tortura que los derechos fundamentales no sólo vinculan a los organismos del Estado sino a los particulares y por lo tanto éstos pueden ser también sujetos activos del tipo penal de tortura.

Artículo 25: Extorsión. El que con el propósito de facilitar actos terroristas, obligue a otro a hacer, suministrar, tolerar u omitir alguna cosa mediante amenazas, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y en multa de quince (15) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales.

El actual artículo 355 del Código Penal establece:

Art. 355. Modificado por el Decreto 2790 de 1.990. art. 7°. El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero, incurrirá en prisión de cinco (5) a quince (15) años con los incrementos señalados en los artículos 355 y 372 del Código Penal.

Si el propósito o fin perseguido por el agente es el de facilitar los actos terroristas constriñendo a otro mediante amenaza a hacer, suministrar, tolerar u omitir alguna cosa, la sanción será de quince (15) a veinte (20) años de prisión y multa de un mil a un mil quinientos salarios mínimos mensuales.

Quien forme parte de organización o grupo de personas que tenga como uno de sus fines o propósitos la comisión de hecho punible de los descritos en los incisos anteriores, o ayude a eludir la acción de la autoridad, o a entorpecer la investigación correspondiente, o a ocultar o asegurar el producto del delito, o lo adquiera o enajene, incurrirá por ese sólo hecho en la sanción prevista en el inciso primero disminuida en una tercera parte.

Del mismo modo, quien conociendo de los planes y actividades de uno de los mencionados grupos u organizaciones de personas en relación a delito de extorsión, omitiere informar oportunamente sobre aquellos a la autoridad, no denuncie una extorsión de cuyos autores o partícipes tenga conocimiento, incurrirá en la pena establecida en el inciso primero disminuida en la mitad.

El artículo es conforme a la Constitución ya que busca proteger el derecho consagrado en el artículo 16 de la Constitución, que establece el libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

Se observa que el inciso segundo del artículo 355 es exactamente igual al artículo 25 del Decreto 180 de 1.988, por lo que en su oportunidad el funcionario judicial determinará la norma que deba aplicarse atendiendo a los principios de favorabilidad.

Artículo 26: Amenazas personales o familiares. El que por cualquier medio apto para difundir el pensamiento atemorice, amenace o cause alarma, zozobra o terror en una persona o familia, incurrirá, por este sólo hecho, en prisión de un (1) año a cuatro (4) años y multa de cinco (5) a veinticinco (25) salarios mínimos mensuales. Si la persona amenazada o intimidada fuere funcionario público perteneciente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o sus familiares, la pena se aumentará en una tercera parte.

Nuevamente se debe resaltar que no resulta nada técnico tipificar conductas que encajan en los tipos penales vigentes; se corre con ello el riesgo de propiciar la impunidad al crear diferentes graduaciones punitivas para conductas similares, y posibles conflictos de competencia.

El artículo es conforme a la Constitución porque busca proteger el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad -art. 16 CP-. Igualmente el artículo 15 de la Carta garantiza la intimidad personal y familiar; y en el artículo 42 el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. Por otra parte el tipo penal también hace referencia a los funcionarios de la Rama Judicial y del Ministerio Público, por lo que se trata del cumplimiento de los deberes de las personas y los ciudadanos con relación con las autoridades legítimamente constituidas.

Artículo 28: Secuestro de aeronaves, naves, o medios de transporte colectivo. El que mediante violencia, amenazas o maniobras engañosas, se apodere de nave, aeronave o de cualquier otro medio de transporte colectivo, o altere su itinerario, o ejerza su control, será sancionado con prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

Si como resultado de estos actos se ocasionaren daños a la integridad personal de la tripulación o sus ocupantes, la pena será de quince (15) a veinte (20) años y multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.

Si se produce la muerte de una o varias personas, la pena será de veinte (20) a treinta (30) años y la multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales.

El artículo 281 del Código Penal establecía:

El que mediante violencia o maniobra engañosa se apodere de una aeronave o la haga desviar de su ruta en vuelo incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años.

El comentario realizado respecto del secuestro, se debe implícitamente considerar que se refiera a fines terroristas.

Es constitucional el artículo en el caso objeto de estudio por cuanto es deber de todas las personas y los ciudadanos propender al logro y mantenimiento de la paz -art. 95 CP-. El artículo protege la vida y determina la prohibición de los tratos crueles, derechos estos consagrados en los artículos 11 y 12 de la Carta.

Artículo 29: Homicidio con fines terroristas. El que con fines terroristas diere muerte a un magistrado, juez, gobernador, intendente, comisario, alcalde posesionado o simplemente elegido, personero o tesorero municipales, o miembro principal o suplente del Congreso de la república de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Intendenciales, de los Concejos Comisariales o de los Concejos Municipales o del Distrito Especial de Bogotá, Presidente de la República, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, candidato, dirigente político, dirigente de Comité Cívico o Gremial, periodista, profesor universitario, directivo de

organización sindical, miembros de las Fuerzas Militares, Policía Nacional o de Organismos de Seguridad del Estado, Cardenal, Primado, Agente Diplomático o Consular, Arzobispo u Obispo, incurrirá en prisión de quince (15) a veinticinco (25) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales.

El artículo 323 del Código Penal establece:

El que matare a otro incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años.

Debe aclararse que se trata de un tipo especial agravado por la cualificación del sujeto pasivo. Se hace referencia a cargos que ya no existen. De igual manera deberían figurar otros cargos creados por la nueva Constitución, como serían el Fiscal General y el Defensor del Pueblo, es decir adecuarlo a la nueva Carta Fundamental.

El artículo es constitucional porque busca proteger la vida. En especial el Preámbulo de la Constitución se refiere a la protección de la vida; y como derecho fundamental la vida ocupa el primer lugar en el artículo 11 de la Carta. No existe vulneración del artículo 13 de la Constitución que consagra el derecho a la igualdad, cuando se trata de homicidio con fines terroristas cuyo sujeto pasivo es cualificado. La norma no vulnera el principio de la igualdad, pues la igualdad se refiere a un trato igualitario entre iguales. La interpretación correcta debe encaminarse a resaltar en cada hecho punible el elemento subjetivo de la finalidad terrorista. Es decir no basta que el sujeto pasivo aparezca relacionado en un catálogo, sino que se hace imprescindible que las motivaciones sean propias de terrorismo cuando contra esas personas se atente. Por otra parte las autoridades para mantener la independencia e integridad nacionales deben ser respetadas por todas las persona y los ciudadanos, con fundamento en el artículo 95.3 de la Constitución. El aumento de la pena responde entonces al atentado contra la persona (como en el homicidio simple del artículo 323 del Código Penal), pero cobra gran importancia su dignidad, la ocupación y su representatividad en la comunidad. No se trata en consecuencia -como expresan los demandantes- de que tenga mayor valor la vida de determinadas personas.

Ahora bien, respecto de las expresiones "intendente", "comisario", "suplente", "Concejos Intendenciales", "Concejos Comisariales", por cuanto la nueva Constitución elevó a la categoría de departamentos las antiguas intendencias y comisarías -art. 309 CP-, y eliminó la figura de los suplentes en las Corporaciones legislativas -art. 261 CP-, la Corte se pronunciará de conformidad con la decisión de la misma Corporación en relación con disposiciones ya derogadas (vid supra).

Artículo 30: Circunstancias de agravación punitiva. Las penas previstas en el artículo anterior, se aumentarán hasta en una quinta parte cuando el hecho se cometa:

- a) En el cónyuge, ascendiente, descendiente, adoptivo, hermano o afín en línea directa en primer grado, del Presidente de la República;
- b) Para preparar, facilitar o consumir otro hecho, para ocultarlo, asegurar su producto o la impunidad para sí o para los participantes.
- c) Valiéndose de las actividades de inimputable.
- d) Con sevicia;
- e) Con cualquiera de las circunstancias contempladas en los numerales 3º y 4º del artículo 324 del Código Penal.
- f) Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación.

El artículo 324 del Código Penal establece:

La pena será de dieciséis a treinta años de prisión, si el hecho descrito en el artículo anterior se cometiere:

1. *En la persona del ascendiente o descendiente, cónyuge, hermano, adoptante o adoptivo o pariente hasta el segundo grado de afinidad.*
2. *Para preparar, facilitar o consumir otro hecho punible; para ocultarlo, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los partícipes.*
3. *Por medio de cualquiera de las conductas previstas en los Capítulos Segundo y tercero del Título V, del Libro Segundo de este Código.*
4. *Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil.*
5. *Valiéndose de la actividad de inimputable.*
6. *Con sevicia.*
7. *Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esa situación.*

El artículo es constitucional pues sólo se refiere a la denominada dosimetría penal. Concretamente se protege la vida -preámbulo y art. 11 de la CP-. Por otra parte las autoridades para mantener la independencia e integridad nacionales deben ser respetadas por todas las personas y los ciudadanos, con fundamento en el artículo 95.3 de la Constitución.

Artículo 31: Lesiones personales con fines terroristas. El que con fines terroristas cause daño físico o mental a alguna de las personas mencionados en el artículo 28 del presente Decreto, incurrirá en las siguientes penas:

- a) Si el hecho produjo incapacidad para trabajar o enfermedad que no pase de treinta (30) días, la pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión y multa de cinco (5) a veinte (20) salarios mínimos mensuales;
- b) Si la incapacidad o la enfermedad pasare de treinta (30) días, sin exceder de noventa(90) días, la pena se aumentará hasta en una tercera parte;
- c) Si la incapacidad o enfermedad excediere de noventa (90) días, la pena se aumentará en dos terceras partes.

El artículo 331 del Código Penal Establece:

El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes.

El artículo anteriormente transcrito tiene como fundamento constitucional los artículos 2º (convivencia pacífica), 12 (tratos inhumanos), 13 (derecho a la igualdad), 16 (libre desarrollo de la personalidad), 22 (la paz es un derecho y un deber), 25 y 53 (del derecho al trabajo).

Artículo 32: Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cinco (5) a cuarenta (40) salarios mínimos mensuales.

Si fuere permanente la deformidad, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

Si la deformidad afecta el rostro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.

El artículo 333 del Código penal establece:

Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de uno (1) a seis (6) años de prisión y multa de tres mil a diez mil pesos.

Si fuere permanente, la pena será de dos (2) a siete (7) años de prisión y multa de cuatro mil a doce mil pesos.

Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.

La norma es constitucional y se funda en los artículos 12 (tratos crueles, inhumanos o degradantes) y en el artículo 16 (libre desarrollo de la personalidad).

Artículo 33: Perturbación funcional. Si el daño consistiere en perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, la pena será de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

Si fuere permanente, la pena será de seis (6) a doce (12) años de prisión y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

El artículo 334 del Código Penal establecía:

Si el daño consistiere en perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, la pena será de veinte (20) meses a siete (7) años de prisión y multa de tres mil a doce mil pesos.

Si fuere permanente, la pena será de dos (2) años de prisión y multa de cinco mil a veinte mil pesos.

La norma es constitucional por los mismos motivos de la anterior.

Artículo 34: Perturbación síquica. Si el daño consistiere en perturbación síquica transitoria, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

Si fuere permanente la pena será de siete (7) a trece (13) años de prisión y la multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

El artículo 355 del Código Penal establece:

Si el daño consistiere en perturbación psíquica transitoria, la pena será de dos (2) a siete (7) años de prisión y multa de cuatro mil a quince mil pesos.

Si fuere permanente, la pena será de tres a nueve años de prisión y multa de cinco mil a treinta mil pesos.

Como las dos anteriores, esta disposición es también constitucional.

Artículo 35: Pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro. Si el daño consistiere en la pérdida de la función de un órgano o miembro, la pena será de ocho (8) a catorce (14) años de prisión y la multa de veinte (20) a ciento veinte (120) salarios mínimos mensuales.

El artículo 336 del Código Penal establece:

Si el daño consistiere en la pérdida de la función de un órgano o miembro, la pena será de cuatro a diez años de prisión y multa de diez mil a cincuenta mil pesos.

La pena anterior se aumentará hasta en una tercera parte en caso de pérdida anatómica del órgano o miembro.

Ver los tres últimos comentarios.

Artículo 36: Unidad punitiva. Si como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, sólo se aplicarán las penas correspondientes al de mayor gravedad.

El artículo 337 del Código Penal establece:

Si como consecuencia de la conducta se produjeran varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, sólo se aplicará la pena correspondiente al de mayor gravedad.

La norma es constitucional porque desarrolla los principios de igualdad -art. 13- y debido proceso -art. 29-.

Artículo 5° del Decreto 2266 de 1.991. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 2490 de 1.988.

Mediante sentencia de marzo 27 de 1.989, este Decreto 2490 fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia, salvo los artículos 1° y 2°. De este Decreto, sólo el artículo 3° fue incorporado por la norma revisada. Dicho artículo dice:

Artículo 3°: Cuando las lesiones personales se ocasionen por quien pertenezca a grupo armado, las penas previstas en el artículo 31 del Decreto legislativo 180 de 1.988 se incrementarán en otro tanto.

El artículo es constitucional porque la Constitución establece en los artículos 216 y 217 que la fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Igualmente es deber de toda persona y de todo ciudadano respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales -art. 95 CP-. La norma es también constitucional con fundamento en el artículo 223 de la Constitución que consagra la prohibición de portar armas, municiones de guerra y explosivos, o poseerlos sin permiso de autoridad competente. Así mismo respeta este artículo el principio constitucional al debido proceso -art. 29- y a la igualdad -art. 13-, por cuanto las situaciones más graves contienen una pena superior.

Artículo 6° del Decreto 2266 de 1.991. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1194 de 1.989.

En esta norma se incorporaron los artículos 1°, 2°, 3° y 4° del Decreto 1194 de 1.989, los cuales se analizan a continuación.

El Decreto 1194 fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de julio 13 de 1.989.

Artículo 1°: Quien promueva, financie, organice, dirija, fomenta, ejecute actos tendientes a obtener información o ingreso de personas a grupos armados de los denominados comúnmente escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares, será sancionado por este sólo hecho con pena de prisión de veinte (20) a treinta (30) años y multa de cien (100) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales.

La norma es conforme a la Carta de 1991 pues ella busca desarrollar valores y derechos consagrados en el Preámbulo y en los artículos 2°, 16 y 22 de la Carta Política.

Artículo 2°: La persona que ingrese, se vincule, forme parte a cualquier título pertenezca a los grupos armados a que se refiere el artículo anterior, será sancionada, por este sólo hecho, con pena de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, sin perjuicio de la sanción que le corresponda por los demás delitos que cometa en ejercicio de esa finalidad.

La norma tiene como fundamento constitucional el Preámbulo y los artículos 2°, 16, 95.4 y 22 de la Carta Política. Mientras que en el artículo anterior se trataba de la persona que

organizaba un grupo llamado "paramilitar", aquí se trata de la persona que ingrese a uno de tales grupos.

Artículo 3º: El que instruya, entrene o equipe a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares para el desarrollo de las actividades delictivas de los grupos anteriormente mencionados, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y en multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

La norma tiene base constitucional en el Preámbulo y en los artículos 2º, 16, 67 -ya que la educación busca enaltecer a la persona-, 95.4 y 22 de la Carta Política. Este artículo se refiere a la persona que "entrene" los grupos a que se refieren los dos artículos anteriores.

Artículo 4º: Cuando las conductas descritas en el presente Decreto sean cometidas por miembros activos o retirados de la Fuerzas Militares o Policía Nacional de Organismos de Seguridad del estado la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

El artículo es constitucional con fundamento en el artículo 217 que consagra a la Fuerza Pública como la institución encargada de la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional.

Artículo 7º del Decreto 2266 de 1.991. Adóptanse como legislación permanente las disposiciones del Decreto legislativo 1856 de 1.989.

Sólo el artículo 6º del decreto 1856 de 1.989 fue incorporado por el Decreto 2266 de 1.991. Dicho artículo dice:

Artículo 6º: Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes de delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en pena de prisión de cinco a diez años y multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes.

Esta forma especial de receptación está bien concebida por este artículo; además en su parte final, en donde se refiere al decomiso de los bienes, es totalmente constitucional si se observa el artículo 34 de la Carta Fundamental, siempre que se haga con respecto a las garantías constitucionales, esto es, estar precedido de orden judicial y prueba que lo justifique, como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de octubre 3 de 1.989. El principal fundamento del artículo transcrito se encuentra en el artículo 83 de la Constitución, que establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá siempre.

Artículo 8º del Decreto 2266 de 1.991. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1857 de 1.989.

El Decreto 1857 fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de octubre 3 de 1.989. De dicho Decreto, los artículos 1º y 2º fueron incorporados por el Decreto revisado. Dicen así dichos artículos:

Artículo 1º: Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de cinco (5) a nueve (9) años y en multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales.

Artículo 2º. Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en arresto de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

Se consagran aquí los delitos de rebelión y sedición, respectivamente, los cuales serán analizados conjuntamente. Estas dos normas, conocidas como "delitos políticos", son constitucionales porque ellas simplemente incrementan las penas de los artículos 125 y 126 del código penal, cuyo objeto no era otro que asegurar el Régimen Constitucional (defender la independencia nacional y mantener la integridad territorial). El tipo penal quedó intacto. Dicho tipo está consagrado como hecho punible en todos los países del mundo y corresponde a la necesidad lógica del régimen constitucional de protegerse. Ahora bien, observa la Corte que es muy importante que el juez de la causa diferencie en cada caso el delito político del simple delito de terrorismo, a partir de los móviles altruistas del sujeto activo del delito político, en oposición al denominado delito "común". En efecto, en Sentencia de octubre 18 de 1.988, la Corte Suprema de Justicia hizo plena claridad en el sentido de que el Estatuto para la Defensa de la Democracia -cuyas normas ahora nos ocupan-, ha dejado indemne la legislación ordinaria relacionada con los delitos políticos, y en consecuencia cuando un miembro de una organización subversiva sea sorprendido con los efectos descritos, habrá de ser procesado en forma exclusiva por los tipos delictivos de rebelión o sedición. Con ello la Corte Suprema de Justicia dio cabal aplicación al principio de consunción, resolviendo el aparente conflicto de normas y evitando así la violación del debido proceso en lo atinente al principio del *non bis in idem*.

Carrara afirmaba: "por una parte a los conspiradores y a los innovadores políticos se les califica de infames y se les persigue hasta en sus bienes y en sus hijos; por otra, se esparcen flores sobre sus tumbas, y se perpetúa su memoria como si fueran mártires, en biografías y en cánticos populares; y mientras unos reproducen su efigie para entregarla al verdugo, otros colocan en el muro doméstico su imagen como un recuerdo digno de veneración y de llanto".

Jiménez de Asúa por su parte señalaba con razón que el motivo noble o altruista del delincuente político debe conllevar necesariamente a una transformación que beneficie todo el conglomerado social, permitiendo un desarrollo armónico de los medios de producción, reflejado en paz, seguridad y felicidad. Pero si el motivo es levantar una revolución para instaurar una anarquía absoluta, para volver a los tiempos de la esclavitud, y en donde no se tengan los más mínimos derechos, perpetran un delito común y jamás deben recibir sus acciones delictivas el privilegiado trato del delito evolutivo.

Artículo 9º del Decreto 2266 de 1.991. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1858 de 1.989.

Mediante sentencia de octubre 3 de 1.989 la Corte Suprema de Justicia declaró exequible el Decreto 1858 de 1.989. En el artículo 1º de dicho Decreto, incorporado por la norma revisada, dice:

Artículo 1º: El que con el pretexto de adelantar campaña política o en desarrollo de actividades electorales utilice las armas o amenace por cualquier medio, para obtener apoyo o votación por determinado candidato o lista de candidatos, o por los mismos medios impida a un ciudadano el libre ejercicio del derecho de sufragio, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y en multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales.

Esta norma constituye un delito especial con relación a los tipos penales consagrados en los artículos 249 y 250 del Código Penal, variando la pena en el evento en que se cometa "con el pretexto de adelantar campaña política o en desarrollo de actividades electorales o utilice armas o amenace por cualquier medio"

El artículo en mención es conforme con el ordenamiento constitucional y tiene fundamento en los artículos 16 (libre desarrollo de la personalidad), 40 (derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político), 95.5. (deber de participar en la vida

política), 258 (el voto es un derecho y un deber ciudadano) y 260 (la elección de los ciudadanos en forma directa).

Artículo 10° del Decreto 2266 de 1.991. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1895 de 1.989.

El Decreto 1895 fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de octubre 3 de 1.989. En el artículo 1° de dicho Decreto, incorporado por la norma revisada, dice:

Artículo 1°: 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.

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.

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).

Artículo 11 del Decreto 2266 de 1.991. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 2790 de 1.990.

En esta norma se incorporan los artículos 6° y 7° del decreto 2790 de 1.990, que dicen así: Mediante Sentencia del 11 de abril de 1.991 la Corte Suprema de Justicia declaró exequible el Decreto en mención.

Artículo 6°: Siempre que el delito de secuestro se dirija contra persona que ocupe alguno de los cargos mencionados en el numeral 1° del artículo 2° del decreto 474 de 1.988 o en funcionario de la Rama Jurisdiccional, registrador Nacional del estado Civil, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Delegado del Consejo Nacional Electoral, o del Registrador, Registrador Departamental o Municipal del estado Civil, Agente del Ministerio Público, Agente Diplomático o Consular al servicio de la Nación o acreditado ante ella, Comandante general o miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional o de los Cuerpos de Seguridad, Subdirector Nacional de Orden Público, Director Seccional de Orden Público, Miembro de la Asamblea Nacional Constitucional, Miembro principal o suplente de las Asambleas Departamentales, funcionario elegido por Corporación de elección popular, Cardenal, Primado, Arzobispo, Nuncio y Obispo; o se ejecute con fines terroristas; u obedezca a los propósitos descritos en el artículo 1° del Decreto 1631 de 1.987 o persiga objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal, se sancionará con prisión de veinte (20) a veinticinco (25) años y multa de un mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales.

Quien forme parte de grupo u organización de personas que tenga como uno de sus fines o propósitos el de cometer el hecho punible descrito en el inciso anterior, incurrirá por ese sólo hecho en la sanción allí prevista, disminuida en una tercera parte. La misma sanción se aplicará a quien, teniendo conocimiento de la comisión de hecho punible de secuestro ayude a eludir la acción de la autoridad, o a entorpecer la investigación correspondiente, o a ocultar o asegurar el producto del delito o lo adquiera o enajene.

Del mismo modo, quien conociendo de los planes o actividades de uno de los mencionados grupos u organizaciones de personas en relación con el delito de

secuestro, omitiere informar oportunamente sobre aquellos a la autoridad, o no denunciare un secuestro de cuyos autores o partícipes tenga conocimiento, incurrirá en la pena establecida en el inciso primero de este artículo disminuida en la mitad.

Parágrafo. Los incrementos o disminuciones de que tratan los artículos 23 del decreto 180 de 1.988, 270 y 271 del Código Penal, se aplicarán a todas las figuras delictivas descritas en los incisos precedentes (subrayas no originales).

El artículo es constitucional por cuanto apunta a proteger la vida. En especial el Preámbulo de la Constitución se refiere a la protección de la vida y, como derecho fundamental, ella ocupa el primer lugar en el artículo 11 de la Carta. No existe vulneración del artículo 13 de la Constitución que consagra el derecho a la igualdad, cuando el sujeto pasivo es cualificado, porque justamente se confiere un trato desigual a situaciones disímiles. No se trata pues del hecho de que una vida humana valga más que otra, ya que todas las vidas son igualmente valiosas. Se sanciona más severamente el delito sólo por la representatividad y el papel que el sujeto pasivo del delito desempeña en la sociedad. Ahora la interpretación correcta en estos casos debe encaminarse a descubrir el elemento subjetivo de la finalidad terrorista. Es decir no basta que el sujeto pasivo aparezca relacionado en un catálogo, sino que se hace imprescindible que las motivaciones sean propias de terrorismo cuando contra esas personas se atente. Por otra parte las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia e integridad nacionales deben ser respetadas por todas las persona con fundamento en el artículo 95.3 de la Constitución.

La Corte Constitucional respecto de las expresiones "Subdirector Nacional de Orden Público", "Director Seccional de Orden Público" y "suplente", se acoge a los planteamientos sobre el pronunciamiento en torno a disposiciones derogadas. (vid. supra).

Artículo 7º: El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero, incurrirá en prisión de cinco (5) a quince (15) años con los incrementos señalados en los artículos 355 y 372 del Código penal.

Si el propósito o fin perseguido por el agente es el de facilitar actos terroristas constriñiendo a otro mediante amenazas a hacer, suministrar, tolerar u omitir alguna cosa, la sanción será de quince (15) a veinte (20) años de prisión y multa de un mil a un mil quinientos salarios mínimos legales mensuales.

Quien forme parte de organización o grupo de personas que tenga como uno de sus fines o propósitos la comisión de hecho punible de los descritos en los incisos anteriores, o ayude a eludir la acción de la autoridad, o a entorpecer la investigación correspondiente, o a ocultar o a asegurar el producto del, o lo adquiera o enajene, incurrirá por ese sólo hecho en la sanción prevista en el inciso 1º disminuida en una tercera parte.

Del mismo modo, quien conociendo de los planes o actividades de uno de los mencionados grupos u organizaciones de personas en relación a delito de extorsión, omitiere informar oportunamente sobre aquellos a la autoridad, o no denuncien una extorsión de cuyos autores o partícipes tenga conocimiento, incurrirá en la pena establecida en el inciso 1º disminuida en la mitad.

La norma es conforme con la Constitución con fundamento en los artículos 16 (libre desarrollo de la personalidad), 22 (la paz es un derecho y un deber de todas las personas), 95.3 (el deber de apoyar y respetar a las autoridades) y 95.7 (el deber de colaborar con la administración de la justicia).

Artículo 12 del Decreto 2266 de 1.991. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 099 de 1.991.

En esta norma se incorporó sólo el artículo 1º del decreto 099 de 1.991, que dice:

Artículo 1º: Para todos los efectos de ley, los artículos del Decreto Legislativo 2790 de 1.990, que se incluyen a continuación quedarán así: los delitos de constreñimiento ilegal, tortura, homicidio y lesiones personales que se cometan en algunas de las personas relacionadas en el numeral 1º del artículo 6º del presente estatuto, por causa o por motivo de esos cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones estarán sujetos a pena de prisión de quince (15) a veinticinco (25) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales.

Finalmente es también constitucional el artículo en mención por cuanto se fundamenta en los derechos a la vida (art. 11), a la prohibición de tratos crueles inhumanos o degradantes (art. 12), en el principio de igualdad (art. 13) y en el libre desarrollo de la personalidad (art. 16). Estos altos valores, principios y derechos reciben en este artículo una especial protección, por lo cual no se riñe con la preceptiva constitucional sino que, por el contrario, ésta es objeto de desarrollo.

Las expresiones "intendente", "comisario", "suplente", "Concejos intendenciales" "Concejos Comisariales", "Subdirector Nacional de Orden Público" y "Director Seccional de Orden Público", son contrarias a las disposiciones constitucionales pues éstas desaparecieron con la vigencia de la nueva Constitución Política.

Las expresiones mencionadas se encuentran consagradas en los artículos 29 del Decreto Legislativo 180 de 1.988 y 6º del Decreto Legislativo 2790 de 1.990, ambos adoptados como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1.991, que corresponden a los delitos de "homicidio con fines terroristas" y "secuestro", y al ser elementos estructurales del tipo penal, no puede haber analogía con las actuales denominaciones que reemplazaron los cargos o las funciones.

En consecuencia, es necesario retirar las expresiones *in comento* del ordenamiento jurídico revisado, mediante la declaratoria de su inexecutableidad.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar EXEQUIBLE el Decreto 2266 de 1991, con excepción de las expresiones "intendente", "comisario", "suplente", "Concejos Intendenciales" "Concejos Comisariales", "Subdirector Nacional de Orden Público" y "Director Seccional de Orden Público", por las razones expuestas en esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

HERNANDO HERRERA VERGARA

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado
ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Magistrado Ponente
FABIO MORON DIAZ
Magistrado
VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado
MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

Aclaración de voto a la sentencia No. C-127

CONMOCION INTERIOR/LEGISLACION TRANSITORIA/LEGISLACION
PERMANENTE (Aclaración de voto)

La constitucionalidad de las normas que la Corte ha declarado exequibles, bien que se las mire bajo la óptica de la transitoriedad, ya que se las contemple como disposiciones permanentes, dadas las características que reviste el mal del terrorismo más allá de la coyuntura del actual Estado de Conmoción Interior o de los ya pasados días del Estado de Sitio. No es lo mismo verificar la constitucionalidad de unas normas cuando corresponden al ejercicio de atribuciones extraordinarias propiciadas por la declaratoria de un estado de excepción que examinarlas como disposiciones llamadas a regir de modo permanente, aunque su contenido material sea idéntico.

Ref.: Expediente D-179
Decreto 2266 de 1991
Magistrado Ponente:
ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

En relación con el fallo de la referencia debo aclarar mi voto en el siguiente sentido:

1. Con absoluta independencia de los motivos específicos que han llevado al H. Magistrado Carlos Gaviria a apartarse del fondo de la decisión adoptada por la Sala Plena en este proceso, los cuales respeto pero no comparto, me parece indispensable expresar que estimo válidas sus apreciaciones, así como las del H. Magistrado Jorge Arango Mejía, en relación con la preocupante tendencia que viene mostrando el Estado colombiano en su conjunto hacia la "normalización" de la legislación excepcional, propia de los tiempos de crisis, convirtiendo toda medida extraordinaria en permanente, pese a los deliberados propósitos del Constituyente de 1991.

Coincido en ese análisis, desde la perspectiva de quien observa el fenómeno considerado globalmente, sin que piense que esa conciencia deba conducir fatalmente a la declaratoria de inconstitucionalidad de todo precepto excepcional que haya sido convertido en permanente por voluntad del Congreso de la República o del propio Constituyente (artículo transitorio 8º de la Carta Política), como ha ocurrido en relación con las disposiciones aludidas en la sentencia.

En el presente caso, estoy convencido de la constitucionalidad de las normas que la Corte ha declarado exequibles, bien que se las mire bajo la óptica de la transitoriedad, ya que se las contemple como disposiciones permanentes, dadas las características que reviste el mal del terrorismo más allá de la coyuntura del actual Estado de Conmoción Interior o de los ya pasados días del Estado de Sitio.

Así, pues, me parece útil y hasta necesario que la sentencia hoy proferida por la Corte Constitucional no se entienda como beneplácito al anotado rumbo legislativo, ni tampoco en el sentido de que la Corporación juzga con el mismo lente y bajo los mismos criterios de

constitucionalidad las medidas de excepción y las que se incorporan al orden jurídico ordinario.

Por el contrario, la Corte ha dejado definidos con entera claridad los linderos de esos dos estados, reclamando diferente enfoque y adecuada interpretación para cada uno de ellos.

Para corroborarlo es suficiente citar la Sentencia No. C-007 del 18 de enero del presente año, mediante la cual se falló sobre la constitucionalidad de algunas normas de Estado de Sitio que en su momento fueron encontradas avenidas a la Constitución pero que, convertidas en legislación permanente y desde ésta perspectiva, se declararon inexecutable. Dijo entonces la Sala Plena, con ponencia del suscrito Magistrado:

"Pero, además, por cuanto corresponde al tipo de legislación que ocupa la atención de la Corte en este proceso, debe insistirse en que, como bien lo afirma el concepto fiscal, no es lo mismo verificar la constitucionalidad de unas normas cuando corresponden al ejercicio de atribuciones extraordinarias propiciadas por la declaratoria de un estado de excepción que examinarlas como disposiciones llamadas a regir de modo permanente, aunque su contenido material sea idéntico. Los criterios relativos al alcance de cada precepto varían de una hipótesis a la otra, de tal manera que no por haberse hallado exequible la norma de Estado de Sitio puede predicarse la exequibilidad de esa misma disposición cuando se la concibe como integrada al orden jurídico de normalidad y ha sido revestida de carácter permanente.

En consecuencia, la Corte Constitucional avoca el conocimiento de las normas acusadas subrayando que habrá de orientar su examen por los criterios que se dejan expuestos".

En relación específica con una de las disposiciones entonces estudiadas se dijo:

"La Corte Suprema de Justicia llamó la atención, en su oportunidad (Sentencia No. 12 del 26 de febrero de 1987), acerca de que, por virtud de la medida excepcional adoptada mediante el artículo 1º del Decreto Legislativo 3667 de 1986 -cuya constitucionalidad se juzgó entonces bajo la perspectiva de la precariedad propia del Estado de Sitio y hoy se mira como disposición de carácter permanente-, quedaba "...suspendida la facultad del Consejo Nacional de Estupefacientes, para ejercitarse transitoriamente por los comandantes de unidades operativas, bases aéreas y navales, quienes por las funciones de control y vigilancia directa que ejercen en sus respectivas áreas asegura la eficacia inmediata de la medida", resaltando que se trataba de una medida precautelativa de carácter policivo "...para remediar o evitar alteraciones del orden público...". (Se subraya).

Siendo ese el sentido de la facultad, nada justifica su adopción como norma legal llamada a regir de modo permanente, menos aún si se tiene en cuenta que la función constitucional de la fuerza pública no es la policiva, atribuida por el artículo 218 de la Carta a otro cuerpo, sino "...la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional" (artículo 217 C.N.). A ello se agrega que, hoy por hoy, a la luz del artículo 214 del Estatuto Fundamental, ni siquiera en los estados de excepción pueden suspenderse los derechos fundamentales ni interrumpirse el normal funcionamiento de las ramas del Poder Público.

Ahora bien, si se trata de actos flagrantemente violatorios del orden jurídico, las garantías constitucionales en referencia no obstan para que se apliquen con todo rigor las medidas pertinentes, según lo previene, inclusive respecto de la libertad personal, el artículo 32 de la Carta.

Así pues, el artículo demandado será declarado inexecutable".

No vacilo en calificar de trascendental el debate que sobre este punto se ha llevado a cabo en el seno de la Corte.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado

Salvamento de voto a la Sentencia No. C-127

ESTADOS DE EXCEPCION-Finalidad (Salvamento de voto)

Es evidente que las normas dictadas al amparo de uno cualquiera de los estados de excepción están signadas por el fin que las justifica: remover una situación anómala, perturbadora de la vida comunitaria, situación que se asume transitoria y que, en consecuencia, transfiere ese carácter a la legalidad que la regula. Por eso, en el caso de la conmoción interna, que es la que está en juego en el asunto que nos ocupa, las reglas dictadas durante su vigencia desaparecen del ordenamiento por el solo hecho de restablecerse la normalidad.

LEGISLACION PERMANENTE/NORMAS DE ESTADO DE SITIO (Salvamento de voto)

Los buenos propósitos de poner término al estado de excepción permanente que vivimos durante más de 40 años, bajo el régimen de la Constitución anterior, fijándose límites temporales, se malograron por completo, pues se autorizó a que se hicieran permanentes las consecuencias, ya que el estado de excepción mismo no podía serlo. Es decir, dando la apariencia de un cambio radical, se dejaron las cosas como estaban. Ahora, bajo una Constitución que se proclama garantista, vamos a padecer la normatividad de un régimen restrictivo. Es que un Estado democrático no lo es sólo porque su constitución tenga esa fisonomía, sino porque de ese espíritu esté informado el ordenamiento jurídico en su totalidad.

TIPO PENAL ABIERTO/TERRORISMO (Salvamento de voto)

Abunda, tal decreto, en la consagración de tipos penales abiertos que esbozan de modo impreciso conductas delictuales que el juez, con su buen o mal juicio, debe terminar de construir, y a las que se asocia, una vez más, el expediente ineficaz y manido de las penas duplicadas que constituyen una amenaza mayor para los inocentes que para los criminales de oficio. La categoría general signada como "terrorismo" constituida por distintas conductas, internamente vinculadas por el problemático vínculo de que todas ellas pueden ser generadoras de zozobra social y en la misma medida punibles, es un ejemplo que acertadamente aducen los demandantes, de peligrosa indeterminación y ambigüedad en la configuración de tipos penales, pugnante en todo con la rigurosa técnica legislativa que ha de informar la legislación criminal y que se traduce en garantía de aplicación justa de la ley, tanto para quien de veras la ha quebrantado como para quien, atendida la rigurosa tipicidad de la conducta, debe ser declarado inocente. No son de recibo los argumentos enderezados a demostrar que los tipos abiertos constituyen una práctica que no se contrae a la legislación emergente sino que permea inclusive a nuestra legislación penal ordinaria y que encuentra también ejemplos en estatutos foráneos.

NORMATIVIDAD PENAL/ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Normas Penales (Salvamento de voto)

Las normas penales de un Estado de Derecho no se legitiman sólo por los plausibles fines que persiguen, sino además por los medios cualificados que usan para perseguirlos, que no son cualquier tipo de medios, sino aquellos que participan de los propósitos altamente humanísticos que informan esa modalidad civilizada de gobierno y de convivencia que se

denomina Estado de Derecho que es, por principio, la negación del maquiavelismo político, el aserto institucionalizado de que el fin no justifica los medios.

REF. : EXPEDIENTE No. D-179

He disentido del fallo proferido por la Sala Plena, en el proceso de la referencia, por las razones que enseguida consigno:

1. Nuestra Carta Política -como la mayoría de las constituciones modernas- establece diferentes tipos de régimen jurídico, según se viva en tiempos de normalidad o de alteración significativa del orden público. Las causas generadoras de dicha alteración y su grado de incidencia en la vida ordinaria de la comunidad determinan diversidad de situaciones, todas ellas anómalas, que se denominan genéricamente estados de excepción y se hallan regulados en los artículos 212 a 215 de nuestro Estatuto Fundamental.

2. La evaluación de los factores determinantes de la situación irregular compete, en principio, al Presidente de la República como responsable del mantenimiento del orden. Es él quien, verificando la existencia de ciertas condiciones de hecho, decreta, con la firma de todos los Ministros, la vigencia del correspondiente estado de excepción.

3. Tal declaratoria tiene como consecuencia, un trastorno temporal en el funcionamiento del Estado de Derecho. V.gr., se desdibuja la separación de las ramas del poder puesto que el Gobierno va a hacer las veces de legislador en aquellos ámbitos afectados por los factores generadores del desorden y, precisamente, para contrarrestarlos. Es ésa la finalidad de los decretos extraordinarios y es ella la que justifica su contenido.

Ahora bien: es apenas lógico que, tratándose de disposiciones de emergencia, en materia de orden público, sean más severas que las que rigen en tiempo de normalidad y pospongan la vocación garantista que debe signar la normatividad de un Estado Social de Derecho, en aras de un propósito tan impostergable como temporario: el restablecimiento de la normalidad fáctica y consecuentemente jurídica.

4. Durante la vigencia de la constitución anterior (la del 86) tanto se abusó de lo que entonces se denominaba estado de sitio, que la situación se hizo irrisoria por lo paradójica: lo normal era lo anormal. Se vivía en permanente estado de sitio y, por tanto, la plena vigencia de los beneficios del Estado de Derecho sólo se daba en el papel. La práctica y la realidad eran bien diferentes.

El malestar derivado de esa distorsión no fue un factor despreciable en la voluntad generalizada de cambiar el Estatuto Básico con la esperanza de que, desaparecido éste, quedaran también proscritas las censurables prácticas anejas. Las modificaciones introducidas al artículo 121 de la Carta anterior en las reformas constitucionales de 1960 y de 1968, y la incorporación en esta última del estado de emergencia económica a fin de que con el pretexto del orden público turbado no se siguiera legislando sobre todas las materias incluyendo la economía, o de que, si se presentaba en ese campo la situación emergente, no se decretara el estado de sitio con todas sus inevitables secuelas, tendían a morigerar el régimen autoritario y restrictivo, bajo el cual vivía permanentemente el país al amparo del famoso artículo.

5. Las precitadas normas de la Carta del 91 (artículos 212 a 215) consagratorias de los estados de excepción, se establecieron, justamente, para corregir una situación que hacía irrito el Estado de Derecho. Por eso se distinguieron diferentes categorías de excepcionalidad, en armonía con las causas generadoras de la anormalidad, y se acordaron facultades extraordinarias para el Presidente, a tono con la situación que, como responsable del orden, tuviera que enfrentar.

6. Es evidente que las normas dictadas al amparo de uno cualquiera de los estados de excepción están signadas por el fin que las justifica: remover una situación anómala, perturbadora de la vida comunitaria, situación que se asume transitoria y que, en consecuencia, transfiere ese carácter a la legalidad que la regula. Por eso, en el caso de la conmoción interna, que es la que está en juego en el asunto que nos ocupa, las reglas

dictadas durante su vigencia desaparecen del ordenamiento por el solo hecho de restablecerse la normalidad.

7. Es claro que entre el régimen de normalidad y el de excepción existen diferencias notables, pues de no ser así carecería de sentido la previsión de uno y otro, según las circunstancias fácticas prevalecientes. Tales diferencias pueden reducirse finalmente a ésta: el de normalidad es un régimen de plenitud de garantías y el de excepción un régimen restrictivo. Disponer que las normas pensadas para el segundo sigan rigiendo una vez restablecido el primero, es una incongruencia mayúscula advertible aún por el observador menos avisado.

Porque el dilema parece inexorable: o las medidas fueron dispuestas responsablemente para contrarrestar las causas generadoras del estado de conmoción, y entonces no pueden mantener su vigencia cuando esas causas han desaparecido, o éstas no eran transitorias y entonces no podían generar el estado de excepción y, por ende, lo que ha debido hacer el gobierno es proponerlas al legislador ordinario, ahorrándole al país los traumatismos inevitables de la declaratoria de la conmoción.

8. Lo que hay que deplorar es que semejante despropósito esté amparado por el artículo 8o. transitorio de la Carta, que autorizó al Gobierno para que obrara de ese modo, manteniendo, con la anuencia de la Comisión Especial, la vigencia de normas restrictivas en tiempos de normalidad. Por esa vía, los buenos propósitos de poner término al estado de excepción permanente que vivimos durante más de 40 años, bajo el régimen de la Constitución anterior, fijándosele límites temporales, se malograron por completo, pues se autorizó a que se hicieran permanentes las consecuencias, ya que el estado de excepción mismo no podía serlo. Es decir, dando la apariencia de un cambio radical, se dejaron las cosas como estaban. Ahora, bajo una Constitución que se proclama garantista, vamos a padecer la normatividad de un régimen restrictivo. Es que un Estado democrático no lo es sólo porque su constitución tenga esa fisonomía, sino porque de ese espíritu esté informado el ordenamiento jurídico en su totalidad.

9. Pero la autorización genérica del artículo 8o., que no puede ser razonablemente interpretado como una carta en blanco para pretermitir disposiciones axiales del Estatuto Fundamental, no dispensa de confrontar en concreto las normas cuya vigencia permanente se ha dispuesto, con los principios consignados en la nueva Constitución y es eso lo que los actores han propuesto, en el caso sub examine, con respecto al Decreto 2266 de 1991, que dió el carácter de permanentes a un cúmulo de normas penales dictadas bajo el régimen de estado de sitio, concretamente algunas de las contenidas en los Decretos 3364 de 1986, 1198 de 1987, 1631 del mismo año, 180 y 2490 de 1988, 1194 de 1989, 2790 de 1990 y 99 de 1991.

10. Examinar la constitucionalidad de esas disposiciones como constitutivas de una normatividad ordinaria, comporta un radical cambio de óptica. Porque el juez constitucional no puede aplicar al legislador ordinario la misma comprensiva (y comprensible) benevolencia que usa a menudo para el legislador emergente. Es que éste cumple su función compelido por el afán de remover factores de desorden que imposibilitan o dificultan en extremo la vida comunitaria, de la cual él mismo, como gobernante, es supremo responsable. La mengua de ciertos bienes (las libertades y las garantías) que la propia Carta protege por lo valiosos, aparece entonces justificada por la necesidad inaplazable de restablecer el orden. Pero cuando es el legislador ordinario quien actúa, esas consideraciones no pueden tener ya operancia. Porque, además, uno puede legítimamente preguntar: si las normas dictadas bajo el estado de excepción no fueron eficaces para remover las causas de desorden (puesto que si lo hubieran sido, su función ya estaría agotada), qué garantiza que una vez restablecida la normalidad jurídica vayan a cobrar una eficacia que no tuvieron bajo las circunstancias específicas que las justificaban?.

11 En el caso a estudio, los actores arguyen que las disposiciones demandadas adolecen de una notable falta de técnica jurídica, pero no los mueve un afán purista de que sea la nuestra una legislación técnicamente perfecta. Es que, como claramente lo

demuestran (y su apreciación es corroborada y fortalecida por la consistente vista del Ministerio Público), esa carencia de destreza formal se traduce en desdibujamiento de la tipicidad del delito y, en consecuencia, en desconocimiento de un principio universalmente aceptado a partir de la Ilustración, y positivizado en nuestro ordenamiento, a saber, el principio de la legalidad del delito y de la pena.

12. Es casi un tic mental de nuestros legisladores emergentes y en ocasiones también de los ordinarios, que por desventura ha permeado y contagiado a una buena parte de la opinión nacional, el esgrimir como única respuesta a la proliferación del delito un régimen penal drástico, irrespetuoso a menudo de los principios y garantías de inspiración humanística que la Constitución consagra. Poca imaginación se advierte en la adopción de medidas de profilaxis social o de fortalecimiento cualitativo de los organismos de inteligencia que determinarían una disminución significativa del delito (las primeras) o una mayor eficacia en la aprehensión de los delincuentes -de los verdaderos delincuentes- y en la aplicación condigna de las penas existentes, que ya son suficientemente drásticas (las segundas), y en cambio son ya un estereotipo los decretos extraordinarios (o las leyes) que, a modo de reflejo condicionado, se producen cuando un nuevo y macabro hecho de violencia estremece al país.

Cuando tal cosa ocurre (y con cuánta frecuencia ocurre!) ya se puede predecir la reacción legislativa: se duplican las penas consagradas para esas conductas delictivas y se debilitan los mecanismos de defensa del sindicado, ingrediente esencial del debido proceso. Los verdaderos responsables, generalmente, continúan disfrutando de la libertad que les permite proseguir su acción torticera y, por tanto, el aumento de penas los deja indemnes, pero a trueque de esto se crean graves riesgos para quienes son menos diestros en eludir la acción de las autoridades policivas, muchas veces ciudadanos inocentes.

13. Nada que distorsione y desfigure más el sistema democrático y de derecho trazado en la Constitución, que un régimen penal laxo en las garantías al sindicado e implacable en la vindicta, rasgos inequívocos del derecho penal autoritario, congruente apenas con un sistema político del mismo cuño.

Es que cuando la atención se centra apenas en la defensa presunta de la sociedad, con olvido casi absoluto del posible sujeto de la pena, en nada difiere (por ese aspecto), un sistema de instituciones liberales y democráticas de uno declaradamente totalitario.

Fue ese el peligroso desvío (o desvarío?) del positivismo penal que llegó a soslayar, en beneficio de un objetivo que juzgaba prevalente (la defensa de la sociedad), la legalidad del delito y de la pena, y la condición moral del delincuente.

14. El criterio de la peligrosidad, como postulado básico de la acción represiva del Estado, difumina los principios del derecho penal liberal y relega, por tanto, a un plano secundario la tipicidad del delito. A lo que hay que atender, entonces, para poner en marcha esa acción y llevarla hasta sus consecuencias últimas, no es a que el comportamiento observado por el sujeto, y rigurosamente verificado por el juez, coincida de modo incuestionable con la conducta nítidamente descrita en las normas (que sea típica) sino a que parezca socialmente peligroso, no importa cuán inconsistente y gaseoso sea el concepto mismo de peligrosidad.

15. Colombia vivió el auge de esa tendencia, no sólo con admirables exponentes intelectuales de ella, sino con estatutos que la ejemplificaron en la práctica, de modo incontrastable. El Decreto 0014 de 1955, por citar sólo la instancia más notable, ilustra bien esa afirmación. A un individuo, v.gr., se le sindicaba y se le responsabilizaba penalmente no propiamente por haber cometido un delito, sino por haberse colocado en cualquier circunstancia que se juzgara conducente a él. La falta de empleo, por ejemplo, era una de esas circunstancias. Y mientras más abierto fuera el tipo penal (menos típica la conducta), tanto mejor, pues con mayor expedición y soltura podía moverse el juez en la tarea de hallar quién se encontraba en una situación predelictual y sólo por eso era digno de sanción, cual quiera fuera la finalidad (aún altruista v.gr.: la resocialización del sujeto) que a ésta se le atribuyera.

16. Aunque el positivismo penal (que no es equiparable, desde luego, al positivismo jurídico sino más bien su antítesis) ha quedado definitivamente superado por teorías que rescatan la libertad humana como presupuesto de la responsabilidad y, consecuentemente, por prácticas legales y judiciales de incuestionable sello humanístico, nuestra legislación penal de emergencia suele, quizá inconscientemente, ofuscada por lo agobiante de las circunstancias, recoger esas marchitas banderas. Tal es el caso del Decreto 2266, sometido a examen de la Corte por actores alertas que, como muchas otras personas sensibles al deterioro de la democracia, no desmayan en la desalentadora lucha por restituir a nuestro derecho penal el sello humanitario que no ha debido perder, ni siquiera bajo las circunstancias degradadas que desde hace mucho tiempo afronta el país y frente a las cuales la represión deshumanizada se ha mostrado inepta.

17. Porque no hay duda de que ese estatuto urdido con un rimero de normas originarias todas del estado de sitio, de ingrata recordación para las conciencias libres, acusa, justamente, las desviaciones que más arriba hemos examinado.

Abunda, tal decreto, en la consagración de tipos penales abiertos que esbozan de modo impreciso conductas delictuales que el juez, con su buen o mal juicio, debe terminar de construir, y a las que se asocia, una vez más, el expediente ineficaz y manido de las penas duplicadas que constituyen una amenaza mayor para los inocentes que para los criminales de oficio. Porque, para aludir al menos a un caso inquietante, el que de veras es sicario conoce medios eficaces para evadir la acción de quienes lo persiguen y afronta la posibilidad de una condena como un riesgo profesional; pero mucho más inerte frente a la sindicación se halla el muchacho que habita una zona parcial o totalmente deprimida, poblada de asesinos con los cuales corre el peligro de confundirse por la sola proximidad física y por los comunes hábitos culturales. Porque, desde luego, es posible establecer, con una alta dosis de probabilidad y por medios probatorios rigurosos, que alguien mató por dinero, pero una elevada incertidumbre circundará siempre la vaga imputación de que una persona, que jamás ha matado, pertenece a una banda de sicarios. Así como el ser "vago" era una circunstancia que se juzgaba de inminencia predelictual en la llamada "Ley Lleras" y en el ya citado Decreto 0014 de 1955, y quien se colocaba en ella era considerado acreedor, por ese solo hecho, a una medida de seguridad (eufemismo para encubrir la infamante y talvez injustificada pena), conforme a las normas que estamos tratando, la sola circunstancia de vivir en un barrio pobre y estar obligado a convivir con delincuentes, puede ser suficiente para merecer una drástica pena (y ahora sí sin siquiera el consuelo del eufemismo).

18. La categoría general signada como "terrorismo" constituida por distintas conductas, internamente vinculadas por el problemático vínculo de que todas ellas pueden ser generadoras de zozobra social y en la misma medida punibles, es un ejemplo que acertadamente aducen los demandantes, de peligrosa indeterminación y ambigüedad en la configuración de tipos penales, pugnante en todo con la rigurosa técnica legislativa que ha de informar la legislación criminal y que se traduce en garantía de aplicación justa de la ley, tanto para quien de veras la ha quebrantado como para quien, atendida la rigurosa tipicidad de la conducta, debe ser declarado inocente.

19. Justo es reconocer, eso sí, que las normas de que nos venimos ocupando gozan de gran aceptación en la opinión pública que, de ordinario, confunde dos cosas bien distintas: la urgencia de superar la situación crítica, y la justicia y eficacia de los instrumentos que se emplean para superarla. Es prevalido del beneplácito que produce en la conciencia ingenua la expedición de ese tipo de medidas, que el legislador emergente se anima a proseguir cada vez con más bríos su empresa restrictiva y atentatoria de la libertad, a la vez que fallida desde el punto de vista de los objetivos que persigue.

No es la emoción desbordada y morbosa, efecto ordinario de los hechos deplorables que padecemos, la que ha de presidir la tarea legislativa, sino la razón ("que es patrón y medida" conforme al apotegma tomista) la que ha de conducir esa empresa. Y es

responsabilidad de quien legisla no sacrificar la justeza y eficacia de las decisiones a los halagos de un aplauso estéril o a los espejismos de una drasticidad inane y altamente riesgosa a la vez.

20. La Constitución del 91, espléndida en garantías, no parece compatible en su letra y mucho menos en su espíritu, con la persistencia de una legislación penal restrictiva, pensada sólo como excepcional y transitoria, bajo situaciones de emergencia jurídicamente más drásticas que las construcciones ahora vigentes y, quizás por eso mismo, poco ortodoxa en el asunto de las garantías penales que, a partir de Beccaria, son patrimonio inalienable de la humanidad civilizada.

Es que el gran reto del Estado de Derecho, que el Constituyente del 91 quiso afirmar y actualizar, consiste, precisamente, en afrontar aún las más críticas situaciones sin abdicar del que es su legado ideológico, constitutivo de lo que es a un tiempo su razón de ser y su sustancia.

21. Me parece que en ese olvido imperdonable incurre el fallo de la Corte aún con los retoques subsiguientes a la discusión de Sala. Las normas penales de un Estado de Derecho no se legitiman sólo por los plausibles fines que persiguen, sino además por los medios cualificados que usan para perseguirlos, que no son cualquier tipo de medios, sino aquellos que participan de los propósitos altamente humanísticos que informan esa modalidad civilizada de gobierno y de convivencia que se denomina Estado de Derecho que es, por principio, la negación del maquiavelismo político, el aserto institucionalizado de que el fin no justifica los medios.

El fallo deja sin respuesta los cargos formulados por los actores a la normatividad demandada y eficazmente prohijados por el señor Procurador. Se esfuerza más, en cambio, lo que es bien dicente, en poner de presente el propósito laudable que la inspira, lo que, según lo hemos dicho reiteradamente, no es en sí mismo suficiente. No son tampoco de recibo los argumentos enderezados a demostrar que los tipos abiertos constituyen una práctica que no se contrae a la legislación emergente sino que permea inclusive a nuestra legislación penal ordinaria y que encuentra también ejemplos en estatutos foráneos.

Si la reiteración de un mal mudara su naturaleza y la aceptación generalizada de lo inicuo lo tornara en justo, entonces sí estaría dispuesto el suscrito a echar atrás todas sus razones. No es así, no sé si para bien o para mal.

22. Finalmente, es preciso aludir al argumento de que si no se hubiera hecho permanente la legislación de estado de sitio, habrían quedado impunes muchas conductas que merecen el tratamiento de delitos. Porque lo cierto es que nuestro Código Penal imbuído también, por desventura, del mismo espíritu displicente con las libertades y garantías que ha venido imponiéndose como rasgo distintivo de nuestra legislación penal de emergencia, a través de estatutos restrictivos y de dudosa constitucionalidad así se les denomine "de seguridad" o "de defensa de la democracia", tiene respuesta para todas ellas, talvez más adecuada y en todo caso un poco más atenta a la protección de esos bienes que parecen definitivamente olvidados en la normatividad de excepción.

fecha ut supra.

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

Aclaración de voto a la Sentencia No. C-127

LEGISLACION PERMANENTE (Aclaración de voto)

Es una paradoja, ¿aparente o real?, que la legislación transitoria que debió dictarse al amparo del estado de sitio, durante la vigencia de la Constitución de 1886, pueda ahora ser permanente, a pesar de los ochenta o más artículos que la nueva Constitución consagra a

los derechos y libertades fundamentales de la persona humana. Por este camino llegaremos al estado de sitio permanente sin nombrarlo. Ahora ya no se desgastarán solamente las instituciones diseñadas para las épocas anormales, sino toda la estructura constitucional de los tiempos de paz, con todos los peligros que esto implica para la supervivencia del Estado de derecho, que es incompatible lo mismo con la dictadura que con la anarquía.

Ref.: Expediente D-179

Decreto 2266 de 1991 "por el cual se adoptan como permanentes normas expedidas durante el Estado de Sitio".

Magistrado Ponente:

Dr. Alejandro Martínez Caballero

He votado afirmativamente la exequibilidad del decreto 2266 de 1991, que convierte en legislación permanente decretos dictados bajo el régimen de estado de sitio, entre ellos el decreto 180 de 1988, llamado "Estatuto para la Defensa de la Democracia", porque considero que uno de los fines del Estado, es decir, del derecho objetivo, es prevenir, combatir y castigar el delito. Pero, tengo que aclarar mi voto, así:

Es una paradoja, ¿aparente o real?, que la legislación transitoria que debió dictarse al amparo del estado de sitio, durante la vigencia de la Constitución de 1886, pueda ahora ser permanente, a pesar de los ochenta o más artículos que la nueva Constitución consagra a los derechos y libertades fundamentales de la persona humana. Por este camino llegaremos al estado de sitio permanente sin nombrarlo. Ahora ya no se desgastarán solamente las instituciones diseñadas para las épocas anormales, sino toda la estructura constitucional de los tiempos de paz, con todos los peligros que esto implica para la supervivencia del Estado de derecho, que es incompatible lo mismo con la dictadura que con la anarquía.

Santafé de Bogotá, marzo 30 de 1993

JORGE ARANGO MEJIA

ANEXO H. SENTENCIA C-319 DE 1996

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 10. del decreto 1895 de 1989 demandado, y no con fundamento en el artículo 10o. del decreto 2266 de 1991.

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA DECRETOS LEGISLATIVOS

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 DE SERVIDORES PUBLICOS

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 DE SERVIDORES PUBLICOS-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 DE PARTICULARES-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
NORMATIVOS DEL TIPO**

ILICITO-Actividades

delictivas/INGREDIENTES

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 de mil novecientos noventa y seis (1996)

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 1° 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 1° del decreto 1895 de 1989:

*"Artículo 1° 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".*

(Se subraya lo demandado)

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 conocedores 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.

Es de anotar que aunque la redacción de los artículos 1o. del decreto 1895 de 1989 y 10 del decreto 2266 de 1991 es, por razón de la subrogación, idéntica, y de que fue el mismo texto

transitorio el que se incorporó a la legislación permanente, sin embargo, en razón de las fuentes formales de validez, las normas son diferentes, como enseguida se explica.

En efecto, cuando el decreto No.1895 de 1989 fue examinado por la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio del control automático previsto en el artículo 121 de la Constitución de 1886, entonces vigente, esa Corporación lo declaró constitucional, mediante Sentencia del 3 de octubre de 1989, pero bajo el entendido de que las "actividades delictivas" allí mencionadas eran únicamente el narcotráfico y delitos conexos, pues la articulación existente entre el decreto y los motivos que llevaron a la declaratoria del estado de sitio así lo exigían. Posteriormente, al haber sido demandado ante la Corte Constitucional, entre otros, el artículo 10° del decreto 2266 de 1991, esta Corporación lo declaró exequible (Sentencia C-127 de 1993, M.P., Dr. Alejandro Martínez Caballero), e hizo la aclaración de que la "expresión ' de una u otra forma', debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, **en cualquier forma que se presenten éstas**" (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 1° 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, 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.

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.

3. El enriquecimiento ilícito del Servidor Público

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 60., 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.

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.

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 10. 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 ..."** (Negrillas fuera de texto).*

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

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

DECISIÓN

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,

RESUELVE:

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

Magistrado

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

Secretaría General

Salvamento de voto a la Sentencia C-319/96

ANTECEDENTES PENALES/ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO-No es delito autónomo/**ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO**-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 ILÍCITO DE PARTICULARES-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.

Finalmente, rechazo la pretensión, evidente en la sentencia, de confundir la moral con el derecho, y permitir que algunos se apoderen de aquélla, para consagrar delitos en forma indeterminada y difusa.

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 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.

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 la 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)

La Corte 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. 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. Es pues claro que el Estado puede penalizar el enriquecimiento ilícito y que "corresponde al legislador definir el alcance o contenido" de tal conducta. 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.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE SERVIDORES PÚBLICOS/PRINCIPIO DE MORALIDAD PÚBLICA (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 PÚBLICOS-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 PÚBLICO/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 ILÍCITO DE PARTICULARES (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 ILÍCITO-Sentencia judicial previa/ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO-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.

Darle contenido por fuera de la dogmática jurídico penal a figuras legislativas y dársele más con base en criterios de política criminal, es tanto más riesgoso en un país en el que la política criminal ha sido tradicionalmente absorbida por la política a secas; en el que las decisiones político criminales no han obedecido a criterios en perspectiva del sistema penal y fundados en valoraciones también empíricas y ajustadas a realidades muy particulares, sino que han obedecido a criterios coyunturales de la política, sobre todo reactivos: criterios de ocasión en la acción política han sustituido la construcción ponderada de criterios de política criminal, siendo su consecuencia más radical, el sacrificio de libertades y garantías. Tanto más grave aún: el coyunturalismo se ha traducido, en la práctica, en un pragmatismo instrumental que convierte el derecho, y sobre todo el derecho penal, en un instrumento de regulación de toda clase de problemas que sólo de manera residual o en todo caso no en forma prioritaria y absoluta a él le corresponden. Así, cualquier concesión del juez constitucional, a criterios de pura política criminal, sea o no él consciente de ello e incluso sin pretenderlo, se convierte en la práctica en una concesión a la política. Como decimos: a una acción política que en su dinámica habitual de invasión al derecho, ha terminado por instrumentalizar el derecho penal y, con ello, a restarle incluso capacidad real de

tematización y manejo de las conductas que aquél pretende neutralizar. Es decir, en última instancia -y es éste un aspecto básico de la discusión- utilizado como puro instrumento al servicio de intereses políticos coyunturales, es el derecho penal y con él la justicia penal que éste busca prohijar, el primer sacrificado en su capacidad real de resolución de los conflictos.

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 proscribía 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 coasociados. 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".

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 despojado 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 ocasiones, 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 llevarse 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 inocencia. 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".

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 ésta (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. 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 ley".

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 instituciones", 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 ilícito genera derechos y por fuera de la ley no puede haber amparo del Estado (subrayas no originales)". 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).

Es pues claro que el Estado puede penalizar el enriquecimiento ilícito y que "corresponde al legislador definir el alcance o contenido" de tal conducta. 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). 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) .

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 decisorios, 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". 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". 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".

De todo lo anterior se deduce no sólo la lógica política 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 después."

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 prohíja:

"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".

¿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".

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". 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..."

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 rapto 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. Existen además casos fallados por jueces de tutela sobre la confrontación de valores en el terreno específico de la norma penal. 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.

Fragmentar lo sustantivo y lo procesal, de modo que la objetividad de una conducta descrita como delictiva, no sea acompañada por una declaración jurídico-procesal definitiva para darle existencia a dicha actividad en el derecho; hacerlo además, de tal forma que no haya coherencia con la deducción del elemento subjetivo que la debe acompañar siempre para ser incuestionada toda deducción efectiva de responsabilidad, significa, como decimos, desinstitucionalizar la función punitiva estatal: abre el riesgo de una lógica de acción, con consecuencias sobre la libertad, no dirigida por el derecho. Tanto más relevante se hace lo expuesto, cuanto el aspecto central de disenso nuestro con la sentencia, surge a partir de su permisibilidad de intromisión de elementos extraños al derecho y de la mezcla de éste con ámbitos que lo desestructuran. En la esfera procesal es aún más claro lo descrito: si a cualquier declaración judicial se le concede carácter demostrativo de conductas ilícitas, o éstas se dan por demostradas a partir de hechos notorios o públicos, se desestructura la lógica procesal de construcción de su verdad, la verdad procesal.

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.).

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 exija 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 a una norma y le especifica sus alcances. En todo caso, como decimos, la comparación que se adelante, 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". Así, las causales de justificación y con ellas, las causales de exclusión de culpabilidad, se predicán 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".

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".

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". 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".

"La conducta es jurídica o antijurídica -enfatisa el autor-, no cabe otra posición. Es atribuible o no. Es culpable o inculparable. 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".

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

confirman la veracidad de tal confesión y comprometan a terceros por enriquecimiento ilícito. Ahora bien, si este sindicato 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.

La muerte de una persona, en tanto imposibilidad radical para llegar a una sentencia previa definitiva, admitiría la eventualidad de no ser aquella sentencia exigida. El dilema central en este punto es la desintegración de la entidad delictiva en virtud del carácter derivado de la conducta. Como lo anota Luis Carlos Pérez en uno de los textos ya reseñados, "no sería lógico que la entidad se desintegrara para el primero y permaneciera completa para el segundo". Ya vimos que las causales de justificación o las causales de inculpabilidad, no desintegran tal entidad. Admitir dicha desintegración, es sólo probable como decimos, en casos realmente extremos. Por lo cual se repite: la sustitución de la sentencia judicial definitiva es sólo posible, si obedece a una situación en todo caso excepcional.

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

ANEXO I. SENTENCIA C-389 DE 1994

Sentencia No. C-389/94

REFERENCIA.

EXPEDIENTE D-488.

ACTOR:

LUIS GABRIEL MORENO LOVERA.

TEMA:

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 62 (parcial) de la ley 81 de 1993.

MAGISTRADO PONENTE:

ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Aprobado en Santafé de Bogotá, D.C. el día primero (1°) de septiembre de de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

I. ANTECEDENTES.

Procede la Corte a resolver sobre la demanda de inconstitucionalidad instaurada por el ciudadano Luis Gabriel Moreno Lovera, contra el aparte final del párrafo 2o. del artículo 60 del Código de Procedimiento Penal.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA.

La norma acusada corresponde al párrafo 2o. del artículo 60 del Código de Procedimiento Penal (decreto 2700 de 1991), en la forma como fue modificado por el artículo 62 de la ley 81 de 1993.

Se transcribe en su totalidad el mencionado párrafo, resaltando en negrilla los apartes que se acusan:

*"Párrafo segundo. Para efectos de este artículo la Fiscalía deberá proceder a la identificación de los bienes y a la de sus respectivos dueños, elaborar un registro público nacional de los mismos e informar al público trimestralmente a través de un medio idóneo su existencia, para que sean reclamados por quien acredite sumariamente ser dueño, poseedor o tenedor legítimo **TRATANDOSE DE BIENES NO VINCULADOS A UN PROCESO PENAL, SI TRANSCURRIDO UN AÑO NO SON RECLAMADOS, SE DECLARARA LA EXTINCION DE SU DOMINIO**".*

III. LA DEMANDA.

El actor considera que el acápite normativo acusado infringe diferentes preceptos constitucionales, y expone el concepto de la violación con respecto a cada uno de ellos, así:

- **Artículo 2, inciso 2.** Según el demandante "...los bienes aprehendidos en una investigación penal pueden ser: A) el objeto material del delito o sobre los cuales recae la acción punible, o sea, el cuerpo del delito; B) Los instrumentos del delito o medios para su facilitación o consumación; C) El producto del delito o utilidad de éste; D) Bienes totalmente

ajenos al iter criminis y sólo accidentalmente incautados dentro de la investigación". Y el aparte de la norma acusada, faculta al funcionario judicial en lo penal para declarar la extinción del dominio sobre bienes no vinculados a un proceso penal cuando habiendo transcurrido un año de su aprehensión "no fueren reclamados por su dueño o poseedor legítimo en el momento de proferirse sentencia o providencia de fondo de efectos similares", con lo cual se configura una apropiación de un bien perteneciente a una persona que es inocente del delito, sin previo juicio.

- **Artículo 6.** El actor formula el cargo de inconstitucionalidad, afirmando que la disposición acusada "al autorizar al funcionario judicial, que puede ser el fiscal, para decretar la extinción del dominio de un bien ajeno u objeto material del hecho punible, está sancionando al dueño, poseedor o tenedor legítimo de ese bien, y lo está sancionando con la pérdida del bien. Estableciendo una responsabilidad objetiva en la cosa o por cosa, lo que no tiene sentido frente al canon constitucional en comento, pues ese dueño, poseedor o tenedor legítimo sólo es responsable ante las autoridades por violar la Constitución o la Ley".

- **Artículo 13, inciso 1.** Asevera el demandante que se viola el principio de igualdad porque el dueño del bien aprehendido dentro de una investigación criminal "tiene derecho a ser tratado protegido y tenido por igual ante la ley, no solo respecto de su persona sino de sus bienes, por tanto no tiene derecho a gozar de sus bienes y a no ser privado de ellos sino en juicio y sentencia legales".

- **Artículo 29.** La violación de esta norma, a juicio del demandante, estriba en que las reglas a que se somete el debido proceso dan base para sostener que "todo dueño, poseedor o tenedor legítimos, tiene derecho a que no se le prive de la propiedad, posesión o tenencia sobre un bien sin juicio ex profeso, previamente establecido el procedimiento para debatir tales derechos, ante juez especializado - de conformidad con la organización y distribución de la administración de justicia".

Concluye el demandante la formulación de este cargo, afirmando que el aparte de la norma acusada es inconstitucional, porque el debido proceso no se cumple con arreglo a lo establecido por "la legislación civil procesal y sustancial para debatir y declarar la existencia del dominio o propiedad...."

- **Artículo 58.** Según el actor las expresiones demandadas violan el derecho a la propiedad privada, porque la extinción del dominio que se autoriza es una expropiación sin indemnización previa, que constituye un enriquecimiento injusto en favor de la Nación. Agrega además que la expropiación autorizada, acudiendo al mecanismo de la extinción, se realiza sin que existan motivos de utilidad pública o de interés social ni razones de equidad que la justifiquen.

- **Artículo 60.** Se hace consistir el cargo de inconstitucionalidad en que la disposición acusada antes que promover el acceso a la propiedad, como lo prevé la norma constitucional en referencia, la está desestimulando. En efecto, la norma demandada " está concentrando la propiedad en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, estableciendo un odioso monopolio", con lo cual se obstaculiza la misión del Estado de "pluralizar los titulares del dominio".

IV. INTERVENCION CIUDADANA.

En el proceso intervino como impugnadora de la demanda la ciudadana Eliana Victoria Jiménez Soto, quien se opone a la declaratoria de inconstitucionalidad de los apartes de la norma acusada, en un extenso escrito en el cual se analizan los siguientes aspectos: la extinción del derecho de dominio y la función social de la propiedad; la extinción del derecho de dominio y la expropiación y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 6 de

noviembre de 1967 que declaró exequible el art. 6 de la ley 200 de 1936 sobre extinción del dominio de predios rurales, en relación con los cuales se dejare de ejercer explotación económica con arreglo a la ley.

V. INTERVENCION DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

A través del ciudadano Francisco José Sintura Varela, intervino la Fiscalía General de la Nación, quien se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó la declaratoria de exequibilidad de los apartes de la norma acusada. Con tal fin, el interviniente desarrolla los criterios que, en esencia, se extractan de su escrito.

La Fiscalía General de la Nación estima que la norma acusada no es inconstitucional porque "no constituye la imposición de una sanción penal, sí está recubierta por un debido proceso y no constituye una expropiación, sino que es una figura con rancios e incluso sólidos antecedentes en nuestro sistema, que lejos de enriquecer a la Nación lo que hace es evitar el forzoso e indeseado deterioro de su patrimonio".

Como argumento central de su posición ante la constitucionalidad de la medida, la Fiscalía señala:

"En la Constitución actualmente vigente, la propiedad es función social generadora de obligaciones según lo establecido en el artículo 58. En consecuencia, resulta ostensible que un bien abandonado por su propietario no está cumpliendo función social alguna en beneficio del conglomerado, sino que, muy por el contrario, se convierte en obstáculo para la buena marcha de la administración".

VI. CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

El señor Procurador General de la Nación rindió el concepto de rigor, y solicitó la declaratoria de inexequibilidad de la parte acusada del parágrafo 2 del artículo 60 del Código de Procedimiento Penal, con la presentación de los siguientes argumentos:

- Afirma el Procurador que la posibilidad de extinguir derechos reales sobre bienes vinculados a actividades ilícitas, tiene antecedente reciente en los arts. 47 y siguientes de la ley 30 de 1986, y desarrollo particular en los decretos legislativos 1856 de 1989 y 1874 de 1992, dictados bajo estados de excepción.

- Distingue el Procurador la confiscación del comiso, partiendo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, cuando afirma:

"....Así, para aquélla, la confiscación es una medida de carácter penal, proscrita a nivel constitucional, que consiste en privar a un condenado de todos sus bienes sin compensación alguna, aplicada unas veces como pena principal y otras como accesoria y por razón de delitos que se consideraban de especial gravedad. Por el contrario, en el carácter particular o concreto del comiso - no comprensivo de la totalidad de los bienes de una persona- que sólo afecta los utilizados para perpetrar el delito y los frutos económicos de éste, cuando su titular se ha desatendido de la función social que informa a la propiedad dedicándola a actividades ilícitas, se halla justificación a nivel constitucional de tal medida".

Con respecto a la posibilidad de decretar la extinción de dominio dentro del proceso penal, expresa:

"Frente a la extinción de derechos reales, principales y accesorios, ha sido férrea la posición del Ministerio Público cuando opera sobre bienes afectos a un proceso penal, en el sentido de afirmar que sólo mediante sentencia condenatoria puede extinguirse el derecho de dominio, previa definición de la responsabilidad penal del procesado, máxime cuando en las etapas que le anteceden no exista la certeza sobre la misma".

- Finalmente el señor Procurador, estima que la figura de la extinción del dominio en las condiciones prescritas en la norma no se conforma con la Constitución, porque dicha extinción no se desenvuelve en ninguna de las hipótesis avaladas por la Corte; por lo tanto,

"no puede ser declarada por un funcionario que no es su juez natural, con un procedimiento ajeno al que le es propio y en abierta contradicción, con la tutela que la Carta ha otorgado al derecho a la propiedad y con la función que deben cumplir las autoridades de la República".

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Competencia.

Es competente la Corte, conforme al artículo 241-4, en atención a que se trata de una demanda de inconstitucionalidad contra una norma del decreto-ley 2700 de 1991, (Código Penal, art. 60) que fue reformada por el artículo 62 de la ley 81 de 1993.

2. La protección constitucional a la propiedad y la extinción del dominio.

En los términos del artículo 58 de la Constitución Nacional, se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Dicho derecho no es absoluto, pues debe hacerse compatible con la función social y la función ecológica inherente a ésta, generadoras de obligaciones para los sujetos titulares del dominio.

Dentro de la perspectiva analizada, el dominio privado y la garantía de su seguridad jurídica, son reconocimientos constitucionales condicionados, de tal suerte que la propiedad deviene en un derecho relativo en la medida en que su protección supone del titular, el cumplimiento de unas obligaciones y un ejercicio ajustado a ciertos principios jurídicos y sociales.

La primera exigencia constitucional es que la propiedad se haya adquirido "con arreglo a las leyes civiles", requisito que consagra la licitud del objeto mismo y, por supuesto, de su causa, de manera que aquélla 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.

Sobre este particular se pronunció la Corte suprema de Justicia, en los siguientes términos:

"La protección constitucional a la propiedad y a los demás derechos adquiridos exige, como primer presupuesto, que la adquisición venga asistida de un título justo, o sea, que su causa de adquisición se ajuste a la ley y, en manera alguna, contrariando la misma. El señorío que se adquiera por medios ilícitos o a consecuencia de ellos, no puede tener protección legal".

La otra exigencia de la Carta, proveniente de la reforma de 1936, consiste en que la propiedad es o tiene una función social, es decir, que al tiempo que tiene el significado de un derecho subjetivo, asume también el carácter de un deber social. Se pondera entonces el uso, goce y disposición de la propiedad con el alcance social útil que tiene y demanda su ejercicio. O como se dijo en la época cuando se tramitaba la mencionada reforma constitucional: "Es que quien tiene una propiedad debe hacer uso de ella en forma tal que no sólo no perjudique a la comunidad, sino que sea útil a ella "(Darío Echandía en su explicación de la reforma constitucional ante la Cámara de Representantes en sesión del 24 de Febrero de 1936, según cita de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de Marzo de 1943).

Es clara y significativa la exégesis que de la norma constitucional sobre la función social de la propiedad, hizo la Corte suprema de Justicia en la sentencia citada, en estos términos:

"El Constituyente de 1936 relativizó el derecho fundamental de la propiedad, acentuando la sumisión de ésta a los intereses de la colectividad y con ello la limitación del arbitrio del propietario. Este Constituyente dio a la propiedad individual el fundamento de la función social que implica obligaciones, conformándose a las teorías modernas de los defensores de aquélla, quienes prescindían de la forma fija y siempre idéntica que las aludidas escuelas económicas atribuían a esa institución, para admitir que, desde luego que la propiedad ha revestido en la historia formas muy diversas y es susceptible de modificaciones muy

grandes, sólo se garantiza plenamente por el artículo 26 de la codificación constitucional en la medida en que responda a las necesidades colectivas de la vida económica".

León Duguit, de quien tomó el Constituyente del 36 la noción solidarista de la propiedad, resume el concepto de la función social en los siguientes términos:

"La propiedad es el producto del trabajo y, a mi modo de ver, una consecuencia de la libertad del trabajo. La propiedad capitalista es el producto de un trabajo realizado; el detentador de un capital no puede dejarlo improductivo, puesto que él no lo detenta sino para hacerle producir en interés de la sociedad. La propiedad capitalista no es un derecho, es una función"

La función social de la propiedad, con su ingrediente ecológico, en la Constitución de 1991, tiene una concepción y contenido políticos, en cuanto encierra la idea o noción de solidaridad social, de manera que el propietario tiene el deber social de contribuir mediante su explotación racional al bienestar de la comunidad y a la defensa del medio ambiente. En tal virtud, cuando el propietario es inferior a su compromiso social y usufructúa el bien en su solo provecho, sin parar mientes en el daño económico o ambiental que pueda deducirse de su comportamiento, viola el deber constitucional y, según el caso, puede hacerse acreedor a la aplicación de sanciones de distinto orden y alcance (administrativas y penales), y hasta la pérdida misma de la propiedad.

3. Sentido y alcance de la extinción del dominio y la expropiación..

La concepción del dominio como un derecho que le otorga a su titular la facultad de utilizar libremente los bienes en su exclusivo provecho, recogida del modelo demoliberal por el Constituyente del 86, admitía sin embargo la limitación consagrada por el principio de que "en caso de conflicto entre el interés público y los derechos de los particulares, éstos deberán ceder ante la necesidad pública reconocida por la ley".

La reforma constitucional de 1936 no sólo condicionó el uso y goce de la propiedad como una "función social", sino que adicionó al concepto de "utilidad pública" originario de la Constitución del 86 (art. 31), el de "interés social", ampliando de esta manera y en forma significativa las causales de expropiación, cuando, como se ha dicho, se contrapongan los intereses comunitarios y el interés de los particulares.

La extinción del dominio y la expropiación son instituciones político-jurídicas que se asemejan en cuanto ambas se dirigen a prevenir y contener el ejercicio abusivo del derecho de propiedad, proscrito por los preceptos constitucionales. Pero son diferentes, porque parten de supuestos conceptuales distintos y buscan igualmente objetivos diversos.

La expropiación constituye un medio o instrumento del cual dispone el Estado para incorporar al dominio público los bienes de los particulares, previo el pago de una indemnización, cuando éstos se requieran para atender o satisfacer necesidades de "utilidad pública e interés social", reconocidas o definidas por la ley, con intervención de la autoridad judicial (expropiación por vía judicial) o mediante la utilización de los poderes públicos propios del régimen administrativo (expropiación por vía administrativa). También se le ha dado sustento a la expropiación con fundamento en la función social de la propiedad cuando se la utiliza con fines de redistribución de la propiedad o para conminar a los propietarios a explotar las tierras en forma eficiente o con arreglo a programas de producción diseñados por el Estado.

Esta figura jurídica comporta una limitación al derecho de propiedad, el cual no se anula con la expropiación; simplemente a través de ésta se pone en vigencia y se hace operativo y realizador el principio de la prevalencia del interés público o social sobre el interés particular; la indemnización que se reconoce al propietario expropiado, compensa o subroga el derecho del cual ha sido privado; su derecho de propiedad se transforma en un derecho de crédito frente a la entidad pública expropiante, por el valor de la indemnización.

La extinción del dominio, en su concepción original, resulta del incumplimiento de la obligación económica que le impone la Carta al dueño del bien (función social), de aprovechar su propiedad con un sentido social, esto es, útil a la comunidad, ajeno, por lo

mismo, al abuso que implica detentarla sin perseguir mediante su explotación un rendimiento productivo mínimo. Pero igualmente es posible la extinción del dominio, en las condiciones que establezca el legislador, cuando a pesar de que el propietario cumple con la función económica asignada a la propiedad, desatiende o ignora el deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables y, consecuentemente, viola el derecho que tienen todas las personas a gozar de un ambiente sano.

En resumen, la función social se traduce en la necesidad de que el propietario de un bien lo aproveche económicamente, utilizando sistemas racionales de explotación y tecnologías que se adecuen a sus calidades naturales y que permitan la utilización de los recursos naturales, buscando al mismo tiempo su preservación y la protección ambiental. La inexploración del bien o su aprovechamiento irracional y degradante, supone de hecho la violación del principio de la función social de la propiedad y autoriza naturalmente la extinción del dominio del propietario improvidente o abusivo. La aplicación de la medida no conlleva, como es obvio suponerlo, una compensación económica o indemnización por la privación del bien, puesto que la extinción del dominio constituye fundamentalmente una sanción por la violación de un deber de origen constitucional.

Como tuvo ocasión de advertirlo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de Noviembre de 1989, "la institución jurídica de la extinción del dominio, de recibo en nuestro derecho público, se fundamenta en que, como al propietario se le imponen obligaciones relacionadas con el cumplimiento de la función social que le es naturalmente inherente, su abandono, o lo que es lo mismo, según lo puede disponer en forma general la ley, la falta de actos posesorios indicadores de una explotación económica en la forma y durante el lapso que ella establece, constituye omisión en el cumplimiento de las obligaciones de naturaleza constitucional del derecho de propiedad y conduce a la imposibilidad de seguir garantizándolo jurídicamente"

4. La extinción del dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito.

Entre las múltiples innovaciones que introdujo la Carta Política de 1991, se destaca una modalidad de extinción del dominio o propiedad, que no se sustenta en el concepto tradicional de la función social y la cual constituye, a no dudarlo, un instrumento jurídico eficaz con miras a moralizar las costumbres, desestimular la cultura del dinero fácil, a apoyar las acciones estatales e implementar los procesos judiciales encaminados a detener y reprimir el enriquecimiento ilícito como fuente mediata o inmediata de la propiedad en sus diferentes manifestaciones.

El artículo 34 de la Constitución Política, dispone lo siguiente:

"ARTICULO 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación".

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

La norma transcrita mantiene la prohibición tradicional de la pena de confiscación, pero se eleva a canon constitucional la prohibición de las penas de destierro y prisión perpetua.

Las razones que indujeron al Constituyente del 91 a institucionalizar la extinción del dominio como un instrumento de lucha contra el enriquecimiento ilícito, considerado como una forma amenazadora del delito, fueron señaladas con dramática claridad en el informe de ponencia que rindieron los constituyentes Ivan Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benitez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero. Dice el aparte pertinente:

"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 fácil y rápida por quienes infringen la ley".

"Esta comparación desmoraliza a la población, y a las actividades marginales se ven tentados y arrastrados los individuos en forma masiva, en busca del progreso personal, cómodo y exuberante. En tales circunstancias el país ha sufrido un desmoronamiento fatal y la corrupción y la criminalidad se han extendido en forma que hoy atenta contra la propia estabilidad de la nación y de sus instituciones".

Si bien en el art. 34 de la Constitución Política se consagró expresamente la extinción del dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social, el legislador en modo alguno fue indiferente a consagrar la represión de dichas modalidades de enriquecimiento, como se desprende de lo siguiente:

En el art. 148 del Código Penal se tipificó el delito de enriquecimiento ilícito, aunque referido al empleado oficial, de la siguiente manera:

"El empleado oficial que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de uno (1) a ocho (8) años, multa de veinte millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a diez (10) años.

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

En el mismo código (art. 270, numeral 9) se consagró como circunstancia de agravación punitiva el hecho de que se obtenga la utilidad, provecho de la finalidad perseguida por los actores o copartícipes del delito.

En el decreto 1856 de 1989, que adicionó las disposiciones de los artículos 47 y siguientes de la ley 30 de 1986 y otras anteriores en materia de comiso de bienes involucrados en actividades del narcotráfico, se extendió dicho comiso a los beneficios económicos, bienes y efectos provenientes o vinculados directa o indirectamente a las referidas actividades, el cual se materializa en la sentencia del juez competente para juzgar el respectivo delito. Dicho decreto fue revisado y declarado constitucional por la Corte Suprema de Justicia según sentencia No. 69 de octubre 3 de 1989 y acogido posteriormente como legislación permanente (decreto 2266/91. art. 7o.)

En el art. 1o. del decreto legislativo 1895 de 1989, adoptado como legislación permanente por el art. 10 del decreto extraordinario 2266 de 1991, se tipificó el enriquecimiento ilícito con respecto a los particulares cuando de manera directa o por interpuesta persona se obtenga para si o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas.

En el artículo 6o. del decreto 2266 de 1991, se dispuso:

"Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa de dos mil (2000) a cinco mil (5000) salarios mínimos mensuales sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes".

Los arts. 338, 339 del Código de Procedimiento Penal, regulan el comiso de los instrumentos y efectos con los que se haya cometido un hecho punible doloso, y de los bienes, muebles o inmuebles y, en general, de los derechos y beneficios económicos o efectos vinculados a los procesos por delitos cuyo conocimiento se atribuye a los jueces regionales o que provengan de su ejecución. Igualmente en el art. 13 de la ley 40 de 1993 se regula el decomiso de bienes utilizados para perpetrar el delito de secuestro y de "los beneficios obtenidos producto de dichos bienes", los cuales se aplicarán o destinarán a la prevención y represión del secuestro.

Observa la Corte que en los preceptos antes analizados expresamente no se consagró la figura jurídica de la extinción del dominio, sino el comiso de los bienes que sirvieron de instrumento para la comisión del delito, el objeto mismo del delito y los productos derivados de este; no obstante, materialmente y por los efectos de la medida, el comiso equivale en la práctica, en algunos casos y como esta regulado en las referidas disposiciones, a una

extinción de dominio, vgr, en el caso del delito del secuestro en que los beneficios obtenidos por los bienes adquiridos como producto del mismo, se destina a la prevención y represión del secuestro y, en general cuando los bienes decomisados no se destinan para indemnizar los perjuicios sufridos por la víctima. Es así como la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha agosto 9 de 1984 (proceso No. 1147), dijo:

"El comiso, decomiso, o incautación como se le ha denominado indistintamente con mayor o menor propiedad es una entidad jurídico- penal tan antigua como la mayor parte de las instituciones de orden penológico. una vez considerada como pena, otras como una medida de seguridad patrimonial, o también como un efecto civil de la condena, y con finalidades ya compensatorias o reparatorias, los Códigos Penales han reflejado indistintamente dichas tendencias".

En el decreto 1874 del 20 de noviembre de 1992 se configuró expresamente la extinción del derecho de dominio en relación con los "bienes, fondos, derechos u otros activos" adquiridos por la comisión de delitos de competencia de los Jueces Regionales.

En el art. 60 del Código de Procedimiento Penal, que posteriormente será objeto de análisis, se consagra la figura de la extinción de dominio en relación con todos los delitos.

Consecuente con lo expuesto, puede decirse que por regla general se estructura la extinción de dominio, mediante declaración judicial y no administrativa, cuando se materializan las hipótesis del art. 34, desaparece por esta circunstancia la propiedad del titular del dominio y el Estado incorpora los respectivos bienes a su patrimonio, o se destinan a un fin de utilidad común.

Con fundamento en el análisis precedente, la Corte hace las siguientes precisiones en torno a la figura de la extinción del dominio consagrada en el art. 34 de la Constitución Política:

a) El inciso 2o. de la norma en cita contiene un mandato del constituyente, en el sentido de que perentoriamente ordena declarar extinguido el derecho de dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral pública.

El sentido teleológico del precepto consiste en que el Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de la propiedad que no tenga como fuente un título válido y honesto; es decir, que la propiedad se obtiene en cierto modo mediante la observancia de los principios éticos. La protección estatal, en consecuencia, no cubre 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.

b) La extinción procede mediante sentencia judicial y previa observancia del debido proceso consagrado en el art. 29 de la Constitución Política.

c) Corresponde al legislador definir el alcance o contenido del concepto enriquecimiento ilícito, como ya lo ha hecho, y determinar cuando se configuran las hipótesis del "perjuicio del Tesoro Público o grave deterioro de la moral social". Actualmente, ya el legislador ha considerado que existe dicho deterioro en los casos de los delitos de narcotráfico.

d) La medida tiene la naturaleza jurídica de una pena accesoria a la que corresponde al delito que se juzgue. Sin embargo, el legislador la puede instituir como una pena principal.

e) La extinción se configura como una sanción objetiva, pues puede ser decretada siempre que en el proceso judicial correspondiente se acrediten los supuestos fácticos que la norma del art. 34 prevé para que opere dicha extinción.

Como conclusión del tema que se desarrolla, es posible afirmar que nuestro ordenamiento constitucional no autoriza al legislador para establecer a su arbitrio la extinción del derecho

de dominio, pues esta figura sólo puede ser regulada dentro del marco constitucional que aparece trazado por los artículos 34 y 58 de la Constitución Política.

6. Normas acusadas y cargos de la acusación.

En los términos de la demanda el aparte final del párrafo segundo del artículo 60 del C.P.P., que corresponde a la adición ordenada por el artículo 62 de la ley 81 de 1993, es inconstitucional porque consagra la "extinción del dominio" de "los bienes no vinculados a un proceso penal, si transcurrido un año no son reclamados" por su dueño, poseedor o tenedor legítimo.

Con el fin de tener una visión de conjunto de la normatividad de la cual forma parte el acápite de la norma que se acusa, se transcribe en su integridad el texto vigente del artículo 60 del Código de Procedimiento Penal:

"Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 339 de este Código, el funcionario que esté conociendo de la actuación, de plano ordenará la devolución a quien sumariamente acredite ser dueño, poseedor o tenedor legítimo del objeto material o instrumentos del delito que sean de libre comercio. Si al momento de proferirse sentencia o providencia de fondo que produzca efectos equivalentes, no son reclamados los bienes y éstos no deben destinarse a garantizar la indemnización integral, el funcionario judicial podrá declarar la extinción del dominio, habiendo notificado al interesado y observado el debido proceso, y adjudicarlos a la Nación para que sean administrados por la Fiscalía General de la Nación o la entidad que ésta indique".

"PARAGRAFO PRIMERO.- Sin perjuicio de lo previsto en los artículos 338 y 339 del C.P.P. y normas especiales, los bienes que se encuentren vinculados a un proceso penal o que sin estarlo sean aprehendidos por las autoridades facultadas para ello, no podrán ser utilizados por éstas, y deberán ser puestos inmediatamente a órdenes de la Fiscalía, quien podrá delegar su custodia en los particulares".

"PARAGRAFO SEGUNDO.- Para efectos de este artículo, la Fiscalía deberá proceder a la identificación de los bienes y a la de sus respectivos dueños, elaborar un registro público nacional de los mismos e informar al público trimestralmente a través de un medio idóneo su existencia, para que sean reclamados por quien acredite sumariamente ser dueño, poseedor o tenedor legítimo. Tratándose de bienes no vinculados a un proceso penal, si transcurrido un año no son reclamados, se declara la extinción de su dominio".

Los bienes aprehendidos dentro de una investigación criminal pueden consistir en aquéllos que sirvieron de instrumento del delito, los que son el producto del delito y otros que siendo ajenos al delito han sido incautados con ocasión de dicha investigación. No cabe duda, que la norma aludida se refiere específicamente a estos últimos bienes, los cuales jurídicamente son extraños a la correspondiente actuación penal.

Como puede observarse, el inciso 1o. de la norma transcrita prevé que sin perjuicio de lo previsto en el art. 339, alusivo a los casos especiales de comiso de bienes y en general los derechos y beneficios económicos o efectos vinculados a los procesos por los delitos de competencia de los jueces regionales, o que provengan de su ejecución, el funcionario competente puede ordenar de plano la restitución de los bienes que constituyen el objeto material o los instrumentos del delito a quien acredite sumariamente la calidad de dueño, poseedor o tenedor legítimo, siempre que aquellos sean de libre comercio.

En el evento de que al momento de proferirse sentencia o providencia de fondo con efectos equivalentes no se reclamen dichos bienes y éstos no deban ser destinados al pago de la indemnización integral a los afectados con el delito el funcionario judicial competente está

facultado para declarar la extinción del dominio en favor de la Nación previo trámite procesal con la observancia del debido proceso .

El hecho de que se trate de bienes que no hayan sido reclamados por su dueño dentro de un determinado lapso, a primera vista, no legitima constitucionalmente la extinción, con fundamento en el art. 58 de la C.P., porque el titular del dominio en forma voluntaria no ha omitido el deber de cumplir con la función social asignada a la propiedad, pues no tiene la posesión material de los bienes, dado que estos se encuentran a disposición de la autoridad judicial. Es más, podría decirse que esta circunstancia configura una fuerza mayor en razón de la producción de un acto de la autoridad que impide al propietario del bien realizar los actos de posesión que autoriza la ley.

No se justifica la extinción con fundamento en el art. 34, porque no se trata de bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, o en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social, pues la norma acusada parte del supuesto de que ni siquiera se encuentran vinculados al proceso penal.

Al disponerse en el aparte de la norma acusada la extinción del dominio con desconocimiento del fundamento constitucional del art. 34, se ignora la garantía y la protección constitucional que el Estado y sus autoridades deben dispensar a la propiedad, conforme a los arts. 2o. y 58 de la C.P., al tiempo que se le impone una sanción a quien no ha sido declarado judicialmente culpable de un delito y se presume inocente, pues ni siquiera es sujeto procesal vinculado al proceso penal, es decir, se declara una responsabilidad que no tiene sustento en la infracción de la Constitución y las leyes (arts. 6o. y 29 C.P.). La extinción del dominio prevista en el art. 34, necesariamente se vincula con la existencia de un delito, cuya materialidad debe ser establecida en un proceso penal y en el cual se haya determinado la autoría del responsable.

Resulta por lo demás extraño y, desde luego, censurable, que la ley establezca una causal de extinción del dominio diseñada por fuera de los presupuestos constitucionales que la definen y caracterizan, pues repugna la idea de justicia y a la vigencia de un orden justo, que la simple omisión de una persona en no reclamar un bien propio, aprehendido por razones del azar o del abuso de las autoridades dentro de una investigación penal, tenga por sí misma la virtualidad de despojarlo de su dominio.

Cuál es se pregunta la Corte el apoyo constitucional del texto normativo que se acusa?. A juicio de la Corte ninguno, porque no se expresa ni se infiere con nitidez de dicho texto un desarrollo que se adecue razonablemente al precepto constitucional del art. 34. La omisión del interesado en reclamar un bien no vinculado a un proceso penal, cuando más lo puede caracterizar como una persona descuidada, pero jamás se le puede dar el mismo tratamiento que corresponde a quien se señala como responsable de un delito.

Advierte la Corte que este caso difiere del que ya había sido objeto de su estudio, relacionado con el artículo 1o. del Decreto 1874 de 1992 (Sentencia C-066 del 24 de febrero de 1993. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo), pues en dicha oportunidad era claro que la norma revisada partía del supuesto de que en las diligencias practicadas durante la investigación se encontraban indicios de que los correspondientes bienes, fondos, derechos y activos provenían o tenían relación con la comisión de los delitos de competencia de los jueces regionales. Por eso, en el fallo aludido se expresó: "La destinación del bien propio a fines ilícitos o la actitud pasiva que permite a otros su utilización con propósitos contrarios a la legalidad implican atentado contra los intereses de la sociedad y, por tanto, causa suficiente para que se extinga el derecho, ya que, por definición, no se está cumpliendo con la función social".

A la inversa, en la norma de la que ahora se ocupa la Corte, según lo resalta con entera claridad su mismo texto, estamos ante bienes que, también por definición, son ajenos a la comisión de cualquier delito, motivo por el cual no puede hablarse de que el sólo hecho de no reclamarlos dentro del año previsto por el legislador configure incumplimiento de la

función social de la propiedad, que lleve a la extinción del dominio, como sí acontecía en los eventos previstos por el Decreto 1874 de 1992.

Por las razones antes expuestas la Corte declarará inexequible el aparte acusado del art. 60 del C.P.P.

VIII. DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, Sala Plena, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Declarar inexequible el aparte final del Parágrafo Segundo del artículo 62 de la ley 81 de 1993, que adicionó el artículo 60 del Código de Procedimiento Penal, el cual dice: **"Tratándose de bienes no vinculados a un proceso penal, si transcurrido un año no son reclamados, se declarará la extinción de su dominio"**

Notifíquese, cópiese, comuníquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y archívese.

JORGE ARANGO MEJIA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ANEXO J. SENTENCIA SU 1300 DE 2001

Sentencia SU.1300/01

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL-Fuerza vinculante/**PRECEDENTE CONSTITUCIONAL**-Conceptos

En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional ha usado los conceptos de Decisum, ratio decidendi, y obiter dicta, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El decisum, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos erga omnes y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La ratio decidendi, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los obiter dicta o "dichos de paso", no tienen poder vinculante, sino una "fuerza persuasiva" que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación.

ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULAR-Tipo penal derivado/**ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULAR**-Declaración judicial previa a la condena a la investigación o a la recepción del bien que enriquece ilícitamente

Es claro que dentro de la comprensión del enriquecimiento ilícito de particulares como "delito derivado" que había hecho la Corte Constitucional en el fallo del 30 de marzo de 1993 y que siguieron sosteniendo los Magistrados Martínez y Gaviria, la determinación judicial de la ocurrencia del delito fuente es un requisito para la condena penal por el delito de enriquecimiento ilícito, pero no para su investigación. La Corte considera que la exigencia de la sentencia judicial condenatoria previa del delito del cual se deriva el enriquecimiento ilícito de particulares formulada en la sentencia de constitucionalidad de 1993, significaba que para la condena de una persona por este delito, se requiere la existencia de una sentencia previa en la que se determine la ocurrencia del delito del cual se deriva el enriquecimiento, y no que la sentencia previa deba existir al momento de la comisión de los hechos que dan lugar a la imputación del delito de enriquecimiento ilícito. Es decir, para que se tipifique el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, aún dentro de la interpretación de la Corte en fallo, NO se requiere que la persona de la cual se recibe el dinero, los bienes o servicios que constituyen el enriquecimiento, esté condenada penalmente por un delito, verbigracia el de narcotráfico, en el momento en que se obtenga el incremento patrimonial no justificado. En el caso concreto objeto del presente fallo, sí existió sentencia condenatoria previa del delito fuente del enriquecimiento ilícito por el cual se condenó al peticionario.

SENTENCIA ANTICIPADA-Aceptación de cargos obra como confesión simple

La institución de la sentencia anticipada, implica renunciaciones mutuas del Estado y del sindicado: la renuncia del Estado a seguir ejerciendo sus poderes de investigación, y la del imputado a que se agoten los trámites normales del proceso, a la controversia de la acusación y de las pruebas en que se funda. El Estado reconoce que los elementos de juicio aportados hasta ese momento son suficientes para respaldar un fallo condenatorio que debe partir de la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del sindicado, certeza que se

corroborar con la aceptación integral de los hechos por parte del imputado. La aceptación de los hechos obra como confesión simple. La Corte Constitucional ha dicho que además de la aceptación por parte del sindicado de los hechos materia del proceso, éste acepta “la existencia de plena prueba que demuestra su responsabilidad como autor o partícipe del ilícito”.

SENTENCIA ANTICIPADA-Requisitos constitucionales

La sentencia condenatoria proferida cumple con los dos requisitos sustanciales que establece tanto la ley como la jurisprudencia constitucional, para terminar el proceso con sentencia anticipada: 1) que el imputado acepte íntegramente su responsabilidad en relación con los hechos que se investigan y, 2) que exista plena prueba sobre la ocurrencia del hecho y sobre la culpabilidad del sindicado.

VALORACION DE PRUEBAS-Juez regional la hizo acertadamente

La valoración de las pruebas que hace el Juez Regional para proferir la condena no es irrazonable, arbitraria ni caprichosa; no ignoró ni omitió prueba alguna, ni dio por probado un hecho sin fundamento razonable. Al contrario, en la sentencia anticipada se aprecia un cuidadoso y detallado análisis de las pruebas aportadas y practicadas dentro de la investigación y en la etapa del juicio: se hace una relación pormenorizada de los cheques recibidos por el demandante, las cuentas en las cuales fueron consignados y la manera como se hicieron efectivos; se demuestra con base en los dictámenes periciales cómo el actor abrió cuentas bancarias a nombre de terceros y las manejó directamente falsificando firmas; estos hechos se corroboran con los testimonios de los empleados del accionante; y se desvirtúan sistemáticamente las explicaciones dadas por el sindicado sobre el origen del incremento patrimonial, demostrando con base en los testimonios de los comerciantes de dólares, que las transacciones alegadas por el doctor Garavito nunca se hicieron en cheques. En la sentencia condenatoria no se violaron los derechos fundamentales del peticionario, pues como se demostró en los acápites correspondientes, fue juzgado conforme a ley preexistente al acto que se le imputó, no se aplicó retroactivamente ninguna regla de derecho, ni se impidió la publicidad ni la contradicción de las pruebas.

Referencia: expediente T-463299

Acción de tutela instaurada por Rodrigo Garavito Hernández contra el Juez Regional de Bogotá (hoy Juzgado Especializado), el Tribunal Nacional o quien haga sus veces y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

Magistrado Ponente:
Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, seis (6) de diciembre de dos mil uno (2001)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca el 8 de mayo de 2001.

I. ANTECEDENTES

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

El peticionario, doctor Rodrigo Garavito Hernández, había interpuesto ya, el 29 de septiembre de 1997, acción de tutela contra el Juez Regional de Bogotá y el Tribunal Nacional con el objeto de que se declarara que la sentencia condenatoria proferida contra él, constituía una “vía de hecho”. La solicitud de tutela fue declarada improcedente en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y negada en segunda instancia por el Consejo de Estado. La Corte Constitucional conoció del caso en sede de revisión, y resolvió, a través de sentencia SU-542 del 28 de julio de 1999 declarar improcedente la acción de tutela, considerando que existía otro mecanismo de defensa judicial, el recurso extraordinario de casación, que había sido ya interpuesto por el peticionario. Preciso la Corte en dicha oportunidad que en la sentencia se analizaba exclusivamente la procedibilidad de la acción y no los asuntos de fondo.

Procede ahora la Corte Constitucional a estudiar conforme al nuevo escrito de tutela presentado en abril de 2001, las alegadas violaciones a los principios y derechos fundamentales en que, a juicio del peticionario, incurrieron los jueces especializados al condenarlo por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al no casar la sentencia condenatoria.

1. La solicitud de tutela

El 23 de abril de 2001, el doctor Rodrigo Garavito interpuso acción de tutela ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca para que se le amparen sus derechos fundamentales, que considera violados por la justicia regional, hoy especializada, y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues, según afirma, las sentencias condenatorias proferidas contra él constituyen **vías de hecho**, ya que carecen de fundamento objetivo, violan el principio de legalidad, los derechos al debido proceso, a la defensa y a la presunción de inocencia.

En consecuencia solicita que se revoquen las sentencias proferidas por el Juzgado Regional de Bogotá el 12 de junio de 1997, el Tribunal Nacional el 24 de noviembre de 1997, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 2 de abril de 2001, en virtud de las cuales fue condenado como autor responsable de los delitos de falsedad en documento privado y enriquecimiento ilícito de particular.

Así mismo, pide que se anulen las sentencias mencionadas, y en su lugar se ordene al juez competente que dicte nueva sentencia, respetando los derechos fundamentales, con base en las consideraciones del fallo de tutela.

El accionante funda sus peticiones en los siguientes hechos y argumentos:

1.1 Afirma en el escrito de tutela que fue sindicado, acusado y condenado como responsable de haberse enriquecido con dineros provenientes del narcotráfico, por haber consignado en sus cuentas y en las de sociedades de las cuales hace parte, 23 cheques de las mal llamadas “*empresas de fachada*”, obtenidos por él, según dice, “*como medio de pago de los dólares que vendió.*”

1.2 Sobre la violación de los principios de legalidad, irretroactividad y favorabilidad en materia penal

Sostiene que la conducta que originó la investigación penal y por la cual fue condenado, no estaba tipificada en la ley para el momento de la ocurrencia de los hechos. Dice que se le juzgó y condenó, sin atender la ley preexistente al acto que se le imputó.

Explica que el hecho por el cual fue condenado: haber recibido 23 cheques girados contra las cuentas de las así llamadas “empresas fachada” del Cartel de Cali, ocurrió durante los años de 1991, 1992, 1993, 1994 y 1995, años durante los cuales el delito de enriquecimiento ilícito de particular estaba tipificado “con precisión de alcance constitucional” como delito derivado y no autónomo. A pesar de esto, dice, se le juzgó y condenó por enriquecimiento ilícito de particular como delito autónomo.

Concluye que en su caso se aplicó retroactivamente, es decir, a hechos ocurridos antes de su ejecutoria, la Sentencia de la Corte Constitucional C-319/96, en la cual se “reconsideró” la posición inicial de la Corporación con respecto a los elementos del tipo de enriquecimiento ilícito de particulares, en vez de haberse aplicado la norma penal conforme a la interpretación constitucional vigente para el momento de la ejecución de la conducta, contenida en la sentencia C- 127/93, en la cual la Corte Constitucional “precisó el verbo rector del tipo” considerando 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 de forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los ordenes legales...”.

Precisa que para el momento de los hechos el delito se entendía como derivado pues se requería la prueba de las “actividades delictivas”, elemento del tipo (el incremento patrimonial injustificado provenga de actividades delictivas) que sólo podía probarse constitucionalmente con sentencia previa o coetánea. Este elemento del tipo no se refiere a actividades delictivas reales o supuestas, sólo a las primeras y dentro de un Estado democrático las “actividades delictivas” sólo se pueden invocar cuando existe una sentencia judicial condenatoria.

En consecuencia, dice el peticionario que la sentencia del Juez Regional de Bogotá del 12 de junio de 1997 violó el principio de legalidad (legalidad estricta en materia penal), ya que se dio una “aplicación analógica desfavorable” del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particular. Se desconoció el principio de absoluta irretroactividad de la Ley penal o jurisprudencia penal desfavorable.

Explica que la aplicación analógica desfavorable de la ley penal se dio en cuanto a la relación de causalidad entre las “actividades delictivas” y la ilicitud de los dineros o fondos con que se afirma en el proceso que se constituyó el incremento patrimonial: según el tipo penal vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, el origen del incremento patrimonial tiene que ser ilícito en el sentido muy preciso de provenir de actividades delictivas. En la sentencia condenatoria de primera instancia, así como en la proferida por el Tribunal Nacional, la ilicitud del incremento patrimonial se supuso a partir del nombre de la persona (Miguel Rodríguez Orejuela) que supuestamente ordenó los pagos, y que para la época de los hechos no solo no estaba sindicada, sino que ni siquiera se registraba en su contra, orden de captura.

Dice que no se probó en el proceso la ilicitud de la fuente del enriquecimiento porque no se decretaron las pruebas solicitadas por la defensa tendientes a demostrar que los dineros con los que el Banco de Colombia cubrió los cheques librados contra las supuestas cuentas fachada del cartel de Cali, abiertas en dicho banco, provenían de sobregiros, como pretendía demostrarlo la defensa. Agrega que aún, suponiendo que Miguel Rodríguez fuera quién había ordenado el pago de los cheques, en el patrimonio de éste coexistían haberes lícitos con ilícitos, como consta en el proceso adelantado contra él y contra su hermano Gilberto, no habiéndose demostrado en el proceso que se le siguió, de cuál de dichas fuentes provenían los fondos del “supuesto ordenador”. Por tanto, la existencia del nexo causal entre el narcotráfico y el incremento patrimonial, fue un mero supuesto; esta suposición constituye una vía de hecho.

Afirma el accionante que tan cierto es lo que dice, que en la sentencia del 16 de enero de 1997, proferida por el Juzgado Regional de Cali contra Gilberto y Miguel Rodríguez Orejuela, se consideró que *“con relación a los dineros depositados en las cuentas arriba descritas, no existe prueba directa que indique que el total de las sumas aritméticas de los dineros consignados en esas cuentas provengan, directa o indirectamente de los delitos de narcotráfico referidos. En consecuencia no está plenamente desvirtuada la explicación del sindicado en cuanto a que allí se mezclaban dineros lícitos e ilícitos...”*.

1.3 Sobre la violación de los principios de publicidad y contradicción de la prueba. Ocultamiento del cuaderno “Anexo 21”

Afirma el accionante que a su defensa no se le dio la oportunidad de conocer ni de controvertir, antes del cierre de la investigación, el denominado Anexo 21, en el que se encontraban los extractos y consignaciones de las cuentas de las mal llamadas “empresas de fachada”:

La prueba trasladada de la Fiscalía General de la Nación denominada Anexo 21 no se recibió en la Secretaría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. A éstos documentos se les dio un *“manejo soterrado, ocultándoselos a los sujetos procesales”*. En el oficio 310 de la Fiscalía General no aparece nota alguna de recibo por la Secretaría de la Sala Penal de la Corte, sólo aparece una nota con las iniciales de Clelia América Sánchez, entonces magistrada auxiliar del Dr. Ricardo Calvete, magistrado que sustanció la investigación en la Corte Suprema.

Dice que la Dra. Clelia América Sánchez reconoció, en testimonio rendido dentro del proceso, que fue ella, y no el personal de la Secretaría, a quién se le entregaron unos documentos remitidos por la Fiscalía terminando el mes de marzo de 1996. Afirma que este hecho aparece corroborado en la declaración de Dennys Durango, empleado de la Secretaría de la Sala Penal que manejaba los informes a los apoderados y a los sujetos procesales en los “asuntos de única instancia impar”, entre estos el radicado No. 10467. Concluye que está demostrado que fue la Dra. Clelia América Sánchez quién se los entregó directamente al magistrado Calvete Rangel, el 29 de marzo de 1996.

Agrega que en el libro radicator de los procesos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se observa que no existe, con fecha 29 de marzo de 1996, ninguna anotación para enterar a los sujetos procesales de aquél hecho, y que está demostrado a través del testimonio del señor Dennys Durango, que el día 29 de marzo de 1996 el expediente se encontraba al Despacho del Dr. Calvete para resolver un recurso de reposición interpuesto por el defensor. Sostiene que por la misma época únicamente se registraba en la información al público disponible en la Secretaría de la Sala Penal, la existencia de 20 anexos en dicho proceso.

Según el peticionario, está demostrado que la anotación del 19 de abril que obra en el libro radicator de expedientes fue adulterada para incluir el traslado de los dictámenes y de la “prueba trasladada (Anexo 21)”. Explica que se trata de una adición realizada después de ese día con la intención de salvar el ocultamiento del cuaderno denominado Anexo 21, el cual se encontraba desde el 29 de marzo de 1996 en poder del Dr. Calvete. De otro lado, existe un repisado, que constituye una adulteración por adición, del número 20 para agregarle sobre el cero (0), el dígito uno (1) y hacer figurar que el proceso tenía 21 y no 20 anexos. Concluye que ésta adición se produjo después del 9 de mayo de 1996 con ocasión de los reclamos formulados por él y su defensor, apoyados en los testimonios del señor Durango; de lo que deduce que es sólo a partir del 9 de mayo de 1996 que se informó a los sujetos procesales, que el proceso constaba de 21 anexos y no de 20, pero que en realidad el Anexo 21 fue entregado al Dr. Calvete el desde el 29 de marzo de 1996.

Concluye que al no haber tenido la defensa noticia oportuna de la existencia del Anexo 21, la posibilidad de controversia de la prueba en cuestión se difirió a la etapa de juzgamiento, en detrimento de sus intereses, pues la evaluación por parte del defensor de los elementos de juicio que permitirían resolver la conveniencia o no de la aceptación de cargos y la promoción de la sentencia anticipada, sólo se hizo en la segunda etapa del proceso. Y agrega que las pruebas dadas a conocer tardíamente a la defensa (a pesar de haberse incorporado el expediente con antelación), habrían modificado el curso del proceso y la estrategia defensiva; el hecho de no haberse conocido oportunamente (antes del cierre de la investigación) guarda estrecha relación con la cuantificación punitiva, dado que el cierre de la investigación determina el límite temporal para la rebaja de pena de una tercera parte por acogerse a la sentencia anticipada.

1.4 Sobre la violación del derecho a la contradicción de la prueba por haberse impedido a la defensa interrogar al testigo Guillermo Pallomari

Según afirma el peticionario en el escrito de tutela, el señor Guillermo Pallomari fue el único testigo de cargo para su condena y tanto la Corte Suprema de Justicia (en la etapa de instrucción) como el Juez Regional (en la etapa del juicio) le negaron sistemáticamente el derecho a contrainterrogarlo.

Dice que al decretarse la prueba cuya práctica se haría en los Estados Unidos de América por hallarse el testigo bajo protección del Gobierno de ese país, no se dio un margen razonable para que la defensa tuviera la posibilidad de concurrir a la diligencia. Sostiene que tratándose de un país donde se requiere visa de ingreso, es de esperarse que entre el decreto y la práctica de la prueba transcurra un lapso razonable para que la defensa (y los demás sujetos procesales) tengan la oportunidad de participar en su práctica. Dice además que en la providencia no se señaló con claridad, el lugar y la hora en que se llevaría a cabo la diligencia, a tal punto que ni siquiera el Ministerio Público pudo participar en su recepción.

Explica que la prueba fue decretada por el Magistrado Ricardo Calvete el jueves 30 de noviembre de 1995 a través de auto de cumplase, providencia en la que no se especifica ni el día ni el lugar ni la hora señaladas para la diligencia. En la misma providencia se comisiona para la recepción del testimonio a los fiscales que estaban encargados de la indagatoria del señor Pallomari en los Estados Unidos. Dice que “*por vía interna*” se concertó con la Fiscalía la comisión correspondiente, “*sin que en ningún documento al que pudiera acceder la defensa constara la fecha y lugar exacto de la práctica de la diligencia*”, que el jueves 30 de noviembre se extendieron las órdenes de comisión a los funcionarios de la Fiscalía a través de la Resolución 1-0090 del 30 de noviembre de 1995, expedida directamente por el Vicefiscal de la Nación, y el domingo 3 de diciembre de 1995 los fiscales (con reserva de identidad) se desplazaron a los Estados Unidos, conociendo exclusivamente

ellos el lugar y la hora de la práctica de la diligencia. El testimonio fue recogido el 6 de diciembre de 1995, con la ausencia del defensor del procesado y del Ministerio Público.

Precisa que el agente especial del Ministerio Público, en comunicación del 11 de diciembre de 1995, dirigida al Procurador Delegado para Asuntos Penales, informó que partió para la ciudad de Miami el día 4 de diciembre, y que no le fue posible participar en la diligencia, pues no se pudo encontrar con el agregado judicial de la Embajada de los Estados Unidos en Bogotá y recibió la orden de devolverse inmediatamente.

Dice que en el escrito que contiene el testimonio, sólo aparece la firma del señor Pallomari, sin que conste qué funcionarios colombianos o norteamericanos participaron en la diligencia. Aclara que aparece una firma del Jefe de la Unidad de Fiscalías del 12 de diciembre de 1995, la cual fue puesta en Bogotá, pues dicho funcionario no viajó.

Concluye además que en el decreto y la práctica de la prueba se violó el manual para el intercambio de pruebas con el exterior expedido por la Fiscalía General de la Nación con fundamento en el artículo 22 numerales 1 y 7 del Decreto 2699 de 1991.

1.5 Sobre la violación del principio según el cual no puede haber delito sin conducta (“nuestro derecho penal es de acto y no de autor”)

Afirma que las sentencias condenatorias violaron además el principio según el cual “no puede haber delito sin conducta”. Esto, porque los jueces pasaron por alto que las mal llamadas empresas de fachada se hubieran constituido legalmente, se hubieran inscrito en la Cámara de Comercio, el hecho de que el Banco contra el cual se libraron los cheques fuera en ese entonces una empresa del Estado (Banco de Colombia), y el hecho de que los títulos valores tengan carácter abstracto, esto es que se independizan del negocio jurídico que hayan tenido como causa. Por tanto, concluye, no se demostró la culpabilidad.

1.6 Sobre la violación del principio de investigación integral

Afirma que durante la investigación se violó el derecho fundamental al debido proceso, pues sistemáticamente la Corte Suprema de Justicia negó la práctica de casi todas las pruebas solicitadas por la defensa con el objeto de demostrar la inocencia del sindicado, argumentando que eran inconducentes, impertinentes o superfluas, ya que “la investigación se encontraba perfeccionada en su totalidad”.

1.7 Sobre la violación del debido proceso por haberse valorado la confesión para obtener sentencia anticipada, como simple, siendo cualificada

Afirma que el 31 de marzo de 1997 solicitó sentencia anticipada, “(...) *aceptando los hechos y dada la calificación jurídica que la jurisprudencia le da a los mismos, no me queda otra alternativa diferente que asumir la responsabilidad para beneficiarme de la rebaja de la sexta parte de la pena.*”

A su juicio, se trató de una confesión cualificada, porque “*dejé claro que el juicio ha estado carente de las garantías procesales y que aceptaba los hechos dada la calificación jurídica que la jurisprudencia le da a los mismos*”. Dice que no aceptó que hubiera plena prueba para condenarlo, ni que existieran los suficientes elementos de juicio para proferir una sentencia condenatoria, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia C-425 de 1996.

1.8 Sobre la violación del debido proceso por desconocimiento del fuero constitucional que le correspondía en su calidad de congresista

Afirma que se le violó el derecho al fuero constitucional, y el principio de inmediación de la prueba, porque la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala Penal no realizó la investigación tendiente a recoger la mayoría de las pruebas, sino que éstas fueron practicadas por funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.

2. La sentencia anticipada proferida por el Juez Regional de Bogotá

El doctor Rodrigo Garavito solicitó, mediante memorial del 31 de marzo de 1997, acogerse a la sentencia anticipada en la etapa de juzgamiento, una vez se había proferido la citación para sentencia, *“aceptando los hechos y dada la calificación jurídica que la jurisprudencia le da a los mismos, asumiendo la responsabilidad, para beneficiarse con la rebaja de pena de la sexta parte y se le tenga en cuenta la confesión de los hechos que desde un comienzo fueron aceptados.”*

A través de fallo del 12 de junio de 1997, el Juzgado Regional de Santafé de Bogotá, profirió sentencia anticipada y resolvió condenar al peticionario en los siguientes términos:

“Primero: CONDENAR, anticipadamente a Rodrigo Garavito Hernández, de condiciones personales y civiles conocidas en el proceso, a la pena principal de NOVENTA Y CUATRO (94) MESES Y VEINTICINCO (25) DIAS DE PRISION Y MULTA DE TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES, TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$ 359.362.500), como autor responsable de los delitos de FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO, previsto en el art. 221 del C.P., en concurso homogéneo, y ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULAR, tipificado en el art. 10 del Decreto 2266/91 cometidos en las circunstancias descritas en la parte motiva.

Segundo: CONDENAR, igualmente al procesado RODRIGO GARAVITO HERNÁNDEZ, a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena principal.”

En la primera parte de la sentencia se hace una pormenorizada relación de las pruebas recogidas por la Corte Suprema de Justicia durante la investigación, entre ellas los documentos encontrados en los allanamientos realizados dentro del denominado proceso 8.000 a varios de los inmuebles de los señores Miguel y Gilberto Rodríguez Orejuela, documentación contable y cheques girados por personas vinculadas con Miguel Rodríguez a nombre de los titulares de cuentas abiertas realmente por el doctor Rodrigo Garavito, escrituras de constitución de las sociedades de los Rodríguez Orejuela y los certificados de Cámara de Comercio respectivos, contratos de cuenta corriente celebrados por dichas sociedades con varios bancos, las declaraciones de Guillermo Pallomari, la indagatoria de Julían Murcillo, inspección judicial al Hotel Intercontinental de Cali, y a las sucursales bancarias involucradas, diligencias de allanamiento a las oficinas de las empresas de los hermanos Rodríguez Orejuela, los testimonios recibidos de varios de los empleados del doctor Rodrigo Garavito Hernández y actas de inspecciones judiciales a las empresas de las cuales el doctor Garavito era socio. Pruebas de las cuales el Juez regional deduce la responsabilidad del peticionario.

En cuanto a **la responsabilidad penal del procesado** considera el Juez Regional que es innegable que Garavito recibió beneficios en servicios y dinero provenientes del narcotráfico, a través de las cuentas “de izquierda” o ficticias creadas por Miguel Rodríguez Orejuela, con la asesoría de Guillermo Pallomari, como lo afirmaron ellos mismos *“en sus injuradas y*

testimonios, trasladados a esta investigación". Garavito recibió desde el año de 1991 varios cheques de las cuentas fachada del confeso narcotraficante, además de ayuda para su campaña política, representada en 10 bultos de camisetas enviadas por la empresa Litofarallones de Cali. Además está probado que se hospedó en el Hotel Intercontinental de Cali, por cuenta de Miguel Rodríguez Orejuela.

Dice que está plenamente probado que Garavito abrió cuatro "cuentas paralelas" a nombre de sus empleados, para consignar allí los cheques recibidos de las "cuentas fantasma" o falsas pertenecientes a Miguel Rodríguez, y posteriormente depositarlos en las cuentas de sus empresas, o cambiarlos en efectivo y así ocultar su participación en el ilícito.

Dice que está plenamente establecido en el expediente que el doctor Rodrigo Garavito, incrementó sin justa causa su patrimonio, al haber recibido en beneficio propio, 23 cheques que en total suman \$410.700.000, por interpuesta persona, provenientes de un narcotraficante, como es Miguel Rodríguez Orejuela. En el fallo se hace una lista de los cheques, identificándolos con su número, el día en que fueron girados, el nombre del girador, a nombre de quién fueron girados, la cuenta de la cual provenían y la cuenta en la que fueron consignados.

Según afirma el Juez Regional, la prueba más contundente que obra en contra de Garavito es que los cheques recibidos por él fueron girados de las cuentas ficticias o fantasma, de Miguel Rodríguez, creadas precisamente para manejar los dineros ilícitos; según afirma el propio Rodríguez Orejuela en su "injurada", su patrimonio está compuesto por dos fuentes: una de recursos legales derivados del ejercicio de su profesión de abogado, y otra de recursos ilegales derivados de la venta de dólares.

Sin embargo, dice, es el propio Guillermo Pallomari, persona que manejaba directamente "el sistema financiero" de Miguel Rodríguez, quien en diligencia de indagatoria afirma que le manifestó a Miguel Rodríguez que estaba en la capacidad de "*abrir cuentas corrientes, mediante el mecanismo de sociedades creadas por él y con todos los requisitos legales*", y en la misma diligencia dice en forma detallada qué personas y por qué conceptos recibieron cheques de dichas cuentas.

Señala el Juez que el testigo Guillermo Pallomari dijo que el doctor Rodrigo Garavito participó en el "narco-proyecto" y que discutía sobre el tema con Miguel Rodríguez, y generalmente pedía que los cheques salieran a nombre de terceras personas y que éstos eran girados de las cuentas LTD4, LTD 4 especial y algunos de la LTD 2, cuentas "simuladas o ficticias" abiertas por el mismo Pallomari para manejar los dineros ilícitos. La LTD4 especial fue usada para pagar a algunos políticos, era la cuenta que aparecía a nombre de la sociedad "export-café Ltda.", que fue abierta en el Banco de Colombia de Cali y de esa cuenta recibió Garavito, por interpuesta persona, varios cheques.

Con respecto **al tipo penal de enriquecimiento ilícito de particular**, afirmó el Juez Regional que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el delito es "especial y autónomo".

Con respecto al ingrediente normativo según el cual el incremento patrimonial debe provenir de "actividades delictivas o ilícitas", el Juez Regional trae a cuento la sentencia C-316 de 1996 de la Corte Constitucional, en la que citando al Magistrado Calvete Rangel, se dijo:

"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."

Además, dice el Juez Regional, que en el caso concreto, existen contra Miguel Rodríguez Orejuela, sentencias condenatorias por infringir el Estatuto Nacional de Estupefacientes, una conocida como hecho notorio, proferida por un Juez Regional de Cali, y la otra por un Juez Regional de Bogotá, el 21 de febrero de 1997, en la cual fue condenado a 23 años de prisión, y cuyo texto obra en el expediente, aunado al hecho de que él ha confesado en las declaraciones injuradas su participación en el negocio del narcotráfico que le dejó gran cantidad de dólares, para cuyo control abrió las cuentas fantasma, y que de esas cuentas salieron los cheques que recibió el doctor Rodrigo Garavito, *"sin que ello signifique que deba existir una sentencia previa"*.

Con respecto a la violación del debido proceso y del derecho de defensa por la imposibilidad de contrainterrogar al testigo Guillermo Pallomari, y conocer oportunamente el Anexo 21, el Juez Regional dice que ya la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la nulidad solicitada por los mismos hechos, negándola.

3. La sentencia del Tribunal Nacional

A través de sentencia del 24 de noviembre de 1997, el Tribunal Nacional decidió sobre los recursos de apelación interpuestos por la defensa del doctor Rodrigo Garavito y el agente del Ministerio Público contra la sentencia anticipada.

El Tribunal Nacional resolvió modificar la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

"Primero: MODIFICAR los numerales 1º y 2º de la sentencia objeto de apelación, en el sentido de que la pena principal a imponer al procesado RODRIGO GARAVITO HERNANDEZ será la de noventa meses (90) de prisión y multa por la suma de Trescientos cuarenta y dos millones doscientos cincuenta mil pesos (\$ 342'250.000) y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas correrá por el mismo lapso de la restrictiva de la libertad.

Segundo: ABSTENERSE de revisar el acuerdo por colaboración eficaz suscrito entre la Fiscalía General de la Nación y el procesado, por las razones consignadas en la parte motiva.

En lo demás rige el fallo revisado."

En cuanto a los alegatos sobre la violación de los derechos fundamentales y de los principios de legalidad, favorabilidad e irretroactividad de la ley, el Tribunal sostuvo que ni el procesado ni su defensa tienen interés jurídico para recurrir ya que uno de los elementos esenciales de la figura de la sentencia anticipada es que quién se acoge a ella no tiene la facultad de retractarse de la aceptación de los cargos imputados.

La sentencia de segunda instancia se concentra en la solicitud del Ministerio Público y de la defensa (formulada subsidiariamente) sobre la rebaja de pena por confesión y por haberse acogido el procesado a la sentencia anticipada.

4. La sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

A través de fallo del 2 de abril de 2001 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. Edgar Lombana Trujillo, decidió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del doctor Rodrigo Garavito, contra la sentencia del Tribunal Nacional. El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicitó también la casación oficiosa de la sentencia.

La Corte Suprema de Justicia resolvió “NO CASAR el fallo impugnado”.

Afirma en primer término la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema que el recurso de casación interpuesto por el doctor Rodrigo Garavito constituye realmente una “retractación” indebida de la aceptación que hizo en forma libre y consciente, de los cargos : *“esto es de sustraerse a ese aspecto admitido sin condiciones ni reparos al acceder a la terminación anticipada del proceso, o en otros términos, de revivir como consecuencia de la anulación pretendida una controversia probatoria a la que renunció válidamente al optar por la sentencia anticipada”*.

Con respecto a la **violación del derecho a la contradicción de las pruebas**, dice la Corte que las formas de terminación anticipada del proceso, como fórmulas del “derecho penal premial”, no dependen de lo demostrado o controvertido en la actuación sino de la intención del sindicado de contribuir a la eficacia y celeridad de la administración de justicia a través de la aceptación incondicional de su responsabilidad penal ante el aliciente de los beneficios en punto de la pena.

Sobre el conocimiento del “Anexo 21” dice la Sala de Casación que en la investigación, la Corte, de oficio, ordenó allegar al expediente los extractos y las consignaciones que se pudieran ubicar de las cuentas de donde había recibido Garavito los cheques. En cumplimiento de tal providencia se libró el oficio No. 971 del 21 de marzo de 1996 y la Comisión de Fiscales adscrita a la Dirección Regional de Fiscalías de Bogotá dio respuesta el día 29 de marzo, remitiendo la documentación solicitada, recibida en la misma fecha, y con la cual se conformó el cuaderno Anexo 21. A través del auto del 10 de abril del mismo año se corrió el traslado del dictamen grafológico realizado sobre la tarjeta de apertura de la cuenta en Davivienda a nombre de Fabio de Jesús Duque y se puso a disposición de las partes *“la prueba trasladada a las presentes diligencias dentro de la cual quedaba comprendida, obviamente, los documentos que integraban el aludido anexo.”* El sindicado y su defensor fueron notificados de dicha providencia los días 10 y 15 de abril del mismo año.

Afirma la Sala que en todo caso, los documentos que integraban el Anexo 21 fueron conocidos por la defensa antes del cierre de la investigación, pues fueron citados en varios autos a través de los cuales se resolvieron recursos de reposición contra providencias que negaron la práctica de pruebas solicitadas por la defensa, por existir justamente dichos extractos y consignaciones *“ya aportados por la Fiscalía”*.

Concluye diciendo que si la defensa no se enteró oportunamente del cuaderno 21 fue por falta de diligencia del abogado suplente, quién no le solicitaba la información directamente a la Secretaria de la Sala Penal sino a otro funcionario (el señor Dennys Durango) que no tenía entre sus funciones la de suministrar informes de esa naturaleza a los litigantes, y por lo mismo no estaba enterado en detalle de todo el movimiento del proceso.

Sobre el contrainterrogatorio al testigo Guillermo Pallomari dice la Sala de Casación Penal de la Corte que así se admita que por causas ajenas a la voluntad de la defensa de Garavito, se hizo imposible su intervención en la recepción del testimonio, el derecho de defensa no se violó pues fue garantizado por la existencia de otras posibilidades de contradicción de la prueba, como son: la contradicción argumentativa, el aporte de otras

pruebas, la posibilidad de impugnar las decisiones en las que se concede a la prueba un mérito del cual se discrepa, y la posibilidad de demostrar la ilegalidad del medio o la forma como fue obtenida la prueba.

Sobre la ausencia de firmas de los fiscales encargados de la práctica de la diligencia en el acta del testimonio, argumenta la Sala que la autenticidad de dicho documento está certificada *“el día 12 siguiente por el Jefe de la Unidad Antiextorsión y Secuestro de la Dirección Regional de Fiscalías de Bogotá”*.

Concluye diciendo que aún si se aceptara en gracia de discusión que la prueba fue decretada o practicada con alguna anomalía, tal vicio sólo tendría la virtualidad de afectar dicha prueba, sin que los efectos puedan extenderse a toda la actuación, y sin que se configure un nulidad o el menoscabo de alguna garantía fundamental que amerite la intervención de la Corte para casar la sentencia.

Con respecto a la **violación de los principios de legalidad y favorabilidad** dice la Sala que al casacionista le falta interés jurídico para recurrir. Se apoya en los siguientes argumentos:

La sentencia anticipada tiene como requisito esencial que el sindicado acepte en forma libre, consciente e incondicional los cargos imputados desde dos puntos de vista: la imputación fáctica y la imputación jurídica. La imputación fáctica alude a *“la conducta o conductas objeto de reproche con precisión de las circunstancias que las especifican”*, y la imputación jurídica, según la Sala de Casación Penal, quiere decir la precisión de las normas infringidas, que en cuanto a la tipicidad demanda la precisión de los tipos penales correspondientes a la denominación jurídica.

Aprecia la Sala que bajo el argumento de la inaplicación de los principios de legalidad del delito y de favorabilidad, se encubre, en el fondo *“la inapropiada pretensión de retractarse de la aceptación de los cargos con fines de sentencia anticipada”*.

A juicio de la Sala de Casación Penal, el sindicado y su defensor aceptaron expresamente la interpretación que se hacía en la resolución de acusación de los elementos integradores del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares, específicamente el carácter autónomo de dicha figura. La controversia sobre las distintas interpretaciones de la Corte Constitucional sobre los elementos del tipo penal *“en modo alguno se sustrajo al debate en el curso de las instancias”*. En la diligencia de aceptación de cargos, *“en torno a esas disímiles posturas de la Corte Constitucional respecto del ilícito en comento, el sindicado terminó asintiendo que para la fecha de la indagatoria “no existía certeza jurídica alrededor del tema, pero que con posterioridad el punto había sido decantado arrojando ‘claridad’”*. Manifestación coincidente con la del abogado defensor al solicitar el atenuante por confesión, *“en el entendido que el procesado admitió desde la indagatoria la conducta ‘desde el punto de vista naturalístico’, más no con su ‘exacta calificación jurídica’, precisamente, por la incertidumbre conceptual que existía inicialmente en este tópico”*.

Con respecto a la solicitud de casación oficiosa formulada por el agente del Ministerio Público, por la violación de los principios de legalidad del delito, de favorabilidad y de no retroactividad de las sentencias de constitucionalidad, afirma la Corte que no controvierte el marco conceptual dentro del cual se propone el planteamiento de la Procuraduría delegada: resulta inobjetable la consagración en el ordenamiento jurídico penal de los principios de legalidad del delito, de favorabilidad, los efectos erga omnes de los fallos de control constitucional de la Corte Constitucional, y los efectos ex nunc y no retroactivos que por regla general tienen los fallos emitidos en virtud del control constitucional.

Dice que el punto de discrepancia con el concepto del ministerio público es que a juicio de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema la sentencia C-127 de 1993, no establece una constitucionalidad condicionada del tipo del enriquecimiento ilícito de particular a la interpretación que trae el cuerpo del fallo sobre el ingrediente normativo de las actividades ilícitas. Los “comentarios” esbozados por la Corte Constitucional con respecto al citado ingrediente normativo del tipo penal en la mencionada sentencia no constituyen ratio decidendi del fallo, sino que tienen el valor de obiter dicta. Y en este sentido no guardan relación directa con la parte resolutive del fallo, y por ende no son obligatorias. Estas “lacónicas reflexiones” constituyen un mero criterio auxiliar en la interpretación del derecho.

Afirma que es tan cierto este planteamiento, que la misma Corte Constitucional en la sentencia C-319/96, dice que no se trata de un cambio de jurisprudencia porque se mantiene la decisión de constitucionalidad del tipo penal y que tan solo se reconsidera la parte motiva, que conforme a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas del derecho en general. Cita la sentencia SU-047/99 en un aparte en que refiriéndose a la C-319/99, dice que la Corte concluyó que no había cambio de jurisprudencia, “por cuanto esas consideraciones no eran vinculantes, al no estar indisolublemente ligadas a la decisión de exequibilidad.”

El Conjuez José Ignacio Talero L. salvó el voto, considerando que debía casarse la sentencia recurrida, en aplicación del principio de favorabilidad, ya que en el momento de ejecución del hecho punible, el tipo de enriquecimiento ilícito de particular debía entenderse como un delito derivado, y no está demostrada la fuente ilícita de los dineros recibidos.

5. Escrito del Magistrado Edgar Lombana Trujillo en respuesta a la acción de tutela

En su calidad de Magistrado ponente del fallo de casación cuya revocatoria se pretende, por constituir, a juicio del accionante, una vía de hecho, el Dr. Edgar Lombana Trujillo hace las siguientes precisiones con respecto a los puntos en discusión:

En primer lugar hace algunas consideraciones generales sobre la procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Dice que en el caso concreto de Rodrigo Garavito es evidente que el fallo de casación no está incurso en ninguna de las causales que ha establecido la jurisprudencia para la procedencia del amparo: el pronunciamiento de la Corte Suprema no es arbitrario, no carece de fundamento objetivo, y no es contrario a la Constitución ni a la ley.

Explica que el recurso extraordinario de casación implica “un juicio técnico-jurídico contra el fallo”, y no constituye una tercera instancia, “pues aún la facultad de intervención oficiosa se encuentra expresamente reglada”.

A su juicio, basta remitirse a las motivaciones de la providencia acusada, para desvirtuar la alegada vía de hecho, pues en ellas se da respuesta a cada uno de los cargos formulados por el recurrente y el ministerio público.

Afirma el Magistrado que el doctor Rodrigo Garavito pretende convertir la tutela en una instancia adicional para obtener del juez constitucional un nuevo examen de los temas que fueron ampliamente debatidos en el curso del proceso. Dice que resulta “insólita” la pretensión del actor de revivir la controversia sobre su responsabilidad penal, cuando el fallo de primera instancia fue el resultado de su “*allanamiento libre, consciente e incondicionado, con fines de sentencia anticipada, a los cargos elevados en la resolución de acusación*”.

A su juicio, en virtud del principio democrático de la autonomía judicial, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, principio al que le atribuye dos

consecuencias aplicables al caso en cuestión: la primera, la libertad de interpretación que la Constitución y la ley le confiere a los jueces, pero *“no con un carácter absoluto pues la realización del derecho debe aparecer racional y armonizada con los principios consagrados en la Carta Política que impregnan todo el ordenamiento jurídico”*; la segunda, el carácter restrictivo en la valoración de las “vías de hecho”, pues este juicio no puede conducir a la “intromisión” en la autonomía de los jueces en detrimento de la seguridad jurídica y del principio de la “intangibilidad de las decisiones judiciales”.

Con respecto a los hechos concretos sobre el ocultamiento del cuaderno “Anexo 21” y el contrainterrogatorio del testigo Guillermo Pallomari en que se fundamenta el peticionario en el escrito de tutela, el magistrado insiste en que además de haber sido planteados en el curso de las instancias, fueron objeto de amplias consideraciones en la sede extraordinaria y se remite a las motivaciones consignadas en la sentencia de casación.

Sobre el asunto del desconocimiento del fuero constitucional que amparaba a Garavito en su calidad de congresista, sostiene que éste derecho en manera alguna riñe con la facultad de comisionar a los funcionarios judiciales para la práctica de diligencias, que está regulada de forma general en el artículo 82 del C.P.P.

6. La sentencia que decide en primera instancia sobre la solicitud de tutela

A través de fallo del 8 de mayo de 2001, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, con ponencia del Dr. Alberto Vergara Molano, decidió sobre la tutela impetrada por el doctor Rodrigo Garavito contra el Juez Regional de Bogotá, el Tribunal Nacional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La Sala considera que las sentencias cuya revocatoria se pretende a través de la tutela no constituyen vías de hecho ya que los argumentos planteados como fundamento de la tutela, fueron ampliamente discutidos en instancias anteriores y fueron objeto de solicitudes de nulidad, oportunamente resultas por los jueces competentes.

A juicio de la Sala, el peticionario pretende a través de la tutela que se revoquen las decisiones por las cuales se definió su responsabilidad penal y en cambio se declare su inocencia, petición que es improcedente, pues choca con la aceptación de cargos que hizo, acto para el cual la defensa seguramente conocía de antemano las pruebas que obraban en el expediente, y el valor que tenían en el establecimiento de la responsabilidad penal del sindicado.

La Sala dice no haber encontrado “malicia, abuso o discrecionalidad” alguna en los fallos acusados. Afirma que en cambio se aprecia una “actuación desprevenida y diáfana”, ya que hubo una juiciosa valoración de las pruebas, que junto con la aceptación de cargos por parte del peticionario, permiten concluir que se garantizó su derecho a la defensa y en consecuencia el debido proceso.

7. Las Pruebas

A través de Auto del 12 de julio de 2001, la Sala Sexta de Revisión de ésta Corte resolvió ordenar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que remitiera al Despacho del Magistrado Sustanciador, el Expediente No. T-151643 donde consta la actuación correspondiente a la tutela instaurada por el doctor Rodrigo Garavito contra el Juez Regional de Bogotá el 29 de septiembre de 1997, decidida en primera instancia por dicho Tribunal, mediante sentencia del 24 de agosto de 1998.

El Tribunal cumplió oportunamente con lo ordenado.

En el expediente original y en el expediente cuya remisión se ordenó obran, entre muchas otras, las siguientes pruebas:

- *Los fallos cuya revocatoria se pretende*
- *Copia de gran parte del expediente de la etapa instructiva del proceso adelantada por la Corte Suprema de Justicia, incluidos los cuadernos referentes al decreto y práctica de pruebas*
- *Copia del acta de sentencia anticipada, diligencia llevada a cabo el 5 de mayo de 1997 en el Juzgado Regional de Bogotá*
- *Copia de varios documentos relacionados con el traslado de la prueba denominada “Anexo 21”, entre ellos actas de actuaciones disciplinarias internas adelantadas por la Corte Suprema de Justicia*
- *Copia del cuaderno denominado “Anexo 21”*
- *Copia de varios documentos relacionados con el decreto y práctica del testimonio de Guillermo Pallomari en los Estados Unidos de América*
- *Copia de la sentencia anticipada proferida contra los hermanos Gilberto y Miguel Rodríguez Orejuela el 16 de enero de 1997 por un Juez Regional de Cali*

II CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. Los problemas jurídicos

La Sala Plena debe determinar si las sentencias proferidas por el Juez Regional de Bogotá el 12 de junio de 1997, el Tribunal Nacional el 24 de noviembre de 1997 y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 2 de abril de 2001, constituyen “vías de hecho”, y por lo tanto se hace necesaria la intervención del juez constitucional para restablecer los derechos fundamentales del accionante.

La Corte debe abordar dos tipos de problemas. El primero se enmarca dentro del campo de la aplicación de la ley penal sustancial en relación con el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho, y el segundo tipo de problemas hace relación a la garantía de los derechos al debido proceso y a la defensa en el decreto y práctica de las pruebas dentro de la investigación penal.

Las siguientes preguntas delimitan el primer conjunto de problemas que estudiará la Corte:

Se violaron en los fallos acusados los principios de legalidad del delito, de no retroactividad de la ley penal y de favorabilidad, al condenar al doctor Rodrigo Garavito por el delito de enriquecimiento ilícito de particular?

La interpretación del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares alegada por el peticionario a lo largo del proceso penal y en el escrito de tutela, según la cual la conducta es típica si y sólo si el enriquecimiento se obtiene de una persona condenada penalmente por un hecho ilícito, es la interpretación que ha debido aplicarse al caso concreto? Es ésta la interpretación que se deriva de la sentencia C-127/93?

En caso de resultar que hubo una aplicación errónea de la ley, constituye este yerro una “vía de hecho”?

El segundo problema que debe abordar la Corte es si los hechos relatados por el peticionario con respecto al decreto y la práctica del testimonio de Guillermo Pallomari, y al traslado de la prueba denominada “Anexo 21”, conforme al acervo probatorio que obra en el expediente, constituyen una violación a los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y la contradicción de la prueba.

Y en caso de resultar así, debe precisarse si tales errores significan la existencia de “vías de hecho”.

2.1 La procedencia de la tutela contra providencias judiciales. La doctrina de las “vías de hecho”.

Por sentencia C-543/1992, se declararon inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, normas que consagraban la posibilidad de interponer acción de tutela contra providencias judiciales y fallos ejecutoriados. Sin embargo, en la misma sentencia se admitió excepcionalmente la procedencia de la tutela contra providencias judiciales en tres situaciones: el incumplimiento y falta de diligencia de los términos procesales que delimitan el curso de un proceso, cuando exista una “vía de hecho” y cuando la providencia judicial pueda causar un perjuicio irremediable.

A partir de éste primer fallo, la Corte Constitucional ha consolidado la línea jurisprudencial sobre las “vías de hecho”, entendiendo como tales aquellas actuaciones arbitrarias que el funcionario judicial desarrolla dentro de la dirección y sustanciación de un proceso. La jurisprudencia ha construido la siguiente definición: Las vías de hecho son aquellas actuaciones que carecen de fundamento objetivo, obedecen a la sola voluntad o capricho del funcionario judicial y que tienen como consecuencia la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales de la persona. (T-079/93, T-424/93, T-55/94, T-204/98).

Se ha precisado también que la providencia que constituye una vía de hecho, “*prima facie pareciera reflejar los mandatos contenidos en el ordenamiento jurídico vigente, dada la calidad de autoridad del funcionario que la profiere y de la potestad que ejercita, pero que bajo un examen más estricto tales supuestos resultan descartados*” (T-204/98)

En la sentencia T-567/98, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, se establecieron una suerte de causales para la existencia de vías de hecho:

“una providencia judicial constituye una vía de hecho cuando (1) presente un grave defecto sustantivo, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto; (2) presente un flagrante defecto fáctico, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (3) presente un defecto orgánico protuberante, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y, (4) presente un evidente defecto procedimental, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones. En suma, una vía de hecho se produce cuando el juzgador, en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico.”⁵²

⁵² Sentencia T-567 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La jurisprudencia constitucional ha sido particularmente cuidadosa en evaluar la existencia de vías de hecho cuando se trata de valoración de las pruebas e interpretación de las normas, considerando que en estos ámbitos está especialmente comprometida la autonomía funcional de los jueces y la independencia en las decisiones judiciales. En la sentencia T-01/99 (M.P. José Gregorio Hernández) se advirtió:

*"La Corte debe reiterar que, en principio, el procedimiento de tutela no puede utilizarse para obtener que un juez diferente al que conoce del proceso ordinario intervenga inopinadamente para modificar el rumbo del mismo con base en una interpretación diversa - la suya-, pretendiendo que, por haber entendido las normas pertinentes de una determinada manera, incurrió el primero en una **vía de hecho**".*

En materia de pruebas, se ha considerado que la tutela procede *"cuando se observa que de una manera manifiesta aparece irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia"*. (T-442/94, M.P. Antonio Barrera). En la misma sentencia se precisa cuándo la evaluación probatoria es irracional: *"No se adecua a este desideratum la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o de la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente"*. En la T-329/96 (M.P. José Gregorio Hernández) se indicó: *"Cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela"*. Y en similar sentido se pronunció la SU-477/97 (M.P. Jorge Arango): *"La falta de consideración de un medio probatorio que determina el sentido de un fallo, constituye una vía de hecho susceptible de control por vía de tutela"*.

En el campo de la interpretación jurídica, la Corte ha adoptado también un criterio restrictivo al evaluar la existencia de vías de hecho. En la sentencia T-001/99 se dijo:

*"Por tanto, mientras se apliquen las disposiciones pertinentes, independientemente de si otros jueces comparten o no la interpretación acogida por el fallador, no existe la **vía de hecho**, sino una vía de derecho distinta, en sí misma respetable si no carece de razonabilidad. Esta, así como el contenido y alcances de la sentencia proferida con ese apoyo, deben ser escrutados por la misma jurisdicción y por los procedimientos ordinarios, a través de los recursos que la ley establece y no, por regla general, a través de la acción de tutela"*.

En Sentencia No. T-231 de 1994, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, se precisó lo siguiente:

*"Obsérvese que los defectos calificados como vía de hecho son aquellos que tienen una dimensión superlativa y que, en esa misma medida, agravan el ordenamiento jurídico. Los errores ordinarios, aún graves, de los jueces **in iudicando** o **in procedendo**, no franquean las puertas de este tipo de control que, por lo visto, se reserva para los que en **grado absoluto y protuberante** se apartan de los dictados del derecho y de sus principios y que, por lo tanto, en la forma o en su contenido traslucen un comportamiento arbitrario y puramente voluntarista por parte del juez que los profiere."* (Negritillas ajenas al texto)

Y en sentencia T-267/2000 se dijo:

*"Diferente es el caso de la ostensible aplicación indebida de una norma, en cuya virtud se pretende lograr que los hechos quepan en ella, aun contra toda evidencia. Allí puede darse la **vía de hecho**, como lo ha admitido esta Corte, si por haberse forzado arbitrariamente el*

ordenamiento jurídico se han quebrantado o se amenazan derechos constitucionales fundamentales (Cfr., por ejemplo, la Sentencia T-765 del 9 de diciembre de 1998)."

En conclusión, no procede la tutela por diferencia en las interpretaciones y sólo excepcionalmente cabe en las circunstancias antes indicadas.

2.2 El tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares.

El primer problema jurídico que debe abordar la Sala es, como se dijo arriba, si el peticionario fue juzgado conforme a la ley preexistente al acto que se le imputó, o si, por el contrario, se le aplicó retroactivamente una regla de derecho. Se trata de determinar cual era la interpretación constitucional del ingrediente normativo "derivado, de una u otra forma, de actividades delictivas" contenido en el tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares, aplicable al caso concreto.

La Corte debe precisar si la interpretación del ingrediente normativo que hace el peticionario en sus escritos y que a su juicio conduciría a la atipicidad de la conducta, es la interpretación que resulta del fallo del 30 de marzo de 1993, o si por el contrario, el sentido que el Tribunal Constitucional quiso darle a la norma es uno distinto.

El valor normativo de los precedentes constitucionales

En primer lugar, la Sala Plena considera oportuno reiterar su jurisprudencia sobre el valor normativo de los precedentes constitucionales en materia de control abstracto de constitucionalidad, ya que el peticionario alega que la regla de derecho que fue inaplicada en su caso, es una supuesta regla establecida por la Corte Constitucional en la sentencia C-127 de 1993.

La Corte Constitucional ha dicho reiteradamente, desde sus comienzos, que las decisiones de la Corporación que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional son fuente formal de Derecho, y constituyen doctrina constitucional obligatoria (C-131/93, C-083/95, C-037/96, SU-047/99, C-836/2001).

En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional ha usado los conceptos de *Decisum*, *ratio decidendi*, y *obiter dicta*, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El *decisum*, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos *erga omnes* y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La *ratio decidendi*, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los *obiter dicta* o "dichos de paso", no tienen poder vinculante, sino una "fuerza persuasiva" que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación. (se sigue aquí la sentencia SU-047/99)

En el mismo sentido, en la sentencia C-037 de 1996 la Corte admitió que "tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en la parte motiva que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutoria; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutoria de las sentencias y que incida directamente en ella."

En la SU-047 de 1999, la Corte Constitucional entendió que el fundamento del carácter vinculante general de la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales, es que los jueces deben fundar sus decisiones, no en criterios *ad-hoc*, caprichosos o coyunturales, sino en principios

generales, o en reglas universales que han adoptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. El juez debe hacer justicia en el caso concreto pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el "deber mínimo" de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta.

En la sentencia que se viene siguiendo, se precisa que "en realidad son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente 'puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores'". El juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio o regla sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto.

Con base en estas consideraciones, la Sala determinará en el aparte siguiente si el argumento que aduce el peticionario como *ratio decidendi* de la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito de particulares en la sentencia C-127 de 1993, tiene el carácter de tal, o si constituye más bien un *obiter dicta*.

2.2.1 La interpretación constitucional del ingrediente normativo "derivado, de una u otra forma, de actividades delictivas".

El peticionario alega que la sentencia condenatoria proferida contra él violó el principio de legalidad ya que para la época de los hechos el delito de enriquecimiento ilícito de particulares se tenía como "DERIVADO", "por requerir la prueba de las 'actividades delictivas' a que se refiere, y que constitucionalmente no se ve como podrían probarse sin sentencia judicial previa o coetánea", y que "(...) tanto en la sentencia de condena de la primera instancia, como en la que la confirmó, la ilicitud de ese incremento se ha supuesto a partir del nombre de la persona que supuestamente ordenó los pagos, y que para la época de los hechos no solo no estaba sindicada, sino que ni siquiera registraba en su contra orden de captura (nos referimos al señor Miguel Rodríguez Orejuela)".

El peticionario sostiene que la interpretación anterior, que a su juicio se desprende del fallo de constitucionalidad del 30 de marzo de 1993, hizo parte del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares hasta la expedición del fallo C-319 de 1996, en el cual la Corte se pronunció de nuevo sobre la constitucionalidad del mismo tipo penal y "reconsideró" su jurisprudencia anterior. Teniendo en cuenta que los actos constitutivos de la responsabilidad penal que se le imputa fueron cometidos durante los años de 1991 a 1995, sostiene el accionante que la norma penal aplicable, por ser preexistente a este lapso de tiempo, era el tipo de enriquecimiento ilícito de particulares consagrado en el Decreto 1895 de 1989 y reproducido en el Decreto 2266 de 1991, delito tipificado "con precisión de alcance constitucional, como DERIVADO y no AUTÓNOMO" por la Corte en el fallo del 30 de marzo de 1993.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia sostuvo, en el fallo que resuelve el recurso extraordinario de casación, que "las lacónicas reflexiones" formuladas por la Corte Constitucional en la sentencia C-127/93 constituyen y tienen el valor de obiter dicta y no de ratio decidendi, "su contenido revela que se trató de conceptos tangenciales y sugeridos, enunciados más allá de lo que resultaba necesario para la decisión de mantener la norma examinada dentro del ordenamiento jurídico, dotados simplemente de una fuerza simplemente persuasiva o de criterio auxiliar en la interpretación del derecho."

Con relación a las distintas posturas de la Corte Constitucional con respecto a la estructura del tipo penal, argumenta la Corte Suprema de Justicia que en la diligencia de aceptación de cargos, tanto el sindicado doctor Garavito Hernández, como su defensor, manifestaron

“expresa conformidad” “con la interpretación que se hacía en la providencia acusatoria de los elementos integradores de la figura del enriquecimiento ilícito de particulares, específicamente, acerca del carácter autónomo de dicho reato, frente a la cual se pretende la inaceptable retractación.”

Después de estudiar cuidadosamente la jurisprudencia constitucional y la doctrina especializada en relación con el tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares, encontró esta Corte que la interpretación cuya aplicación pretende el peticionario a su caso, no tiene fundamento legal, ni jurisprudencial alguno.

Observa la Corte que la concepción del delito de enriquecimiento ilícito de particulares como delito derivado, que se adoptó en el fallo de constitucionalidad del 30 de marzo de 1993, no implica, desde ningún punto de vista, la tesis que formula el doctor Rodrigo Garavito, según la cual la persona de la cual se obtiene el enriquecimiento debe haber sido condenada penalmente por el delito fuente, con anterioridad al momento de la recepción del dinero, los bienes o servicios que constituyen el incremento patrimonial.

Veamos entonces las interpretaciones que del tipo penal ha hecho la Corte Constitucional:

El delito de enriquecimiento ilícito de particulares fue tipificado en la ley colombiana a través del Decreto 1895 de 1989 dictado en ejercicio de las facultades del Estado de Sitio. El Decreto 1895 dejó de regir el día de entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. En virtud del artículo 8º transitorio de la Carta se prorrogó su vigencia por 90 días, lapso dentro del cual el Gobierno le dio el carácter de legislación permanente a través del Decreto 2266 de 1991, acto que no fue improbadado por la Comisión Especial Legislativa, y así se convirtió en ley de la República.

En sentencia del 3 de octubre de 1989 la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia revisó oficiosamente el Decreto 1895 de 1989 y declaró la constitucionalidad de la norma “... con las precisiones de la parte motiva”. Estas precisiones hacían referencia a que “las expresiones actividades delictivas se refieren únicamente al delito de narcotráfico y sus conexos”.

La sentencia C-127 del 30 de marzo de 1993

A principios de 1993, los ciudadanos Reinaldo Botero Bedoya y María Consuelo del Río Mantilla en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad demandaron la inexecutable del Decreto 2266 de 1991, por medio del cual adquirieron el carácter de normas permanentes varias disposiciones contenidas en Decretos de excepción dictados desde 1986 hasta 1991. El Decreto incorporó varias normas penales dictadas en ejercicio de las facultades del Estado de Sitio declarado por el Decreto 1038 de 1984, entre ellas las que consagraban los tipos penales de terrorismo, instigación o constreñimiento para ingreso a grupos terroristas, y homicidio con fines terroristas, contenidas en el llamado “Estatuto para la Defensa de la Democracia”, y el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, tipificado originalmente en el Decreto 1895 de 1989.

Los demandantes argumentaban que todas las disposiciones contenidas en el Decreto acusado contenían “tipos penales abiertos, abstractos, ambiguos, e indeterminados” que daban lugar a una discrecionalidad del juez “a efecto de que éste legisle sobre la tipicidad y la culpabilidad, determinando la existencia del hecho punible atendiendo a valoraciones subjetivas”, violándose de esta manera el principio de tipicidad de la ley penal. El Procurador General de la Nación conceptuó que la falta de precisión y claridad en cuanto a los valores protegidos que subyacen a las conductas definidas en el Decreto acusado, en efecto

lesionaban el principio de legalidad; en cuanto a la violación del principio de tipicidad, compartió la posición de los demandantes.

El asunto fue decidido a través de la sentencia C-127 del 30 de marzo de 1993 con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero. Los fundamentos jurídicos del fallo están divididos en dos partes. En la primera la Corte hace un análisis general del Decreto 2266 de 1991: transcribe los considerandos del Decreto 1038 de 1984 por el cual se decretó el Estado de Sitio y hace un estudio sobre la teoría de los tipos penales abiertos. En la segunda parte se analiza el articulado del Decreto acusado.

Dentro del numeral 3º, “Análisis General del Decreto 2266 de 1991”, dice expresamente: “La Corte Constitucional estima que el Decreto 2266 de 1991 es conforme con la Constitución, en lo relativo a la acusación de los tipos abiertos, con base en las siguientes consideraciones:” (las cursivas son originales del texto)

La mayor parte del análisis que sigue está dedicada al delito de terrorismo; la Corte aborda lo que tiene que ver con “el delito político y el terrorismo”, “el terrorismo en los pactos internacionales sobre derechos humanos”, el “tratamiento del terrorismo en derecho comparado”, “el terrorismo en el derecho colombiano” y “las garantías constitucionales y legales del terrorismo”.

En el numeral 6º se aborda el estudio particular del articulado del Decreto 2266 de 1991. Luego de transcribir cada una de las normas penales, la Corte hace breves formulaciones al respecto.

En cuanto a la norma que interesa al asunto objeto del presente fallo, la que consagra el tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares, dijo la Corte lo siguiente (se transcribe en su integridad el aparte correspondiente):

“Artículo 10º del Decreto 2266 de 1.991. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1895 de 1.989.

El Decreto 1895 fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de octubre 3 de 1.989. En el artículo 1º de dicho Decreto, incorporado por la norma revisada, dice:

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

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.”

La parte resolutive del fallo dice:

“RESUELVE:

PRIMERO: Declarar EXEQUIBLE el Decreto 2266 de 1991, con excepción de las expresiones "intendente", "comisario", "suplente", "Concejos Intendenciales", "Concejos Comisariales", "Subdirector Nacional de Orden Público" y "Director Seccional de Orden Público", por las razones expuestas en esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.”

La sentencia C-319 del 18 de julio de 1996

En 1996, el ciudadano Jaime Gaviria Bazzani, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad demandó la inexequibilidad de los artículos 148 del Código Penal y 1º del decreto ley 1895 de 1989. La primera norma consagra el tipo penal de enriquecimiento ilícito de servidores públicos y la segunda, como se expuso arriba, el tipo de enriquecimiento ilícito de particulares.

El actor consideró que la expresión “no justificado”, contenida en ambas normas, violaba el debido proceso, ya que a su juicio trasladaba la carga de la prueba al sindicado, quien “debe ponerse en la tarea de justificar todos y cada uno de los ingresos y de los bienes de fortuna que posea”, cuando es a la administración de justicia a quien le corresponde la función investigadora en aras de recaudar los medios probatorios idóneos para abrir las causas penales del caso.

Con respecto al artículo 1º del Decreto 1895 de 1989, el Fiscal y el Procurador General Nación solicitaron a la Corte Constitucional, se declarara inhibida para fallar, ya que se trataba de una cosa juzgada, pues la norma había sido declarada constitucional a través de sentencia C-127/93.

El asunto fue decidido a través de sentencia C-319 del 18 de julio de 1996, con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa. Los magistrados Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz salvaron el voto en escrito conjunto; también salvó el voto el magistrado Jorge Arango Mejía.

La Corte, siguiendo un criterio eminentemente formal, asumió la competencia para conocer del artículo 1º del Decreto 1895 de 1989, argumentando que aunque la redacción de la norma es idéntica a aquella que fue objeto de la sentencia C-127/93, las normas son diferentes “en razón a las fuentes formales de validez” y que el artículo demandado aún está produciendo efectos en forma autónoma.

La mayoría de la Sala consideró que se hacía necesario “reconsiderar” el planteamiento hecho en la parte motiva de la sentencia C-127/93:

Sostuvo la Corte que el ingrediente normativo “derivado, de 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 hubiera sido así, lo hubiera estipulado expresamente. Lo que pretendió el legislador fue respetar el ámbito de competencia del juez, para que fuera el quién estableciera, de conformidad con los medios de prueba y frente a cada caso concreto, la ilicitud de la actividad y el grado de compromiso que tuviese con la ley el sujeto activo del delito.”

Concluyó la mayoría de la Sala que el delito de enriquecimiento ilícito de particulares es un “delito especial y autónomo”, al cual puede adecuarse la conducta, sin esperar un fallo previo de otro sujeto por otro delito.

Finalmente precisa la Sala con respecto a la sentencia C-127 de 1993, 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”. (subrayas ajenas al texto)

En consecuencia, la Corte resolvió declarar **“EXEQUIBLE** el artículo 1o. del Decreto 1895 de 1989”.

El salvamento de voto suscrito por los magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, éste último a la vez ponente de la sentencia C-127 de 1993, contiene un aparte que se refiere expresamente al problema de la interpretación del ingrediente normativo del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares: “derivado, de una u otra forma, de actividades delictivas”.

Los magistrados que disienten de la posición mayoritaria, explican que el delito de enriquecimiento ilícito de particulares es un delito derivado, “lo es a tal punto, que el tipo penal lo establece. En su propia descripción normativa está incorporada la acepción ‘derivado’”.

Se apartan de la mayoría porque en la posición adoptada por la Sala no hay cabida para pensar cómo se estructuran dos conductas derivadas, cómo obra la conexidad entre ellas, que tipo de declaraciones judiciales se requieren para deducir los efectos de una conducta sobre la otra. “Se evade así el estudio riguroso de aspectos de fondo en relación con la figura de enriquecimiento ilícito de particulares”.

En el salvamento de voto se hace un estudio completo, a partir del aparte pertinente de la sentencia C-127/93 (se transcribe íntegramente el párrafo en cuestión), de los problemas jurídicos que a juicio de los Magistrados se omitieron en el fallo mayoritario.

Con respecto a la cuestión del momento procesal en que debe existir la declaración judicial exigida por el fallo de constitucionalidad del 30 de marzo de 1993, el salvamento de voto expresó lo siguiente:

“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)” (subrayas ajenas la texto).⁵³

La Sala estima que el párrafo de la Sentencia C-127 de 1993, en el que se hace alusión al delito de enriquecimiento ilícito de particulares y se dice que el incremento patrimonial no justificado debe derivarse de actividades delictivas, y que las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas para no violar el debido proceso, ni el artículo 248 de la Constitución Política, no constituye la ratio decidendi de la constitucionalidad de la norma que contiene dicho tipo penal, por las siguientes razones:

En primer lugar porque no se trata de una constitucionalidad condicionada, sino de una constitucionalidad simple.

⁵³ Para mayor ilustración sobre la comprensión del carácter derivado del tipo penal del enriquecimiento ilícito de particulares resulta pertinente revisar la doctrina especializada sobre el tema.

El profesor Augusto J. Ibáñez Guzmán en el artículo “Del encubrimiento, la receptación y del enriquecimiento ilícito”, al precisar el alcance del ingrediente normativo “derivado de actividades delictivas” contenido en el tipo de enriquecimiento ilícito de particulares, dice lo siguiente:

“Obsérvese que el dispositivo legal no hace referencia a delitos o a responsables desde el punto de vista penal;

Actividades delictivas es expresión genérica, que se refiere a un *factum* no a un pronunciamiento de responsabilidad. Así siempre se ha entendido dentro del concierto nacional en temas como el aborto, el homicidio y el abandono privilegiado cuando el objeto material sea fruto de violencia sexual, abuso sexual o inseminación artificial no consentida; no se requiere pues la definición de responsabilidad de este punible para aceptar el privilegio de aquél; (...) Igual sucede en el evento del provecho necesario en el hurto, no se requiere decisión en firme sobre el hurto para poder hablar desde el punto de vista punitivo sobre el provecho del hurto. Al no requerirse decisión en el delito de narcotráfico, por tratarse de un *factum*, y sobremanera por hablarse en el genérico de actividades delictivas, toda la discusión apunta es a problemas de conexidad entre uno y otro delito es decir entre el enriquecimiento ilícito y las actividades delictivas; por lo que la expresión derivada como ya lo dijimos, cobra mayor importancia.” (Del Encubrimiento, la Receptación y del Enriquecimiento Ilícito. Augusto J. Ibáñez Guzmán. En la Revista Universitas de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Junio de 1996.).

El profesor Jairo Parra Quijano en su trabajo “Algunos aspectos probatorios del enriquecimiento ilícito”, en el aparte en que aborda el enriquecimiento ilícito de particulares, precisa que “*debe aparecer que el enriquecimiento es injustificado y que tiene como fuente actividades delictivas*”. En cuanto a la prueba de que el incremento patrimonial se deriva efectivamente de dichas actividades delictivas, Parra Quijano no habla de la necesidad de que exista una sentencia condenatoria previa al momento del incremento, sino del “*conocimiento que pueda tener la persona, por ejemplo, que los dineros, bienes, etc., provienen de actividades del narcotráfico.*” “*Si se prueba que esos bienes o dineros que incrementan el patrimonio se esconden en cualquier forma, por ejemplo con cuentas corrientes a nombre de otros que maneja el enriquecido. Esa es una forma de adaptación que demuestra que se conoce el origen del dinero.*” (Algunos Aspectos Probatorios del Enriquecimiento Ilícito. Jairo Parra Quijano. En la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Volúmen II Nos. 21-22 de 1997)

En segundo lugar, porque es la misma Sala Plena de la Corporación, la que así lo ha afirmado en dos oportunidades. La primera, en la misma sentencia C-319 de 1996, en la que se precisó la jurisprudencia anterior, y la segunda, en la sentencia SU-047 de 1999, con ponencia de los Magistrados Alejandro Martínez y Carlos Gaviria, el primero de los cuales fuera el ponente de la C-127 de 1993. Dice expresamente la sentencia de unificación:

*"En segundo término, en varios casos, esta Corte ha aplicado las anteriores distinciones (hace referencia a los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dicta*), con el fin de mostrar que una aparente variación de una doctrina constitucional sentada en una decisión anterior, en realidad no tenía tal carácter, sino que constituía la mera corrección de una opinión incidental de la parte motiva. Así, al reexaminar el alcance del delito de enriquecimiento ilícito en la sentencia C-319 de 1996, esta Corporación explícitamente se apartó de los criterios que había adelantado sobre ese delito en una decisión anterior (sentencia C-127 de 1993), en donde había sostenido que para que una persona pudiera ser condenada por ese hecho punible, las actividades delictivas de donde derivaba el incremento patrimonial debían estar judicialmente declaradas. Sin embargo, la Corte invocó las anteriores decisiones y concluyó que no había cambio de jurisprudencia, por cuanto esas consideraciones no eran vinculantes, al no estar indisolublemente ligadas a la decisión de exequibilidad." (subrayas ajenas al texto)*

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

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

*La Sala concluye que la supuesta regla que pretende hacer valer el peticionario en el caso, no pasa de ser un *obiter dicta* o "dicho de paso", que carece de valor normativo. Además, como se explicará en el siguiente aparte, la interpretación que hace el Dr. Rodrigo Garavito del ingrediente normativo del tipo penal no se desprende de la jurisprudencia constitucional.*

2.2.1 La aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares en el caso concreto

Ahora se analizará a la luz de la jurisprudencia constitucional la interpretación del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares que según el peticionario doctor Rodrigo Garavito ha debido aplicarse en su caso. Sostiene el doctor Garavito que en la sentencia condenatoria que se profirió contra él se violó el principio de legalidad porque se aplicó retroactivamente la concepción del delito como autónomo en vez de haberse entendido, conforme a la sentencia C-127 de 1993, que se trataba de un delito derivado y que en consecuencia la conducta que se le imputa es atípica ya que, "la ilicitud de ese incremento se ha supuesto a partir del nombre de la persona que supuestamente ordenó los pagos, y que para la época de los hechos no solo no estaba sindicada, sino que ni siquiera registraba en su contra orden de captura (nos referimos al señor Miguel Rodríguez Orejuela)".

De la revisión detallada que se acaba de hacer de los fallos de constitucionalidad, resulta que la interpretación del ingrediente normativo del tipo de enriquecimiento ilícito: “derivado, de una u otra forma, de actividades delictivas” que formula el peticionario, según la cual el delito fuente debe estar judicialmente declarado (en sentencia condenatoria) al momento de la ocurrencia de los hechos que configuran el enriquecimiento, no se desprende del fallo C-127 de 1993.

En otras palabras: la pretensión del doctor Garavito de que el señor Miguel Rodríguez Orejuela ha debido estar condenado judicialmente en el momento en que él (Garavito) recibió los cheques girados contra cuentas bancarias de las empresas manejadas por Rodríguez Orejuela, para que la conducta pueda ser tenida válidamente como típica, no puede razonablemente sustentarse en la consideración que se hizo en la sentencia C-127 de 1993 en relación con el tipo de enriquecimiento ilícito de particulares.

El único párrafo del fallo del 30 de marzo de 1993 que se refirió expresamente al tipo de enriquecimiento ilícito de particulares, cuyo texto completo se transcribió arriba, dice 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”, y que dichas actividades deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso ni el artículo 248 de la Constitución.

Como puede verse, si bien la Corte Constitucional entendió en este primer fallo que el tipo de enriquecimiento ilícito de particulares era un delito derivado, en el sentido de que el incremento patrimonial se “deriva” de la ocurrencia de otro delito, no hizo alusión alguna al momento en que debía proferirse la sentencia condenatoria del delito fuente para que se configurara el delito de enriquecimiento ilícito.

Es cierto que dentro de esta concepción jurisprudencial del tipo, las “actividades delictivas” (delito fuente) deben estar judicialmente declaradas, pero no es cierto, como lo pretende hacer ver el peticionario, que la sentencia condenatoria del delito fuente deba existir al momento de la ocurrencia de los hechos que constituyen el enriquecimiento.

Es claro que dentro de la comprensión del enriquecimiento ilícito de particulares como “delito derivado” que había hecho la Corte Constitucional en el fallo del 30 de marzo de 1993 y que siguieron sosteniendo los Magistrados Martínez y Gaviria, la determinación judicial de la ocurrencia del delito fuente es un requisito para la condena penal por el delito de enriquecimiento ilícito, pero no para su investigación.

La Corte considera que la exigencia de la sentencia judicial condenatoria previa del delito del cual se deriva el enriquecimiento ilícito de particulares formulada en la sentencia de constitucionalidad de 1993, significaba que para la condena de una persona por este delito, se requiere la existencia de una sentencia previa en la que se determine la ocurrencia del delito del cual se deriva el enriquecimiento, y no que la sentencia previa deba existir al momento de la comisión de los hechos que dan lugar a la imputación del delito de enriquecimiento ilícito.

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

En el caso concreto objeto del presente fallo, sí existió sentencia condenatoria previa del delito fuente del enriquecimiento ilícito por el cual se condenó al peticionario doctor Rodrigo

Garavito. Obra en el expediente copia de la providencia del 16 de enero de 1997, proferida por el Juzgado Regional de Santiago de Cali, por la cual se dictó sentencia anticipada contra Gilberto José y Miguel Angel Rodríguez Orejuela condenando a éste último por los delitos de tráfico de estupefacientes, concierto especial para delinquir, enriquecimiento ilícito de particulares, falsedad ideológica en documento público y falsedad en documento privado.

El doctor Rodrigo Garavito fue condenado anticipadamente por el Juzgado Regional de Santafé de Bogotá, el día 12 de junio de 1997. Luego, en efecto, sí se dio aplicación a la tesis según la cual el delito de enriquecimiento ilícito de particulares es un “delito derivado”. La ocurrencia del delito fuente –tráfico de estupefacientes- fue declarada judicialmente en sentencia condenatoria con anterioridad a la condena por el delito de enriquecimiento ilícito. El señor Miguel Rodríguez Orejuela fue condenado el 16 de enero de 1997 y el doctor Rodrigo Garavito, el 12 de junio de 1997.

Se aprecia en el expediente que el Fiscal Regional Delegado para el caso del doctor Rodrigo Garavito, le solicitó al Juez Regional, en oficio del 4 de febrero de 1997, dentro del término de apertura a pruebas, que se oficiara al Juez Regional de la ciudad de Cali para que se sirviera remitir copia auténtica de la sentencia condenatoria proferida contra Miguel Rodríguez Orejuela, el 16 de enero del mismo año. Dice expresamente el Fiscal:

“La pertinencia de esta prueba descansa en lo siguiente: La condena emitida contra los Rodríguez Orejuela comprende la declaración de culpabilidad de la actividad ilícita a que se refiere el tipo del enriquecimiento ilícito de particulares endilgado a Garavito Hernández, cuestión que no obstante haber sido despejada con suficiencia por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha seguido siendo discutida en el presente debate. La descripción legal se refiere a una actividad ilícita y no precisamente a antecedentes penales, pero a pesar de ello considero que es sano adjuntar el fallo condenatorio comprensivo de la actividad ilícita que presenta el origen del incremento patrimonial imputado al enjuiciado.”

Si bien es cierto que en la sentencia anticipada proferida contra el peticionario por el Juez Regional de Bogotá el 12 de junio de 1997 se dice que el delito de enriquecimiento ilícito de particulares es, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, un delito especial y autónomo y se citan apartes del fallo C-319/96, también lo es que se hace una exposición de la sentencia condenatoria proferida contra Miguel Rodríguez Orejuela y de las relaciones entre el delito fuente y el delito derivado que se le imputó al doctor Rodrigo Garavito.

Por otra parte, obra en el expediente prueba de que es inexacta la afirmación de Rodrigo Garavito de que para la época de los hechos -1991, 1992, 1993, 1994 y 1995, años durante los cuales recibió los 23 cheques de las “mal llamadas empresas de fachada”, Miguel Rodríguez Orejuela, no solo no estaba sindicado de delito alguno, sino que ni siquiera registraba en su contra orden de captura, pues existe copia de la orden de captura No. 385 proferida por la Dirección Regional de Fiscalías de Cali el 30 de septiembre de 1993 contra Miguel Angel Rodríguez Orejuela, con la observación de que “se requiere a fin de escucharlo en diligencia de indagatoria”. (folio 204, Cuaderno Anexo No. 1, Expediente de la acción de tutela T-151643)

Del análisis anterior resulta que en la sentencia condenatoria proferida contra el peticionario, confirmada en segunda instancia por el Tribunal Nacional y avalada finalmente por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación, no se aplicó retroactivamente ninguna regla de derecho, ni se violó el principio de legalidad.

2.2.2 La responsabilidad penal del peticionario establecida en la sentencia condenatoria. La valoración de las pruebas.

El doctor Rodrigo Garavito ha insistido a lo largo del trámite de la acción de tutela que los hechos por los cuales fue condenado anticipadamente no son típicos ya que la justicia penal no pudo determinar el origen ilícito de los dineros con los cuales le fueron pagados los cheques y que la ilicitud del incremento de su patrimonio se ha supuesto a partir del nombre de Miguel Rodríguez Orejuela, persona que habría ordenado los pagos. El peticionario alega que en el juicio que se le siguió no se reparó en que los cheques que ingresaron a sus cuentas bancarias fueron pagados a través de “sobregiro o pago en descubierto” otorgado por el Banco de Colombia (entonces Banco estatal), de lo que concluye que se trató de dineros públicos.

Con respecto a este punto, en primer lugar observa la Corte que en la sentencia anticipada del 12 de junio de 1997 proferida por el Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá, por la cual se condena al Dr. Garavito, se hace un análisis detallado y juicioso del acervo probatorio del caso, del que concluye el juez que existe prueba documental, testimonial y pericial que demuestra el aumento injustificado en el patrimonio del procesado.

Afirma el Juez Regional que es incuestionable que el exparlamentario recibió beneficios en servicios y dinero provenientes del narcotráfico, a través de las cuentas “de izquierda o ficticias” creadas por Miguel Rodríguez Orejuela con la asesoría del contador Guillermo Palomari “como lo afirman tanto uno como otro en sus juradas y testimonios, trasladados a esta investigación.”

Demuestra claramente el Juez que el Dr. Rodrigo Garavito recibió diez bultos de camisetas para su campaña política como representante por el Departamento de Caldas en 1994, que fueron provistas por la empresa LITOFARALLONES Y CIA LTDA.

También explica claramente el Juez que el Dr. Garavito se hospedó y aceptó los servicios del Hotel Intercontinental de Cali en los meses de mayo, septiembre y diciembre de 1993, cuyas facturas fueron remitidas a la empresa INVERSIONES ARA, y que en la relación de cuentas por cobrar del hotel, éstas aparecen a nombre de los señores Miguel y Gilberto Rodríguez Orejuela, cuentas que fueron pagadas por el primero como consta en el recibo de caja que obra en el expediente.

En cuanto a los cheques recibidos por el peticionario, el Juez Regional afirma que el Dr. Rodrigo Garavito incrementó sin justa causa su patrimonio al haber recibido en beneficio propio y por interpuesta persona, 23 cheques provenientes de las cuentas fachada del confeso narcotraficante Miguel Rodríguez Orejuela, por un valor total de \$ 410.700.000.

En la sentencia se relacionan uno por uno los cheques recibidos por el Dr. Rodrigo Garavito, las cuentas contra las cuales fueron girados, la fecha, el valor, a nombre de quién se expidieron, y la cuenta en la cual fueron consignados. De la revisión detallada de estos datos, el Juez Regional concluye que el procesado recibió 7 cheques de la cuenta abierta a nombre de Jairo Omar Ortiz, 4 cheques de la cuenta que figura a nombre de la sociedad EXPORT-CAFÉ LTDA, 3 cheques de la cuenta de COMERCIALIZADORA DE CARNES DEL PACIFICO, y 9 cheques más provenientes de cuentas abiertas a nombre de Jesús Zapata Alvarez, y Jesús Armando Piedrahíta.

Con las declaraciones del propio Miguel Rodríguez Orejuela y de Guillermo Palomari, el Juez demuestra que los cheques que ingresaron al patrimonio del peticionario Dr. Rodrigo Garavito fueron girados contra las cuentas ficticias o fachada que usó la organización de Rodríguez Orejuela para manejar dineros ilícitos. Dice expresamente la sentencia:

“En efecto, como puede observarse, la prueba más contundente, que obra en contra del procesado, y demuestra el hecho típico del ENRIQUECIMIENTO indebido, son los numerosos cheques recibidos de las cuentas ficticias o fantasmas de MIGUEL RODRIGUEZ, creadas precisamente para manejar los dineros ilícitos, nótese que este mismo aduce en su injurada, que su patrimonio está compuesto de dos fuentes: una de recursos legales, derivada de su profesión de abogado, y otra de ilegales derivado del producto de venta de dólares. Significando ello, que los dineros que recibía eran el resultado de la comercialización y tráfico de cocaína con destino a Estados Unidos, tal como lo confiesa en su injurada, a donde exportó cientos de kilos de este alcaloide por distintas rutas.

Ahora bien, según el propio MIGUEL RODRIGUEZ, abrió cuentas corrientes en bancos de la ciudad de Cali, recurriendo para ello a GUILLERMO PALLOMARI, - antiguo asesor de Drogas la Rebaja- quién era experto en el manejo contable, y le manifestó que estaba en capacidad y condiciones de “abrir cuentas corrientes, mediante el mecanismo de sociedades creadas por él y con todos los requisitos legales”, entregando RODRIGUEZ OREJUELA a PALLOMARI todo el sistema contable de estas sociedades abiertas que daban la apariencia de legales, pero que en el fondo eran ficticias, o de ‘fachada’ (...).”

El Juez Regional demuestra que las cuentas contra las cuales fueron girados los cheques recibidos por el Dr. Rodrigo Garavito, son las mismas que según las afirmaciones de Rodríguez Orejuela y Pallomari, se usaron para el manejo de los dineros provenientes del negocio ilícito, entre ellas, la de EXPORT CAFÉ LTDA, COMERCIALIZADORA DE CARNES DEL PACIFICO, Jairo Omar Ortiz Molineros y Jesús Zapata Alvarez.

Explica detalladamente el Juez que los cheques girados contra las cuentas fachada fueron consignados en cuatro cuentas ficticias a su vez, abiertas por el Dr. Rodrigo Garavito usando a sus empleados e información falsa. El Juez respalda sus conclusiones con las declaraciones del director de campaña, del conductor, y del mensajero del Dr. Garavito. El señor Armando Arias, empleado de las compañías de Rodrigo Garavito, explica que las cuentas fueron abiertas por orden del Dr. Garavito con nombres y fotocopias de cédulas de trabajadores de las construcciones de las empresas de la familia Garavito, que aparecían en sus hojas de vida; así fue que se abrieron dos cuentas a nombre de Fabio de Jesús Duque García, cuya tarjeta de identificación no fue reconocida por el Dr. Garavito alegando que “no tiene contacto con empleados de obras, ni funcionarios de la compañía”. De los peritajes que se practicaron sobre la tarjeta de apertura de la cuenta de Davivienda resultó demostrado que la firma que debía corresponder a Fabio de Jesús Duque, había sido realmente elaborada por el peticionario Dr. Rodrigo Garavito.

Por su parte, el mensajero del procesado, afirmó que aunque no conoce a Fabio de Jesús Duque, ni a José Arley Valencia, realizó a nombre de éstos múltiples consignaciones y retiros en los bancos Davivienda y Banco Real. Es de notar que varios de los 23 cheques recibidos por el peticionario fueron girados directamente a nombre de Fabio de Jesús Duque.

Con respecto a la explicación que el procesado Dr. Rodrigo Garavito dió para justificar el incremento de su patrimonio -haber recibido el dinero como pago de la venta de dólares-, demuestra el Juez Regional a través de los testimonios de las personas a quienes el procesado afirma haberles vendido las divisas, que dichas transacciones se hacen en efectivo, y que no es la costumbre del negocio de compraventa de dólares expedir ni recibir cheques. Los testigos coinciden en estas afirmaciones, y ninguno de ellos reconoce como suyos los títulos que se le pusieron a la vista.

Esta Corte encuentra perfectamente razonable la valoración de las pruebas que hizo el Juez Regional en la sentencia anticipada. El Juez no omitió ni ignoró prueba alguna, ni dio por probado un hecho sin fundamento objetivo. El hecho de que el incremento patrimonial no justificado del procesado, Dr. Rodrigo Garavito, se derivó de actividades delictivas se probó a través de la confesión de Miguel Rodríguez Orejuela, de las declaraciones de Guillermo Pallomari, y de un conjunto concurrente de indicios, entre los cuales sobresale el hecho de que las cuentas en las cuales se consignaron la mayoría de los 23 cheques recibidos por el peticionario, fueron abiertas por él usando información falsa y las fotocopias de las cédulas de sus empleados que aparecían en los archivos de las empresas constructoras de la familia.

La Sala considera que la tesis sostenida por el Dr. Rodrigo Garavito a lo largo del proceso, según la cual los dineros que ingresaron a su patrimonio son dineros públicos por corresponder a sobregiros otorgados por el Banco de Colombia, y no dineros provenientes de las actividades ilícitas de las empresas y personas titulares reales de las cuentas bancarias, es irrazonable.

Según la interpretación del peticionario, el enriquecimiento ilícito no cabría cuando los dineros provenientes de las actividades delictivas ingresan al sistema financiero y se depositan en cuentas bancarias, pues como el depósito bancario es un depósito irregular en el que el depositario adquiere la propiedad de la cosa (el dinero es el bien fungible por excelencia), el dinero perdería su origen ilícito al ser depositado en el Banco. Usando la misma argumentación se borraría la procedencia ilícita del dinero con el que se enriquece alguien injustificadamente, cuando el pago de un cheque girado contra una cuenta a la que ingresaron dineros provenientes de actividades delictivas, se hace a través del sobregiro, crédito de corto plazo (30 días) que otorgan los bancos exclusivamente a sus cuentacorrentistas, en virtud de tal calidad.

La anterior interpretación traería como consecuencia la inaplicabilidad práctica del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particular, y por tal razón resulta inaceptable.

2.3 El traslado de la prueba denominada “Anexo 21”

Como quedó expuesto en el acápite de los antecedentes, el peticionario alega que en el proceso seguido en su contra, particularmente en la etapa de instrucción adelantada por la Corte Suprema de Justicia, se le violó el derecho al debido proceso, pues a su defensa no se le dio la oportunidad de conocer y controvertir antes del cierre de la investigación, el llamado “Anexo 21”, prueba que contenía los extractos y consignaciones de “las mal llamadas Empresas de Fachada”.

Procede la Corte a revisar detalladamente el procedimiento del decreto y la práctica de la prueba, conforme al acerbo probatorio que obra en el expediente de tutela:

El 27 de febrero de 1996 el defensor del peticionario solicitó, entre otras pruebas, un dictamen pericial sobre las cuentas corrientes contra las cuales se habían girado los cheques en discusión en el proceso, cuyos titulares eran las empresas “Distribuidora la Loma”, “Exportcafe”, “Carnes del Pacífico”, y las personas Jorge Castillo, Javier Zapata y Jairo Ortiz, con el objeto de demostrar que los dineros consignados en dichas cuentas provenían de actividades comerciales y financieras lícitas.

A través de Auto del 19 de marzo de 1996, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema resolvió negar dicha prueba, considerando que el dictamen pericial sobre las cuentas bancarias de donde se giró el dinero que recibió el doctor Rodrigo Garavito no resultaba idóneo para determinar si el dinero provenía o no del narcotráfico, pues al perito no le está

permitido hacer juicios de valor que corresponden al juez. Sin embargo consideró la Sala que sí resultaba procedente que se allegaran al expediente los extractos y las consignaciones de las mencionadas cuentas, que se lograran ubicar, y en consecuencia ordenó oficiar a la Dirección Regional de Fiscalías para que se sirviera aportar copia de lo que allí reposara en relación con las cuentas del caso. Decretó también el traslado al proceso de la indagatoria rendida por Miguel Rodríguez Orejuela dentro de otro proceso que cursaba en la Corte Suprema de Justicia. Dice el Auto:

“4º. (...) Ahora bien, lo que si resulta procedente es que se alleguen a este expediente los extractos y las consignaciones que se logren ubicar, de las cuentas corrientes de donde se giraron los dineros al Congresista investigado. En consecuencia, con ese fin se oficiará a la Dirección Regional de Fiscalía -Comisión de Fiscales- proceso No. 24.249, para que se sirvan aportar fotocopia de lo que allí repose en relación con las cuentas de (...), todas del Banco de Colombia Oficina Principal de Cali.”

“Resuelve

2º. Ordenar que por Secretaría se traslade a este proceso copia de la indagatoria rendida por MIGUEL RODRIGUEZ OREJUELA, la cual obra en el sumario No. 10.738 que cursa en este despacho.

3º. Oficiar a la Dirección Regional de Fiscalía –Comisión de Fiscales-, para lo establecido en el punto 4º. De los considerandos de este proveído.”

En cumplimiento de la providencia anterior, el 21 de marzo de 1996, se libró el oficio No. 971 dirigido al Coordinador de la Comisión de Fiscales, en el cual se transcribió el numeral 4º. de las consideraciones y el numeral 2º. de la parte resolutive.

A través del Auto del 10 de abril de 1996, se corrió traslado a los sujetos procesales de un dictamen pericial y se puso a disposición de las partes la “prueba trasladada al proceso”. Por su importancia, se transcribe el contenido de la providencia en su integridad:

“ Santa Fé de Bogotá D.C., abril diez de mil novecientos noventa y seis.

De conformidad con lo establecido en el artículo 270, numeral 2º), córrase traslado a los sujetos procesales por el término de cinco (5) días, para que si lo estiman conducente soliciten las aclaraciones, adiciones o ampliaciones que estimen convenientes.

Póngase a disposición de las partes la prueba que ha sido trasladada a las presentes diligencias.

Notifíquese.” (negritas y subrayas ajenas al texto)

En el folio siguiente a aquel donde obra el Auto anterior, aparece copia del acta de la diligencia de notificación personal del mismo al Dr. Jorge Emilio Caldas Vera, defensor suplente del doctor Rodrigo Garavito, con fecha 15 de abril de 1996. Consta también que el mismo Auto fue notificado personalmente al doctor Garavito el día 11 de abril de 1996. En el folio 236 del “Cuaderno Original 5 Parte II” aparece con fecha 19 de abril de 1996, copia de la constancia secretarial del “traslado a los sujetos procesales de los dictámenes periciales obrantes y de la prueba que ha sido trasladada a este expediente (auto de abril 10 de 1996)”. Folio seguido aparece copia de constancia secretarial de fecha 26 de abril de 1996, que dice: “Al Despacho del H. Magistrado Sustanciador Dr. Ricardo Calvete Rangel, surtido

en silencio el traslado de los dictámenes periciales y de la prueba trasladada, ordenada en Auto de abril 10 de 1996.”

En el “Cuaderno Original No. 5, Parte II”, cuaderno en donde se llevó la actuación procesal entre el 8 de marzo de 1996 y el 26 de abril de 1996, y en donde obran las providencias a las que se viene haciendo referencia⁵⁴, no aparece oficio remitatorio alguno proveniente de la Dirección Regional de Fiscalías, ni de la Comisión de Fiscales, adjuntando los extractos y consignaciones cuyo traslado se decretó.

El oficio No. 310 del 29 de marzo de 1996, procedente de la Dirección Regional de Fiscalías –Comisión de Fiscales-, dirigido a la secretaria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con el cual se remiten las copias de los extractos y las consignaciones en cuestión, al que alude el Magistrado Ricardo Calvete y la Corte Suprema en sede de casación cuando explican el traslado de la prueba, no está en el Cuaderno Original No. 5, Parte II, que termina con un oficio del 26 de abril dirigido por la Sala de Casación Penal al INPEC, en el cual se autoriza la práctica de un examen médico al doctor Rodrigo Garavito.

Copia de dicho oficio aparece en el expediente de la Tutela No. 151643 que fue remitido a la Corte Constitucional por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En efecto, se trata del oficio No. 310 del 29 de marzo de 1996 dirigido a la doctora Patricia Salazar Cuellar, Secretaria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, firmado por la Comisión de Fiscales, en el cual se lee “En respuesta al oficio de la referencia (Oficio 971, radicado 10467) nos permitimos remitir a usted copias de los extractos y consignaciones de las cuentas corrientes correspondientes a las firmas (...)”. En la parte inferior del oficio aparece una firma de recibido y la fecha “III-29-96”. La firma corresponde a la doctora Clelia América Sánchez de Alfonso, Magistrada Auxiliar del Dr. Calvete Rangel, según ella misma lo reconoció en declaración rendida ante la Corte Suprema dentro de la investigación disciplinaria interna que se abrió por los hechos de que aquí se trata.

El peticionario aportó junto con el escrito de tutela un cuaderno que contiene copias de varios documentos relacionados con el traslado de la prueba denominada “Anexo 21”. Obrar en dicho cuaderno las declaraciones de varios de los funcionarios de la Secretaría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la doctora Clelia América Sánchez de Alfonso, rendidas ante la Corte Suprema dentro de diligencias disciplinarias internas. También aportó el peticionario, junto con memorial del 26 de junio de 2001, copia de la página 749 del Libro Radicador de Procesos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de una página del “Libro de Subida y Bajada de Expedientes” del Despacho del Dr. Ricardo Calvete Rangel.

De la Declaración de la Dra. Clelia Sánchez, rendida el 22 de julio de 1996 ante el Despacho del Magistrado de la Corte Suprema, Jorge Cordoba Poveda, resulta probado que fue ella quién recibió directamente los documentos remitidos por la Dirección Regional de Fiscalías y se los entregó al Magistrado Sustanciador, Dr. Ricardo Calvete. Dice la funcionaria en su declaración: “Del estudio del proceso observe que el doctor Garavito se quejaba de la inexistencia de una prueba ordenada por la Corte, la cual efectivamente fue solicitada a la Fiscalía y ésta, el viernes antes de salir a vacaciones de semana santa la hizo llegar a mi oficina, inmediatamente la llevé al Despacho y se la entregué al Doctor Calvete.”

En la misma diligencia la Magistrada Auxiliar fue interrogada sobre la “metodología utilizada para incorporar las probanzas al proceso”. A lo cual contestó: “Por tratarse de un proceso donde fue allegada muchísima documentación bancaria, así como copias de las diferentes

⁵⁴ Precisa la Corte que en la copia del “Cuaderno Original No. 5, Parte II,” que obra en el expediente de tutela se aprecian los folios del 280 al 573, en orden ininterrumpido.

inspecciones practicadas al proceso 24.249 de la Comisión de Fiscales y para que se facilitara el estudio se dispuso abrir anexos, dependía de la documentación recolectada en una inspección judicial o la enviada por la entidad bancaria respectiva, esto se corrobora con la cantidad de anexos existentes en el proceso (...).”

En un Auto del 26 de Abril de 1996, a través del cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la defensa de Rodrigo Garavito contra el Auto del 19 de marzo de 1996 por el cual se negaron varias pruebas solicitadas por la defensa y se decretó el traslado de los extractos y consignaciones de las cuentas en cuestión y de la indagatoria de Miguel Rodríguez Orejuela, se dijo en la parte considerativa:

“ 4º. Sobre los extractos y consignaciones realizadas en las cuentas de donde se giraron los cheques que ingresaron al patrimonio del doctor GARAVITO, la Sala estima que los ya aportados por la Unidad de Fiscales son suficientes para los fines probatorios que con ellos se persiguen.”

A través de Auto de la misma fecha, 26 de abril de 1996, se declaró cerrada la investigación, por encontrarse perfeccionada. Y se corrió traslado a los sujetos procesales por el término de ocho días para que presentaran las solicitudes que consideraran pertinentes.

El 3 de mayo de 1996 el defensor del doctor Garavito interpuso recurso de reposición contra el Auto de cierre, considerando entre otras cosas que “examinado con cuidado el proceso, la defensa advierte que dicha prueba documental (ni siquiera la que tiene la Fiscalía) (se refiere a los extractos y consignaciones de las cuentas en cuestión) no ha sido aportada, siendo ésta necesaria (al menos esa) para tener un principio de prueba de los movimientos de las mencionadas cuentas corrientes.”

En constancia secretarial del 9 de mayo de 1996, se lee:

“Al Despacho del H. Magistrado Sustanciador doctor Ricardo Calvete Rangel tras la preclusión del traslado a que se refiere el artículo 200 del C. de P.P. Los sujetos procesales distintos del recurrente guardaron silencio. Ingresó para decidir el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado doctor RODRIGO GARAVITO HERNÁNDEZ contra el Auto de abril 26 de 1996. Pasa la actuación original constante de seis cuadernos, veintiún (21) anexos y dos videocassetes, toda vez que sobre las copias se surte el proceso de notificación de la providencia de mayo 8 de 1996.”

En la copia de una página (número ilegible) del “Libro de subida y bajada de expedientes” del Despacho del Dr. Ricardo Calvete, que aporta el peticionario como prueba, aparece una anotación para el Expediente No. 10467 (causa contra Rodrigo Garavito) con fecha 9 de mayo de 1996, en la cual se lee “4 cd. Originales 21 anexos”, pero se advierte una enmendadura o repisado en el número 1, pareciera que fue escrito sobre otro número.

Ante el panorama descrito, se pregunta ésta Corte si a la defensa del doctor Rodrigo Garavito se le dio la oportunidad de saber sobre la existencia de la prueba que había sido remitida por la Comisión de Fiscales. Veamos:

A lo largo del proceso, tanto el Magistrado Sustanciador de la investigación, Dr. Ricardo Calvete, como el Juez Regional y la Corte Suprema de Justicia en sede de casación, han entendido que la providencia a través de la cual se dio traslado de la prueba a las partes, es el Auto del 10 de abril de 1996. Como se expuso arriba, en dicho Auto se corre traslado a los sujetos procesales de un dictamen pericial “para que si lo estiman conducente soliciten las aclaraciones, adiciones o ampliaciones que estimen convenientes” y a renglón seguido se ordena poner a disposición de las partes “la prueba que ha sido trasladada” a las diligencias.

Pareciera obvio para el abogado encargado de vigilar el proceso, quien, según lo afirma, acudía a la Secretaría de la Sala Penal de la Corte Suprema 3 o 4 veces a la semana a revisar el expediente, que el dictamen pericial al que se hace referencia en el Auto es el que aparece en los 11 folios inmediatamente anteriores a la providencia: un estudio grafotécnico realizado por la División Criminalística del Cuerpo Técnico de Investigación sobre una tarjeta de apertura de la cuenta bancaria en la Corporación Davivienda a nombre de Fabio de Jesús Duque. También es obvio que la prueba trasladada a la que se hace referencia es la que había sido decretada por el Auto del 19 de abril de 1996 y cuyo aporte estaba pendiente.

Se pregunta ésta Corte de qué otra prueba trasladada se podría tratar, sino de las pruebas cuyo traslado se decretó a través del Auto del 19 de marzo de 1996: la copia de la indagatoria rendida por Miguel Rodríguez Orejuela dentro de otro proceso y los extractos y consignaciones de las cuentas corrientes de donde se giraron los cheques al doctor Rodrigo Garavito, para lo cual se ordenó oficiar a la Comisión de Fiscales adscrita a la Dirección Regional de Fiscalías.

El Auto del 10 de abril por el cual se ordenó “poner a disposición de las partes la prueba que ha sido trasladada”, fue notificado al peticionario y a su abogado defensor. Existe constancia secretarial de que a partir del 19 de abril y hasta el día 25 del mismo mes se dio traslado a los sujetos procesales de los dictámenes periciales practicados y de “la prueba que ha sido trasladada a este expediente”. Luego, desde la fecha en que el Auto fue notificado al abogado defensor del doctor Garavito, 15 de abril de 1996, y hasta la fecha en que pasado el término de ejecutoria, quedó en firme, 25 de abril de 1996, transcurrieron 10 días. Lapso dentro del cual la defensa del peticionario hubiera podido manifestar sus inquietudes con respecto a la prueba trasladada de que se trataba y al cuaderno o anexo al cual había sido incluida, si era que no la encontraba en el expediente.

Al haber sido notificado el abogado de que una prueba había sido trasladada al proceso y no encontrarla en los cuadernos y anexos del expediente que le proporcionaron en la Secretaría de la Sala Penal, ha debido comunicárselo así al Magistrado Sustanciador, dentro del término del traslado, y no dejar pasar dicho término en silencio.

El hecho de que la documentación remitida por la Comisión de Fiscales haya sido recibida directamente por la Magistrada Auxiliar del Dr. Ricardo Calvete no significa, como lo pretende demostrar el peticionario, que se le haya ocultado a su defensa la prueba trasladada, ya que, de un lado, como se demostró arriba, fue notificada oportunamente de la práctica de la prueba, y de otro, consta en el expediente de tutela que el “Anexo 21” sí estuvo en la Secretaría de la Sala Penal antes del cierre de la investigación.

En el folio No. 250 del cuaderno “Instrucción parte III” que aportó el peticionario junto con el escrito de tutela, obra copia de la constancia secretarial del 9 de mayo de 1996, en la que se dice que el expediente pasa al Despacho para que se resuelva el recurso de reposición interpuesto contra el Auto del 26 de abril de 1996: “pasa la actuación original constante de seis (6) cuadernos, veintiún (21) anexos y dos videocassetes”. La constancia está firmada por la Dra. Patricia Salazar Cuellar, Secretaria de la Sala de Casación Penal.

Esta constancia o informe, firmada por la Secretaria de la Sala Penal de la Corte Suprema, aclara la enmendadura que se observa en el libro de subida y bajada de expedientes en la anotación de fecha 9 de mayo de 1996 correspondiente al radicado No. 10.467 (caso Garavito): el informe secretarial es el documento que da fe a los sujetos procesales sobre el estado del proceso, se escribe a máquina y va firmado por el funcionario titular de la secretaría, mientras que el “libro de subida y bajada de expedientes” es un mecanismo de

control interno de la Secretaría, manejado por funcionarios subalternos, en el cuál se hacen breves anotaciones a mano. Luego, la enmendadura que se presenta en la anotación correspondiente al proceso 10467 del 9 de mayo, no tiene trascendencia frente a la constancia secretarial de la misma fecha en la cual se informa formalmente a los sujetos procesales que “la actuación original” pasa al Despacho del Magistrado Sustanciador en seis cuadernos, 21 anexos y 2 videocassetes.

Del estudio detallado de las pruebas que obran en el expediente de tutela concluye esta Corte que no está acreditado que el anexo que se armó con los extractos y consignaciones aportados al proceso por la Comisión de Fiscales, “Anexo 21”, le hubiera sido ocultado a la defensa del doctor Rodrigo Garavito. Al contrario, está probado que el expediente (seis cuadernos, 21 anexos y 2 videocassetes) se encontraba en la Secretaría de la Sala hasta el día 9 de mayo de 1996, fecha en que pasó al Despacho del Magistrado Sustanciador para que se resolviera el recurso de reposición interpuesto por el sindicato contra el auto por el cual se declara cerrada la investigación.

En consecuencia, no se le violaron al peticionario los derechos a la contradicción de la prueba, a la defensa y al debido proceso.

2.4 El decreto y práctica del testimonio de Guillermo Pallomari

Como quedó expuesto en el acápite de los hechos, el peticionario sostiene que en la investigación adelantada por la Corte Suprema de Justicia se le violó el derecho al debido proceso, ya que se le impidió a su defensa contrainterrogar a Guillermo Pallomari, “único testigo de cargo”. Dice que al decretarse la prueba, “no se dio un margen razonable para que la defensa se enterara de la misma, ni se señaló en la providencia, con claridad, el lugar y la hora en que se llevaría a cabo, a tal punto que ni siquiera el Ministerio Público pudo participar en su recepción.”. Durante el proceso ha afirmado el doctor Rodrigo Garavito que su defensa sólo se enteró de que el testimonio iba a practicarse, cuando la Comisión de Fiscales ya había viajado a los Estados Unidos.

A continuación se revisará el procedimiento de decreto y práctica de la prueba en cuestión:

A folio 24 del “Cuaderno Original 5”, cuaderno en donde obra la actuación de instrucción del proceso entre el 15 de diciembre de 1995 y el 6 marzo de 1996, aparece el Auto de sustanciación del 30 de noviembre de 1995, por el cual el Magistrado sustanciador, Dr. Ricardo Calvete Rangel, dispuso recibir declaración al señor Guillermo Alejandro Pallomari Gonzalez, quien se encontraba bajo protección de las Autoridades de los Estados Unidos de América. En el Auto se relacionan las preguntas que debía absolver el testigo y se comisiona para la práctica de la diligencia, “con amplias facultades a los Fiscales Delegados que designe la Dirección Nacional de Fiscalías para la continuación de la indagatoria de Guillermo Alejandro Pallomari en los Estados Unidos”. En la parte final del Auto se ordena librar el despacho correspondiente adjuntando fotocopia de los cheques que se le deberán exhibir al testigo.

A folio 23 del “Cuaderno Original 5”, obra copia del oficio No. 3724 del 30 de noviembre de 1996, de la Secretaria de la Sala de Casación Penal de la Corte, dirigido al Dr. Armando Sarmiento Mantilla, Director Nacional de Fiscalías, por el cual se le remite copia del Auto del 30 de noviembre, “con el fin de que se sirva dar cumplimiento a lo ordenado en Auto de la fecha”. Así mismo dice el oficio que se adjuntan copias de los cheques que deben exhibirse al testigo.

A folio 22 del “Cuaderno Original 5” aparece copia de providencia del 1º. de diciembre de 1995, proferida por la Fiscalía General de la Nación-Dirección Regional de Fiscalías-

Comisión de Fiscales, en la cual se dice que por ser procedente y haber sido designada dicha Unidad mediante Resolución proferida por la Dirección Nacional de Fiscalías, “Cúmplanse las comisiones impartidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia”.

A folio 27 del mismo “Cuaderno Original 5”, aparece copia del testimonio rendido por Guillermo Alejandro Pallomari González el día miércoles 6 de diciembre de 1995, en la ciudad de Billings, Montana, Estados Unidos. Dice el acta que el testigo compareció “ante los Fiscales designados por la Fiscalía General de la Nación para cumplir la comisión impartida por el Honorable Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que adelanta la investigación radicada bajo el número 10.467”, en las oficinas del Departamento de Justicia. El acta de la diligencia está firmada por el testigo y en la parte inferior aparece un sello de la Fiscalía General de la Nación –Dirección Regional de Fiscalías, Santafé de Bogotá D.C.-, con fecha 12 de diciembre de 1995.

Por otra parte, el peticionario aporta como prueba, copia de la Resolución No. 1-0090 del 30 de noviembre de 1995, proferida por el Vicefiscal General de la Nación, por la cual se concede Comisión de Servicios al Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional Código 45 y Regional Código 111, del 3 al 13 de diciembre de 1995, para que realice “una serie de actividades de coordinación con autoridades de los Estados Unidos de América en cumplimiento de funciones propias de sus cargos y dentro del marco de asistencia judicial recíproca de ambos países, la cual se llevará a cabo en la ciudad de Miami, Estado de la Florida, dentro de la investigación penal radicada en la Dirección Regional de Fiscalías de Santafé de Bogotá bajo la partida No. 24.249.”. En el artículo segundo de la parte resolutive se comisiona a los Fiscales mencionados para que recepcionen la prueba testimonial requerida, “al tenor de los interrogatorios formulados por la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia en desarrollo de las comisiones impartidas y comunicadas a la Dirección Nacional de Fiscalías”.

Aportó también el peticionario junto con el escrito de tutela, copia de las autorizaciones de comisión de servicios a los Fiscales, fechadas el 30 de noviembre de 1995.

Con el objeto de demostrar que el representante del Ministerio Público no pudo asistir a la diligencia en que se recibió el testimonio de Pallomari, el accionante aportó como prueba, copia del informe del Agente Especial del Ministerio Público Código PZHO, designado para el proceso 24.249 (proceso 8.000), dirigido al Procurador Delegado para Asuntos Penales, con fecha 11 de diciembre de 1995, en el cual relata lo ocurrido en “el segundo viaje a Estados Unidos con el fin de ampliar la indagatoria de Pallomari”, y precisa la información que dieron los diarios El Espectador y El Tiempo al respecto. Dice el agente PZHO que partió para Miami el día 4 de diciembre de 1995 según lo acordado con el Dr. Carlos Perez Irizarry, Agregado Judicial del Departamento de Justicia de la Embajada de los Estados Unidos en Bogotá, quién había quedado de encontrarse con él (el agente del Ministerio Público) en el Aeropuerto de Miami, como en la ocasión anterior. A renglón seguido manifiesta: “(...), partí para Miami el día acordado y cual no sería mi sorpresa al no encontrar “el contacto” allí, o sea al doctor Perez. Me valí de la sección de información para buscarlo repetidamente, por el altavoz, durante dos horas, inútilmente; entonces decidí que debería ‘oficializar’ mi presencia en aquella Ciudad presentándome al Consulado (280 Aragón Av.CG), como en verdad lo hice, a las dos y treinta minutos de la tarde.”. Agrega que después de hablar con el Procurador General de la Nación desde el Consulado de Colombia en Miami, recibió, al día siguiente, la orden de devolverse, y así lo hizo el jueves 7 de diciembre de 1995. Concluye el agente que no existió incumplimiento de su deber sino que se le dejó “plantado” “como titula El Tiempo”, y que le resulta “significativo” que los diarios hayan informado que al fin y al cabo su presencia no era indispensable ya que a Guillermo Pallomari lo iban a interrogar como testigo, por disposición de la Corte Suprema.

Procede la Corte a analizar los hechos y las pruebas relatados arriba:

En primer lugar observa ésta Corte que la práctica del testimonio de Guillermo Pallomari en la investigación adelantada por la Corte Suprema de Justicia contra el peticionario doctor Rodrigo Garavito, se enmarcó dentro de una serie de actividades de coordinación con autoridades de los Estados Unidos de América, que se adelantaron por la Fiscalía General de la Nación en virtud de la asistencia judicial recíproca convenida entre ambos Estados en la Declaración de Intención de la República de Colombia y de Los Estados Unidos de América suscrita en Washington el 25 de febrero de 1991⁵⁵ con el objeto de cooperar recíprocamente “en el intercambio de información y de elementos que puedan servir de prueba en las investigaciones y los procesamientos de los nacionales de Colombia que se entreguen al Gobierno de Colombia y confiesen haber cometido delitos de tráfico de narcóticos o delitos conexos”; y conforme al “Manual para el Intercambio de Pruebas con el Exterior”, adoptado a través de la Resolución No.0-1686 de 1994 proferida por el Fiscal General de la Nación.

Dentro de este contexto, el Magistrado sustanciador, Dr. Ricardo Calvete Rangel, resolvió comisionar para la práctica del testimonio, a los mismos Fiscales Delegados que designara la Dirección Nacional de Fiscalías para la continuación de la diligencia de indagatoria de Guillermo Pallomari en los Estados Unidos. Es de notar que el señor Pallomari González, ciudadano chileno, se encontraba bajo la protección de las autoridades de ese Estado, entre otras cosas, por la colaboración que le estaba prestando a la justicia americana.

En el mismo sentido, advierte esta Corte que de las pruebas aportadas al trámite de la tutela en relación con el decreto y la práctica del testimonio, resulta que los fiscales comisionados para recibir dicha prueba tenían además otros encargos, como el de continuar con la diligencia de indagatoria del mismo Guillermo Pallomari dentro del proceso 24.249 (proceso 8.000) y practicar otras pruebas decretadas dentro de los expedientes 10.469, 10.738, 10.801 y 26.121. Se aprecia que la comisión de servicios al exterior fue autorizada a partir del día 3 hasta el día 13 de diciembre de 1995.

En segundo lugar, observa la Corte que la prueba fue decretada a través de auto de sustanciación en virtud de lo dispuesto por el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente, providencia que no se notifica, conforme a lo establecido en el artículo 186 del mismo Código. Dicen expresamente las normas citadas:

“Art. 179. Clasificación. Las providencias que se dicten en la actuación se denominarán resoluciones, autos y sentencias y se clasifican así:

(...)

2. Autos interlocutorios, si resuelven algún incidente o aspecto sustancial

3. Autos de sustanciación, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación.

(...).”

“Art. 186. Providencias que deben notificarse. Además de las señaladas expresamente en otras disposiciones, se notificarán las siguientes providencias: las

⁵⁵ Este Acuerdo se sujeta a los términos del artículo 538 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente, norma que fue declarada exequible a través de sentencia C-170 de 1995.

providencias interlocutorias, la que pone en conocimiento de las partes la prueba trasladada o el dictamen de peritos, el auto que ordena la práctica de pruebas en el juicio, el que señala día y hora para la celebración de la audiencia, la providencia que declara desierto el recurso de apelación y la que fija fecha en segunda instancia para la sustentación del recurso, el auto que ordena el traslado para pruebas dentro del recurso de revisión, las providencias que deniegan los recursos de apelación y de casación, la que ordena dar traslado para presentar alegatos de conclusión, y las sentencias.

Las providencias de sustanciación no enumeradas en el inciso anterior o no previstas de manera especial, serán de cumplimiento inmediato y contra ellas no procede recurso alguno." (subrayas y negrillas ajenas al texto)

Estas normas fueron reproducidas casi exactamente por el nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, en los artículos 169 y 179, respectivamente. El nuevo estatuto procesal, precisa, en el artículo 179 que regula el tema de las notificaciones, que el auto por el cual se ordena la práctica de una prueba es de sustanciación, y que debe notificarse, cuando se trata de pruebas ordenadas en la etapa del juicio.

De las normas transcritas se concluye que el Auto del 30 de noviembre de 1995, por el cual el Magistrado sustanciador dispuso recibir la declaración a Guillermo Alejandro Pallomari González, no debía ser notificado a los sujetos procesales, por haber sido dictado en la etapa de instrucción del proceso.

Por otra parte se aprecia que en la providencia se consignan expresa y detalladamente las preguntas que se le formularían al testigo y se comisiona con amplias facultades a los fiscales delegados que designe la Dirección Nacional de Fiscalías para la continuación de la indagatoria de Guillermo Pallomari.

El hecho de que la recepción del testimonio se haya ordenado a través de providencia proferida conforme a las normas legales, en la cual se consignó el cuestionario que debía absolver el testigo, descarta de plano la intención del Magistrado sustanciador, alegada por el peticionario, de obtener la prueba por fuera del proceso, subrepticamente o en secreto y de impedir su contradicción por parte del sindicado.

A través de la providencia del 30 de noviembre de 1995 se puso entonces en conocimiento del sindicado el decreto del testimonio de Guillermo Pallomari y se le dio la oportunidad a la defensa del doctor Garavito de aportar un cuestionario para que además de las preguntas formuladas por el Magistrado Sustanciador, Pallomari absolviera las que a bien tuviera plantear la defensa del procesado.

Con respecto al hecho de que en la providencia no se señala la fecha ni el lugar preciso en que se llevaría a cabo la diligencia, considera esta Corte que tal omisión se podría explicar por la razón de que Guillermo Pallomari, el testigo, se encontraba bajo la estricta protección de las autoridades norteamericanas, ya que por la colaboración que le estaba prestando a la justicia, corrían serio peligro su vida y su integridad. Sin embargo, esta circunstancia no significa que el sindicado no haya tenido la oportunidad de ejercer su derecho a la contradicción, porque como se dijo antes, la prueba se decretó a través de providencia en la cual se consignaron las preguntas que debía absolver el testigo.

En suma, en el decreto y práctica del testimonio de Guillermo Pallomari no se desconocieron las garantías judiciales del sindicado doctor Garavito ya que la prueba se decretó oficiosamente a través de providencia judicial conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal, y en la misma providencia se determinaron expresamente las

preguntas que debía absolver el testigo, garantizándose así la publicidad de la prueba y la oportunidad para ejercer el derecho de contradicción. Cosa distinta es que la defensa del doctor Garavito no actuó procesalmente en el momento subsiguiente al decreto de la prueba: no estuvo atento a intervenir personalmente en la diligencia, no envió al Despacho ningún cuestionario para que se adicionara al formulado por el Magistrado sustanciador, no se dirigió a la Fiscalía ni a los funcionarios delegados, ni se puso en contacto con el representante del Ministerio Público en dicho momento.

Luego, aún aceptando que el no señalamiento de fecha y lugar constituyera una irregularidad, ésta no tiene la virtualidad suficiente para anular dicha prueba porque su decreto era conocido, así como también el cuestionario que debía absolver el testigo.

En relación con el hecho de que el agente del Ministerio Público Código PZHO designado especialmente para el proceso 24249 (proceso 8.000), no haya asistido a la diligencia de testimonio de Guillermo Pallomari, considera la Corte, que no tiene trascendencia alguna, ya que para la práctica de la prueba testimonial no se requería de la presencia del representante del Ministerio Público (art. 292 C.P.P. entonces vigente).

Como se expuso en el acápite correspondiente a la doctrina de las vías de hecho, la Corte Constitucional ha sido muy rigurosa en la valoración de las irregularidades que pueden dar lugar a que la providencia judicial constituya una vía de hecho. En la sentencia T-008/98, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, se precisó la doctrina de las vías de hecho particularmente cuando se trata de sentencias penales condenatorias, en los siguientes términos:

"Mientras que la justicia penal sólo puede proferir una decisión condenatoria en contra del procesado cuando exista prueba contundente de su responsabilidad, la justicia constitucional debe restringir sus intervenciones a aquellos casos en los que las decisiones judiciales constituyan auténticas vías de hecho (v. *supra*). Así, al paso que el juez ordinario debe partir de la inocencia plena del implicado, el juez constitucional debe hacerlo de la corrección de la decisión judicial impugnada, la cual, no obstante, ha de poder ser cuestionada ampliamente por una instancia de mayor jerarquía rodeada de plenas garantías.

(...)

En consecuencia, los mecanismos adecuados para garantizar la protección de los derechos constitucionales y legales de quien resulta implicado en un juicio de esta naturaleza son los recursos ordinarios, es decir, la consulta ante el superior jerárquico y el recurso extraordinario de casación. Mientras se surten los instrumentos procesales mencionados, el juez constitucional debe ser en extremo cuidadoso y conceder la tutela sólo en aquellos eventos en los cuales se pueda producir un perjuicio irremediable sobre un derecho fundamental **como efecto** de una **indiscutible** falta de competencia del funcionario judicial, de una **ausencia absoluta y definitiva** de pruebas, de la **incongruencia evidente e incuestionable** entre los hechos probados y el supuesto jurídico o de la **violación grosera** del procedimiento. En cualquier otro caso, el juez constitucional que conceda el amparo estaría actuando al margen del derecho.

En suma, como lo ha reiterado esta Corporación, el hecho de que el juez constitucional pueda revisar la decisión penal no lo convierte en un juez de instancia, toda vez que mientras este último verifica que se cumplan **integralmente** las reglas legales y constitucionales que permiten condenar a una persona, aquél se limita a

establecer que la decisión del juez penal no resulte arbitraria a la luz de la Constitución Política." (subrayas ajenas al texto)

La Sala ha constatado que en el decreto y práctica del testimonio de Guillermo Pallomari no se violaron las normas constitucionales, y que de haber existido alguna irregularidad, ésta se estudió tanto por la propia Corte Suprema de Justicia en la etapa de instrucción y al resolver el recurso extraordinario de casación, como por el Juez Regional y el Tribunal Nacional, con ocasión de las diferentes solicitudes y recursos ordinarios interpuestos.

2.5 La aceptación de los cargos en la diligencia de sentencia anticipada implica una confesión simple y supone la renuncia a controvertir la acusación y las pruebas en que ella se funda

La institución de la sentencia anticipada, implica renunciaciones mutuas del Estado y del sindicado: la renuncia del Estado a seguir ejerciendo sus poderes de investigación, y la del imputado a que se agoten los trámites normales del proceso, a la controversia de la acusación y de las pruebas en que se funda. El Estado reconoce que los elementos de juicio aportados hasta ese momento son suficientes para respaldar un fallo condenatorio que debe partir de la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del sindicado, certeza que se corrobora con la aceptación integral de los hechos por parte del imputado. La aceptación de los hechos obra como confesión simple.

La Corte Constitucional ha dicho que además de la aceptación por parte del sindicado de los hechos materia del proceso, éste acepta "la existencia de plena prueba que demuestra su responsabilidad como autor o partícipe del ilícito". (C-425/96).

Con respecto a la renuncia a la contradicción de las pruebas en que se funda la acusación, por parte de quién se acoge a la sentencia anticipada, ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sede de casación:

"la estructura misma de la institución de la sentencia anticipada indica que, si el procesado se allana a ella, de antemano renuncia a la controversia de la acusación y de la prueba exhibida en su contra, como sustento de los argos formulados por el fiscal. Es lo que se infiere diáfananamente de que a 'los cargos formulados por el Fiscal' solo le puede seguir 'su aceptación por parte del procesado' y la consignación de lo ocurrido en un acta que firmaran los intervinientes.

(...)

Si en realidad las formas de terminación anticipada, cuando se obtiene la aceptación voluntaria del procesado, implican una renuncia de este a refutar la acusación y, por ende a controvertir las pruebas de cargos que la sustentan, no tendría sentido decretar una nulidad por falta de defensa técnica sólo en momentos de instrucción probatoria –no en actos que sin falta la demandan–, como si se tratara de un procedimiento plenamente ordinario, cuando en aquellas formas especiales de culminación del proceso en realidad se abrevia una o las dos fases del proceso."⁵⁶

En un caso en que se profirió sentencia anticipada, faltando el resultado de una prueba pericial, dijo la Corte Suprema de Justicia:

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 28 de octubre de 1996. M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego

“Por lo demás, como lo ha reiterado la Sala, la dicha asunción de responsabilidad que ocurre en la sentencia anticipada significa que el procesado renuncia a refutar la acusación, a controvertir la prueba de cargo, y a la práctica de otros medios de persuasión, pues de acuerdo con la estructura legal de la institución, a ‘los cargos formulados por el fiscal’ sólo puede seguir su aceptación por parte del procesado’, máxime si la diligencia se realiza en la fase del juzgamiento, cuando ya existe una resolución acusatoria.

Del texto del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 81 de 1993, se infiere que su aplicación no supone negociación alguna, que los cargos tienen como único sustento las pruebas hasta ese momento legalmente incorporadas al expediente, y que la aceptación formal de éstos ante el fiscal por parte del sindicado, sitúa ipso facto el proceso en el momento de dictar sentencia; sin que por ese hecho los actos procesales legalmente omitidos o las pruebas dejadas de practicar constituyan violación al debido proceso (...).⁵⁷

Con respecto al “principio de irretractabilidad”, la Corte Suprema ha dicho:

“La Corte ha sido insistente en señalar que la aceptación voluntaria de responsabilidad con miras al proferimiento de sentencia anticipada se rige por el principio de irretractabilidad, en cuanto implica para el procesado la renuncia a controvertir la prueba y el contenido de la acusación, y que si bien es cierto la limitación del interés para recurrir consagrada en el citado artículo 37B está referida al recurso de apelación, debe entenderse que también impera para la casación, puesto que de no ser así, el recurso extraordinario se convertiría en un mecanismo de burla de la restricción allí prevista.⁵⁸

2.6 Los fallos cuya revocatoria y anulación pretende el peticionario no constituyen “vías de hecho”

La sentencia anticipada del 12 de junio de 1997 a través de la cual se condenó al doctor Rodrigo Garavito por los delitos de enriquecimiento ilícito de particulares y falsedad en documento privado, la sentencia del Tribunal Nacional del 24 de noviembre de 1997 que la confirmó parcialmente, y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 2 de abril de 2001 por la cual se resolvió no casar el fallo de instancia, no constituyen “vías de hecho”, por las razones que se exponen a continuación:

La sentencia condenatoria proferida el 12 de junio de 1997 cumple con los dos requisitos sustanciales que establece tanto la ley como la jurisprudencia constitucional⁵⁹, para terminar el proceso con sentencia anticipada: 1) que el imputado acepte íntegramente su responsabilidad en relación con los hechos que se investigan y, 2) que exista plena prueba sobre la ocurrencia del hecho y sobre la culpabilidad del sindicado.

En efecto, en el acta de la diligencia de sentencia anticipada, llevada a cabo el día 5 de mayo de 1997 en la Secretaría de los Juzgados Regionales de Bogotá, consta que el doctor Rodrigo Garavito aceptó los cargos formulados por la Corte Suprema de Justicia en la Resolución de acusación: “acepto los hechos por los cuales se me sindicó y acepto la

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de agosto de 1998. M.P. Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 31 de agosto de 1999. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

⁵⁹ C-394/93, C-425/96 y C-277/98

responsabilidad que de estos se deriva en la esperanza de que con lo cual se me va a resolver mi situación.” *Inmediatamente, el abogado defensor hace la siguiente precisión: “El Dr. Rodrigo Garavito ha aceptado la responsabilidad respecto de los cargos formulados por la Honorable Corte Suprema de Justicia en la Resolución de Acusación, lo cual ha hecho sin condición alguna tal como lo señala la ley, no siendo esto óbice para que la defensa muy brevemente haga algunas consideraciones para que sean tenidas en cuenta al momento de la graduación de la pena.”*

La sentencia condenatoria cuya anulación se pretende no carece de fundamento objetivo, ni corresponde al mero capricho de los jueces penales, al contrario es el resultado de una larga y amplia investigación en cuyo curso se obtuvieron múltiples pruebas decretadas tanto de oficio como a petición de parte, a las cuales se allanó finalmente el sindicado doctor Rodrigo Garavito en la diligencia de sentencia anticipada, en la cual aceptó expresamente los hechos por los cuales se le sindicaba y la responsabilidad penal que de éstos se deriva.

El doctor Rodrigo Garavito fue condenado por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, habiéndose encontrado probados todos los elementos del tipo; el hecho de que el incremento patrimonial se derivó de actividades delictivas se probó a través de la sentencia anticipada proferida contra Miguel Rodríguez Orejuela el 16 de enero de 1997, por la cual se le condenó por los delitos de tráfico de estupefacientes, concierto especial para delinquir y enriquecimiento ilícito de particulares, entre otros. El conocimiento de que el dinero y los bienes recibidos provenían de fuente ilícita se probó a través de un conjunto de indicios, encabezados por el hecho probado de que el peticionario ocultara dichos dineros en cuentas abiertas por él a nombre de terceras personas, falsificando sus firmas y cédulas, hechos por los cuales fue condenado también por el delito de falsedad en documento privado.

La valoración de las pruebas que hace el Juez Regional para proferir la condena no es irrazonable, arbitraria ni caprichosa; no ignoró ni omitió prueba alguna, ni dio por probado un hecho sin fundamento razonable. Al contrario, en la sentencia anticipada se aprecia un cuidadoso y detallado análisis de las pruebas aportadas y practicadas dentro de la investigación y en la etapa del juicio: se hace una relación pormenorizada de los cheques recibidos por el doctor Garavito, las cuentas en las cuales fueron consignados y la manera como se hicieron efectivos; se demuestra con base en los dictámenes periciales cómo el doctor Garavito abrió cuentas bancarias a nombre de terceros y las manejó directamente falsificando firmas; estos hechos se corroboran con los testimonios de los empleados del doctor Garavito; y se desvirtúan sistemáticamente las explicaciones dadas por el sindicado sobre el origen del incremento patrimonial, demostrando con base en los testimonios de los comerciantes de dólares, que las transacciones alegadas por el doctor Garavito nunca se hicieron en cheques.

En la sentencia condenatoria no se violaron los derechos fundamentales del peticionario, pues como se demostró en los acápite correspondientes, fue juzgado conforme a ley preexistente al acto que se le imputó, no se aplicó retroactivamente ninguna regla de derecho, ni se impidió la publicidad ni la contradicción de las pruebas.

Las anteriores consideraciones son también predicables de la sentencia del Tribunal Nacional del 24 de noviembre de 1997 por la cual se confirma la sentencia anticipada proferida por el Juez Regional de Bogotá, y de la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dictada el 2 de abril de 2001.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará el fallo del 8 de mayo de 2001, por el cual el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, resolvió negar la tutela interpuesta por el doctor Rodrigo Garavito Hernández contra el Juzgado Regional de Bogotá, el Tribunal

Nacional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que conocieron del proceso seguido en su contra por el delito de enriquecimiento ilícito de particular.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE

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

SEGUNDO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

RODRIGO UPRIMNY YEPES
Magistrado (E)

ALVARO TAFUR GÁLVIS
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia SU.1300/01

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN PRUEBA TRASLADADA TESTIMONIAL-Vulneración/PRINCIPIO DE CONTRADICCION EN PRUEBA TRASLADADA TESTIMONIAL-Vulneración (Salvamento de voto)

A nuestro juicio, la acción de tutela a que se ha hecho referencia ha debido ser concedida por cuanto, pese a haber sido solicitada por el procesado sentencia anticipada, se quebrantaron los principios de publicidad y contradicción de la prueba. Si en una providencia judicial se decide “poner a disposición de las partes la prueba que ha sido trasladada” sin especificar a cuales documentos se refiere el traslado, o a lo menos con la indicación de en cual de los distintos anexos se encuentra, ese traslado, a lo menos en principio, no cumple con la finalidad que le asigna para la publicidad de la prueba el propio Código de Procedimiento Penal entonces vigente. No puede ni siquiera pensarse que por tratarse de prueba trasladada es suficiente para la eficacia de la misma que obren las fotocopias de documentos cuyos originales reposan en otro proceso. A este respecto, conviene reiterar que la prueba trasladada requiere también cumplir con los principios de la publicidad y la contradicción. Publicidad que tratándose de la prueba documental, exige que en el proceso inicial se haya cumplido o que, si ello no ocurrió así porque la parte contra quien se opone en el nuevo proceso no actuó en aquel, se cumpla en el segundo para que esos documentos puedan ser aceptados en todo o en parte, o tachados de falsos, o controvertidos con otros documentos, o con testimonios o con otras pruebas. A nuestro juicio, la acción de tutela a que se hace referencia debería haber sido concedida por violación del debido proceso en cuanto hace a la publicidad y la contradicción de las pruebas ya mencionadas, lo que no significa pronunciamiento alguno con respecto a la cuestión penal en discusión, pues, si la tutela hubiese sido concedida al juzgador le correspondería entonces dictar una nueva sentencia con apoyo en las demás pruebas que obran en el proceso y exclusión de aquellas respecto de las cuales se violaron los principios de la publicidad y la contradicción.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN PRUEBA TRASLADADA TESTIMONIAL-Vulneración/PRINCIPIO DE CONTRADICCION EN PRUEBA TRASLADADA TESTIMONIAL-Vulneración (Salvamento de voto)

El testimonio que se reciba en un proceso anterior si se traslada a un proceso nuevo, pues, si la parte contra quien se opone participó en la práctica del mismo en el primer proceso, se cumplieron ya los principios de la publicidad y la contradicción. En tanto que, si esto no sucedió, entonces para asegurar el cumplimiento de tales principios ese testimonio ha de ser sometido a ratificación, es decir, debe recepcionarse de nuevo para permitir la contrainterrogación al testigo, lo que opera cuando se trata de una indagatoria inicialmente recibida en un proceso y trasladada luego a un segundo proceso como prueba contra un tercero, pues, en ese caso, la declaración del indagado en el primer proceso obra como testimonio respecto de otro.

PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA PRUEBA TRASLADADA-Vulneración (Salvamento de voto)

Las pruebas a que se refieren los numerales precedentes no cumplieron tampoco con el principio de necesidad de la prueba establecido en el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal anteriormente vigente (Decreto 2700 de 1991), en cuyo artículo 246 se impuso a los funcionarios judiciales como un deber jurídico fundar sus providencias “en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación”, principio que al igual que los de la publicidad y contradicción de la prueba forman parte integrante y esencial del debido proceso judicial.

SENTENCIA ANTICIPADA Y CONFESION-Alcance (Salvamento de voto)

Si bien es verdad que en la sentencia anticipada ella se dicta por aceptación de los hechos y de su imputación jurídica por el sindicado, lo que equivale a una confesión, no menos cierto es que la confesión, en materia penal, sola no es bastante para fundar en ella una decisión condenatoria, sino que se requiere su corroboración por otras pruebas, a diferencia de lo que ocurre en materia civil en la cual la confesión si puede servir como fundamento de la sentencia desfavorable a quien la hace y puede ser infirmada con otras pruebas.

Los suscritos magistrados, con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, salvamos nuestro voto en relación con la Sentencia SU- 1300 de 6 de diciembre de 2001, por las razones que a continuación se expresan:

1ª. La Corte Constitucional en la Sentencia SU-1300 de 6 de diciembre de 2001, decidió confirmar, en su integridad, el fallo del Consejo Superior de la Judicatura –Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, mediante el cual se denegó la acción de tutela interpuesta por el ciudadano Rodrigo Garavito Hernández, contra las sentencias de 12 de junio de 1997, 24 de noviembre de 1997 y 2 de abril de 2001, proferidas contra el actor, en su orden por el Juzgado Regional de Bogotá, el Tribunal Nacional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por los delitos de enriquecimiento ilícito y falsedad en documento privado.

2ª. A nuestro juicio, la acción de tutela a que se ha hecho referencia ha debido ser concedida por cuanto, pese a haber sido solicitada por el procesado sentencia anticipada, se quebrantaron los principios de publicidad y contradicción de la prueba, como pasa a demostrarse:

2.1. La Constitución Política que nos rige en el artículo 29, inciso final, establece que “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso” y, en el inciso inmediatamente precedente instituye como un derecho del procesado la posibilidad de “presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”.

Eso significa, sin lugar a duda alguna, que en nuestro sistema jurídico no tienen validez en ningún caso las pruebas respecto de las cuales se haya desconocido el principio de la publicidad de las mismas, presupuesto indispensable para que pueda llevarse a efecto el derecho a controvertirlas.

2.2. En el proceso penal adelantado contra el actor, obra como una de las pruebas de cargo el testimonio de Guillermo Pallomari, con respecto al cual fueron desconocidos los principios de la publicidad y la contradicción, esenciales para su validez y, ello no obstante, a su declaración se le dio eficacia probatoria.

Tal testimonio, desde el inicio, desconoció el principio de publicidad y contradicción, como quiera que al decretarlo no se señaló ni la fecha, ni el día, ni la hora, ni el lugar en que sería practicado y para recepcionarlo se delegó a una comisión de fiscales que con ese propósito, viajó a la ciudad de Miami. Como es obvio, ni el procesado ni su defensor tuvieron entonces noticia oportuna sobre cuándo y donde sería practicada la recepción del testimonio así irregularmente decretado, lo que equivale a impedir el ejercicio del derecho de defensa, el cual debe garantizarse a plenitud en cada uno de los momentos del proceso.

Agregase a lo anterior que la Procuraduría General de la Nación, como sujeto procesal, tampoco pudo estar presente en la recepción de ese testimonio, pues, aún cuando un funcionario suyo viajó con ese propósito a la ciudad de Miami según indicación previa, en ella no pudo enterarse del lugar, ni la fecha, ni el día ni la hora en que la declaración testifical sería recibida, por lo que hubo de regresarse inmediatamente al País.

En esas irregulares condiciones, la declaración de Guillermo Pallomari fue recibida por la comisión de fiscales a quien se le había encomendado esa labor, fiscales estos sin identidad pues el proceso fue tramitado cuando existía la denominada “Justicia Regional”, razón esta por la cual la autenticidad del acta de la diligencia así adelantada, fue certificada por un funcionario de la Fiscalía General de la Nación, como superior jerárquico de los comisionados.

Es claro, entonces, que el testimonio a que se ha hecho alusión, por ministerio de la propia Constitución de la República, es nulo de pleno derecho por mandato expreso del artículo 29, inciso final de nuestra Carta Política.

Esa nulidad, en el testimonio a que se ha hecho alusión, **-que es una prueba personal-** impidió no sólo la verificación de la identidad del declarante por el sindicado sino la realización de un contrainterrogatorio en el curso mismo de la declaración, sin que pueda afirmarse conforme a Derecho que el sindicado en el proceso penal a que se refiere la acción de tutela podría haber formulado unas preguntas para entregarlas con antelación a la comisión de fiscales para que ellos las incluyeran en el interrogatorio al declarante, porque eso desvirtúa por completo la naturaleza misma del derecho a contrainterrogar a los testigos de cargo, y contribuiría más bien ese argumento a reforzar la conclusión del quebrantamiento de garantías indispensables en un Estado de Derecho para el procesado.

Tampoco aparece a nuestro juicio argumento convincente desde el punto de vista jurídico que la declaración rendida por Guillermo Pallomari en las condiciones ya señaladas tenga validez y eficacia probatoria por haber sido así recibida en virtud de la asistencia judicial recíprocamente convenida entre ambos Estados en la “Declaración de Intención de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América suscrita en Washington el 25 de febrero de 1991, pues, en ningún caso, en el documento mencionado se afirma siquiera que la cooperación judicial pueda ser realizada con desconocimiento de las garantías fundamentales al debido proceso judicial.

2.3. De igual manera, los suscritos magistrados consideramos que se quebrantó el derecho de contradicción de la prueba del actor en el proceso penal a que se refiere esta acción de tutela, en lo que hace referencia a los documentos contenidos en el llamado “Anexo 21”.

En efecto, obra en autos que a la petición del defensor del procesado para que se practicara un dictamen pericial sobre cuentas corrientes bancarias de las cuales habían sido girados varios cheques con apoyo en los cuales se pretendía demostrar el enriquecimiento ilícito por el que se le sindicaba y que él afirmaba provenían de actividades comerciales y financieras lícitas, se decidió mediante auto de 19 de marzo de 1996 denegar esa petición de pruebas por cuanto se estimó por el juzgador penal en la fase de investigación que el dictamen pericial sobre dichas cuentas bancarias no resultaba idóneo para los fines perseguidos por la defensa. Sin embargo, lo que sí se consideró procedente fue que se allegaran al expediente los extractos y las consignaciones y movimientos en esas cuentas corrientes que fuera posible ubicar y, para ese efecto, se ordenó oficiar a la Dirección Regional de Fiscalías para que se aportaran copias de lo que allí se encontrara en relación con esos documentos; y, además, se ordenó trasladar a este proceso copia de la indagatoria rendida un sindicado diferente en otro proceso.

Tales documentos formaron lo que se conoció en el expediente como “Anexo 21” y con respecto a ellos, a nuestro juicio, se quebrantó también el principio de contradicción de la prueba. En efecto, es un hecho cierto la existencia de una gran cantidad de documentación en el proceso, por lo que por razones de orden fue necesario la apertura de cuadernos anexos. En tal virtud si en una providencia judicial se decide “poner a disposición de las partes la prueba que ha sido trasladada” sin especificar a cuales documentos se refiere el

traslado, o a lo menos con la indicación de en cual de los distintos anexos se encuentra, ese traslado, a lo menos en principio, no cumple con la finalidad que le asigna para la publicidad de la prueba el propio Código de Procedimiento Penal entonces vigente.

No puede ni siquiera pensarse que por tratarse de prueba trasladada es suficiente para la eficacia de la misma que obren las fotocopias de documentos cuyos originales reposan en otro proceso. A este respecto, conviene reiterar que la prueba trasladada requiere también cumplir con los principios de la publicidad y la contradicción. Publicidad que tratándose de la prueba documental, exige que en el proceso inicial se haya cumplido o que, si ello no ocurrió así porque la parte contra quien se opone en el nuevo proceso no actuó en aquel, se cumpla en el segundo para que esos documentos puedan ser aceptados en todo o en parte, o tachados de falsos, o controvertidos con otros documentos, o con testimonios o con otras pruebas.

E igual sucede con el testimonio que se reciba en un proceso anterior si se traslada a un proceso nuevo, pues, si la parte contra quien se opone participó en la práctica del mismo en el primer proceso, se cumplieron ya los principios de la publicidad y la contradicción. En tanto que, si esto no sucedió, entonces para asegurar el cumplimiento de tales principios ese testimonio ha de ser sometido a ratificación, es decir, debe recepcionarse de nuevo para permitir la contrainterrogación al testigo, lo que opera cuando se trata de una indagatoria inicialmente recibida en un proceso y trasladada luego a un segundo proceso como prueba contra un tercero, pues, en ese caso, la declaración del indagado en el primer proceso obra como testimonio respecto de otro.

2.4. Así las cosas, aparece, entonces, que las pruebas a que se refieren los numerales precedentes no cumplieron tampoco con el principio de necesidad de la prueba establecido en el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal anteriormente vigente (Decreto 2700 de 1991), en cuyo artículo 246 se impuso a los funcionarios judiciales como un deber jurídico fundar sus providencias “en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación”, principio que al igual que los de la publicidad y contradicción de la prueba forman parte integrante y esencial del debido proceso judicial.

2.5. No desvirtúa las conclusiones anteriores que en el proceso penal de que se trata se haya impetrado por el actor ponerle fin mediante “sentencia anticipada” para obtener una disminución de la condena, pues el propio artículo 37 del Código de Procedimiento Penal entonces en vigor, con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 81 de 1993, artículo 3º y la Ley 365 de 1997, artículo 11, establece que cuando dicha sentencia se solicita no puede dictarse si hubiere “habido violación de garantías fundamentales”, por la razón elemental de que el debido proceso es de orden público.

Del mismo modo, si bien es verdad que en la sentencia anticipada ella se dicta por aceptación de los hechos y de su imputación jurídica por el sindicado, lo que equivale a una confesión, no menos cierto es que la confesión, en materia penal, sola no es bastante para fundar en ella una decisión condenatoria, sino que se requiere su corroboración por otras pruebas, a diferencia de lo que ocurre en materia civil en la cual la confesión si puede servir como fundamento de la sentencia desfavorable a quien la hace y puede ser infirmada con otras pruebas.

2.6. Siendo ello así, a nuestro juicio, la acción de tutela a que se hace referencia debería haber sido concedida por violación del debido proceso en cuanto hace a la publicidad y la contradicción de las pruebas ya mencionadas, lo que no significa pronunciamiento alguno con respecto a la cuestión penal en discusión, pues, si la tutela hubiese sido concedida al juzgador le correspondería entonces dictar una nueva sentencia con apoyo en las demás

pruebas que obran en el proceso y exclusión de aquellas respecto de las cuales se violaron los principios de la publicidad y la contradicción.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA,

AFREDO BELTRÁN SIERRA

RODRIGO ESCOBAR GIL

Aclaración de voto a la Sentencia SU.1300/01

DOCTRINA CONSTITUCIONAL COMO FUENTE DE DERECHO-Alcance/DOCTRINA PENAL-Prohibición de aplicar retroactivamente la desfavorable (Aclaración de voto)

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

ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULAR-Tipo penal derivado (Aclaración de voto)

La sentencia C-319 de 1996, concluyó que el EIP es “un delito especial y autónomo, como quiera que describe un modelo de comportamiento al que puede adecuarse en forma directa o inmediata la conducta del actor, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal, ni a otro ordenamiento jurídico”. Con el obvio respeto por las decisiones de la Corte, esa conclusión de la sentencia C-319 de 1996 me parece equivocada, por las siguientes dos razones: de un lado, desde el punto de vista de la tipicidad, es evidente que el EIP es un delito derivado, pues la norma exige que el incremento patrimonial sea “derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas” Por consiguiente, si esas actividades delictivas no existieron, no puede haber EIP, pues es imposible que exista un incremento patrimonial “derivado” de una actividad delictiva inexistente. De otro lado, el hecho de que no siempre deba existir sentencia condenatoria por el DF para que pueda haber investigación o condena por el EIP, no significa, en manera alguna, que las decisiones judiciales tomadas en relación con la investigación y sanción del DF no tengan ninguna relevancia para la investigación y sanción del EIP. Es obvio que en determinados casos, el proceso por el DF tiene una incidencia decisiva en el proceso por EIP. Por ende, aunque no siempre puede exigirse una condena previa por el DF para que alguien pueda ser investigado o sancionado por EIP, en determinados casos, el sentido de la decisión judicial por el DF tiene un impacto decisivo sobre el proceso por EIP, y por ello deberían operar algunas reglas procesales que eviten decisiones contradictorias.

DERECHO A CONTRAINTERROGAR TESTIGOS-Doble dimensión/PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS ENTRE ACUSACION Y DEFENSA-Concepto (Aclaración de voto)

Un componente esencial del derecho de defensa y de contradicción de la prueba es la posibilidad que tiene todo procesado de contrainterrogar a los testigos de cargo. Además, conforme a la doctrina internacional sobre el tema, el derecho a contrainterrogar los testigos se encuentra íntimamente ligado al mencionado principio de "igualdad de armas", y por él se entiende que la defensa debe poder contrainterrogar al testigo en igualdad de condiciones que la agencia estatal encargada de sustentar la acusación penal. Así lo ha entendido, en numerosas sentencias, la Corte Europea de Derechos Humanos, cuya doctrina ha sido explícitamente acogida por la Corte Interamericana, y es por ende relevante para interpretar el contenido de los derechos constitucionales, tal y como esta Corte Constitucional lo ha señalado en numerosas ocasiones. El derecho a contrainterrogar los testigos de cargo presenta entonces una doble dimensión: de un lado, tiene un contenido mínimo, que debe ser respetado en todos los casos, y que consiste en que todo acusado debe gozar de una posibilidad adecuada de contrainterrogar al testigo de cargo. Una interpretación sistemática del derecho a controvertir pruebas (CP art. 29), a la luz de los pactos de derechos humanos y de la jurisprudencia internacional sobre la materia (CP art. 93), lleva a la siguiente conclusión: la Constitución confiere a toda persona acusada de un delito el derecho a contrainterrogar los testigos de cargo, en igualdad de condiciones a la parte acusadora. Y este derecho implica la facultad de la defensa no sólo de controvertir la valoración de un testimonio, una vez que éste fue realizado, sino también la posibilidad de participar directamente en la producción del mismo, con las mismas garantías que la parte acusadora, pues sólo así el acusado podrá tener los elementos suficientes para cuestionar la credibilidad y consistencia de esos testigos.

PRUEBA TESTIMONIAL EN EL EXTERIOR-Debe ajustarse a requerimientos constitucionales (Aclaración de voto)

No es de recibo el argumento de la sentencia, según el cual no hubo dicha afectación al derecho de defensa, por cuanto la práctica de esa prueba no sólo se ajustó a los acuerdos de cooperación judicial con los Estados Unidos sino que además su decreto, sin indicar fecha, ni lugar, ni hora, se debió al hecho de que el señor Pallomari era un testigo protegido por ese país. Así, es indudable que Colombia puede realizar intercambios de cooperación judicial, pero igualmente es claro que las pruebas provenientes de dichos intercambios deben ajustarse a los requerimientos constitucionales en materia de debido proceso y principio de contradicción, lo cual no sucedió en el presente caso.

PRINCIPIO DE CONTRADICCION DE LA PRUEBA SUMARIA-Cuando se presenta vulneración de derecho de defensa (Aclaración de voto)

La incorporación en un proceso de una prueba sumaria no representa en sí misma una violación del derecho de defensa. La violación surge si el juez no permite la contradicción de la prueba e intenta fundamentar la culpabilidad del acusado en esa prueba, que no fue controvertida. Sin embargo, si esa prueba sumaria es controvertida ulteriormente, entonces puede servir de base a la correspondiente decisión judicial.

PRINCIPIO DE CONTRADICCION DE LA PRUEBA-Es un derecho del acusado (Aclaración de voto)

La contradicción de la prueba es un derecho, y no un deber, del acusado, quien puede renunciar a controvertir la prueba presentada por la Fiscalía. Pero es obvio que si el acusado no ejerce ese derecho de contradicción, o renuncia a él, no puede luego alegar que fue

condenado con base en una prueba sumaria. En efecto, el principio de contradicción exige únicamente que la persona inculpada de un delito tenga la posibilidad de controvertir la prueba, pero obviamente no exige que efectivamente el acusado ejerza el derecho, pues, se repite, puede renunciar a esa garantía. En tales circunstancias, una prueba que originariamente era sumaria pero frente a la cual el acusado renuncia a su derecho a controvertirla, deja de ser sumaria y adquiere plena eficacia jurídica.

PRINCIPIO DE CONTRADICCION DE LA PRUEBA Y SENTENCIA ANTICIPADA-
Renuncia a controvertir prueba (Aclaración de voto)

Si un acusado (i) sabe que una prueba ha sido incorporada al expediente y (ii) que esa prueba constituye una de las bases de la formulación de los cargos por la Fiscalía, y a pesar de eso, (iii) recurre a una sentencia anticipada y (iv) acepta los cargos formulados, entonces esa persona está renunciando a controvertir esa prueba con el fin de obtener un beneficio punitivo. Mal podría entonces esa misma persona atacar la sentencia anticipada por falta de controversia de una prueba que él mismo aceptó no contradecir.

1- Comparto la parte resolutive de la presente sentencia y la orientación fundamental de la parte motiva. Sin embargo, tengo algunas discrepancias con ciertos aspectos de la argumentación de la sentencia, y por ello, con el debido respeto por las decisiones de la Corte, me veo obligado a aclarar mi voto.

2- La presente tutela planteaba tres problemas diversos: (i) si la condena del actor por enriquecimiento ilícito configuraba o no una violación de los principios de legalidad, no retroactividad y favorabilidad de la ley penal, y si había habido o no violación al debido proceso, y en especial al derecho de contradicción de la prueba, (ii) en el traslado del llamado anexo 21, y (iii) en la práctica del testimonio del señor Pallomari.

En términos generales, estoy de acuerdo con la motivación de la sentencia en relación con los dos primeros problemas. Así, considero que no hubo vulneración del debido proceso en relación con el llamado anexo 21, y en este aspecto comparto plenamente el análisis de la sentencia. Igualmente, según mi parecer, la condena del señor Garavito no implicó una aplicación retroactiva ni desfavorable de la ley penal y por ello, con algunos matices menores, concuerdo con el estudio de la sentencia sobre este punto.

Por el contrario, la forma como fue ordenado y practicado el testimonio del señor Pallomari no permitió una adecuada contradicción de esa prueba, y pudo afectar el derecho de defensa del peticionario. No comparto pues el análisis de la presente sentencia sobre el desarrollo de esa prueba. La finalidad de esta aclaración es entonces presentar algunas observaciones suplementarias sobre el análisis del cargo relativo a la supuesta aplicación retroactiva de la ley penal, que buscan reforzar la argumentación de la sentencia sobre ese punto, y explicar las razones por las cuáles la forma como fue practicado el testimonio de Pallomari impidió un adecuado ejercicio del derecho de contradicción en ese momento procesal. Igualmente señalaré por qué, a pesar de esa afectación del derecho de contradicción de la prueba, la tutela no era procedente, por cuanto el peticionario recurrió a una sentencia anticipada, que implica precisamente una renuncia al derecho a controvertir las pruebas que sirvieron de base a la formulación de cargos por el fiscal.

La doctrina constitucional como fuente de derecho y los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal: la prohibición de la aplicación retroactiva de una doctrina penal desfavorable.

3- Cada vez es más claro que, en ciertos aspectos y en determinados casos, la jurisprudencia, y en especial la doctrina constitucional, son en nuestro ordenamiento fuentes

formales de derecho⁶⁰. Si eso es así, por elementales razones de seguridad jurídica, las reglas jurisprudencialmente construidas deben tener las garantías propias de la ley, esto es, deben respetar los principios de publicidad y de no retroactividad. En materia penal, además, esas reglas jurisprudenciales deben también acatar el principio de favorabilidad (CP art. 29). Por consiguiente, si en un determinado momento existe, con fuerza vinculante, una doctrina constitucional sobre el alcance de un delito, y ésta es modificada por la Corte en una sentencia posterior, esa segunda doctrina constitucional, si es menos favorable a los acusados, no puede ser aplicada retroactivamente. La interpretación contraria permitiría una vulneración del artículo 29 superior, que establece que nadie puede “ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”, y que “la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. En efecto, en la medida en que la doctrina constitucional tiene, en determinados casos, una fuerza general, es asimilable a la ley, y debe respetar estos mandatos constitucionales sobre la prohibición de la aplicación retroactiva de la norma penal desfavorable.

4- El presupuesto teórico del cargo del demandante es entonces acertado: la doctrina constitucional penal desfavorable no puede ser aplicada retroactivamente. Creo entonces que la sentencia debió explícitamente resaltar ese principio. Es cierto que, en el fondo, la presente providencia lo acepta tácitamente, pues precisamente por ello examina el alcance de la doctrina desarrollada por la sentencia C-127 de 1993. Sin embargo, por la importancia de este principio, en términos de garantías penales y procesales, hubiera convenido que la Corte expresamente señalara que no es posible aplicar retroactivamente doctrinas constitucionales desfavorables en materia penal.

El caso del enriquecimiento ilícito de particulares.

5- Conforme a lo anterior, el peticionario tenía razón en que si la sentencia C-127 de 1993 había establecido una doctrina constitucional vinculante, que impedía la investigación y condena de un particular por enriquecimiento ilícito, sin que mediara la condena previa de otra persona por el delito específico del que habría provenido el enriquecimiento (delito fuente), y esa doctrina fue abandonada posteriormente por la sentencia C-319 de 1996, entonces la nueva doctrina sobre el supuesto carácter autónomo de ese delito no podría ser aplicada retroactivamente, por ser menos favorable al particular que es investigado por enriquecimiento ilícito. A pesar de lo anterior, la pretensión del actor no estaba llamada a prosperar, por cuanto se fundamentaba en un supuesto equivocado: no es cierto que la sentencia C-127 de 1993 hubiera establecido, con fuerza vinculante, la doctrina constitucional sobre la imposibilidad de investigar o condenar a alguien por enriquecimiento ilícito de particular (de ahora en adelante EIP), sin que mediara una condena previa por el delito fuente (de ahora en adelante DF). A las consideraciones que hace la presente sentencia sobre el punto, y que comparto plenamente, quisiera agregar tres observaciones suplementarias, que refuerzan la argumentación de la Corte.

6- En primer término, la presente sentencia tiene razón en recordar que entre 1993 y 1996, las decisiones de control constitucional sobre el tipo penal de EIP no fueron únicamente las sentencias C-127 de 1993 y la C-319 de 1996, sino que también hubo otra importante providencia. En efecto, la sentencia C-069 de 1994 estudió la constitucionalidad del artículo 6° de la Ley 40 de 1993, que regulaba el EIP derivado del secuestro, con una redacción prácticamente idéntica a la prevista por el artículo 10 del Decreto 2266 de 1.991, estudiado por la sentencia C-127 de 1993. Lo que quisiera resaltar es que la sentencia C-069 de 1994 declaró la exequibilidad del EIP derivado de secuestro, sin siquiera mencionar

⁶⁰ Sobre la fuerza normativa de la doctrina constitucional, ver, entre otras, las sentencias C-131 de 1993, C-083 de 1995, C-037 de 1996, SU-047 de 1999 y C-836 de 2001.

el tema de la necesidad de que debía existir una condena previa por el DF. En lo fundamental, esa sentencia dijo al respecto:

“El artículo 6o. de la Ley sub examine exige dos condiciones para que se tipifique el hecho punible: en primer lugar, como la materia de la ley se refiere al secuestro, obviamente el incremento patrimonial no justificado debe ser -y se entiende que así es- derivado del delito de secuestro, de manera directa o indirecta. Esa es la intención del legislador, y ese es el sentido sistemático de la ley en estudio.

(....)

*El segundo elemento condicional -señalado expresamente por la norma- es que el **hecho no constituya otro delito**. Lo anterior, porque de llegar a configurarse un delito no relacionado con el de secuestro, se configuraría el concurso material de delitos, se estaría regulando una materia diferente a la que constituye el objeto de la ley en cuestión, de suerte que se vulneraría el artículo 158 de la Carta.*

*Es claro, por tanto, que la norma acusada está contemplando **la sanción a unos efectos patrimoniales** -directos o indirectos- derivados de una causa ilícita específica: el delito de secuestro. La Corte encuentra razonable esta disposición por la coherencia causa-efecto que trae, pues si se considera que la causa es punible, obviamente también lo serán sus efectos patrimoniales propios, sean ellos directos o indirectos.*

*La norma, entendida en su exégesis, no está expresando cosa distinta a la evidencia de que un incremento patrimonial directa o indirectamente, derivado del delito de secuestro, no tiene un principio jurídico de razón suficiente que lo justifique, ya que evidentemente hay una causa ilícita. En otras palabras, nunca puede un efecto de esta índole estar, como diría el ius filósofo Stammler, formalmente justificado, por cuanto no corresponde a la idea de derecho, que para el autor citado es la justicia. La coherencia de la norma es oportuna, por cuanto si los efectos de una causa ilícita son justificados, tal acto, indirectamente, bajo algún aspecto, implica legitimar -por tolerancia- la ilicitud en sí, por cuanto la sanción recaería tan sólo sobre una parte del hecho, cuando se requiere la punibilidad total de una serie de causas y efectos que conforman una **unidad**. Por todo lo anterior, sería un contrasentido penalizar el secuestro y, al mismo tiempo, permitir sus efectos, directos o indirectos”.*

Ahora bien, entre la sentencia C-127 de 1993, y la C-049 de 1994 transcurrió menos de un año. Resulta por lo menos poco creíble que la misma Corte Constitucional, con los mismos integrantes, hubiera considerado necesario, en forma unánime, en la sentencia C-127 de 1993, condicionar la constitucionalidad del EIP, y hubiera exigido la condena penal previa del DF, para luego declarar, nuevamente en forma unánime, la constitucionalidad simple del mismo delito, un año después. Esto refuerza entonces la idea de que el tantas veces mencionado párrafo de la sentencia C-127 de 1993 constituía tan solo un obiter dictum, y no un condicionamiento de la exequibilidad del artículo 10 del Decreto 2266 de 1.991.

7- En segundo término, incluso si admitiéramos, en gracia de discusión, que el párrafo de la sentencia C-127 de 1993 condicionó la exequibilidad del EIP, lo cierto es que de él no se desprende que deba existir una condena previa del DF para que se pudiera investigar o condenar a alguien por EIP. Para mostrar lo anterior, conviene transcribir el citado párrafo, que literalmente dice:

“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”.

Nótese que el párrafo no señala expresamente que deba existir una condena previa del DF, sino que precisa que esa actividad delictiva debe estar *“judicialmente declarada”*. Ahora bien, es razonable suponer que la expresión *“judicialmente declarada”* significa que el DF debe estar judicialmente probado. Sin embargo, la única forma de probar en un proceso la existencia de un delito no es mediante una condena individual. Para entender esto, conviene tener en cuenta que una condena penal implica un doble juicio y una doble prueba: (i) prueba de la existencia del delito y (ii) prueba de la culpabilidad del procesado. Es entonces factible imaginar muchas situaciones en donde es posible demostrar judicialmente la existencia de un hecho punible, pero sin que se pueda probar la responsabilidad penal de nadie.

Una cosa es entonces que judicialmente se pruebe que un hecho punible ha sido cometido y otra que existan pruebas para poder condenar a alguien por haberlo cometido. Y esta distinción es perfectamente razonable, como lo muestra el siguiente ejemplo. Supongamos que varios testigos ven como una persona se acerca a otra y, después de gritarle que por fin la encontró para matarla, la asesina con varios disparos, y luego huye. Supongamos que se inicia la investigación, se hace el levantamiento del cadáver y la autopsia, y se toman las declaraciones de los testigos. La necropsia concluye que la persona murió a consecuencia de disparos efectuados a menos de tres metros, el cadáver existe y los testimonios describen como sucedieron los hechos. ¿No son tales pruebas suficientes para concluir que hubo un homicidio? Sin lugar a dudas, pero tal vez nunca se pueda individualizar a su autor, que huyó. Ahora bien, aun cuando no haya condena, no podríamos concluir que no ha habido prueba judicial de la existencia del homicidio, pues el hecho punible ha sido demostrado. La actividad delictiva puede entonces ser *“judicialmente declarada”*, sin necesidad de que exista una condena penal.

8- Con todo, podría afirmarse que mi interpretación del párrafo es equivocada, pues olvida que la última parte del mismo parece vincular la declaración judicial de las actividades delictivas previas a la existencia de condenas definitivas, fundándose para ello en el artículo 248 de la Constitución, 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. Sin embargo, esa objeción no es válida, por cuanto el artículo 248 superior se refiere a los antecedentes personales, pero no tiene ninguna relación con la prueba de la existencia material de los hechos punibles. Esa disposición no impide entonces que se pueda probar la existencia de un delito, sin que medie condena judicial. Lo que esa norma prohíbe, en desarrollo de la presunción de inocencia, es que pueda señalarse que una persona tiene antecedentes penales si esa persona no ha sido condenada por un delito. Pero ese mandato no tiene ninguna relevancia para efectos de probar la existencia material de un hecho punible, cuando esa prueba de la existencia del hecho punible sea relevante para cualquier efecto judicial. Por ejemplo, supongamos que el Congreso, en desarrollo de los derechos de las víctimas, promulga una ley que señala que quien haya sido víctima de un determinado delito (tortura, secuestro, etc) recibirá del Estado un subsidio, para superar los traumas derivados de esas agresiones. Es obvio que quien quiera beneficiarse de esa ley debe mostrar que fue víctima de uno de esos delitos, y por ende, esas actividades delictivas deben estar *“judicialmente declaradas”*. Sin embargo, sería absurdo invocar el artículo 248 de la Carta para concluir que ninguna víctima puede obtener ese subsidio, si no existe una

condena previa del autor del ilícito, pues en muchos casos dicha condena es imposible, por ejemplo, porque el presunto responsable ya falleció.

Conforme a lo anterior, el mencionado párrafo de la sentencia C-127 de 1993, en caso de que hubiera condicionado la exequibilidad del EIP, únicamente exigía que el DF hubiera sido probado judicialmente, para que pudiera condenarse a un particular por EIP. Ese requerimiento es a toda luz razonable, pues no creo que pueda condenarse a alguien por tener un incremento patrimonial no justificado, *“derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas”*, si no se prueba en el proceso, no sólo la existencia material de esas actividades criminales delictos sino además su vínculo con el incremento patrimonial no justificado. Sin embargo, la prueba del DF no implica obligatoriamente la condena individual de algún responsable, y nada se opone a que la prueba del hecho material de ese DF pueda hacerse durante el propio proceso que se sigue por EIP.

9- La precisión precedente me lleva a una tercera observación sobre el tema, que básicamente de dogmática penal, pero que resulta útil para despejar muchos equívocos relacionados con el debate que ha surgido sobre el carácter derivado o autónomo del EIP.

Según mi parecer, el EIP se asemeja mucho a otros tipos penales contra la administración de justicia y el orden económico, en general conocidos como encubrimiento (favorecimiento personal, real y receptación), y que están en casi todas las legislaciones penales del mundo. Todos estos delitos tienen tres elementos comunes con el EIP: (i) debe haber un DF; (ii) no debe haber habido concierto por quien comete el encubrimiento, receptación o EIP para cometer el DF, pues si lo ha habido, se trataría de una coparticipación a título de coautoría o complicidad en el DF; y (iii) la persona que favorece, recepta, lava o se enriquece ilícitamente, debe saber que la conducta previa era delictiva, y a pesar de eso querer, o al menos aceptar, a sabiendas, encubrir el DF o favorecerse de él (dolo directo o eventual).

10- Una importante consecuencia se desprende de la similitud entre el EIP y estos delitos y es la siguiente: muchas de las conclusiones que la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada han alcanzado respecto a la relación que debe existir entre el delito fuente y el delito derivado, en los casos de receptación, favorecimiento o lavado, son plenamente aplicables al estudio de la relación del EIP con el DF. Me explico: no se trata de decir que todos estos delitos tienen la misma estructura típica, pues presentan importantes diferencias, por lo cual no todo lo que dice, por ejemplo, del favorecimiento, es enteramente aplicable al EIP. Simplemente considero que la relación del EIP con el DF es formalmente idéntica a la relación de la receptación o el encubrimiento con el delito previo, por lo cual, en este aspecto, se justifica tomar en cuenta las conclusiones de la doctrina y la jurisprudencia comparadas.

11- Ahora bien, sin lugar a dudas el EIP, al igual que la receptación o el encubrimiento son, desde el punto de vista de la tipicidad, delitos derivados, pues requieren que haya existido un DF. Sin embargo, este carácter derivado de estos delitos no significa que automáticamente, y en todos los casos, deba juzgarse y condenarse el primer delito para que pueda juzgarse y condenarse el segundo. Gran parte de la confusión en este tema radica entonces en creer que el carácter derivado de un delito, desde el punto de vista de la tipicidad, implica automáticamente una suerte de carácter derivado del procedimiento. Pero ello no es así, como lo ha reconocido de manera bastante uniforme la doctrina y la jurisprudencia comparadas, que han aceptado que puede investigarse y condenarse el delito derivado, sin que siquiera haya habido denuncia por el DF. Así, la doctrina es uniforme en aceptar que puede haber condena por un delito típicamente derivado, como la receptación, sin que haya habido condena por el hurto previo. Por ejemplo, Maggiore, comienza señalando que la receptación es un delito derivado o accesorio, por lo cual si no hay DF no hay receptación. Dice este autor:

"La receptación presupone la existencia de un delito anterior. En efecto, la ley habla de "dinero o cosas procedentes de un delito". En este sentido, puede reconocérsele a la receptación el carácter de delito accesorio (lo cual se discutía durante la vigencia del Código derogado).

Por lo tanto, la receptación es autónoma en cuanto el receptor no concurre en el delito principal; y es accesorio en cuanto no se puede receptar sino lo que proviene de un delito anterior.

El delito tiene que haberse cometido efectivamente; si fuera inexistente y simulado de manera artificiosa (como en el caso de que el oferente de una cosa, para justificar su bajo precio, dijera que es robada), nos hallaríamos ante un delito putativo, y de receptación ya no podría hablarse."

Sin embargo, aclara Maggiore, eso no significa que tenga que haber condena por el delito previo, pues la *"preexistencia no quiere decir que el delito anterior haya sido comprobado judicialmente"* en forma previa, sino que *"basta que al juez que conoce de la receptación le resulte existente."*⁶¹ En el mismo sentido se pronuncia Raineri, para quien para la receptación presupone la existencia del delito previo, pero no obligatoriamente la condena previa pues, según su parecer, es suficiente que el juez *"pueda convencerse de que las cosas receptadas provienen del delito"*, por lo cual *"basta, para que exista receptación, que se tenga prueba de que las cosas receptadas provienen de un hecho anterior delictuoso."*⁶²

Puede entonces haber condena por receptación, sin que haya habido condena por el DF, tesis que es perfectamente aplicable al EIP. En efecto, en muchas ocasiones puede ser imposible que haya condena por el DF, pero eso no significa que la receptación o el EIP dejen de existir.

12- Algunos ejemplos hipotéticos ilustran lo anterior. Aclaro que debido a la similitud entre esos tipos penales, estos ejemplos pueden plantear problemas de adecuación típica, pues pueden ser subsumidos en varios de esos hechos punibles, lo cual lleva a discusiones complejas sobre si se trata de concursos reales o meramente aparentes. Pero este debate no es relevante para nuestro presente análisis.

Supongamos entonces que una persona confiesa la realización de cierta conducta delictiva, y que existen otros elementos probatorios que confirman la veracidad de tal confesión y comprometen a terceros por EIP. Ahora bien, si este sindicado fallece, y con ello se extingue la acción penal y se hace imposible 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? Es indudable que no, pues esa confesión, 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 EIP, 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 EIP. Por ende, si ese material probatorio se ventila y se lleva como elemento de prueba en el caso concreto que se sigue por EIP, es perfectamente 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

⁶¹ Giuseppe Maggiore. **Derecho Penal**. Bogotá: Temis, 1984, Tomo V, p 192.

⁶² Silvio Raineri. **Manual de Derecho Penal**. Bogotá: Temis, 1975, Tomo VI, p 171.

cual deriva el EIP, y operar entonces la correspondiente adecuación típica. No hay pues desconocimiento del principio de legalidad, siempre y cuando se muestre judicialmente la conexión entre la conducta delictiva y el enriquecimiento ilícito, por lo cual no es siempre necesaria la existencia de una condena judicial previa en firme.

Otro ejemplo ilustra lo anterior⁶³. Supongamos que una persona denuncia el robo de su carro. Varios testigos observaron la manera como fue sacado violentamente del vehículo por unos hombres armados. Luego, la Policía, en un allanamiento a un almacén de autopartes, encuentra varios elementos provenientes del carro. El dueño del almacén confiesa entonces que unos días antes, unas personas le vendieron los repuestos a un muy bajo precio, aclarándole que esa “ganga” se debía a que provenían de un auto robado. Sin embargo, nunca se logró identificar a quienes le vendieron los repuestos. ¿Significa lo anterior que no se puede condenar al dueño del almacén por EIP o por receptación? Me parece claro que puede ser condenado, pues están probados todos los elementos del tipo: de un lado, hubo DF, cuya existencia aparece probada judicialmente; de otro lado, el dueño se benefició del mismo; y, finalmente hubo dolo, pues compró los repuestos a sabiendas de que provenían de un robo. Por ende, claramente aparece probada la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad de la conducta del dueño del almacén, quien debe entonces ser condenado por receptación o por EIP.

13- La jurisprudencia comparada también ha concluido que no siempre tiene que existir condena por el DF para que pueda haber condena por el delito derivado. Así, desde inicios de siglo, y en jurisprudencia constante hasta nuestros días, la Corte de Casación Italiana ha aceptado que, en determinados casos, puede haber condena por receptación, sin que haya habido condena por el delito previo. Así, en la casación del 3 de julio de 1933 sostuvo:

*"Para dictar sentencia de condena por receptación, es suficiente comprobar que las cosas receptadas provienen de un delito efectivamente cometido, pero no es preciso que se haya iniciado proceso penal para este delito. Ninguna disposición legal les prohíbe a los jueces condenar por receptación cuando no se ha iniciado proceso penal para el delito principal, pues el carácter accesorio del delito de receptación es exclusivamente inherente a una relación entre delitos, es decir, a una relación de carácter real, no de carácter procesal (subrayas no originales)."*⁶⁴

Ahora bien, lo que sí es obvio, es que la existencia del delito debe estar probada en el proceso por receptación, y que para que haya condena, el actor debe haber sabido "el origen delictuoso de los objetos; y por conocimiento ha de entenderse en este caso, no una vaga noción que oscile entre la sospecha y la certeza, sino la plena certeza del origen impuro de las cosas receptadas"⁶⁵. Toda duda sobre este punto debe ser absuelta en favor del procesado. En síntesis, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italianas, para que pueda ocurrir un delito derivado, como la receptación o el favorecimiento, es necesario que el delito previo preexista materialmente. Pero eso es lo único que se exige, por lo que la doctrina y la jurisprudencia de ese país concluyen que "solamente las causas objetivas de exclusión del delito pueden excluir el favorecimiento, mientras que las causas subjetivas lo

⁶³Es un ejemplo tal vez más propio de receptación que EIP, pero las conclusiones sobre la relación entre delito previo y delito derivado son exactamente las mismas.

⁶⁴Citado por Maggiore. *Loc-cit.*, Tomo V, p 194 y 194. En el mismo sentido Raineri. **Manual de Derecho Penal**, Tomo VI, p 170 y 171. Y sobre la evolución jurisprudencial reciente, que sostiene exactamente la misma tesis, ver Francesco Antolisei. **Manuale di diritto penale**, Milano: Giuffrè Editore, 1992, p 370, quien cita varias casaciones de los años ochenta.

⁶⁵Maggiore, *loc-cit.*

*dejan vigente*⁶⁶ⁿ, conclusión que se considera plenamente aplicable al delito de lavado, que es en ese país, el equivalente funcional del EIP en nuestro ordenamiento.

14- El error conceptual del demandante es entonces creer que por ser el EIP un delito derivado, desde el punto de vista de la tipicidad, entonces existe una suerte de prejudicialidad procesal absoluta, y por ello siempre debe haber condena previa del DF para que pueda condenarse a alguien por EIP. Esa tesis, como he intentado mostrarlo, es irrazonable. Sin embargo, la tesis totalmente opuesta es también equivocada: no debemos concluir que como no es sensato exigir, en todos los casos, la condena previa por el DF, para que pueda condenarse por EIP, entonces el EIP es un delito autónomo, y la condena por el DF no puede ser exigida en ningún caso. Desafortunadamente, esa concepción opuesta fue asumida por la sentencia C-319 de 1996, que concluyó que el EIP es *“un delito especial y autónomo, como quiera que describe un modelo de comportamiento al que puede adecuarse en forma directa o inmediata la conducta del actor, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal, ni a otro ordenamiento jurídico”*. Con el obvio respeto por las decisiones de la Corte, esa conclusión de la sentencia C-319 de 1996 me parece equivocada, por las siguientes dos razones: de un lado, desde el punto de vista de la tipicidad, es evidente que el EIP es un delito derivado, pues la norma exige que el incremento patrimonial sea *“derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas”*. Por consiguiente, si esas actividades delictivas no existieron, no puede haber EIP, pues es imposible que exista un incremento patrimonial *“derivado”* de una actividad delictiva inexistente. De otro lado, el hecho de que no siempre deba existir sentencia condenatoria por el DF para que pueda haber investigación o condena por el EIP, no significa, en manera alguna, que las decisiones judiciales tomadas en relación con la investigación y sanción del DF no tengan ninguna relevancia para la investigación y sanción del EIP. Es obvio que en determinados casos, el proceso por el DF tiene una incidencia decisiva en el proceso por EIP. Por ejemplo, si Juan es acusado de haberse enriquecido ilícitamente del delito cometido por Pedro, y en el juicio penal contra Pedro, queda demostrado que el delito nunca existió, entonces es obvio que esa sentencia debe implicar la absolución de Juan, por cuanto su comportamiento sería atípico.

Por ende, aunque no siempre puede exigirse una condena previa por el DF para que alguien pueda ser investigado o sancionado por EIP, en determinados casos, el sentido de la decisión judicial por el DF tiene un impacto decisivo sobre el proceso por EIP, y por ello deberían operar algunas reglas procesales que eviten decisiones contradictorias, como las que existen en Italia para la investigación de los delitos de receptación y lavado, cuya estructura es muy similar al EIP. Dice al respecto Antolisei:

*“Para iniciar el proceso por receptación (o por lavado), no se requiere que el delito anterior haya sido establecido judicialmente mediante sentencia en firme (según jurisprudencia constante). Por ello, si no se ha iniciado el proceso (en relación con el delito anterior), el juez (que conoce de la receptación) informará al Ministerio Público para que ejercite la acción penal. En cambio, si el proceso ya está en curso, se aplica el artículo 18 del Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente, si no se puede o no se estima oportuno proceder a la acumulación de los dos procesos, el juicio por receptación queda aplazado hasta que no haya sentencia definitiva sobre el otro proceso. En todo caso la condena por receptación no puede tener lugar si primero no se ha reconocido judicialmente como existente, en sus elementos esenciales, el delito precedente, aunque de éste no se haya logrado determinar el autor (...) La receptación puede subsistir incluso si el autor del delito precedente no es condenado por defecto de imputación o por otra causa subjetiva de exclusión de la pena.”*⁶⁷ⁿ

⁶⁶ Maggiore, Loc-cit., p 365.

⁶⁷ Francesco Antolisei. Op-cit., p 370

15- En determinados casos, algunas formas de prejudicialidad y acumulación procesal pueden entonces ser necesarias en la investigación del EIP, a fin de asegurar la coherencia de la actividad judicial. Sin embargo, eso no implica que siempre deba existir condena previa del DF para que alguien pueda ser investigado o sancionado por EIP, por lo que el argumento del peticionario, en este punto, carecía de todo sustento.

La declaración del señor Pallomari, el derecho a contrainterrogar testigos y la igualdad de armas entre acusación y defensa.

16- La sentencia argumenta que la declaración de Pallomari no implicó ninguna violación al derecho de defensa, básicamente por tres razones: de un lado, porque el decreto y la práctica de este testimonio se hicieron conforme a las normas procesales vigentes, y en especial, en desarrollo de acuerdos de cooperación judicial con los Estados Unidos y con base en el artículo 186 del entonces C de PP, que no ordenaba notificar el auto que decreta pruebas durante el sumario. De otro lado, porque la providencia que ordenó el testimonio consignó el cuestionario que debía absolver el testigo y le dio la oportunidad a la defensa de formular nuevas preguntas. Y, finalmente, la sentencia considera que no era grave que ese auto no hubiera señalado con claridad la fecha y hora en que se debía practicar el testimonio, pues el decreto de la prueba era conocido, así como también el cuestionario que debía absolver el testigo. Además, argumenta la Corte, esa omisión es explicable, por cuanto el señor Pallomari se encuentra bajo protección de los Estados Unidos. Por todo ello, la sentencia concluye que en ningún momento el magistrado sustanciador de la Corte Suprema intentó ocultar la práctica de esa prueba, o impedir su contradicción por el sindicado, quien tuvo entonces la posibilidad de controvertirla, pues pudo no sólo conocer el cuestionario que iba a ser absuelto por el testigo sino además formular otras preguntas.

17- No puedo compartir el anterior análisis. Es posible que el decreto y la práctica del testimonio se hubieran adaptado a las disposiciones legales vigentes; y no hay nada en el expediente que siquiera sugiera que el magistrado sustanciador hubiera intentado evitar la contradicción de la prueba. Sin embargo, esos dos puntos, si bien son relevantes, no son decisivos en el presente caso, pues el análisis constitucional en sede de tutela no es un estudio de la legalidad de la actuación cuestionada, ni mucho menos una investigación de la responsabilidad personal de la parte demandada, sino que tiene otra finalidad: examinar si la actuación vulnera o amenaza un derecho fundamental. Es cierto que a veces ese examen constitucional tiene vínculos estrechos con el estudio de la legalidad de la actuación de la autoridad pública y su posible dolo o culpa. Pero se trata de cuestiones diferentes: una autoridad puede no haber incurrido en ninguna responsabilidad y puede haber ajustado su comportamiento a las prescripciones legales; sin embargo, su actuación puede afectar un derecho fundamental. Y eso sucedió en el presente caso, pues la forma como se desarrolló el testimonio del señor Pallomari afectó su contradicción por la defensa. Para mostrar lo anterior, comenzaré por brevemente recordar el alcance del derecho de contradicción en materia de testimonios, para luego estudiar concretamente el decreto y práctica de esa prueba.

18- Según el artículo 29 de la Carta, un componente esencial del debido proceso en materia penal es el derecho del acusado "*a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra*". Esta disposición incorpora entonces el principio de contradicción de las pruebas, que es un elemento esencial no sólo del derecho de defensa sino de la estructura garantista y respetuosa de la dignidad humana, que debe tener el proceso penal en una sociedad democrática. En efecto, esa controversia no sólo permite que el acusado pueda defenderse sino que, además, le confiere plena dignidad, como un sujeto procesal que debe gozar de las mismas garantías que la parte acusadora. Por ello, la contradicción de la prueba ha estado usualmente asociado, tanto a nivel doctrinal como en la jurisprudencia internacional de derechos humanos, al llamado principio de "*igualdad de armas*" entre la acusación y la

defensa, según el cual, el órgano acusador del Estado y el procesado deben contar con las mismas oportunidades de desarrollar la controversia probatoria⁶⁸. Finalmente, la posibilidad de contradecir la prueba racionaliza el proceso, pues la verdad surge de un debate, realizado ante un órgano independiente e imparcial (el tribunal), entre dos sujetos jurídicamente iguales: una parte acusadora, que debe probar la hipótesis de culpabilidad pues tiene la carga de la prueba, y la defensa, que despliega su actividad para refutar las hipótesis de la parte acusadora. Esta Corte Constitucional, en la sentencia T-055 de 1994, explicó la importancia del principio de contradicción de la prueba, en los siguientes términos:

“5- La investigación y el descubrimiento de la verdad suponen la puesta en tela de juicio de los elementos fácticos y normativos que ingresan al proceso y, en consecuencia, presuponen el debate y la confrontación entre las diferentes versiones y partes. El proceso no puede ser concebido como una serie de pasos encaminados a la demostración de una hipótesis planteada por el fiscal o juez. Así se eliminaría su connatural elemento dialéctico, cuya presencia activa en todas sus fases, asegura que la verdad real aflore a partir de la controversia. De acuerdo con la naturaleza bilateral del proceso penal, el imputado debe ser oído y sus argumentos deben ser sopesados con indagaciones y estudio.

6- El principio de contradicción (C.P.P. art. 7) es el fundamento de la realización del principio de defensa (C.P.P. art. 1 inc. 1) y, este a su vez, es condición necesaria para la efectividad del derecho al debido proceso (C.P.P. art. 1). De esta cadena de elementos se desprende el postulado de la imparcialidad del funcionario judicial, que se concreta en la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al sindicado y que se encuentra consagrado en la ley penal (C.P.P. art. 249) y en la Constitución (C.P. art. 250 inc. último)”.

19- Este derecho fundamental a controvertir las pruebas debe ser interpretado de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93), los cuáles se entienden incorporados al bloque de constitucionalidad. Ahora bien, tanto la Convención Interamericana como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos ratificados por Colombia, traen normas muy precisas en materia de testigos. Así, el artículo 8-2 de la Convención Interamericana señala explícitamente que *“toda persona inculpada de delito tiene derecho, en plena igualdad”* a ciertas *“garantías mínimas”*, entre las cuáles está el *“derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”*. Por su parte, el artículo 14-3 del Pacto Internacional señala que toda persona acusada de un delito tiene *“derecho, en plena igualdad”*, a ciertas *“garantías mínimas”*, entre las cuales encontramos la facultad de *“interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”*.

Estas normas señalan entonces que un componente esencial del derecho de defensa y de contradicción de la prueba es la posibilidad que tiene todo procesado de contrainterrogar a los testigos de cargo. Además, conforme a la doctrina internacional sobre el tema, el derecho a contrainterrogar los testigos se encuentra íntimamente ligado al mencionado principio de *“igualdad de armas”*, y por él se entiende que la defensa debe poder contrainterrogar al

⁶⁸ Sobre este principio, a nivel doctrinal, ver Commission Justice Pénale et Droits de l'Homme. *La mise en état des affaires pénales*. Paris. La Documentation Française, 1991. Ver igualmente, Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, pp 612 y ss. A nivel jurisprudencial, ver Corte Europea de Derechos Humanos entre otros, el fallo Ekbatani del 26 de mayo de 1988, par. 30.

testigo en igualdad de condiciones que la agencia estatal encargada de sustentar la acusación penal. Así lo ha entendido, en numerosas sentencias, la Corte Europea de Derechos Humanos⁶⁹, cuya doctrina ha sido explícitamente acogida por la Corte Interamericana⁷⁰, y es por ende relevante para interpretar el contenido de los derechos constitucionales, tal y como esta Corte Constitucional lo ha señalado en numerosas ocasiones.

20- El derecho a contrainterrogar los testigos de cargo presenta entonces una doble dimensión: de un lado, tiene un contenido mínimo, que debe ser respetado en todos los casos, y que consiste en que todo acusado debe gozar de una posibilidad adecuada de contrainterrogar al testigo de cargo. Así, la Corte Europea ha entendido que en principio, esos testimonios debe ser *“producidos frente al acusado en una audiencia pública, a fin de permitir un debate contradictorio”*. Sin embargo, ha considerado que son admisibles los testimonios realizados durante la instrucción, siempre y cuando aseguren el derecho de defensa, por lo cual *“debe acordarse al acusado una ocasión adecuada y suficiente de controvertir el testimonio de cargo y de interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde”*⁷¹.

De otro lado, ese derecho a contrainterrogar los testigos de cargo tiene una dimensión relacional, vinculada a la igualdad entre la acusación y la defensa. Así, en los casos Engel contra Holanda de 1976 y Briemont contra Bélgica, la Corte Europea señaló que la finalidad de esa garantía era conferir una *“completa igualdad de armas”* en materia de testimonios.

Por su parte, la Corte Interamericana, en la sentencia del 30 de mayo de 1999, en el caso Castillo Petruzzi, retomó esos criterios de la Corte Europea, y concluyó que *“dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa”* (Parr 154).

Igualmente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que es el intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señaló que esa disposición sobre el derecho a contrainterrogar testigos *“está concebida para garantizar al acusado las mismas facultades jurídicas para hacer comparecer a los testigos y para examinar y contrainterrogar cualquier testigo disponible a la fiscalía”*⁷².

21- Algunos ejemplos de la aplicación de esa garantía son útiles para comprender su alcance. Así, en el caso Unterpertinger, la Corte Europea estudio la legitimidad de la condena impuesta al peticionario por lesiones personales a su nuera y a su esposa, quienes habían testimoniado ante la policía, pero se negaron a declarar en la audiencia pública, basándose en la posibilidad que les brindaba el estatuto procesal penal. La Corte concluyó

⁶⁹ De la Corte Europea ver, entre otras, el caso Engels y otros contra Países Bajos, sentencia del 8 de junio de 1976; caso Unterpertinger contra Austria, sentencia del 24 de noviembre de 1986, parr 31; el caso Kostovski sentencia del 20 de noviembre de 1989, parr 39; y el caso Delta contra Francia, sentencia del 19 de diciembre de 1990; y el caso Vidal contra Bélgica de 1992.

⁷⁰ La Corte Interamericana, en la sentencia del 30 de mayo de 1999, del caso Castillo Petruzzi, retomó explícitamente los criterios de la Corte Europea.

⁷¹ Caso Kostovski sentencia del 20 de noviembre de 1989, parr 41, criterio reiterado en numerosas sentencias posteriores. Las citas son traducciones del original en francés.

⁷² Comité de Derechos Humanos. Comentario General No 13, Article 14, adoptado en la sesión 21 de 1984, párrafo 12, traducción del original en inglés.

que como el señor Unterpertinger no pudo contrainterrogar a esos testigos, su proceso no fue equitativo y hubo una violación del derecho de defensa.

En el asunto Kotovski, la Corte Europea analizó si en un caso de criminalidad organizada, la condena del peticionario, que se basó en testigos anónimos, que estaban autorizados por la ley holandesa, se ajustaba o no a la Convención. La Corte concluyó que, a pesar de que la defensa pudo interrogar a un policía y a dos jueces de instrucción que habían tomado las declaraciones de los testigos anónimos, sin embargo Holanda había vulnerado el derecho al debido proceso, pues en ningún momento la defensa pudo interrogar directamente a esos testigos, lo cual la privó de elementos básicos para controvertir la credibilidad de esas pruebas.

En el caso Windisch contra Austria, la Corte Europea analizó otra condena fundada en testigos anónimos, y concluyó nuevamente que había habido violación al derecho a un proceso equitativo, a pesar de que esa práctica testimonial se había fundado en normas internas de Austria. En particular, la Corte descartó el argumento del Gobierno, según el cual el señor Windisch tuvo siempre la posibilidad de formular preguntas escritas a los testigos, pues el tribunal consideró que esos mecanismos no tienen la entidad suficiente para “reemplazar el derecho a interrogar personalmente, frente al tribunal, a los testigos de cargo” (Parr 28 de la sentencia).

Por su parte, la Corte Interamericana, en el caso Castillo Petruzzi, tuvo que analizar si se ajustaba al Pacto de San José la condena de cuatro ciudadanos chilenos procesados en el Estado peruano, de conformidad con la legislación antiterrorista, por un tribunal secreto perteneciente a la justicia militar. En particular, la Corte evaluó si desconocía o no el derecho de defensa que, conforme a la legislación peruana vigente, los testimonios hubieran sido tomados sin la presencia de los acusados o sus abogados: La sentencia concluyó que “la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho, reconocido por la Convención, de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos” (Parr 155).

Igualmente, en la sentencia del 18 de agosto de 2000 del caso Cantoral Benavides, la Corte Interamericana estudió si había habido violación al debido proceso porque los miembros de la policía que habían confeccionado el atestado policial que incriminó al peticionario no prestaron declaración en los procesos penales, para lo cual se basaron en los artículos 13.c) y 2.b) de los Decretos Leyes No. 25.475 y No. 25.744, respectivamente, que prohibían la comparecencia como testigos ante el Tribunal de la causa a quienes han intervenido en la elaboración del atestado policial y a los miembros de las fuerzas armadas que han capturado a los inculpados. La Corte Interamericana concluyó que la imposibilidad de recibir y confrontar esos testimonios había implicado una violación al derecho de defensa (Parrs 115 y 126)

Nótese que en todos estos casos, las autoridades nacionales actuaron de conformidad a las disposiciones legales internas. Y sin embargo, en todas ellas, la Corte Europea y la Corte Interamericana concluyeron que los Estados habían desconocido el derecho de defensa, por no permitir una contradicción adecuada e igualitaria del testimonio. Igualmente, nótese que en varios de esos casos, los Estados invocaron situaciones excepcionales y particulares para restringir la controversia probatoria, como la necesidad de proteger la seguridad de los testigos o combatir la criminalidad organizada. Sin embargo, tanto la Corte Europea como la Corte Interamericana negaron esas defensas de los Estados, pues consideraron que esas situaciones no justificaban una restricción tan importante al derecho a contrainterrogar los testigos de cargo.

22- Una interpretación sistemática del derecho a controvertir pruebas (CP art. 29), a la luz de los pactos de derechos humanos y de la jurisprudencia internacional sobre la materia (CP art. 93), lleva a la siguiente conclusión: la Constitución confiere a toda persona acusada de un delito el derecho a contrainterrogar los testigos de cargo, en igualdad de condiciones a la parte acusadora. Y este derecho implica la facultad de la defensa no sólo de controvertir la valoración de un testimonio, una vez que éste fue realizado, sino también la posibilidad de participar directamente en la producción del mismo, con las mismas garantías que la parte acusadora, pues sólo así el acusado podrá tener los elementos suficientes para cuestionar la credibilidad y consistencia de esos testigos. Esta Corte, en la sentencia T-055 de 1994, ya había señalado al respecto:

“De otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por la ley 74 de 1968), consagra en su artículo 14-3-d, el derecho de toda persona acusada de haber cometido un delito, de interrogar o hacer interrogar en el proceso, tanto a los testigos de cargo como a los de descargo y ello en las mismas condiciones. La Convención Interamericana (ratificada por la ley 16 de 1972), establece en su artículo 8-2-f, el derecho del inculcado a obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. Tres posibilidades pueden ser diferenciadas en esta manifestación del derecho de defensa del sindicado, imputado o procesado: 1) la de interrogar a los testigos que intervienen en su contra, 2) la de presentar testigos que declaren a su favor y 3) la de participar, en condiciones de igualdad, en todo el proceso de contradicción y debate que se lleva a cabo con la presentación de testigos”.

23- Los anteriores criterios muestran que la declaración rendida por el señor Pallomari no se ajustó a esos requerimientos constitucionales. En efecto, el auto que decretó la prueba no señaló ni la fecha, ni la hora, ni el lugar en donde sería practicado ese testimonio, a pesar de que se trataba de una diligencia fuera del país, con lo cual prácticamente se negó a la defensa la posibilidad de poder participar en la realización misma de la diligencia. El acusado no tuvo entonces la posibilidad de contrainterrogar personalmente al testigo en esa ocasión. En esas condiciones, si al procesado no se le hubiera permitido una posterior oportunidad para ejercer ese contrainterrogatorio, se le habrían desconocido las garantías mínimas del derecho de defensa previstos por los pactos de derechos humanos ratificados por Colombia.

De otro lado, la declaración del señor Pallomari fue recibida por un grupo de fiscales, comisionados por la Corte Suprema. Ahora bien, en estos procesos, tanto la Corte Suprema, (en caso de que el proceso hubiera seguido tramitado ante ella), como la Fiscalía General, (si cesaba el fuero del acusado, como ocurrió posteriormente), son los órganos del Estado que ejercen la acción penal. Esto significa que mientras la parte acusadora del Estado tuvo la oportunidad de directamente interrogar al testigo y formularle las preguntas que juzgó pertinentes, la defensa no contó en ese momento con la posibilidad de contrainterrogar personalmente a ese testigo. La igualdad de armas entre la acusación y la defensa fue rota en esta diligencia, sin que dicha igualdad fuera restablecida posteriormente, pues el peticionario no pudo ulteriormente contrainterrogar a ese testigo.

24- En tales circunstancias, no es de recibo el argumento de la sentencia, según el cual no hubo dicha afectación al derecho de defensa, por cuanto la práctica de esa prueba no sólo se ajustó a los acuerdos de cooperación judicial con los Estados Unidos sino que además su decreto, sin indicar fecha, ni lugar, ni hora, se debió al hecho de que el señor Pallomari era un testigo protegido por ese país. Así, es indudable que Colombia puede realizar intercambios de cooperación judicial, pero igualmente es claro que las pruebas provenientes de dichos intercambios deben ajustarse a los requerimientos constitucionales en materia de debido proceso y principio de contradicción, lo cual no sucedió en el presente caso.

Vulneración del derecho de contradicción y sentencia anticipada.

25- El análisis precedente ha mostrado que al peticionario le fue afectado su derecho de contradicción durante el decreto y práctica del testimonio del señor Pallomari. A pesar de lo anterior, compartí la parte resolutive de la presente sentencia, que negó la tutela solicitada, por la siguiente razón: el peticionario recurrió a una sentencia anticipada que, según las normas entonces vigentes, supone una rebaja de pena. Al acogerse a este beneficio, el actor no sólo renunció a la contradicción de esas pruebas, sino que además dejó de utilizar los recursos judiciales posteriores que tenía durante el juicio, o durante una eventual apelación, para exigir que se realizara, en debida forma, ese contrainterrogatorio.

26- La sentencia anticipada es un mecanismo de terminación del proceso, en virtud del cual, la ley concede una rebaja de pena al procesado que colabora con la administración de justicia, y acepta los cargos que fueron formulados por el fiscal. Esa aceptación de los cargos, que equivale a una confesión, evita un desgaste de recursos estatales, pues el proceso llega a su fin, antes de agotarse o cumplirse todas las etapas procesales establecidas, lo cual incrementa la eficacia y eficiencia del aparato judicial. Por ello, la ley premia al acusado que acepta ese mecanismo.

27- La sentencia anticipada es entonces una forma del llamado “derecho penal premial”, que ha sido criticado severamente por ciertos doctrinantes, que consideran que es incompatible con el Estado de derecho, pues no sólo distorsiona la igualdad y la transparencia de la administración de justicia sino que además permite presiones indebidas sobre los procesados. Así, Ferrajoli critica los efectos de estas formas de negociación de penas, en los siguientes términos:

“Todo el sistema de garantías queda así desquiciado: el nexo causal y proporcional entre delito y pena, ya que la medida de ésta no dependerá de la gravedad del primero sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación; los principios de igualdad, certeza y legalidad penal, ya que no existe ningún criterio legal que condicione la severidad o la indulgencia del ministerio público y que discipline la partida que ha emprendido con el acusado; la inderogabilidad del juicio, que implica infungibilidad de la jurisdicción y de sus garantías, además de la obligatoriedad de la acción penal y de la indisponibilidad de las situaciones penales, burladas de hecho por el poder del ministerio fiscal de ordenar la libertad del acusado que se declara culpable; la presunción de inocencia y la carga de la prueba a la acusación, negadas sustancial, ya que no formalmente, por la primacía que se atribuye a la confesión interesada y por el papel de corrupción del sospechoso que se encarga a la acusación cuando no a la defensa; el principio de contradicción, que exige el conflicto y la neta separación de funciones entre las partes procesales. Incluso la propia naturaleza del interrogatorio queda pervertida: ya no es medio de instauración del contradictorio a través de la exposición de la defensa y la contestación de la acusación, sino relación de fuerza entre investigador e investigado, en el que el primero no tiene que asumir obligaciones probatorias sino presionar sobre el segundo y recoger sus autoacusaciones.”⁷³

28. Estas críticas al derecho premial y a mecanismos como la sentencia anticipada podrían suscitar dudas sobre su constitucionalidad. Sin embargo, lo cierto es que la sentencia anticipada fue introducida en nuestro ordenamiento y esta Corte ha declarado su exequibilidad en varias oportunidades⁷⁴, por lo que, desde el punto de vista constitucional, el

⁷³ Ver Luigi Ferrajoli. Derecho y razón. Madrid: Trotta, 1995.

⁷⁴ Ver las Sentencias C-277 de 1998, C-425/96 y C-394/93.

debate sobre la legitimidad de la figura ya ha sido resuelto. Mi análisis parte entonces de la idea de que nuestro ordenamiento admite la sentencia anticipada y que el actor se acogió a ella, precisamente para beneficiarse de la rebaja de pena, que le fue efectivamente concedida. En ese orden de ideas, el interrogante que surge es el siguiente: ¿a qué renuncia una persona que se acoge a una sentencia anticipada para obtener la rebaja de pena prevista por la ley? Y la respuesta es clara: el procesado, al acogerse a la sentencia anticipada, acepta los cargos, tal y como fueron formulados por el fiscal, y entonces no sólo desiste de la tramitación total del proceso sino que también renuncia a la contradicción y confrontación de aquellas pruebas que sirvieron de sustento a la presentación de los cargos por el fiscal. En efecto, si con el fin de obtener una reducción punitiva, el acusado acepta los cargos presentados por el fiscal, y que se apoyan en unas pruebas que obran en el expediente, no puede posteriormente controvertir la validez de esas mismas pruebas, ya que incurriría en una clara deslealtad procesal. Por ello, en reiteradas ocasiones, la Corte Suprema y la doctrina han considerado que si una persona recurre a la sentencia anticipada, no puede posteriormente retractarse, y por ello se entiende que “renuncia a refutar la acusación y controvertir la prueba de cargo”⁷⁵. En esas condiciones, como los cargos presentados contra el señor Garavito por la Fiscalía se fundaron, entre otras pruebas, en el testimonio del señor Pallomari, y el señor Garavito los aceptó, entonces se entiende que no sólo renunció a la posibilidad de controvertir el mencionado testimonio.

29- Con todo, podría objetarse que el anterior argumento no es válido, por las siguientes dos razones: (i) porque estaría permitiendo la convalidación de una prueba, que había desconocido el debido proceso, y por ende debía ser considerada nula de pleno derecho, de conformidad con el artículo 29 de la Carta; y (ii) porque olvida que, de conformidad con la legislación entonces vigente (Art 37 del anterior C de PP), el juez sólo podrá dictar la sentencia anticipada, “*siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales*”, por lo que no podía el juez dictar una sentencia en donde había habido una violación al derecho de contradicción de un testimonio.

30- A pesar de su aparente fuerza, esas dos objeciones se fundan en un equívoco conceptual, pues asimilan una prueba sumaria con una prueba nula por haber violado el debido proceso, cuando se trata de cuestiones distintas, como se verá a continuación

Así, una prueba sumaria es aquella que no ha sido controvertida. En virtud del principio de contradicción, y en desarrollo del derecho de defensa, esta prueba sumaria carece en principio de valor procesal. Por consiguiente, salvo las excepciones legales, los funcionarios judiciales no pueden fundar sus decisiones en pruebas sumarias, por cuanto estarían afectando el derecho de defensa, y en especial el derecho de contradicción. Sin embargo, una prueba sumaria no es en sí misma ilegal ni violatoria del debido proceso, por cuanto no ha sido obtenida con desconocimiento de las garantías procesales o vulneración de derechos fundamentales; lo que sucede es que, por regla general, esa prueba no puede servir de sustento a las decisiones judiciales, por no haber sido todavía controvertida. Sin embargo, si posteriormente, durante el proceso, la parte acusada tiene la posibilidad de controvertir adecuadamente esa prueba, entonces ésta deja de ser sumaria, adquiere plena eficacia jurídica, y puede entonces fundamentar una sentencia.

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de agosto de 1998. MP Jorge Aníbal Gómez Gallego. En el mismo sentido, ver las otras sentencias de la Corte Suprema citadas por el fundamento 2.5. de la presente sentencia. A nivel doctrinario, ver, entre otros. Gustavo Gómez Velasco. Leonel Calderón Cadavid. **Código de Procedimiento Penal Comentado**. Bogotá: Gustavo Ibañez, 1998, p 60.

Por el contrario, una prueba nula por violar el debido proceso es aquella que ha sido obtenida ilegalmente, con desconocimiento de derechos fundamentales. Por ello, para desestimular las actuaciones ilegales y violatorias de los derechos fundamentales, la Carta incorpora una cláusula de exclusión: esas pruebas son nulas de pleno derecho. Esto significa que esas pruebas, por haber sido obtenidas mediante la afectación de derechos fundamentales, no podrán posteriormente ser convalidadas y deben ser excluidas del proceso.

31- Un ejemplo banal muestra la clara distinción que existe entre una prueba sumaria y una prueba ilegal y violatoria del debido proceso. Así, supongamos que después de un hurto a una casa, la policía interroga a dos testigos, que declaran haber reconocido a su vecino Pedro Pérez salir de ese lugar, con los objetos robados. Ese testimonio, mientras no sea controvertido por Pedro Pérez, constituye una prueba sumaria y no podría servir, como tal, de base a la condena de Pérez. Sin embargo, si durante el proceso, el acusado Pérez puede contrainterrogar a esos testigos y controvertir sus aseveraciones, entonces la prueba deja de ser sumaria y adquiere plena eficacia jurídica, pudiendo entonces servir de base a la decisión de fondo del asunto.

Supongamos ahora otra situación: una autoridad estatal intercepta ilegalmente unas comunicaciones privadas. Las informaciones obtenidas de esa interceptación son nulas de pleno derecho por haber desconocido el derecho a la intimidad. Esa prueba, como lo ha dicho esta Corte en casos semejantes, *“debe ser excluida del expediente”* ya que *“proceder de otro modo implicaría el fin de las garantías mínimas del debido proceso, la condena de personas con fundamento en testimonios inexistentes o en pruebas obtenidas mediante torturas o allanamientos arbitrarios y, en suma, la disolución del Estado Constitucional en las tinieblas del más cínico eficientismo”* (sentencia T-008 de 1998, fundamento 15).

32- El análisis precedente ha mostrado que la incorporación en un proceso de una prueba sumaria no representa en sí misma una violación del derecho de defensa. La violación surge si el juez no permite la contradicción de la prueba e intenta fundamentar la culpabilidad del acusado en esa prueba, que no fue controvertida. Sin embargo, si esa prueba sumaria es controvertida ulteriormente, entonces puede servir de base a la correspondiente decisión judicial. Precisamente por eso, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado, en jurisprudencia reiterada, que un testimonio que fue obtenido sin la presencia del acusado no es, por ese sólo hecho, nulo. Ese testimonio, ha dicho ese tribunal, puede tener eficacia jurídica si se confiere posteriormente al acusado una ocasión adecuada y suficiente de controvertirlo y de contrainterrogar a su autor⁷⁶.

33- Ahora bien, la contradicción de la prueba es un derecho, y no un deber, del acusado, quien puede renunciar a controvertir la prueba presentada por la Fiscalía. Pero es obvio que si el acusado no ejerce ese derecho de contradicción, o renuncia a él, no puede luego alegar que fue condenado con base en una prueba sumaria. En efecto, el principio de contradicción exige únicamente que la persona inculpada de un delito tenga la posibilidad de controvertir la prueba, pero obviamente no exige que efectivamente el acusado ejerza el derecho, pues, se repite, puede renunciar a esa garantía. En tales circunstancias, una prueba que originariamente era sumaria pero frente a la cual el acusado renuncia a su derecho a controvertirla, deja de ser sumaria y adquiere plena eficacia jurídica. Así, en el ejemplo señalado anteriormente sobre el hurto imputado a Pedro Pérez, es claro que habría una violación del debido proceso si esa persona es condenada sin la posibilidad de controvertir las declaraciones de sus vecinos. Sin embargo, si en el proceso, el juez faculta

⁷⁶ Ver, entre otros, los casos Kostovski, Unterperntinger c. Autriche, Saïdi c. France, y Sadak y otros contra Turquía.

al señor Pérez a contrainterrogar a esos vecinos y él renuncia a esa posibilidad, entonces esas declaraciones dejan de ser sumarias, adquieren eficacia jurídica, y pueden entonces sustentar la condena del procesado.

34- En el presente caso, los cargos presentados contra el señor Garavito por la Fiscalía se fundaron, entre otras pruebas, en el testimonio del señor Pallomari. El acusado recurrió a la sentencia anticipada para obtener una disminución punitiva y aceptó esos cargos, fundados en esas pruebas. Esto tiene una consecuencia inevitable: el señor Garavito renunció a la posibilidad que tenía de contrainterrogar al señor Pallomari. Ese testimonio, que hasta ese momento era, según mi parecer, una prueba sumaria, adquirió entonces plena eficacia jurídica, por la renuncia del acusado a controvertirla, y podía entonces servir de base a la condena. Y por ello considero que el juez podía dictar la sentencia anticipada pues ya no había violación a las garantías fundamentales, puesto que el propio acusado había renunciado a controvertir las pruebas presentadas por la Fiscalía, incluyendo la declaración del señor Pallomari. Una situación muy distinta hubiera ocurrido si el acusado no recurre a la sentencia anticipada, y durante el juicio insiste en contrainterrogar a ese testigo, y esa posibilidad le es negada, puesto que en ese evento es claro que la afectación del derecho a la contradicción de la prueba se hubiera consumado. En esa hipótesis, la condena podría ser atacada por violación del derecho de defensa y del principio de igualdad de armas.

35. Una aclaración es pertinente con el fin de evitar equívocos conceptuales. El análisis precedente no implica que la sentencia anticipada supone una renuncia integral del acusado a atacar esa sentencia por violar el derecho de defensa en general o el derecho contradicción en particular. Según mi parecer es claro que esa sentencia puede ser cuestionada por afectar estos derechos fundamentales. Así, si aparece que una de las pruebas que sustentaron los cargos de la fiscalía es nula, por haber sido obtenida ilegalmente, bien podría el procesado atacar la sentencia anticipada por esa razón. Igualmente sucedería si esa sentencia se basa en una prueba que no aparecía en la formulación de los cargos, pues el acusado no habría renunciado a controvertirla. También podría el procesado atacar la sentencia anticipada, alegando que en una fase procesal no contó con la debida defensa técnica, por ejemplo porque fue indagado sin la presencia de abogado. Es también claro que también puede impugnarse una sentencia anticipada si el acusado muestra que su consentimiento para recurrir a ese mecanismo de terminación del proceso estuvo viciado. Esos hechos, y muchos otros, pueden entonces ser la base de impugnaciones válidas, incluso en sede de tutela, de una sentencia anticipada. Por ello mi conclusión es mucho más puntual y específica: simplemente estoy afirmando que si un acusado (i) sabe que una prueba ha sido incorporada al expediente y (ii) que esa prueba constituye una de las bases de la formulación de los cargos por la Fiscalía, y a pesar de eso, (iii) recurre a una sentencia anticipada y (iv) acepta los cargos formulados, entonces esa persona está renunciando a controvertir esa prueba con el fin de obtener un beneficio punitivo. Mal podría entonces esa misma persona atacar la sentencia anticipada por falta de controversia de una prueba que él mismo aceptó no contradecir.

36- En el presente caso, la defensa del señor Garavito no tuvo, en su momento, la posibilidad de contradecir la declaración del señor Pallomari pues, durante la práctica misma de esa prueba, no pudo contrainterrogar personalmente a ese testigo, en las mismas condiciones que la parte acusadora del Estado. Ese testimonio, hasta ese momento, no se ajustaba a los requerimientos constitucionales que impone el principio de contradicción de la prueba. Sin embargo, el señor Garavito recurrió a una sentencia anticipada, con plena conciencia de que la declaración del señor Pallomari constituía una de las bases de la formulación de los cargos por la Fiscalía. Al recurrir a ese mecanismo de terminación del proceso, el señor Garavito renunció a la controversia de ese testimonio, y esa renuncia dotó de plena eficacia ese testimonio. En tales circunstancias, el peticionario no puede atacar,

por medio de la tutela, la falta de contradicción de una prueba, que él mismo desistió de controvertir, para obtener una reducción de pena.

37- Fuera de lo anterior, que ya era suficiente para que la Corte negara la tutela, conviene también tener en cuenta que, al recurrir a la sentencia anticipada, el peticionario dejó de utilizar los recursos judiciales de que aún disponía durante el juicio y durante una eventual apelación. Ahora bien, la tutela es un mecanismo subsidiario, que sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (CP art. 86). Por ello, como esta Corte lo ha señalado insistentemente, la tutela no procede cuando la persona dejó de utilizar, pudiendo hacerlo, los medios de defensa judicial que le otorgaba el ordenamiento. La tutela era entonces también, por esta razón, improcedente.

38- Conforme a lo anterior, considero que la Corte tuvo razón en negar la tutela solicitado por el actor, y por ello adherí a la parte resolutive, a pesar de no compartir el análisis de la sentencia sobre el alcance del principio de contradicción de los testimonios.

Fecha ut supra,

RODRIGO UPRIMNY YEPES
Magistrado (e)