

4034476

DE  
#0934

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR	
BIBLIOTECA	
BARRANQUILLA	
No INVENTARIO	4034476
PRECIO	
FECHA	25 FEB. 2008
DE	

**ALBA PATRICIA NOYOA TOYAR**

**EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO DEL FUNCIONARIO PUBLICO**  
(Tesis de Grado)

Bogotá, D. E., Colombia  
1986

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO

RECTOR: Dr. FERNANDO HINESTROSA  
SECRETARIO GENERAL: Dr. MANUEL CUBIDES ROMERO



PRESIDENTE DE TESIS: Dr. AUGUSTO LOZANO DELGADO

DIRECTOR DE TESIS: Dr. ALVARO CERON CORAL

EXAMINADORES: Dr. IVAN GONZALEZ AMADO  
Dr. GUILLERMO FERRO TORRES

AL DIOS TODOPODEROSO, MI SEÑOR  
Y SALVADOR, QUIEN CORONA MIS ES-  
FUERZOS Y ME DA NUEVAS FUERZAS.

A NICOLAS, QUIEN AMA, APOYA Y  
ORA POR MI INCONDICIONALMENTE.

A CONNIE EL MAS RECIENTE REGALO  
DE DIOS.

## INDICE GENERAL

	Página
CAPITULO I:	
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA .....	1
1.1. QUE SE ENTIENDE POR ADMINISTRACION PUBLICA? .....	1
1.2. EMPLEADO OFICIAL. DEFINICION Y CLASIFICACION .....	6
1.3. EMPLEADO OFICIAL COMO SUJETO ACTIVO Y PASIVO Y OBJETO MATERIAL DE UN HECHO PUNIBLE .....	14
1.4. HISTORIA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION .....	25
1.5. PRINCIPALES TIPIFICACIONES EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA .....	35
CAPITULO II:	
EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO .....	40
2.1. DESARROLLO SOCIOLOGICO .....	40
2.2. ANTECEDENTES EN NUESTRA LEGISLACION ...	44

CAPITULO III;	
EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO. ANALISIS ESTRUCTURAL .....	60
3.1. TIPICIDAD .....	60
3.1.1. ELEMENTOS DEL TIPO .....	60
3.1.1.1. OBJETO JURIDICO .....	60
3.1.1.2. SUJETO ACTIVO .....	64
3.1.1.3. SUJETO PASIVO .....	68
3.1.1.4. OBJETO MATERIAL .....	69
3.1.1.5. CONDUCTA, VERBO RECTOR .....	73
3.1.2. INGREDIENTES ESPECIALES DEL TIPO .....	77
3.1.2.1. SUBJETIVO .....	77
3.1.2.2. NORMATIVO .....	77
3.1.3. CLASIFICACION DEL TIPO .....	80
3.1.4. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES .....	83
3.1.4.1. TENTATIVA .....	83
3.1.4.2. COPARTICIPACION .....	84
3.1.5. ADECUACION TIPICA .....	87
3.2. ANTIJURIDICIDAD .....	90
3.2.1. ASPECTO POSITIVO .....	90
3.2.2. ASPECTO NEGATIVO .....	92
3.3. CULPABILIDAD .....	99

3.3.1.	ASPECTO POSITIVO .....	99
3.3.2.	ASPECTO NEGATIVO .....	103
3.3.2.1.	CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR .....	104
3.3.2.2.	INSUPERABLE COACCION AJENA .....	105
3.3.1.3.	ERROR SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD .....	106
3.3.2.4.	ERROR SOBRE LA TIPICIDAD .....	106
3.4.	PUNIBILIDAD .....	107
3.4.1.	PENAS PRINCIPALES .....	107
3.4.2.	PENAS ACCESORIAS .....	110

## CAPITULO IV:

EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO. ASPECTO PROBATO- RIO .....	112
4.1. EL TIPO Y LA INVERSION DE LA CARGA PROBATORIA .....	112
4.2. RESERVA DE LAS PRUEBAS .....	117
4.3. LEGITIMARIO DE LA ACCION .....	123
4.4. DIFICULTAD PROBATORIA .....	126

## CAPITULO V:

EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO Y LOS DECRETOS 1853/ 85 Y 56/86 .....	130
---	-----

CAPITULO VI:	
LEGISLACION COMPARADA .....	133
CONCLUSIONES .....	141
BIBLIOGRAFIA .....	146

## CAPITULO I

### DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

#### 1.1. QUE SE ENTIENDE POR ADMINISTRACION PUBLICA?

Cuando la ley penal hace alusión al término "Administración Pública" necesariamente tiene que referirse a la noción que es desarrollada como tal, por el derecho administrativo.

Es pues éste, un concepto de carácter extra-penal aunque de carácter jurídico, que el legislador retoma y subsume de nuevo en la ley penal para llevar a cabo la protección estatal no ya de esa administración en sí misma considerada sino de su expresión cual es: la función administrativa.

El derecho administrativo define la administración pública desde dos puntos de vista: El material o funcional y el orgánico.

Desde el punto de vista material o funcional, la activi-

dad administrativa debe diferenciarse de las otras actividades públicas como son la legislativa y la jurisdiccional.<sup>1</sup>

Se tiene que la función legislativa es normativa, objetiva, general, sin contacto con la aplicación del derecho, la jurisdiccional da leyes de decisión a los casos controvertidos, la administrativa realiza en forma concreta y práctica permanente los cometidos legislados para atender las necesidades públicas. Mientras que la legislativa crea el derecho, la jurisdiccional mantiene el orden jurídico y la administrativa realiza los fines del Estado, de manera concreta. O sea, que la legislativa es creadora y las otras dos realizadoras de esa creación jurídica, aunque de distinta manera o forma.

Sin embargo estas actividades públicas tienen dos caracteres comunes que son:

1. Tienen separación orgánica (los que se dividen son los órganos pero actúan en colaboración funcional).

---

1. RODRIGUEZ, R., Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, 2a. edición. Ed. Temis, 1984, pág. 13-14.

2. Cada órgano o rama tiene una función preferente pero también realiza las otras dos funciones ocasionalmente. También el legislador y los jueces administran, los administradores también realizan eventualmente funciones legislativas y jurisdiccionales, también el legislativo, es a veces juez.<sup>2</sup>

Administrar consiste pues, en tomar las medidas y ejercer las acciones necesarias para manejar en la práctica el Estado y lograr los fines por él perseguidos con fundamento en las reglas generales expedidas por el legislador o en otras palabras: desarrollar una actividad consistente en reglamentar o ejecutar la Ley.

Desde el punto de vista orgánico, la administración pública estaría constituida por el conjunto de personas u órganos del Estado que ejercen de manera principal la actividad o función administrativa.<sup>3</sup>

- 
2. RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Derecho Administrativo Teoría General, Tomo 1, Edición Librería del Profesional, 1981, pág. 24, 69-72.
  3. RODRIGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, Ed. Temis, 1984, pág. 13-14.

Es forzoso decir que se trata de la función administrativa, puesto que como está visto la administración pública también ejerce eventualmente actos en función legislativa y jurisdiccional. Por eso se ha dicho que la administración no es la única tarea del ejecutivo (pues a más de administrar, gobierna) pero sí es exclusivamente la tarea del ejecutivo.

Ahora, frente al derecho penal, estos conceptos funcional y orgánico son solo la base para el desarrollo conceptual de lo que la ley penal ha de considerar como administración pública.

Los dos conceptos anteriores son la consideración restringida de la administración pública ya que se la limita al llamado poder administrador o ejecutivo. Pero considerada de una forma amplia, la administración aparecerá cuando sin importar el órgano que la realiza aparezca un acto que por su naturaleza sea administrativo, es decir un acto de gobierno.

Este acto de gobierno puede aparecer en cualquiera de las esferas del poder público y es en la actividad de los tres poderes donde encontramos el grueso de la administra

ción.

El derecho penal supera el concepto del derecho administrativo, ya que su objetivo no es solo la protección de la regularidad y eficiencia del acto administrativo, sino también la del legislativo y del jurisdiccional. La protección penal se extiende no solo a las funciones administrativas sino sobre las otras funciones del Estado.

Para el Código Penal la administración pública es algo más extenso. Se conforma: Con el gobierno total del Estado integrado por los tres poderes que lo componen: El ejecutivo (la Presidencia y Ministros), legislativo (Congreso) y jurisdiccional (Corte Suprema y Tribunales); con los servicios inherentes a la naturaleza de esos poderes (organismos como la oficina de prensa del Senado, la Contraloría, los Juzgados, las Superintendencias, etc), o con los que el Estado atrae a su esfera por razones prácticas y en orden a finalidades públicas (como cuando crea e interviene en una sociedad de economía mixta) sea que realice esos servicios con organismos específicamente administrativos o por medio de órganos autárquicos que constituya entidades jurídicas con intervención de personas y capitales particulares.<sup>4</sup>

---

4. CREUS, Carlos. Delito contra la Administración Pública. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981, pág. 4

Queda pues entendido que cuando el Código Penal habla de administración pública no se limita solo a la protección de los organismos administrativos de la rama ejecutiva sino a todos los organismos administrativos o no que conforman el poder público, ya que la tutela penal cobija tanto a los actos administrativos como los actos de gobierno, - legislativos y jurisdiccionales.

Un delito contra la administración pública puede ser cometido tanto por el secretario de un Alcalde como por un Senador, al igual que por un Juez de la República, siendo cada uno de ellos representante de una rama diferente del poder público del Estado.

## 1.2. EMPLEADO OFICIAL. DEFINICION Y CLASIFICACION

La figura del empleado oficial apareció cuando el Estado necesitó contratar personas para que ejecutaran las labores adscritas a los servicios que presta.

De esta forma, el Estado llegó a convertirse en un patrono más, que ya no solo es gestor de servicios sino también de negocios, entrando a competir abiertamente con -

los empresarios particulares, en todas las facetas de la actividad económica.

El derecho administrativo, genéricamente divide a los sujetos que prestan servicios al Estado en dos categorías - de personas, los empleados y los funcionarios públicos.

Funcionario Público es el que actúa por delegación del Estado en las relaciones externas de la administración con los administrados expresando ante éstos la voluntad de aquél.

Empleado Público: Es el que prestando servicio a la administración no actúa con dicha delegación y lo hace exclusivamente en las relaciones internas de la misma administración.<sup>5</sup>

En el derecho administrativo colombiano se hace una clasificación más expédita según las diversas vinculaciones con la administración.

---

5. CREUS, Carlos. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, pág. 5.

Vinculación sin carácter de empleado:

- a. Contratistas de la Administración
- b. Miembros de Juntas, Consejos o Comisiones
- c. Auxiliares de la Administración (peritos, jurados de conciencia y jurados de votación, técnicos y obreros, supernumerarios, etc)

Vinculación con carácter de empleado:

En nuestro medio, las personas que prestan servicios al Estado reciben el nombre genérico de Empleados Oficiales. Estos a su vez, se dividen en tres categorías:

- Empleados y/o funcionarios públicos
- Trabajadores oficiales
- Funcionarios de seguridad social

Estos últimos hicieron su aparición en el derecho colombiano recientemente a través del decreto 1651/77. Se considerarán funcionarios de seguridad social los que desempeñen funciones directamente relacionadas con la prestación de los servicios de atención integral de salud, profesionales de la medicina y de la odontología, así como

los que realizan actividades dirigidas a coadyuvar y complementar la prestación integral de los citados servicios tales como: anesthesiólogos, radiólogos, enfermeras, etc.

La ley colombiana establece esta clasificación siguiendo el criterio orgánico (clase de organismo en que se prestan los servicios) para calificar la naturaleza del vínculo.

Con el fin de establecer las excepciones a esa regla general, la ley ha acudido al criterio de la naturaleza de la actividad o función desempeñada.<sup>6</sup>

Frente al derecho laboral colombiano las diferencias que se dan entre estas tres categorías de empleados con las siguientes:

1. Forma de Ingreso:

- El empleado y funcionario público se vinculan a la administración mediante una relación legal y reglamentaria.

---

6. RODRIGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, Ed. Temis, 1984, pág. 13-14.

- El trabajador oficial se vincula por medio de un contrato de trabajo.
- Funcionarios de Seguridad Social: Se vinculan de igual manera que los empleados públicos a través de situación legal y reglamentaria.

## 2. Estabilidad en el empleo:

Empleados y funcionarios públicos: Se rige a través de la carrera administrativa.

Trabajadores oficiales: Gozan de las garantías establecidas en su favor por el Código Sustantivo del Trabajo en lo referente a la duración del contrato, causales de terminación, indemnizaciones, etc.

Funcionarios de Seguridad Social: Gozan de las garantías que les da la carrera administrativa especial para los funcionarios de Seguridad Social.

## 3. Derecho de Asociación:

Los tres pueden asociarse en Sindicatos. La diferencia -

se manifiesta solamente cuando se analizan las facultades otorgadas por la ley a los unos y a los otros.

De este derecho se excluyen los miembros del Ejército Nacional y de los cuerpos o fuerzas de policía, a quienes - por expreso mandato constitucional les está permitida deliberar.

#### 4. Pliego de Peticiones:

- A los sindicatos de empleados públicos: Les está prohibido presentarlos, sólo pueden presentar memoriales - respetuosos que se refieran a cuestiones de interés - común para los afiliados, o reclamaciones relativas - al tratamiento de que haya sido objeto cualquiera de los afiliados en particular, o sugerencias encaminadas a mejorar la organización administrativa o los métodos de trabajo conforme al artículo 414 C.S.T. Los trabajadores oficiales sí pueden presentar pliegos.

Funcionarios de Seguridad Social sí pueden presentar, pero sólo para modificar asignaciones básicas.

## 5. Convención Colectiva:

Trabajadores Oficiales: Sí pueden realizarla con la respectiva empleadora en los términos señalados para los trabajadores del sector privado en el Código Sustantivo del Trabajo.

Funcionarios y Empleados Públicos no pueden realizar convención colectiva.

Funcionarios de Seguridad Social: Tienen derecho a celebrar Convención Colectiva con el Instituto de Seguros Sociales.

## 6. Arbitramento:

Las controversias que se susciten entre los trabajadores oficiales y las respectivas entidades empleadoras con motivo de la prestación de un pliego de peticiones deben someterse siempre a la decisión de un tribunal de arbitramento obligatorio (después de agotadas las etapas de arreglo directo y conciliación).

- Empleados públicos no pueden apelar a ningún recurso.

- Funcionarios de Seguridad Social: En igualdad de condiciones de los trabajadores oficiales.

#### 7. Derecho de Huelga:

Ninguno de los tres tipos de funcionarios pueden hacer declaratorias de huelgas. Las suspensiones colectivas de trabajo siempre son consideradas de carácter ilegal acarreando las consecuencias previamente determinadas por el C.S.T., para estas situaciones.

#### 8. Fuero Sindical:

Los trabajadores oficiales gozan de esa garantía de igual forma que los trabajadores del sector privado.

Los empleados públicos carecen en absoluto de esta garantía.

Los empleados de Seguridad Social en igualdad de condiciones a los trabajadores oficiales.<sup>7</sup>

---

7. CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho Laboral Colombiano. 4a. edición Editorial Temis, Bogotá, 1985, pág. 465-475.

### 1.3. EMPLEADO OFICIAL COMO SUJETO ACTIVO Y PASIVO Y OBJETO MATERIAL DE UN HECHO PUNIBLE

Según la suscita definición dada por el doctor Reyes - Echandía en su tratado de Derecho Penal General, entendemos por Sujeto Activo "el autor de la conducta típica al que también se le llama agente, actor, sujeto agente". Y por Sujeto Pasivo "la persona titular del bien jurídico, que el legislador protege en el respectivo tipo legal y - que resulta afectada por la conducta del sujeto agente".

Frente a los tipos penales objeto de estudio, encontramos dos clases de sujetos activos: Uno que el Código Penal - con un poco de imprecisión ha denominado el "Empleado Oficial" y el otro, sería un sujeto activo indeterminado al que se le señala con las expresiones "El Particular", o "El que".

El sujeto pasivo de los delitos contra la administración pública siempre será el Estado, por ser el titular del - bien jurídico que se protege cual es la administración. - En algunos delitos contra la administración, aunque es el funcionario el que recibe directamente la ofensa como en el caso de los artículos 164 y 165 del Código Penal (Violen

cia contra el empleado oficial y perturbación de actos oficiales); por técnica jurídica el empleado oficial no es considerado como sujeto pasivo, ya que, la violación se hace es en relación con su investidura y no en relación con su persona. En estos casos, el empleado oficial se constituye no en el sujeto pasivo de la conducta (que siempre seguirá siendo el Estado) sino, en el objeto material de la misma.

El empleado oficial será sujeto pasivo de un delito cuando éste se comete no en razón de su investidura sino de su persona, como cuando un sujeto realiza conducta de homicidio o lesiones en la persona de un funcionario. En estos casos el delito no es cometido contra la administración sino contra la vida y la integridad personal del funcionario, pero en razón de la investidura especial del sujeto pasivo, estos delitos se punifican agravados para el sujeto activo en conformidad con el artículo 62 del Código Penal "cuando el delito se cometiere por razón del cargo o del ejercicio de las funciones del empleado". Cuando no es por estas razones, la conducta se tipificará como homicidio simple u otra modalidad pero sin relación con la calidad de empleado oficial.

### 1.3.1. EMPLEADO OFICIAL COMO SUJETO ACTIVO

El título de los delitos contra la administración pública contiene los delitos a los que Carrara llamó "propios - del funcionario", porque sólo él los puede cometer como autor (a excepción de los que cometen los particulares - contra el mismo funcionario).

Estos sujetos activos son cualificados, con cualidad jurídica consistente en la investidura del funcionario y con un grupo de funciones específicamente adscritas a su labor y exigidas por el tipo legal.

En el Código del 36 no se contemplaba una norma especial que definiera quiénes eran los empleados oficiales como sí lo hace el actual Código (decreto 100 del 80) en su artículo 63.

En la legislación del 36 se utilizaban los términos empleado o funcionario público, la persona que desempeña - transitoriamente una función pública y el encargado de un servicio público para señalar a los sujetos que ostentando poder público, atentan o lesionan la administración estatal.

La redacción del anteproyecto de 1974 comenzó a emplear de denominaciones propias del Código Sustantivo del Trabajo y - de las leyes laborales administrativas cuando en su tipología señalaba a los sujetos activos de su título tercero - "Delitos contra la Administración Pública" con frases como ésta: "El funcionario o el empleado público, o el trabajador oficial", los anteproyectos de 1976 y 1978 así como el Nuevo Código Penal (Decreto 100/80) dicen: "El empleado - oficial, con lo cual se entronizó indefectiblemente el uso de valoración de técnica laboral en el lenguaje típico penal.

Esta situación de la incorporación de conceptos laborales y administrativos es tildada de "inaceptable" por Francisco Ferreira en su tratado de los Delitos contra Administración Pública, opinión de la cual difiero ya que considero que el ideal de un sistema jurídico total es que los conceptos que en él se manejen entre una y otra rama del derecho sean los mismos, abogando por la unificación de la interpretación legal; por lo cual, me parece desde todo punto de vista "Aceptable" que el legislador penal haya retomado estos conceptos de nuestro mismo haber laboral y administrativo.

El artículo 63 del Código Penal de 1980 señala: "Para todos los efectos de la ley penal son empleados oficiales - los funcionarios y empleados públicos, los trabajadores

oficiales, los miembros de las corporaciones públicas o de las fuerzas armadas y toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio o estuviere encargado de un servicio público".

Considero que esta clasificación es aceptable en términos generales aún pasando por alto las imprecisiones que el legislador penal comete en relación a la clasificación aceptada por el derecho administrativo colombiano y que ya oportunamente cité, al asimilar como empleado oficial o quienes ejerzan cualquier función pública así sea transitoriamente a los encargados de servicio público, ya que éstos se vinculan a la administración sin carácter de empleados y sólo los que se vinculan como empleados se les denomina empleados oficiales.

En todo caso lo que interesa al derecho penal es que cada uno de estos tipos de personas pueden ser sujetos activos de este título y lo que el Juez deberá establecer será la órbita funcional de cada uno de ellos.

En cuanto al señalamiento de los otros sujetos como empleados oficiales no hay ningún problema ya que sin lugar a dudas ostentan la calidad de tales los que el artículo

63 señala a saber:

- a. Funcionarios y empleados públicos (teniendo en cuenta la distinción hecha por el derecho administrativo y que ya establecí anteriormente).
- b. Trabajadores oficiales
- c. Los miembros de las Corporaciones Públicas (ramas legislativas, ejecutiva y jurisdiccional).
- d. Los miembros de las fuerzas armadas.

En cuanto al artículo 63 se debe señalar que éste contiene una norma genérica en la parte general del Código y - aplicable a cada tipicidad, en donde el sujeto activo está cualificado por la expresión "Empleado Oficial". Pero también debe entenderse que ello no significa que a todo el personal mencionado en el artículo pueda considerársele - sujeto activo de cualquier tipo legal en donde la norma indi que el empleado oficial que, por ejemplo: El abuso de au- toridad que tipifica el artículo 152. El hecho de que la expre sión esté allí usada, no significa que este tipo pueda ser co metido por el que "transitoriamente desempeña funciones públicas"

o por el "Encargado de un servicio público" porque éstas no ostentan autoridad alguna de la cual puedan abusar; - sus abusos se concretan a los tipos en donde cabe su actuación dolosa contra los intereses del Estado, la concusión por ejemplo para el encargado de un servicio público y el cohecho para el que transitoriamente desempeñe funciones públicas.

Cuando un tipo legal dice que el autor es un empleado oficial, la lista de personas asimilables que da el artículo 63 debe aplicarse teniendo en cuenta quiénes de esta lista son verdaderamente posibles autores en cada tipicidad penal. La aplicación global de toda esta enumeración de personas resulta inconsulta y vacua, y hasta peligrosa.<sup>8</sup>

### 1.3.2. EL EMPLEADO OFICIAL COMO OBJETO MATERIAL DE HECHO PUNIBLE

En cuanto a los delitos de un particular contra un funcionario público el derecho romano tiene mucho para referir,

---

8. FERREIRA DELGADO, Francisco. "Delitos contra la Administración Pública", Editorial Temis, Bogotá, 1983, pág. 10.

siendo estos conceptos la base de la regulación moderna

En primer lugar, la ofensa inferida a un Magistrado de la comunidad cualquiera fuera su forma, era considerada no como un delito contra la administración (ese concepto no existió en el derecho romano) sino como una ofensa contra el Estado.

Estas ofensas contra el Estado eran denominadas en el lenguaje jurídico romano como Perduellio y Crimen Maiestatis imminutae (o más abreviadamente Maiestas).

Perduellis o perduellio era "el mal guerrero", como toda guerra sostenida por los romanos era justa, Perduellis era sencillamente el enemigo de la patria. Penalmente significaba el acto de hostilidad a la patria que probablemente al nivel militar equivalía a la desertión.

Maiestas designaba el puesto supremo, el orden superior que los súbditos habían de tratar con respeto y miramientos, no era la fuerza más poderosa sino el objeto de mayor reverencia. Concepto surgido por la posición adquirida por los presidentes de la plebe para equipararlos a los Magistrados. Las violaciones del derecho fundamenu

tal de los plebeyos, las ofensas inferidas al jefe de la plebe no podían ser incluidas en el concepto de Perduzion pero si en el de Maiestas.

Cuando alguien incurría en una ofensa personal contra un Magistrado ésta no daba origen a una acción pública por homicidio o a una acción privada por injuria, sino que - eran consideradas y penadas como delitos contra el Estado.

Dar muerte o intentar dársela a un Magistrado fue considerado como un caso de Perduzion de la peor especie, ya que los funcionarios públicos de la comunidad romana eran invulnerables de derecho (Lege).

Igualmente, por la constitución de la plebe, a los jefes o presidente de ésta se les declaraba inviolables mediante plebiscito y juramento, igualmente inviolables o conforme se decía "sacrosantos".

La acción de Perduillio era una acción penal por delito - de la lesa majestad a la que acompañaba la petición de pena de muerte, pero si esta acción fracasaba podía ser repetida como acción pecuniaria. En la quaestio de lesa

majestad a más de la multa, se aplicaba la pena de extrañamiento (interdicción del techo, el agua y el fuego) de Italia, por toda la vida del reo conminándole a éste con imponerle pena capital en caso de quebrantamiento del destierro. En un principio se le permitió conservar su derecho de ciudadanía y patrimonio pero ya en la época el Emperador Cesar y Augusto esto le fue también quitado.

El delito de lesa majestad (el cometido contra los tribunos) se castigaba con la exclusión del sujeto como ciudadano romano considerándosele como enemigo de Roma de por vida (no purgaba su indignidad).

Otras consecuencias del perdullio eran que a más de la ejecución capital envolvía regularmente la denegación del derecho de ser sepultado, prohibición de llevar luto por el muerto y la confiscación automática de sus bienes a favor del Estado.<sup>9</sup>

Ahora, el ejercer coacción (vis) contra una persona que desempeñara funciones públicas fue castigado como delito de vis pública regulado por la Lex Julia del iudiciorum publicorum.

9. MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano. Editorial Temis, Bogotá, 1976, pág. 341, 367, 373, 374 y 375.

El desacato a un Magistrado en ejercicio de sus funciones se consideraba injuria atroz y era castigado con graves penas, como la *Deportatio in insulman* (el destierro a una isla) para los honestiores y la pena capital para los humiliores.

La usurpación de funciones públicas (pertenecientes al *imperium* o la *potestas*) era castigado por la *Lex Julia de magestate*.<sup>10</sup>

Todo este caudal legislativo del derecho romano dejó como premisa para el derecho moderno el sentido del respeto a la investidura de la que es objeto el funcionario público no por sí mismo sino en razón de su cargo.

Nuestra legislación penal conforma este sentir al considerar al funcionario público como un sujeto activo o como objeto material plenamente determinado cuya investidura en la comisión de un hecho punible es relevante en el momento de la punibilidad.

---

10. MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal, Parte Especial, Vol. III, Ed. Temis, Bogotá, 1972. pág. 130.

Es así como el artículo 62 de la parte general del Código señala una agravación específica cuando el hecho fue cometido contra empleado oficial por razón del ejercicio de sus funciones o de su cargo salvo que tal calidad haya sido prevista como elemento o circunstancia del hecho punible.

De igual manera es causal de agravación, en varias figuras delictivas si la persona responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le de particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza (aseveración que es plenamente aplicable a un funcionario público).

#### 1.4. HISTORIA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION

Como en muchas otras situaciones, cuando hablamos de historia en términos jurídicos necesariamente debemos remontarnos al derecho romano, pues es allí donde no solo encontramos las raíces de nuestro derecho sino también porque es una legislación que goza de nuestro aprecio por haber sido los romanos no solo legisladores civiles como muchos piensan, sino también a nivel administrativo, -

constitucional y por supuesto penal tanto a nivel sustantivo como procedimental, lo que es un gran aporte para nuestra materia objeto de este estudio como son los delitos contra la administración.

Según la concepción romana, no era admisible que nadie recibiera recompensa alguna por cumplir con las altas obligaciones de ciudadano. La gente ordinaria, obligada al servicio de las armas, recibía su soldada, más no así los oficiales; al trabajador manual y al escribiente se le pagaba, no a los gestores de negocios ni a los procuradores. Pero, sobre todo, los miembros del consejo de la comunidad y los funcionarios de ésta prestaban sus servicios gratuitamente. Ya en la época de Catón estas nobles costumbres se habían debilitado entrando por tanto a legislarse para impedir que nadie se enriqueciera escandalosamente con la abogacía o la magistratura.

Las medidas represivas que en los dos últimos siglos de la República se dictaron contra las ganancias que los funcionarios públicos obtenían, no sólo revistieron una significación política intensísima, sino que también influyeron en la transformación del derecho penal en general.

En el año 550-204 se dictó una ley por la que se privaba de validez jurídica a la promesa de donar hecha entre personas que no fuesen parientes, y que si bien consideraba válida en general la donación efectuada por causa onerosa prohibía las que hubieran de hacerse a los procuradores o agentes y concedía, por respecto a estos últimos, la facultad de pedir judicialmente lo donado.

En los tiempos posteriores siguió vigente este derecho, sólo que ya se llegó a reconocer a los abogados la facultad de percibir honorarios tasados por la ley y se les prestó el conveniente auxilio jurídico para cobrarlos.

El empleo de medidas excepcionales frente a abusos de poder por parte de los funcionarios y magistrados romanos, no se hizo muy necesario sino ya en el curso del siglo VI cuando se agregaron a la confederación de ciudades Itálicas los territorios ultramarinos dependientes de ella y se notaron, por consecuencia, los abusos que cometían los intendentes o los jefes de esos territorios, o provincias, abusos inseparables del cargo.

Comenzaron a instaurarse procesos privados ante el Senado que en tiempos posteriores dieron lugar a la conforma

ción de una comisión permanente de jurados presidida por un pretor, la cual fue establecida por un plebiscito que solicitaba ir contra la aceptación de dinero por parte de los magistrados. Tal fue el punto de partida del procedimiento por quaestiones y, por tanto, del procedimiento criminal de los tiempos de la República y de la época del imperio siendo ésta la llamada Lex Calpurnia.

Fue posteriormente con la Ley Acilia que la acción para pedir una indemnización por el doble de lo indebidamente entregado dejó de ser sólo civil para transformarse en una acción de carácter penal. Es decir, constituyó dicha conducta en delito siendo agravado posteriormente por la Lex Servilia con la infamia de quienes fueren hallados culpables y extendió el derecho a pedir la devolución aún contra terceras personas que hubieran recibido los objetos donados.

Fue en tiempos de Sila (años 673-81) cuando surgió la Ley Repetundarum que ya no daba sólo el derecho sino que obligaba a la devolución.

En los tiempos de la República, la única acción que se ejercía contra los funcionarios que cometían cohecho, era en lo esencial la de pedir la devolución de lo entre

gado, esto es la de Repetere, en cambio la legislación imperial, seriamente aplicada hizo que el procedimiento empleado fuera realmente criminal dando lugar más tarde al proceso por concusión.

De la acción repetundis en forma de quaestion no se podía hacer uso sino contra determinadas personas en la época de la República extendiéndose a otras en la época imperial, pero sólo se extendía para personas que fueran realmente funcionarios, salvo, si acaso, contra aquellas que prestasen auxilio a los funcionarios para la comisión del delito de que se trata. A aquellos que se atribuyeren falsamente el ejercicio de un cargo público, o algún otro alto rango de carácter oficial con el fin de cometer exacciones, se les castigaba severamente, pero a duras penas, podía fundarse el castigo en haber sido concusionarios.

Esta dificultad probatoria fue creando las nuevas figuras, todas provenientes de la acción de repetundis:

1. El punto de partida de la acción de repetición era la ilicitud de toda clase de donativos, llegando a considerarse como tales no sólo los actos contractuales de donación, sino también las compras que el Magistrado

hiciera que se consideraban donaciones encubiertas. Por tanto, no podía aceptar donativos, ni realizar contrataciones, ni comprar mientras estuviera en el cargo. No debía recibir regalos de nadie y menos de personas sometidas a su poder. Se exceptuaban:

a. Regalos de comestibles, bebidas y similares hasta un máximo legal de donativos de esta especie anualmente siendo punible traspasar ese máximo.

b. Los donativos honoríficos que no enriquecieran al aceptante.

c. Donativos de familiares aunque no debían ser frecuentes.

2. La extorsión, o sea el acto de obligar a alguno de dar regalos por el miedo a las consecuencias que pudiera producir el no darlos no figuraba como delito en el antiguo Derecho Penal, (por la misma prohibición de hacer donaciones voluntarias lo que lo hacía de muy difícil prueba) sólo se perseguían este tipo de hechos cuando implicaron una deshonra para el Estado. Pero posteriormente, ya reconociendo la realidad del hecho, la extorsión fue considerada delito in

dependiente formándose así el delito de Concussio - (concusión) de intimidación, consistente en constreñir a alguien a dar o prestar algo, abusando al efecto del poder oficial que el opresor tenía en sus manos.

3. Por el mismo motivo de difícil prueba la corrupción o soborno de los empleados públicos no era considerada delito. La aceptación de algún regalo por parte de un funcionario a cambio de realizar o dejar de realizar algún acto propio del cargo, sólo estuvo sancionada en las antiguas leyes en la prohibición general de recibir dineros, y posteriormente se castigó pero de forma leve cuando el sobornador confesaba el hecho pero aún tenía el derecho de que se le devolviera lo entregado a mérito del soborno. (Es el antecedente del moderno Prevaricato que aún se sanciona levemente para el incitador).
4. También caía bajo la Ley Repentundarum, la situación de exigir nuevos tributos que no comprendían los discrecionales del magistrado e impuestos más allá de los consentidos por leyes vigentes. Si se hacían en beneficio del Estado no eran punibles.

Existieron otras prohibiciones que aunque no caían bajo el concepto de Repetundarum sí producían los mismos efectos:

1. Prohibición al Magistrado no sólo de aceptar regalos, sino de realizar operaciones comerciales haciendo uso de su poder dentro del territorio de su mando (negociaciones incompatibles). Esta prohibición se hizo extensiva posteriormente a los subalternos.
2. El hacer préstamos con el dinero público en provecho propio era considerado como hurto de bienes públicos y como tal, entraba en el concepto de peculado.
3. El traspasar un gobernador de provincia los límites de ésta (abuso de competencia).

Resulta, pues de lo dicho, que los legisladores se aprovecharon del sistema Repetundarum para introducir, junto a la prohibición de extorsión y concusión otros muchos y diversos preceptos relativos a los funcionarios provinciales; pero en últimas, el delito Repetundarum como se desprende de su mismo nombre y como lo exige de él una tradición segura, continuó consistiendo en enriquecerse

indebidamente con motivo de sus cargos, las personas que los ejercían oficial o semioficialmente.<sup>11</sup>

Al lado del concepto del Repentundarum de donde vemos se desprenden la mayoría de las tipificaciones de estos delitos, tenemos el denominado Furtum (hurto) de bienes pertenecientes a los dioses (sacrilegium) o al Estado (Peculatus) que a pesar de la diferente denominación - desde un principio se les consideró realmente como formando un solo grupo distinguiéndolos sólo por el uso que de ellos se hacía.

Llamábase Depeculatus o Peculatus Publicus y, por lo general, meramente Peculatus el hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado y se le daba este nombre, porque - antes de que se empezara a hacer uso del dinero, los bienes muebles que ocupaban el primer rango entre los comunes o públicos eran los animales destinados al sacrificio y por eso el hurto de ellos ocupaba el primer lugar entre los de su clase.

En los tiempos históricos el hurto de bienes públicos re

---

11. MOMMSEN, Teodoro. Ob. Cit. pág. 441-449.

vistió las siguientes formas:

- a. Sustracción de metales o de monedas del Erario de la comunidad romana u otra caja pública, o la distracción u ocultación de bienes, casos para los que se aplicaba la acción Pecuniare residuae para que entregase lo que quedara.
- b. Toda defraudación contra la caja pública, aún cuando no consistiese en tomar dinero de ésta sino que se lograra por ejemplo falsificando documentos, era considerada como caso de peculado a menos que pudiera ser calificada de Furtum.
- c. El perdonar deudas sin poder para ello aunque fueran los competentes o cobrarsen por personas incompetentes.
- d. Alterar el valor de la moneda estatal aplicándole una liga diferente a la establecida o acuñar más de la autorizada beneficiando a los que intervenían en la operación.
- e. Alteraciones en los libros contables o hacerlos de-

saparecer. <sup>12</sup>

Concluyendo, el derecho penal romano incubó las figuras del moderno derecho penal en relación con los delitos - contra la Administración Pública, siendo unos desprendimiento de los otros, y no sólo en lo que respecta a esta clase de ilícitos sino como puede aún apreciarse en los casos en que ciertas conductas que fueron consideradas - como peculado han llegado a constituirse hoy como delitos contra la fe pública.

#### 1.5. PRINCIPALES TIPIFICACIONES

Por lo señalado en el punto anterior, podemos deducir - que algunas conductas han sido consideradas punibles des de tiempos ancestrales y otros han surgido con el devenir histórico y social desprendiéndose de las básicas.

Frente a lo estudiado vemos que las figuras básicas de las cuales se desarrollaron posteriormente las demás - son a mi personal apreciación:

---

12. MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano. Ed. Temis, Bogotá, 1976, págs. 471-474.

- a. El peculado (hurto de bienes públicos); actualmente la conducta se ha ido especializando y en relación - con nuestra legislación ampara 6 modalidades las que nos limitaremos a enunciar por no ser objeto del presente estudio; éstas son:
- Peculado por apropiación
  - Peculado por uso
  - Peculado por error ajeno
  - Peculado por aplicación oficial diferente
  - Peculado culposo
  - Peculado por extensión
- b. El delito de concusión que en expresión del maestro Carrara proviene del latín *concutere*, representando la idea de sacudir un árbol para hacer caer sus frutos implicando la figura el ejercicio de la violencia por parte del funcionario para sacar dinero de un particular.
- c. El cohecho en sus dos modalidades propio e impropio consiste en la venta de la función pública.

Se erige para él una pena excepcionalmente benigna

(arresto de 3 meses a dos años) para que el que ofrece rompa la solidaridad que surge de la participación delictual y suministre pruebas contra el funcionario corrompido.

- d. El tráfico de influencias o la denominada venta de humo cuyo origen también procede de la época romana, en donde se castigaba con la pena capital asando vivo al traficante basados en el aforismo "el que vende humo como humo muere".
- e. El prevaricato: Consiste en faltar maliciosamente a los deberes que impone un cargo público o una profesión o como etimológicamente entraña desviarse intencionalmente de la línea recta.

En nuestra legislación ostenta tres formas:

- Prevaricato por acción
- Prevaricato por omisión
- Prevaricato por asesoramiento ilegal.

El art. 561 del C.P.P., hace extensiva esta figura a los jurados de conciencia.

- f. Celebración indebida de contratos: Podría tener su origen en la prohibición al magistrado romano de ejer

cer el comercio en su territorio y usar de su cargo, para obtener ganancias personales.

Considero que los elementos que tipifican estas conductas mantienen el mismo espíritu que guió a los romanos a considerar dichas conductas como ilícitas.

- g. El enriquecimiento ilícito que surge como consecuencia de la imposibilidad de probar cualquiera de las conductas dolosas que el funcionario comete. Se constituye en una necesidad de carácter procedimental.
- h. El abuso de autoridad: Cada conducta contra ley del funcionario público tiene su origen en ese poder que le ha sido dado, de ahí que el abuso sea la base de nuevas incriminaciones que van especializándose día a día desprendiéndose de las básicas.

Nuestro Código contempla al lado del abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto otras 8 infracciones que son expresión de estos abusos.

- i. La usurpación y abuso de funciones públicas es tam-

bién proveniente de la época romana, y

- j. La violencia contra el empleado oficial y la perturbación de los actos oficiales como modalidades de delitos contra los empleados oficiales y de las que ya hablamos haciendo alusión a la regulación romana. <sup>13</sup>

---

13. Nuevo Código Penal. Ed. Oficial, Bogotá, Imprenta Nacional, 1980 (relac. explicat.), pág. 54 a 59.

## CAPITULO II

### EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO

#### 2.1. DESARROLLO SOCIOLOGICO

En el año de 1976 el doctor Federico Estrada Vélez en su calidad de Senador, presentó ante el Senado, el proyecto de Ley No. 17 de 1976 en el que proponía la creación del tipo de enriquecimiento ilícito como tipo penal autónomo. La ponencia de dicho proyecto de Ley estuvo a cargo del doctor Ernesto Vela Angulo quien fue designado como parte de la Comisión Primera Constitucional Permanente.

El doctor Vela Angulo en su ponencia en primer debate presentada en la sesión del 25 de noviembre de 1976, hizo un análisis muy completo y a mi parecer brillante, hablando acerca del desarrollo sociológico de la figura en referencia que nos ocupa.

He considerado válido hacer transcripción de algunos apartes de su discurso en razón de la pertinencia de sus conceptos.

Decía el doctor Vela:

"Este delito no aparecía en el Código Penal ni en los anteriores de 1936, posiblemente por estar basados estos Códigos en el viejo criterio de que el dinero solamente llega a ser ilícito cuando su adquisición fue obra del fraude o de la violencia. No alcanzaban a comprender nuestros legisladores - del año 36 que el aumento de un patrimonio pudiera hacerse con fondos públicos o privados trabajados en forma especial que no constituyendo delito sí - llegaban a producir el sistema de la corrupción administrativa, caracterizado por el uso lícito de - dineros oficiales que al ponerlos al servicio de los particulares, producen ganancias no atribuibles a peculado. Otro tanto puede decirse del sistema de adquirir patrimonio por medios hasta ahora no ilícitos, abusando o simplemente usando del poder, sin llegar a la figura de la extorsión o del chantaje o del cohecho.

Como se trata de una interminable lista de formas secundarias de aprovechamiento de terceros o de - fondos públicos para beneficio personal o familiar la ley acude a un sistema diferente del usado has-

ta ahora.

En las figuras penales se describe la figura por medio de un verbo que tipifica la acción. Es decir, se describe el medio que una persona usa para conseguir un fin. Por ejemplo en el homicidio se dice "el que mate a otro" de donde lo interesante no es la muerte o el cadáver, sino la acción de dar muerte, aunque la muerte no se realice. En cambio, en esta figura propuesta ahora, se deja la acción y se hace hincapié en el fin conseguido; el aumento no justificado del patrimonio. Se llega casi a presumir que todo aumento del patrimonio del empleado o funcionario público es ilícito, ya que depende del empleado o del funcionario demostrar su adquisición lícita. Es la única manera de comprender las múltiples acciones o formas de adquirir patrimonio o de incrementar el ya existente.

No me parece apropiado explicar a los Senadores la necesidad de establecer estas figuras delictivas. Hay un clamor nacional que aspira a moralizar a la administración. Y se entiende por moralizar todo lo que tienda a regularizar la adquisi

ción de dineros por parte de los empleados o funcionarios o de los particulares que estén relacionados con la administración mediante contratos o relaciones contractuales. Al hablar de la moralización de los empleados no nos estamos refiriendo a la forma de vivir, sino a la forma de adquirir dinero; la moral, así, hace referencia a la economía como base de la organización social. Pero esto es intrascendente frente al inmenso problema - que afrontamos de una administración corrompida, que sacia sus apetitos dentro de una burocracia - ávida de dineros, sin ninguna otra finalidad que su enriquecimiento, afán explicable en un sistema donde el único valor apetecible es el de la holgura económica, y donde el dinero es la fuente, origen y causa de todo lo valioso".<sup>14</sup>

Como podemos percibir a través de esta autorizada opinión, la norma en cuestión, viene a llenar un vacío legislativo que se ha hecho evidente con el transcurso de los años, para luchar contra la corrupción de quienes al servicio del Estado, así no pueda probárseles una especí

---

14. ANALES DEL CONGRESO. Año XIX, No. 92, Ponencia para primer debate al proyecto de ley 17 de 1976. Pág. 1466.

fica conducta delictuosa, aparecen sin embargo con un patrimonio notoriamente incrementado durante el ejercicio de su cargo o en los tiempos inmediatamente posteriores.

Desde hace mucho el país reclamaba insistentemente un mayor control para los servicios públicos, la Administración con frecuencia se resiente por una serie de hechos - que la desprestigian y crean el desconcierto social, sin que las sanciones administrativas y disciplinarias sean eficaces para impedirlos y es por eso que la norma que reprime el enriquecimiento ilícito del funcionario público, viene a hacerse cargo de la frecuente situación de servidores públicos que se enriquecen al servicio de la administración, sin que puedan explicar el exagerado y repentino incremento de su patrimonio, habiendo existido entonces la necesidad de una norma que castigara tan vituperable proceder. <sup>15</sup>

## 2.2. ANTECEDENTES EN NUESTRA LEGISLACION

Del enriquecimiento ilícito del funcionario público, sólo se vino a hablar por primera vez en nuestro medio de una

---

15. ANALES DEL CONGRESO, Año XIX No. 82, Proyecto de Ley 79/76, pág. 1300.

forma oficializada en la Comisión Redactora del Código Penal de 1974.

De tiempo atrás, más exactamente durante el gobierno del entonces presidente de la República Misael Pastrana Borrero, siendo Ministro de Justicia el doctor Miguel Escobar Méndez se designó mediante Decreto 416 del 22 de marzo de 1972 una Comisión de Juristas a la cual se le encargó la elaboración de un nuevo articulado del Código Penal con la finalidad de lograr "una actualización de las normas en este campo y su armonización con los estatutos recientemente expedidos en materia procesal, aduanera, contravencional y de policía, a la vez que acoja en lo posible las normas aprobadas en los anteriores Congresos de Jurisconsultos y penalistas de las diversas naciones del hemisferio para la unificación de un Código Penal Tipo Latinoamericano." <sup>16</sup>

Después de 20 meses de trabajos continuos salió a la luz pública lo que se denominó "Anteproyecto de Código Penal Colombiano", contentivo de 3 libros, en donde a través de 453 artículos se trataban sucesivamente, las materias re-

---

16. ESCOBAR MENDEZ, Miguel. Anteproyecto de Código Penal Colombiano. Ministerio de Justicia. Acta No. 71, pág. 9.

lativas a la parte general (teoría del delito, penas y - medidas de seguridad), parte especial (delitos en particular), y finalmente, lo concerniente a las contravenciones.<sup>17</sup>

Allí se reelaboraron las concepciones penales sobre la base de "actualizar las viejas instituciones jurídicas del actual Código Penal, tal como han sido remozadas por la - doctrina contemporánea y plasmadas luego en modernos estatutos de Latinoamérica y Europa y en numerosos proyectos, entre los cuales merece especial mención el del Código Penal Tipo para la América Latina."<sup>18</sup>

Este intento, vale decir el proyecto del año 74, zozobró en sus aspiraciones de convertirse en nueva legislación, como quiera que al solicitarse por el gobierno facultades extraordinarias para su expedición, fueron negadas por la Cámara de Representante, cuya Comisión Primera Constitucional, con ponencia del Congresista Carlos H. Morales se pronunció adversamente a tal iniciativa.<sup>19</sup>

---

17. Anteproyecto. Ob. Cit., págs. 812 a 875

18. Exposición de Motivos. Anteproyecto. Ob. Cit., pág. 787

19. Actas de la Comisión Redactora del Nuevo Código Penal Colombiano, Tomo I, Parte General, Colegio de Abogados Penalistas, pág. XI.

En el Acta No. 82 de la Sesión del 29 de octubre de 1973, se presentó el texto del artículo 171 que decía así: "Enriquecimiento ilícito: El funcionario o empleado público o el trabajador oficial que obtenga para sí o para un tercero incremento patrimonial no justificado durante el - ejercicio de su cargo, incurrirá en prisión de 1 a 8 años y multa de un mil a quinientos mil pesos".

El ponente señaló: "Aunque a primera vista, parece este un delito de difícil prueba, las declaraciones de renta - que el funcionario debe presentar al ingreso el cargo y al salir de él, servirán de prueba documental valiosa respecto de la naturaleza y alcance de su enriquecimiento.<sup>20</sup>

Posteriormente, antes de que el proyecto del año 74 zozobrará, el Senador Federico Estrada Vélez presentó al Congreso en el mes de agosto de 1976 el proyecto de ley No. 17/76, en donde proponía la creación de este tipo penal - tomando como referencia el citado artículo 171 del proyecto del 74.

---

20. Anteproyectos del Código Penal Colombiano. Edición Oficial, Revisada y dirigida por Alfonso Reyes Echandía, Junio de 1974, - pág. 518.

Fue sólo hasta noviembre del mismo año que el proyecto pasó a primer debate, habiéndole correspondido la ponencia al doctor Ernesto Vela Angulo (ponencia de la que ya expusimos algunos aportes) quien señaló que:

"Si bien es cierto que en el proyecto elaborado por una Comisión autorizada por el Congreso desde el año de 1975, se establece una disposición parecida o igual a la que es objeto del presente proyecto, también es verdad, que ese proyecto no vendrá a consideración de las Cámaras sino a fines de 1977 o en la legislatura de 1978, pues el Ministerio de Justicía ha resuelto dar publicidad al proyecto enviándolo por todo el territorio de Colombia, donde jueces y magistrados, profesores y universitarios, para buscar su aquiescencia, repudio o adopción con enmiendas". <sup>21</sup>

En el mismo mes de noviembre de 1976 el Ministro de Justicia de ese entonces el doctor Benjamín López Ramírez, presentó ante el Senado el proyecto de ley No. 79/76 en el que proponía la creación de nuevos tipos penales que -

---

21. Anales del Congreso. Año XIX, No. 92, Ponencia para primer debate al proyecto de ley No. 17 de 1976, pág. 1466.

irían a regalar puniblemente algunos estados de corrupte-  
la administrativa que se venían presentando, tipos que él  
había tomado en su integridad del anteproyecto del Código  
Penal que recientemente había sido entregado al gobierno  
por la Comisión de expertos penalistas que lo elaboró.

Estos tipos penales, eran los relacionados con la celebraci  
ción indebida de contratos, a más del enriquecimiento ill  
cito, en el artículo 7 del proyecto.

Curiosamente, ambos proyectos de ley, el 17 y el 79 de -  
1976, fueron a primer debate en el Senado en el mismo día  
(25 de noviembre de 1976) siendo el ponente del presentado  
por el Ministro de Justicia, el autor del otro, quien  
fuera el doctor Federico Estrada Vélez.

En el año de 1974, como ya lo dije anteriormente, el go-  
bierno solicitó facultades extraordinarias para poner en  
vigencia el proyecto de ley en la Comisión Primera de la  
Cámara, éstas fueron rechazadas pero se aprobó una propo-  
sición por medio de la cual se pidió al gobierno la designa  
ción de una nueva Comisión que revisara el anteproyecto  
del Código Penal. Por medio de los decretos 2447 y 2597  
de 1974 y 111/1976 se creó esa Comisión revisora del Códi

go Penal y del Anteproyecto de 1974. Fruto de esa labor de revisión y análisis fue el proyecto de 1976 pero más tarde la Comisión se reunió nuevamente e introdujo fundamentales modificaciones a su propio trabajo, para concluir con el Anteproyecto de 1978, publicado profusamente con una extensa explicación de su Presidente, el doctor Giraldo Marín, desventuradamente sin actas, porque según se lee en esta exposición: "El Ministerio de Justicia, con muy buen criterio, pretendió que todas las intervenciones de los comisionados fueran grabadas en cinta magnetofónica. Con tal propósito se entregaron a dos empleados que estaban asignados a la Secretaría de la Comisión, los equipos mecánicos correspondientes. Al poco tiempo de iniciadas las reuniones, los aparatos comenzaron a fallar por diversos motivos. En unas ocasiones las grabaciones quedaban hechas a tramos inconexos; en otras en un tono tan bajo que era casi imposible escuchar, y, en fin, a veces los implementos no funcionaban. Además no fueron reducidos los casos en que las cintas, en realidad no sirvieron" (Proyecto de Código Penal Colombiano, Ministerio de Justicia, Bogotá, 1978, pág. 111).

Ciertamente la falta de actas constituye un verdadero inconveniente para la interpretación del contenido y alcan-

ce del Anteproyecto, a pesar de que las actas del proyecto de 1974 suplen en parte por lo menos esta deficiencia.

Este segundo Anteproyecto fue presentado al Senado de la República por el Ministro Cesar Gómez Estrada. Tramitado rápidamente, se expidió la ley 5a. de 1978, que otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias, por el término de un año, "para expedir y poner en vigencia un nuevo Código Penal, sobre las bases, principios y lineamientos generales del proyecto presentado por el gobierno al Senado de la República el 3 de agosto de 1978, y el Anteproyecto publicado en 1974 por el Ministerio de Justicia, que para los efectos de esta ley formara parte del expediente".

Esta Comisión revisó cuidadosamente los dos Anteproyectos anteriores comparándolos con las normas del Código Vigente y finalmente, con patriótica satisfacción, concluida su labor, entregó al señor Presidente de la República el Proyecto final para Colombia, con todas las actas y los documentos complementarios. <sup>22</sup>

---

22. Nuevo Código Penal. Edición Oficial. Bogotá, Imprenta Nacional, 1980 (relación explicativa), págs. 15 a 17.

La Comisión Redactora de 1979 que trabajó por mandato de la ley 5/78 desarrolló su fructífera labor en la convivencia de que cada artículo del proyecto merecía una concienzuda meditación. Fue así como, en la sesión del 17 de mayo de 1979 que quedó consignada en el acta No. 18, apreciamos el estudio que los comisionados hicieron allí, norma a la que se le denominó "enriquecimiento ilícito".

Por la problemática que se presentó con las actas de la Comisión del 78, fue el doctor Giraldo Marín en su calidad de Presidente de dicha Comisión a quien le tocó hacer la exposición explicativa del proyecto final, haciendo uso de las actas del 74 y de sus propias y extensas exposiciones del segundo anteproyecto.

El doctor Giraldo Marín comenzó su intervención haciendo alusión a lo acaecido con este tipo penal en la ley Argentina (de donde se tomó, esta figura como ejemplo), con la elaboración del proyecto del profesor Sebastián Soler, explicó algunos aspectos sobre el tipo argentino y luego procedió a realizar un parangón entre los artículos 171 y 183 de los anteproyectos del 74 y el del 78 respectivamente, para establecer las diferencias que entre uno y otro se hicieron.

Para poder apreciar las diferencias que se presentaron entre estos dos artículos considero transcribirlos aquí, para luego hacer referencia al parangón que el doctor Giraldo Marín realizó. El artículo 171 del proyecto del 74 decía así:

"Enriquecimiento ilícito: El funcionario o empleado público o el trabajador oficial que obtenga para sí o para un tercero incremento patrimonial no justificado durante el ejercicio de su cargo, incurrirá en prisión de 1 a 8 años y multa de un mil a quinientos mil pesos".

El artículo 183 del proyecto del 78 decía así:

"El empleado oficial que durante el ejercicio de su cargo o en los dos años siguientes a la dejación del mismo obtenga para sí o para un tercero, dinero o cualquiera derivada del mismo, y siempre que éste hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de 1 a 8 años y multa de veinte mil a dos millones de pesos.

Se presume que se encuentra en el caso previsto en el in-

ciso anterior, el empleado que durante el ejercicio de su cargo, o dentro de los dos años siguientes a la dejación del mismo, obtuviere para sí o para un tercero, incremento patrimonial no justificado, o hiciere gastos que no guarden proporción con sus ingresos lícitos.

Para los efectos previstos en este artículo, la Procuraduría o el funcionario de Instrucción podrán investigar el patrimonio de terceros que considere enriquecidos por el empleado o el de aquellos con quienes pretenda éste ocultar el delito.

La acción penal sólo podrá iniciarse a petición de la Procuraduría General de la Nación".<sup>23</sup>

Volviendo a la exposición del doctor Giraldo Marín, según podemos leer en las actas de la Comisión, dijo lo siguiente al comparar los dos artículos:

"El artículo 183 del proyecto del 78 se distancia del artículo 171 del proyecto del 74, en lo siguiente:

---

23. Actas del Nuevo Código Penal Colombiano. Tomo II, Luis Carlos Giraldo Marín, 1980, págs. 204-205.

- a. El enriquecimiento indebido puede presentarse aún dos años después de haber dejado el ejercicio del cargo;
- b. El artículo 183 del proyecto del 78 advierte que "siempre que el hecho no constituya otro delito", lo que no sucede en el de 1974. La riqueza, en verdad, puede haberse originado en quiebra fraudulenta, peculado, tráfico de influencias, sobornos, etc.;
- c. El artículo 183 comprende también la hipótesis - del empleado oficial que lleva una vida ostentosa, de gastos suntuarios, o de todas maneras de un nivel superior a sus entradas regulares legítimas, Esta situación tampoco se previó en el proyecto de 1974.
- d. El artículo 183 hace consistir la conducta en que el empleado oficial "obtenga para sí o para un tercero, dinero o cualquiera otra utilidad indebida, por razón de su cargo o de la influencia derivada del mismo..."; en tanto que el artículo 171 del proyecto del 74 alude al "funcionario o empleado público o el trabajador oficial que obtenga para sí o para un tercero incremento patrimonial no justificado durante el ejer

cicio de su cargo". Es decir, no se requiere que el ejercicio haya influido para nada. Basta que sea durante el tiempo que ocupó el cargo, lo que resulta excesivo. Si un Cónsul de Colombia en Europa tiene en Bogotá un establecimiento de usura, que manejan empleados eficientes, y por tal razón logra un notable aumento de su patrimonio, en forma general es un enriquecimiento ilícito, pero no es la conducta que se trata de reprimir con la norma que reclama la opinión pública.

Es decir, el art 183 alude a "por razón de su cargo o de la influencia derivada del mismo", y el 171, a "incremento patrimonial no justificado durante el ejercicio del cargo", lo que es muy diferente a lo anterior.

e. El artículo 183 dispone que "se presume que se encuentra en el caso previsto en el inciso anterior, el empleado oficial que... no justificado.

f. El artículo 183 del proyecto del 78 permite investigar el patrimonio de terceros, vinculados al enriquecimiento indelictuoso, por la Procuraduría o por el funcionario instructor,

g. Por último, la acción penal sólo podrá iniciarse a petición de la Procuraduría General de la Nación. - Esto, con el fin de que la investigación del delito - que se cometa no se convierta en un instrumento de persecución política, o de cualquiera otra índole, o en arma innoble para ejercitar venganzas".

El doctor Estrada Vélez, después de finalizada la exposición del doctor Giraldo Marín procedió a relatar en el seno de la Comisión su intento fallido en relación con este artículo cuando presentó su proyecto de ley No. 17 de 1976 igual que el presentado por el doctor Benjamín López Ramírez (Proyecto de Ley 19/76) a los cuales ya hicimos referencia.

Señaló que lamentablemente ninguno de los proyectos hizo tránsito y, por consiguiente, esa Comisión tenía la responsabilidad de decidir y aprobar un texto. Opinó que ese texto debería ser más claro que el del proyecto final o el del proyecto definitivo y mostró su desacuerdo con algunas presunciones establecidas por el texto del proyecto final, y con los dos últimos incisos del mismo, proponiendo como texto final el siguiente:

"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.

Las pruebas aducidas para justificar el incremento patrimonial no justificado, son reservadas y no podrán utilizarse para ningún otro efecto".

El doctor Gutiérrez Anzola mostró su conformidad y señaló que en efecto, el texto del artículo 183 del proyecto final era muy extenso, confuso y no fijaba la calidad de tipo subordinado.

El doctor Giraldo Marín intervino nuevamente expresando - su conformidad con la fórmula presentada aunque añadiendo su deseo de conservar el conocimiento del Procurador, al

igual que el tiempo límite para iniciar la acción.

Los doctores Estrada Vélez y Rosas Benavides disintieron con las peticiones del doctor Giraldo en relación con el término, en consideración de que esto le daría la oportunidad al funcionario corrupto de esconder dicho incremento por dos años y después sacarlo a la luz. Y en cuanto a que la acción sólo debería poder ejercerla el Procurador, el doctor Rosas sostuvo que no era necesario porque cualquiera podría observar con mayor facilidad si el incremento era justificado o no.

Finalmente el doctor Estrada puso en consideración la fórmula propuesta siendo ésta aprobada con el voto negativo del doctor Giraldo Marín. En consecuencia se dió lectura al nuevo título y artículo aprobado, naciendo así a la vida pública el texto del artículo 148 del decreto 100 de 1980, como hoy lo conocemos. <sup>24</sup>

---

24. Actas de la Comisión Redactora del Nuevo Código Penal Colombiano. Tomo I, Parte General, Colegio de Abogados Penalistas, 1982, págs. 158-161.

## CAPITULO III

### EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO, ANALISIS ESTRUCTURAL

#### 3,1 TIPICIDAD

##### 3.1,1 ELEMENTOS DEL TIPO

##### 3,1,1,1 OBJETO JURIDICO

Entiéndese por objeto jurídico, el interés que el Estado busca proteger a través de los diversos tipos penales y que resulta vulnerado por la conducta del agente cuando ella se acomoda a la descripción hecha por el legislador. Los diversos intereses jurídicos que resultan conculcados por la conducta típica, pueden aglutinarse, teniendo en cuenta su titular, en bienes jurídicos pertenecientes a la PERSONA individualmente considerada, a la SOCIEDAD y al ESTADO.

En la última hipótesis, el objeto jurídico se vincula a la persona misma del Estado como ente con personería ju-

rídica propia; así sucede en los delitos que vulneran su existencia y seguridad, o su régimen jurídico, lo mismo que en aquellos que atentan contra la administración pública o la administración de justicia.<sup>25</sup>

Tenemos que, en el enriquecimiento ilícito, el objeto jurídico que se intenta proteger, es precisamente la administración pública como objeto perteneciente al Estado.

El término Administración Pública para identificar el objeto jurídico en nuestro medio data tan sólo desde 1936. En anteriores codificaciones y proyectos se utilizaron los términos de COSA PUBLICA y HACIENDA PUBLICA que tenían un carácter reductor de la administración a uno de sus aspectos. Esta nueva identificación y por tanto titulación se tomó, como aparece en actas, de la legislación italiana. La doctrina italiana mayoritariamente, señala como bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública, el regular desenvolvimiento de las funciones públicas estatales, esto es, que el Estado pueda desarrollar sin alteraciones sus actividades legisladoras, juzgadoras y administrativas; y así poder alcanzar sin

---

25. REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. Parte General. Universidad Externado de Colombia. 8a. edición, Bogotá, 1981, pp. 155 y 156.

perturbaciones los fines que tiene señalados. Al lado de éste bien jurídico también se dice que los mismos delitos protegen otros valores más particulares cual es el prestigio, el decoro, el deber de fidelidad, deber del cargo, disciplina, etc. Estos valores son consecuencias de este bien jurídico ya que se parte del supuesto de que el Estado merece protección penal no solo como institución, sino como una persona actuante, se estima necesario primeramente, proteger tal actividad; esta actividad (funciones) son desempeñadas por determinadas personas físicas; fundamentalmente los funcionarios públicos y en via de extensión otras personas (encargadas de servicios públicos y los que ejercen los servicios de necesidad pública). Estas personas al no realizar correctamente las funciones que el Estado les encomendó, conculcan efectivamente el bien jurídico genéricamente señalado; Alteran el normal desenvolvimiento de las actividades del Estado pero además, no actúan como deben, atendiendo a la relación jurídica que les une con el aparato burocrático del Estado, esto es, violan su deber funcional y presentan una imagen de la administración distorsionada respecto a la pretendida por el Estado, es decir, atentan a la estimación, el prestigio, el decoro, con que tal

actividad debe manifestarse.<sup>26</sup>

En el enriquecimiento ilícito, al igual que en todos los delitos contra la administración pública, el legislador pretendió amparar debidamente el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado. Se entiende así a la Administración Pública en su sentido funcional de la que surge el interés obvio de que los empleados oficiales encargados del ejercicio de esa función específicamente, guarden fidelidad, disciplina, honestidad y en fin que no abusen del cargo ni de la actividad concreta.<sup>27</sup>

El Dr. GOMEZ MENDEZ en su exposición acerca de los delitos contra la Administración dice: "La Administración entendida en el amplio sentido antes mencionado, resulta protegida en el título desde diversos puntos de vista. Podríamos ensayar una clasificación de los delitos a partir del aspecto concreto de la administración que resulta lesionado o puesto en peligro con la conducta del autor".

- 
26. CANCINO MORENO, Antonio J. El delito de Concusión en el nuevo Código Penal Colombiano. Ed. Librería del Profesional. 1ª edición, 1982. pág. 28.
27. CANCINO MORENO, Antonio J. El delito de Concusión... Ob, cit. Pág. 29

Estos aspectos son; Los bienes, la función pública propiamente dicha, los agentes, la administración pública lesionada por los particulares; el enriquecimiento ilícito se ubica como una conducta que vulnera específicamente la función pública propiamente dicha. Pero esta función pública a su vez puede ser vulnerada en su honestidad, eficiencia y legalidad. El enriquecimiento ilícito es un comportamiento que afecta la función pública en lo referente a la honestidad.<sup>28</sup>

#### 3.1.1.2 SUJETO ACTIVO

El sujeto activo, como en la mayoría de los delitos contra la Administración Pública es el empleado oficial. Este es un sujeto activo cualificado por cuanto se trata de un delito propio o especial en los cuales solamente pueden ser autores principales de los mismos un número determinado de individuos. El legislador colombiano empleo un criterio de selección absolutamente jurídico en grado tal que el sujeto activo tiene que serlo la persona que tenga la categoría de empleado oficial en el sentido estricto

---

28. GOMEZ MENDEZ, Alfonso y OTROS. Derecho Penal Especial. Universidad Externado de Colombia, 1985. pp. 20-21.

to que le da para los efectos penales el art. 63 del Nuevo Código Penal. Este artículo desarrolla adecuadamente las referencias normativas para que se pueda cumplir con la finalidad garantizadora y con el cumplimiento estricto del principio de certeza que consagra la teoría de la tipicidad y soluciona la mayoría de las dificultades que presentaba el derogado estatuto como por ejemplo en el caso de la impunidad que se presentaba en relación con los miembros de las corporaciones públicas, esta tiende a desaparecer al menos por este aspecto por cuanto se consideran, para efectos penales empleados oficiales.

En el enriquecimiento ilícito, el sujeto activo puede predicarse tanto de los empleados oficiales como de los miembros de las corporaciones públicas, y de las Fuerzas Armadas y de toda otra persona que ejerza cualquier función pública así sea de modo transitorio (jurados, arbitros, peritos, etc) o la persona que estuviere encargada de un servicio público refiriendose en forma exclusiva y excluyente a los servicios públicos pertenecientes al Estado y no a los que rigen y funcionan conforme al derecho privado. La nota característica que fundamenta la cualificación es la participación del sujeto activo en la función

pública oficial que es una de las formas de manifestación de la autoridad del Estado.<sup>29</sup>

Frente a los llamados funcionarios de hecho puede considerarse como sujeto activo de enriquecimiento ilícito. Se trata de los eventos en los que personas sin título o con uno irregular ejercen funciones públicas como si fueran verdaderos funcionarios. Desde el ángulo administrativo, la existencia del funcionario o empleado de hecho tiene como objeto principal el poder decidir sobre la validez de sus diversas actuaciones y, por lo general, se les asigna cierto valor, en relación con terceros - afectados por aquellos.

Diversa en la posición de quien, con inexistencia absoluta de título y usurpando un derecho; asume la función. En tal caso, no nos encontramos frente a un empleado oficial, ni siquiera de hecho, sino que estamos en presencia de un claro 'usurpador' y no podría ser responsabilizado por delitos que exigen una calidad o condición - que nunca han tenido. Podrían presentarse infracciones contra el patrimonio económico y en últimas hechos res-

---

29. CANCINO MORENO, Antonio. El delito de... Ob, cit. pps. 31, 33, 36.

ponsables del delito de usurpación de funciones públicas según el caso, pero nunca un delito contra la administración. El usurpador no es jamás un funcionario público y, por tanto, no puede ser ni sujeto activo de delito propio, ni sujeto pasivo de delito contra la administración ya que el usurpador carece hasta de un simple título putativo, que es lo menos que puede exigirse para la persona que ejerce la función pública.<sup>30</sup>

En el delito de Enriquecimiento ilícito al igual que en la concusión el proceso de adecuación típica se perfecciona bien cuando el sujeto activo abusa de sus funciones o, cuando abusa de su cargo. El abuso puede concretarse en actos o conductas que no entran en la competencia funcional del agente pero si se concretan en un abuso de su calidad o condición.

El inciso segundo de la disposición extiende el radio de acción de la norma al particular, lo que puede aparentemente desvirtuar la cualificación, pero encontramos que este tiene esa calidad de cómplice y no de coautor, situación a la que me referiré más adelante cuando analicemos el fenómeno de la coparticipación.

---

30. CANCINO MORENO, Antonio José. Delito de... Ob, cit., pps.37 a 43.

### 3.1.1.3 SUJETO PASIVO

"Entiendese por sujeto pasivo la persona titular del bien jurídico que el legislador protege en el respectivo tipo legal y que resulta afectada por la conducta del sujeto agente".<sup>31</sup>

En este caso, al igual que en todos los delitos contra la Administración Pública, el sujeto pasivo es el Estado por ser el titular del interés jurídico protegido.

Es un sujeto pasivo con cualificación jurídica de derecho público, ya que el concepto del Estado es de concepción puramente pública que deberá entenderse conforme lo enseña esta ciencia de la Teoría del Estado que dependerá de la corriente ideológica en dónde se ubique el legislador. Aquí se protege el Estado bajo el marco del individualismo de una sociedad capitalista en donde se protege la vida, bienes y honra de todos sus asociados incluyendo en esta protección la del ente jurídico abstracto denominado Estado.

<sup>31</sup>. REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal... Ob, cit., p. 152

#### 3.1.1.4 OBJETO MATERIAL

"Objeto material es aquello en lo que se concreta la vulneración del interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo penal y al cual se refiere la acción u omisión del agente".<sup>32</sup>

El Dr. CANCINO define el objeto material de la conducta típica como aquella persona, cosa animal o fenómeno, hacia el cual se dirige el obrar humano representado en el núcleo rector, produciendo comportamientos, modificaciones o daño según el caso".<sup>33</sup>

En referencia al Enriquecimiento Ilícito el Dr. GOMEZ MENDEZ dice: "El objeto material lo constituyen los bienes a través de los cuales se concreta el incremento patrimonial no justificado".<sup>34</sup>

Difiero de lo expresado por el Dr. GOMEZ MENDEZ con base en los siguientes planteamientos:

- 
32. REYES ECHANDIA, Alfonso. La Tipicidad. Universidad Externado de Colombia, 4a. edición, 1981, p. 108.
  33. CANCINO MORENO, Antonio José. El objeto Material del delito. Universidad Externado de Colombia. 1979. p. 49
  34. GOMEZ MENDEZ, Alfonso y Otros. Derecho Penal Especial... Ob, cit, p. 98

El objeto material como elemento constitutivo del tipo con los sujetos activo y pasivo, objeto jurídico y conducta para que configuren una figura típica deben aparecer expresamente consignados en el tipo y en este caso la palabra "bienes" no aparece en ninguna parte en el artículo 148 del Código Penal.

Para el Dr. GOMEZ MENDEZ el objeto material en el Enriquecimiento Ilícito es un objeto material real. El Dr. CANCINO dice "es real el objeto material cuando la conducta se dirige a una cosa corporal o incorporal, tangible o intangible" y da algunos ejemplos: art. 190 C. P. El que dañe total o parcialmente obra destinada... Art. 233 C. P. El que ponga en venta o enajene bienes... Art. 254 C.P. El que falsifique, inutilice... registro electoral, sellos de urna...<sup>35</sup>

El Dr. REYES dice que "el objeto material real está constituido por la cosa en que se concreta la vulneración del interés jurídicamente tutelado y a la cual se refiere la conducta del sujeto activo. La palabra "cosa" debe entenderse en sentido naturalístico, es decir, como cualquier

35. CANCINO M, Antonio, El Objeto... Ob, cit., p, 61.

parte del mundo exterior excepción hecha del hombre que ha sido por el legislador objeto de protección jurídica".<sup>36</sup>

Según los conceptos, la expresión "incremento patrimonial injustificado" no es un objeto material real puesto que no es una cosa en sentido naturalístico ni siquiera intangible.

Será entonces un objeto material fenomenológico? REYES dice: "Objeto material fenomenológico es aquel fenómeno jurídico, natural o social sobre el cual se concreta la violación del interés jurídicamente protegido y al que se refiere la acción u omisión del sujeto activo".<sup>37</sup>

El Dr. REYES ECHANDIA en relación con el objeto material fenomenológico expresa lo siguiente: "En este caso, el objeto material es un fenómeno externo de carácter jurídico, natural o social. Pudiera pensarse, en principio, que resulta ilógico que el objeto material pueda ser un fenómeno jurídico; sin embargo, es posible puesto que en tales hipótesis lo que ocurre es simplemente que la vio-

---

36. REYES ECHANDIA, Alfonso. La Tipicidad. Ob, cit., p. 112

37. REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. Ob, cit., p. 158

lación del interés tutelado se concreta sobre un fenómeno que tiene connotación jurídica; de tal naturaleza es "el gobierno extranjero" (artículo 120; 113 nuevo C.P.), "las treguas y armisticios" (art. 131, 120 nuevo C.P.), el "impuesto, contribución, recargo, renta, redito, salario o emolumento" (art. 157), "el contrato o licitación pública" (art. 162; 114/6 nuevo C.P.), o el "dictamen, resolución, auto o sentencia" (art. 168; 149 nuevo C.P.).

El objeto material es un fenómeno de carácter natural como el "hecho falso" que declara el agente en la modalidad de falso testimonio a que se refiere el art. 193 del C. P, de 1936.

Se trata, en cambio, de un fenómeno social -por ejemplo- cuando la asonada consiste en perturbar el pacífico desarrollo de "las actividades sociales" (art. 144), cuando el atentado contra la economía nacional se concreta en la divulgación de noticias falsas (art. 279), o cuando se atenta contra la libertad de cultos mediante la acción de impedir o perturbar la celebración de ceremonias o funciones religiosas (art. 313; 295 nuevo C.P).<sup>38</sup>

---

38. REYES ECHANDIA, Alfonso, La Tipicidad. pp. 115-116

El objeto material fenomenológico en el tipo objeto de nuestro análisis es un fenómeno de carácter natural puesto que la expresión "Incremento Patrimonial no justificado" responde a este concepto.

#### 3.1.1.5 CONDUCTA

Podemos definir la conducta desde dos puntos de vista. Cuando la conducta configura el elemento o aspecto objetivo del delito se dice que es "aquel concreto y particular comportamiento humano que lesiona o pone en peligro un bien jurídicamente protegido" y, cuando la definimos como un elemento del tipo legal decimos que es "la amplia y abstracta descripción que de una hipotética actividad del hombre hace el legislador en una norma penal".<sup>39</sup>

La descripción de la conducta que hace el legislador se expresa especialmente a partir de lo que se denomina "el verbo rector" que es, pues, "aquella forma verbal que nutre ontológicamente la conducta típica de tal manera que ella gira en derredor del mismo".<sup>40</sup>

---

39. REYES ECHANDIA, Alfonso. La Tipicidad. Ob, cit., p. 67.

40. REYES ECHANDIA, Alfonso. La Tipicidad. Ob, cit., p. 68.

En el Enriquecimiento Ilícito, el verbo rector de la conducta es "obtener" un incremento patrimonial no justificado en razón del cargo o de sus funciones.

El Dr. REYES ECHANDIA ubica el verbo "obtener" como parte del verbo "adquirir" que es de más amplio alcance con el significado de "ingreso de algo al patrimonio de alguien". Igualmente señala que en razón de su contenido intrínseco los verbos pueden constituir operaciones psicológicas o materiales.<sup>41</sup>

En este caso el Enriquecimiento Ilícito constituye una operación material de actividad puesto que la conducta del sujeto es activa. El verbo es constitutivo de una actividad inocua y ordinariamente lícita en si misma considerada pero en el presente caso lo que se obtiene implica de si algo ilícito. Y REYES continua diciendo: "Desde el punto de vista gramatical, los verbos rectores ubicados en nuestro Código Penal son transitivos e intransitivos. En los transitivos la tipicidad se explica por la traslación de la actividad del agente a personas o cosas.

---

41. REYES ECHANDIA, Alfonso. La Tipicidad. Ob, cit., pp. 69, 70, 71.

que por lo mismo, constituyen el objeto material de la conducta; ese trascender de la conducta en busca de una finalidad es lo que hace que los tipos penales con verbo transitivo sean generalmente de resultado. En los intransitivos en cambio, la acción del agente revierte sobre si mismo, y por eso dan lugar a los llamados delitos de mera conducta".<sup>42</sup>

Según las definiciones dadas de verbo transitivo e intransitivo debemos concluir que el verbo "obtener" es transitivo puesto que hay un traslado de voluntad del sujeto a lo que sería el objeto material, y la acción no esta revertida sobre si mismo porque obtener implica modificación de algo exterior al sujeto lo que nos lleva nuevamente a concluir que es un tipo de resultado.

Igualmente el Enriquecimiento Ilícito describe una conducta de resultado puesto que se requiere que el incremento patrimonial injustificado exista y por tanto hay modificación del mundo exterior en el hecho de la incrementación.

---

42, REYES ECHANDIA, Alfonso. La Tipicidad. Ob. cit., p. 72.

De la misma manera es un verbo rector simple en forma subjuntiva que describe una conducta que a su vez es simple puesto que el tipo tiene un solo verbo rector.

Ahora, la conducta no solo esta constituida por el verbo rector sino que este puede ir acompañado de lo que se ha denominado "el modelo descriptivo" que seria la descripción de la conducta con el aditamento de circunstancias de modo, tiempo o lugar en que la conducta debe desarrollarse.<sup>43</sup>

En relación con el Enriquecimiento Ilícito, el tipo describe una conducta típica de acción de naturaleza material que ejerce influencia sobre una cosa para beneficiarse de ella.

La descripción de la conducta esta circunstanciada en referencia modal en razón de que se debe obtener ese incremento patrimonial no justificado "en razón del cargo o de sus funciones", si lo obtiene fuera de esta circunstancia modal, la conducta desarrollada sería otra, o ninguna pero no la del Enriquecimiento Ilícito.

---

43. REYES ECHANDIA, Alfonso. La Tipicidad. Ob, cit., p. 74.

### 3.1.2 INGREDIENTES ESPECIALES DEL TIPO

#### 3.1. 2.1 SUBJETIVOS

Este tipo no tiene ingrediente subjetivo, ya que la conducta del enriquecimiento ilícito no requiere de una especial finalidad que desee perseguir el sujeto activo con su conducta.

#### 3.1.2.2 NORMATIVOS

"Existe este ingrediente cuando hay necesidad de cualificar la conducta humana mediante el empleo de expresiones cuya interpretación requiere de juicios de valor".<sup>44</sup>

En el enriquecimiento ilícito tenemos como ingredientes normativos primeramente la cualificación del sujeto activo de 'empleado oficial' que es una valoración de iure, que el juzgador debe interpretar con base en el art. 63 del mismo Código Penal y con todas las indicaciones de carácter laboral y administrativas que anteriormente relacionamos.

---

44. REYES ECHANDIA, Alfonso. La Tipicidad. Ob, cit., p. 159.

En segundo lugar, tenemos que la expresión "no justificado" es un elemento normativo del tipo.

El Dr. Francisco FERREIRA en su obra "Delitos contra la Administración Pública" en relación con el término expresa lo siguiente: "Delito es enriquecerse sin causa justa. Lo justo de un enriquecimiento es el poder explicar los orígenes de un incremento patrimonial económico, según la ley y conforme a la ética, que son los dos patrones que midan esa justicia. Pero el simple hecho de enriquecerse estando en el desempeño de un cargo público jamás podría ser delito. Que el enriquecimiento no sea justificable, es parte estructural del delito enriquecimiento ilícito, y no una mera condición para hacer punible tal enriquecimiento".<sup>45</sup>

GOMEZ MENDEZ en relación con este elemento normativo agrega: "La unión de los dos elementos, esto es, el incremento patrimonial, y el origen (en razón del cargo o de las funciones) nos permite afirmar que resulta muy difícil imaginar un caso en que un incremento derivado del ejercicio del cargo o de la función pueda ser justificado. En

---

45. FERRERIRA DELGADO, Francisco. Delitos contra la Administración Pública. Edit. Temis, Bogotá, 1982. p. 145.

estricto sentido, el único incremento patrimonial lícito del empleado oficial es el derivado de sus ingresos, salarios o prestaciones sociales pagadas o autorizadas por el Estado".<sup>46</sup>

El Dr. VICENTE ARENAS al analizar este elemento dice "deberá comprobarse en cada caso, mediante el estudio de la cuantía, el origen y demás circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se hubieren producido los ingresos. Con este fin varios códigos extranjeros establecen presunciones legales y aún de derecho. El sistema no nos parece recomendable porque las presunciones en materia penal no son de recibo. Claro está que los hechos en que ellas se fundan pueden servir de criterio y de orientación para demostrar la existencia de la injusticia en el aumento patrimonial, elemento esencial de la figura.

El proyecto de 1976, por ejemplo, plantea como presunción de incremento injustificado del patrimonio los gastos que no guarden proporción con los ingresos lícitos del empleado.

---

46. GOMEZ MENDEZ, Alfonso. Derecho Penal Especial. Ob, cit., pp. 98-99.

Y el proyecto de JOSE PECO tipifica en su artículo 323 el delito de enriquecimiento ilícito, y en el siguiente expresa: "Salvo prueba en contrario, se presume enriquecimiento ilícito todo aumento apreciable de patrimonio, que no proviene de las siguientes causas: a) Emolumentos legales del cargo; b) Ejercicio de profesión, oficio o actividad lícita, compatible con la función pública; c) Acrecentamiento natural de los bienes que se tenían al asumir el cargo o que se adquieren lícitamente durante su ejercicio y las rentas que produjeren esos mismos bienes; d) Herencia, legado o donación por causa extraña a la función, acreditados por instrumento público; e) hechos fortuitos y f) ejercicio de derechos legítimamente adquiridos", 47

### 3.1.3 CLASIFICACION DEL TIPO

a) En relación con su estructura:

El Enriquecimiento ilícito es un tipo subordinado o complementario puesto que su aplicabilidad depende

---

47. ARENAS, Antonio Vicente. Comentarios al Código Penal Colombiano. Tomo II, Parte Especial Vol. I. Editorial Temis, Bogotá. 5a. Edición, 1983. pp. 86-87.

de que 'el hecho no constituya otro delito', siendo pues, una proyección de un tipo básico o especial.

También es un tipo elemental puesto que el aparece conformado por la descripción de un solo modelo de comportamiento aunque con algunos aditamentos cualificantes, es decir, tiene un solo verbo rector: Obtener.

Igualmente, es un tipo completo puesto que describe en toda su integridad tanto la conducta como la sanción.

Es un tipo penal en blanco pues aunque la conducta aparece completamente descrita el legislador restringe su aplicabilidad directa e inmediata a la comprobación de que la conducta no constituya otro delito.

b) En relación con el sujeto activo:

Es un tipo monosubjetivo porque describe una conducta realizable por una sola persona admitiendo el fenómeno de la copartición a nivel de complicidad. Es un tipo con sujeto activo cualificado, con califica

ción jurídica como es la de ser empleado oficial.

c) En relación con el bien jurídicamente tutelado.

Es un tipo simple o de conducta mono-ofensiva puesto que tutela de manera específica un solo interés jurídico cual es la función pública en lo referente a la honestidad del funcionario.

Igualmente, es un tipo de lesión porque protege un bien jurídico cuya integridad surge mengua con la conducta del agente.

d) En relación con su contenido:

Es un tipo de resultado, puesto que la conducta descrita produce un determinado efecto que modifica el mundo exterior.

Igualmente, es de conducta permanente puesto que el comportamiento del agente se prolonga en el tiempo, de tal manera que su proceso consumativo perdura mientras no se ponga fín a la conducta.

Es un tipo de acción pues describe un comportamiento positivo que ha de exteriorizarse mediante actos sen sorialmente perceptibles.

Es un tipo abierto ya que describe escuetamente la conducta sin precisar circunstancias.

#### 3.1.4 DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES

##### 3.1.4.1 TENTATIVA

Como consideración muy personal, deduzco con base en la conceptualización de este fenómeno que en el enriquecimiento ilícito no puede presentarse, en razón de ser una conducta de carácter subsidiario que solo se aplica en la medida en que el hecho no corresponda a otro tipo legal.

Se presume que el enriquecimiento injustificado del funcionario procede directa o indirectamente del ejercicio del cargo y por tanto sera enriquecimiento ilícito el que proviene del peculado, cohecho, concusión o prevaricato. Considerar una tentativa del mismo es descubrir la existencia de alguna de las precedentes conductas citadas y

por tanto no daría lugar a un juicio por enriquecimiento ilícito sino por la conducta respectiva que se descubrió.

#### 3.1.4.2 COPARTICIPACION

En relación con este aspecto, es pertinente citar lo señalado por el Dr. CANCINO en su obra la Concusión: "Algunos autores han sostenido que en los denominados tipos o delitos 'propios' o 'especiales' es decir, en aquellos en los que el legislador cualificó al sujeto activo y más concretamente en aquellos en los que la cualificación se refiere a la jurídica condición de ser empleados oficiales, la norma esta dirigida exclusivamente a quienes tienen la posibilidad de incumplir el deber que les impone su condición. Así, pues, se dice que el 'extraneus', ni siquiera puede adquirir la condición de cómplice. No faltan, por otra parte quienes han sostenido que si en las etapas ejecutivas y consumativas del delito interviene el particular conjuntamente con el empleado oficial, adquiere, a pesar de la carencia de cualificación, la condición de coautor,

En la actualidad prima la posición intermedia, según la cual el 'extraneus' no puede ser autor de un delito propio, pero sí cómplice del mismo. Con la doctrina dominante -dice GIMBERNAT- hay que afirmar que el extraño nunca podrá ser autor en sentido estricto, pues si el texto habla del 'funcionario público (empleado oficial en la legislación colombiana), es claro que quien no lo es, no podrá ser nunca abarcado directamente, realice la conducta que sea, por el tipo especial".<sup>48</sup>

El Tribunal Superior de Bogotá, en relación con este tema e igualmente citado por CANCINO dice: "Si observamos - cualquier tipo legal y concretamente aquellos de sujeto activo cualificado, encontramos ciertamente que la conducta en ellos descrita se ha de predicar de quien tenga la calidad allí exigida; pero de esta afirmación solo puede colegirse que únicamente tiene la categoría de autor de ese hecho, la persona que reúne la calidad indicada en el tipo; pero como el cómplice no es autor, sino apenas alguien que contribuye a la realización de un hecho ajeno, no se ve por qué razón deba tener una condición personal que la ley no le exige. La existencia misma del fenómeno

---

48. CANCINO M, Antonio. El Delito de Concusión... Ob, cit., pp. 75 y ss.

de la complicidad como dispositivo amplificador de los tipos de la parte especial, está indicando que fue voluntad del legislador ampliar el ámbito de aplicabilidad de estos a personas que aun sin tener las calidades exigidas para el autor, prestase a este colaboración idónea para la realización del hecho en ellos descrito".<sup>49</sup>

En el delito de enriquecimiento ilícito, por consiguiente, el autor solamente puede serlo quien tenga la calidad de 'empleado oficial' de que trata el artículo 63 del Código Penal porque esa fue la cualificación consignada por el legislador en el artículo 148 ibidem. La persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado será cómplice, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 del Código Penal.

Sin embargo, como anota el Dr. GOMEZ MENDEZ en su análisis de este tipo; "Se trata de un extraño caso en el cual se impone al cómplice, la misma pena prevista para el autor. De esta manera el Código viola el principio general contenido en el artículo 24 del mismo estatuto, en virtud del cual, al colaborar nunca se le puede aplicar la misma pe

---

49, CANCINO M., Antonio, El delito de... Ob. cit., pp. 76-77.

na del autor;<sup>50</sup> sino, la pena correspondiente a la infracción disminuida de una sexta parte a la mitad según el grado de participación del mismo.<sup>51</sup>

### 3.1.5 ADECUACION TIPICA

Este fenómeno puede definirse como un "juicio de valor que el juez realiza para establecer si un determinado comportamiento humano logra subsumirse en un tipo penal".<sup>52</sup>

Cuando el juez hace ese análisis en ocasiones la conducta se encuadra o parece encuadrar en varios tipos penales a la vez. Surge así lo que se denominan 'los concursos!.

En el presente caso, una vez más, esta adecuación está determinada por el carácter de subsidiario que tiene este tipo. Los problemas de confluencia de figuras pueden plantearse particularmente cuando el enriquecimiento ha sido producido por otro delito. Si el enriquecimiento proviene de la comisión de uno cualquiera de los delitos contra

---

50. GOMEZ MENDEZ, Alfonso y OTROS. Derecho... Ob, cit., p. 98

51. NUEVO COGIDO PENAL. Edic. Oficial, Bogotá, Imprenta Nacional, 1980. Artículo 24, p. 92.

52. REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal General. Ob. cit., p.200.

la administración pública, el enriquecimiento sera parte del inter-criminis de aquel delito, constituyendo su faz de agotamiento. La aplicabilidad del enriquecimiento só lo funcionará en los casos en que el agente no pueda ser perseguido penalmente por el otro delito contra la administración que originó el enriquecimiento por falta de pruebas conducentes a establecer la plena responsabilidad del sujeto. Quien llamado a justificar su enriquecimiento, no lo hace, pero en la causa se acredita que él mismo provino de un peculado; deberá ser condenado por este delito y no por el enriquecimiento. Ello no ocurrirá, por supuesto, cuando sea imposible accionar contra el agente por el otro delito, pues en tal caso la razón de la consunción desaparece y solo queda vigente el enriquecimiento ilícito.

En el caso transcrito, tenemos el fenómeno del 'concurso aparente de tipos' que se resuelve por el principio de la subsidiariedad según el cual "cuando un tipo tiene carácter subsidiario respecto de otro, la aplicación de este excluye la de aquel".<sup>53</sup> Aquí estamos en presencia de la denominada 'subsidiariedad expresa' por lo declarado

---

53. REYES E. Alfonso. La Tipicidad. Ob, cit., p. 306.

en este caso por el legislador "siempre que la conducta no constituya otro delito".

El Dr. GOMEZ MENDEZ señala que igualmente, "puede darse un concurso efectivo de tipos, en la medida en que la conducta se refiera a objetos materiales diversos".<sup>54</sup>

El Dr. VICENTE ARENAS en relación con el concurso material a que puede dar lugar este tipo dice; "El incremento patrimonial injustificado puede provenir de actos no delictuosos. Claro está que si son delictuosos no se justifican, pero también puede suceder que sean injustificados, sin ser en sí mismo delictuosos. Las indelicadezas y otros procederés reñidos con la ética pueden no tipificar ningún delito, pero si contribuyen al enriquecimiento del funcionario, son injustos.

Cuando los actos realizados por el empleado para obtener un incremento patrimonial sean no solo injustos, sino delictuosos, debe aplicarse la norma sobre concurso de hechos punibles (artículo 26 del Código Penal) por ejemplo, falsedad en documento público y enriquecimiento ilícito;

---

54. GOMEZ M. Alfonso y OTROS. Derecho Penal Especial, Ob, cit., p. 99.

abuso de autoridad y enriquecimiento ilícito, etc. Pero si se tratare de peculado por apropiación, concusión o cohecho, no podrán imputarse los dos delitos sino solo el más grave de acuerdo con el principio de 'non bis in idem' ".<sup>55</sup>

## 3.2 ANTIJURIDICIDAD

### 3.2.1 ASPECTO POSITIVO

"Cuando un determinado comportamiento humano encuadra plenamente en la amplia descripción que de él hace el legislador, dicese que la conducta es 'típica'; cumplida esa fase propedeútica el juez debe indagar, mediante juicio de valor, si al propio tiempo ella lesiona o pone en peligro, sin justa causa, el interés jurídico que el Estado pretende tutelar; si la conclusión es positiva, la conducta enjuiciada además de típica es antijurídica".<sup>56</sup>

---

55. ARENAS, Antonio Vicente. Compendio de... Ob, cit., p. 87

56. REYES ECHANDIA, Alfonso. La Antijuridicidad. 3a. edición, 1981. Universidad Externado de Colombia. pp. 26-27.

REYES ECHANDIA define a la antijuridicidad como "el juicio negativo de valor que el juez emite sobre una conducta típica en la medida en que ella lesione o ponga en peligro, sin derecho alguno, el interés jurídicamente tutelado, en el tipo penal".<sup>57</sup>

La razón de ser de los tipos penales no es otra que la necesidad, advertida por el Estado, de proteger sus propios intereses, los de la sociedad y los de las personas en particular, de aquellos comportamientos humanos que la experiencia ha demostrado aptos para lesionarlos; la esencia de lo antijurídico radica entonces en la vulneración de tales intereses, por manera que cuando la conducta determinada no implica ofensa a los valores jurídicos así definidos, no cabe sobre ella juicio de reproche penal, no es antijurídica.<sup>58</sup>

De manera que, teniendo en cuenta las definiciones precedentes y en razón de que el enriquecimiento ilícito es un tipo de lesión cuya característica es que la conducta que a él se adecua implica la destrucción o disminución del

---

57. REYES ECHANDIA, Alfonso. La Antijuridicidad. Ob, cit. p. 40

58. REYES ECHANDIA, Alfonso. La Antijuridicidad. Ob, cit. p. 71

bien jurídico materia de la protección penal; para que el juez pueda calificar de antijurídica una conducta referida al tipo de lesión, se requiere que el bien jurídico cuya protección ha buscado el legislador, sea efectivamente destruido o disminuído en su integridad. Cuando el funcionario incrementa su patrimonio y no puede justificar dicho incremento, lesiona el bien jurídico de la administración pública en su aspecto funcional puesto que disminuye la confianza que en ella se debe tener en su permanente e irrenunciable honorabilidad, fidelidad y eficacia. Esa conducta es formalmente antijurídica por cuanto quebranta la disposición que sanciona dicha acción y materialmente porque pugna con el respeto y mantenimiento de la recta funcionalidad de la administración pública.

### 3.2.2 ASPECTO NEGATIVO

Un comportamiento típico que lesiona o pone en peligro un bien jurídicamente protegido, puede tener una justificación jurídicamente atendible ya que es la misma ley la que así lo dispone.

El artículo 29 del Código Penal dice:

"Causales. El hecho se justifica cuando se comete:

1. En estricto cumplimiento de un deber legal
2. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
3. En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.
4. Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume la legítima defensa... que le ocasione, y
5. Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar".<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup>, NUEVO CODIGO PENAL. Edición Oficial. Ob, cit., artículo 29 pp. 93-94.

Analícemos cada una de estas justificantes para ver si caben algunas frente al enriquecimiento ilícito,

1. Se habla de cumplimiento de un deber para efectos penales cuando alguien debe comportarse como lo hace, porque una norma jurídica o una orden vinculante de autoridad pública se lo impone, en razón de su oficio o por su condición de subordinado.<sup>60</sup>

Dos aspectos merecen destacarse en relación con tal justificante; el primero es la nota de la legalidad del deber; su objeto es el de precisar que las obligaciones en cuyo cumplimiento pueden realizarse hechos formalmente delictivos o contravencionales pero sustancialmente lícitos, son únicamente aquellos de contenido jurídico en cuanto expresadas en mandato legal. El segundo es el de que no basta el mero cumplimiento de norma legal que lleve insista la posibilidad de causar daño a otro en algún interés penalmente tutelado sino que es necesario que ese acatamiento sea estricto, vale decir, precisamente subsumible en la disposición legal que impone el deber de actuar

---

60. REYES ECHANDIA, Alfonso. La Antijuridicidad. Ob, cit., p. 251.

de esa manera, Búscase por tal via una interpretación restringida de aquellos mandatos y un cauteloso desarrollo de los mismos.<sup>61</sup>

Concluimos pues, con base en lo transcrito que no existe ninguna norma jurídica que de al empleado oficial el derecho de enriquecerse a costa de su cargo o investidura y por tanto no cabe en este caso causal de justificación.

2. En el caso de la orden legítima de autoridad competente, el funcionario recibe un tipo de ordenes que caben en el ámbito de la jerarquía civil y allí es de estricto cumplimiento el hecho de que la orden sea lícita. Si un superior jerárquico del funcionario le ordena que se idee un medio de enriquecimiento, el no tiene el deber de obedecerle sino más bien de denunciarle por determinarle a obrar ilícitamente. No queda amparado como en el caso de un militar por el hecho de que así sea ilícita la orden debe cumplirla y el responsable será el superior. Concluimos pues, si el empleado oficial es un civil, no cabe en nin-

---

61. REYES ECHANDIA, Alfonso. La Antijuridicidad. Ob, cit., p.257.

gún evento pero si es un funcionario de las Fuerzas Armadas que recibe una orden de su superior jerárquico y el la obedece, la causal de justificación opera a su favor pero el superior compromete su responsabilidad por dicha orden.

3. El ejercicio de un derecho. La referencia al cargo público no era indispensable en este numeral porque adquiere cualquiera sea la actividad aparentemente antijurídica del funcionario en razón de su cargo, ella quedara comprendida o por el cumplimiento de un deber, por el ejercicio de un derecho o por el cumplimiento de una orden.<sup>62</sup> Por tanto es aplicable lo dicho antes en los dos numerales precedentes en relación de que no cabe esta justificación sino solo en el evento del funcionario de las Fuerzas Armadas.
4. Legítima defensa: No es posible que se presente el evento de una justificación en el delito de enriquecimiento ilícito puesto que sería ilógico decir que un empleado oficial se enriqueció en el cargo por defenderse de una agresión actual, inminente e injusta.

---

62. REYES ECHANDIA, Alfonso. La Antijuridicidad. Ob, cit., p. 312.

Ese tipo de acto tal vez daría lugar a un cuestionamiento del sujeto frente a su imputabilidad que lo llevaría a tal obrar, pero no como justificante de antijuridicidad.

5. Estado de necesidad. Es aquella situación en la que el sujeto, que no puede hacer otra cosa, lesiona un bien jurídico ajeno para salvar uno propio o de otra persona.

En el delito de enriquecimiento considero que esta causal no opera puesto que es una conducta de carácter permanente que se da en el tiempo y si el sujeto se colocó en estado de necesidad se podría entrever que después de solucionado continuo el enriquecimiento que ya no es justificable de ninguna forma.

En cualquier otro delito contra la administración pública es admisible, cuando cumple todos los requisitos, en este caso considero que no.

Concluimos pues, que frente al enriquecimiento ilícito solo será admisible una causal de justificación cuando el funcionario es un miembro de las Fuerzas Armadas y re

ciba una orden de su superior jerárquico, para funcionarios civiles no opera ninguna causal de justificación de las consignadas en el artículo 25 del Código Penal.

En cuanto a la causal extralegal denominada 'consentimiento del sujeto pasivo' esta tampoco tiene operancia en este caso puesto que para que la misma tenga efectividad se requiere que las partes puedan disponer libremente del bien jurídico y en este caso ni el particular ni el funcionario pueden disponer de la administración pública. Por demás, si existe acuerdo de voluntades entre el particular y el funcionario será más factible hablar de cohecho que de enriquecimiento.<sup>63</sup>

Ahora, la posibilidad de justificar el enriquecimiento ilícito como parte de la defensa en el proceso, podría llegar a constituirse en una causal de justificación extralegal del mismo, pero cuya consecuencia bien podrá ser la comprobación de la existencia de otro delito o de una contravención, lo que elimina la necesidad de juzgar al funcionario conforme al enriquecimiento. Puede ocurrir por ejemplo que un patrimonio se incremente ilícitamente con un

---

63. CANCINO M. Antonio. El delito de concusión... Ob, cit., p. 112.

aumento en los pasivos, cuando este es ficticio. La simulación o suposición de pasivos (gastos, deudas o pérdidas) es una forma fraudulenta de disminuir la capacidad tributaria o fiscal del individuo dando lugar a la denominada 'evasión de impuestos' estando esta conducta fuera del ámbito penal propiamente dicha (a menos que se tipifique como falsedad ideológica en documento).

La pretensión del tipo legal del artículo 148 del Código Penal no es la tutela de las bases impositivas de los habitantes del territorio colombiano sino los aumentos en riqueza personal, de procedencia ilícita o inmoral.<sup>64</sup>

### 3.3 CULPABILIDAD

#### 3.3.1 ASPECTO POSITIVO

En siete capítulos el título III del Código Penal regula todos los aspectos de la teoría general del delito en forma sistematizada. El capítulo 7 es el correspondiente al fenómeno de la culpabilidad y en el código penal del 80

---

64. FERREIRA, Francisco. Delitos contra la Administración... Ob, cit., p. 147.

entra con una nueva concepción saliendo de la escuela del peligrosismo y matriculándose en la concepción culpabilista. Ayer se castigaba al sujeto porque era peligroso, hoy, el castigo se impondrá en cuanto es culpable, vale decir, en cuanto ha realizado una conducta social y jurídicamente reprochable.

El nuevo código-penal sigue las orientaciones en relación con la culpabilidad de una forma casi integral de la teoría normativa, aunque minimizada por algunas concepciones psicológicas. O en palabras de los mismos redactores: "El proyecto adopta fórmulas que pueden ubicar la institución dentro de la concepción normativa montada sobre datos psicológicos. No debe perderse de vista que el sistema es la imputabilidad normativa, y que debe evaluarse contextualmente con la culpabilidad".

La teoría normativa se elabora sobre bases bien distintas a las del peligrosismo y se integra por los siguientes elementos; 1) Exigibilidad de una conducta determinada de conformidad penal, que tiene carácter ulteriormente sancionatorio; 2) dolo o culpa; 3) imputabilidad del autor. La concepción se elabora básicamente sobre el juicio de reproche (reprochabilidad) vertido sobre un

individuo que no ha sabido obrar de conformidad con el proceso normal de motivación.<sup>65</sup>

El Dr. REYES ECHANDIA define el fenómeno de la culpabilidad como "la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche en cuanto que el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente. Cuando la voluntad consciente del sujeto se orienta hacia un fin típicamente antijurídico, surge el fenómeno penalmente indiferente o cuando persigue una meta ilícita pero en el desarrollo de los medios jurídicamente neutrales viola el deber del cuidado que le era exigible surge la figura de la culpa".

También surge una tercera forma de culpabilidad cuando el agente habiendo dirigido su voluntad conscientemente hacia la realización de un hecho típico y antijurídico, produce a la postre un resultado de esta misma naturaleza pero diverso y más grave del que inmediatamente quería;<sup>66-67</sup> ubicandonos ante la presencia del fenómeno de la preterin

65. NUEVO CODIGO PENAL. Edición Oficial. Ob, cit. Relación Explicativa. Apartes de la misma. pp. 26, 35, 37, 39.

66,67 REYES ECHANDIA, Alfonso. La Culpabilidad. Universidad Externa do de Colombia. Segunda Edición, 1982. pp. 42, 43 y 141.

tención.

El delito de enriquecimiento ilícito no admite las modalidades culposas y preterintencional puesto que estas se predicán de forma expresa de algunos tipos y este no es uno de ellos, solo puede darse de manera dolosa y obra dolosamente (artículo 36) quien realiza conducta con conocimiento del hecho punible y queriendo su realización. Por eso se ha dicho que los elementos intelectivos y volitivos integran el dolo.<sup>68</sup>

El dolo consistirá pues, en la incrementación patrimonial suya, sin causa que la justifique según la ley y la ética. Por esto observaba SOLER que la moralidad del empleado público es un deber inherente a su investidura y a las funciones que con ella tiene.<sup>69</sup>

En el delito de enriquecimiento ilícito, es necesario que el empleado oficial conozca la antijuridicidad de la conducta que realiza, es decir que sepa que al incrementar su patrimonio en razón del cargo que ocupa con abuso del mismo, de sus funciones, se coloca en franca rebeldía con

68. CANCINO M. Antonio. El delito de Concusión. Ob, cit., pp,113-114.

69. FERREIRA, Francisco. Delitos contra... Ob, cit., p. 149.

la norma que prohíbe tales conductas y, además, indispensable es que quiera la realización de ese comportamiento.

### 3.3,2 ASPECTO NEGATIVO

El artículo 40 del Código Penal es el que señala las causales de inculpabilidad y dice así:

"No es culpable:

1. Quien realice la acción u omisión por caso fortuito o fuerza mayor.
2. Quien obre bajo insuperable coacción ajena.
3. Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación, y
4. Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.

Si el error proviniera de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo".<sup>70</sup>

Analicemos cada una de estas causales como lo hicimos con las de exclusión de la antijuridicidad.

### 3.3.2.1 CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR

Estas figuras son definidas por los civilistas, el primero como una relación de causalidad entre la acción del hombre y su resultado, mientras que la fuerza mayor es el evento producido por un hecho de la naturaleza, sin ninguna participación de la actividad humana.

No puedo entrever un caso en donde estos fenómenos tengan cabida como excluyentes de culpabilidad en el enriquecimiento ilícito. Cualquier evento que lleve al funcionario a enriquecerse con el cargo no puede considerarse como 'fortuito', puede que en el ejercicio del cargo se gane una lotería, pero ese hecho no tiene nada que ver con su calidad de funcionario y es la justificación de su incremento. Lo fortuito se predica solo en el caso de in-

---

70. NUEVO CODIGO PENAL. Edic. Oficial. Ob, cit., art. 40. p. 96,

crementós lícitos nunca ilícitos.

### 3.3,2.2 INSUPERABLE COACCION AJENA

Entendemos por coacción "el constreñimiento que se ejerce sobre una persona para obligarla a adoptar un comportamiento de acción o de omisión que sin tal sometimiento no realizaría. Implica pues, la coacción, el coartar la libertad de otra persona de manera que esta dominada por la fuerza que emana del coaccionador, no esta en condiciones de dirigir libremente su voluntad".

Para que la coacción constituya causal de inculpabilidad debe cumplir dos exigencias; que sea ejercida por otra persona y que tenga el carácter de actual e insuperable.<sup>71</sup>

Creo que esta figura, si es de admisible predica en relación con el enriquecimiento ilícito, puesto que un funcionario puede verse constreñido por otra persona a usar su cargo para enriquecerse y posteriormente entregar al coaccionador el producido del mismo. Su conducta en defini-

---

71. REYES ECHANDIA, Alfonso. La Culpabilidad. Ob, cit., p. 185.

tiva seria típica y antijurídica pero faltaría el elemento volitivo del dolo, porque el comportamiento no fue el producto voluntario de su actividad bio-síquica, el verdadero autor del hecho y, en consecuencia, el responsable penalmente, lo sería el coaccionador, pero como ya dijimos no como autor de delito propio sino de constreñimiento contra funcionario en concurso con otras figuras según cada caso.

#### 3.3.2.3 ERROR SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD

No puede predicarse ya que no hay causal de antijuridicidad que ampare esta conducta y es casi ilógico creer que el funcionario no sepa que enriquecerse a costa del cargo es ilícito.

#### 3.3.2.4 ERROR SOBRE LA TIPICIDAD

Considero que tampoco tiene cabida en el caso del enriquecimiento

### 3.4 PUNIBILIDAD

El enriquecimiento ilícito da lugar a la aplicabilidad - tanto de penas principales como accesorias.

#### 3.4.1 PENAS PRINCIPALES

La norma establece como penas principales para este delito dos; la de prisión con un quantum de 1 a 8 años y la de multa que oscila entre \$20.000 a \$2'000.000.oo.

El artículo 45 del Código Penal dice: "Las penas de prisión y arresto consisten en la privación de la libertad personal y se cumplirán en los lugares y en las formas previstas en la ley.

Estas penas podrán cumplirse en colonias agrícolas o similares, teniendo en cuenta la personalidad del condenado y la naturaleza del hecho".<sup>72</sup>

VICENTE ARENAS dice: "El Código Penal de 1936 reglamenta-

---

72. NUEVO COGIDO PENAL, Edición Oficial. Ob, cit., art. 45, p. 98.

ba la forma en que debían cumplirse las penas privativas de la libertad. El código actual deja a la regulación de las autoridades penitenciarias, lo concerniente a la reglamentación de los establecimientos en los que se deberá pagar una u otra pena, como lo manifestó el ponente (acta num. 60).<sup>73</sup>

Señala el artículo 46 que "la multa consiste en la obligación de pagar al Tesoro Nacional, una suma no mayor de 10 millones de pesos" y agrega que se fijará teniendo en cuenta "la gravedad de la infracción, el resarcimiento así sea parcial del daño causado, la situación económica del condenado, el estipendio diario derivado del trabajo, las obligaciones civiles a su cargo anteriores al delito y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar. "Dispone igualmente esta norma que en caso de concurso o acumulación se suman las multas pero su total no excederá del máximo allí previsto".<sup>74</sup>

ARENAS resume lo concerniente a la multa diciendo; "De acuerdo con las previsiones del nuevo código rigen para

---

73. ARENAS, Antonio V. Comentarios al Código Penal Colombiano. Tomo I, Parte General, Edit. Temis, Bogotá, 1983. p. 279.

74. NUEVO CODIGO PENAL. Edic. Oficial, Ob, cit., art. 46. pp. 98-99.

la pena de multa las siguientes normas;

- a) La cuantía de la pena pecuniaria puede llegar hasta diez millones de pesos, sin exceder de esta suma;
- b) Al decretarla deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias: "la gravedad de la infracción, el resarcimiento así sea parcial del daño causado, la situación económica del condenado, el estipendio diario derivado del trabajo, las obligaciones civiles a su cargo anteriores al delito y las demás que indiquen su posibilidad de pagar";
- c) En los casos de concurso de delitos o de acumulación de juicios las multas correspondientes a los diversos delitos se sumaran, sin que el máximo pueda exceder de diez millones de pesos;
- d) De acuerdo con las circunstancias podrá el juez señalar plazo para el pago de la multa o autorizarlo por cuotas adecuadas, dentro de un término no superior a tres años, previa caución;
- e) También podrá autorizarse la amortización de la multa

mediante trabajo no remunerado, escogido por el condenado y realizado en favor de la administración pública o de la comunidad, y

- f) Cuando la pena de multa se imponga como principal y única y el condenado no la pague o amortizare se convertirá en arresto. Si estuviere acompañada de otra pena no será convertible. La conversión será equivalente al salario mínimo legal por día. pero el arresto no podrá exceder de cinco años, cualquiera que sea el monto de la pena pecuniaria".<sup>75</sup>

#### 3.4,2 PENAS ACCESORIAS

El artículo 148 fija como pena accesoria al funcionario que se enriquece ilícitamente la "interdicción de derechos y funciones públicas". Esta pena consiste según el artículo 50 del Código en: "La interdicción de derechos y funciones públicas priva de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública u oficial y dignidades que confieren las entidades oficiales e incapacita para pertenecer a los

75. ARENAS, Antonio V. Comentarios... Ob, cit., T. I, p. 281.

cuerpos armados de la república.

Esta pena inhabilita así mismo para adquirir cualquiera de los derechos, empleos, oficios o calidades de que trata el inciso anterior".<sup>76</sup>

El legislador fijó la pena para el enriquecimiento por un lapso de tiempo entre los dos y los diez años.

Por último y en relación con la punibilidad es pertinente agregar que el legislador contempló en el artículo 82 del Código Penal un lapso especial de prescripción para el delito cometido por empleado oficial. La norma dice así: "El término de prescripción señalado en el artículo 80 se aumentara en una tercera parte, sin exceder el máximo allí fijado, si el delito fuere cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos."<sup>77</sup>

---

76, NUEVO CODIGO PENAL. Edición Oficial. Ob, cit., Art. 50, p. 100.

77. NUEVO CODIGO PENAL. Edición Oficial. Ob, cit., Art. 82, pp. 109-110,

## CAPITULO IV

### EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO. ASPECTO PROBATORIO

#### 4.1 EL TIPO Y LA INVERSION DE LA CARGA PROBATORIA

El sistema procesal penal colombiano, es un sistema mixto con preponderancia de principios inquisitivos y algunos otros, de carácter acusatorio. Entre los principios inquisitivos en materia penal, encontramos cuatro (4) que son pilares fundamentales del mismo y base para nuestro estudio. Son ellos el principio denominado "in dubio pro reo", el principio del "favo-rei" o de la favorabilidad, el principio de "presunción de inocencia" y el principio de "la carga de la prueba" que en materia penal se sustituye en parte por el de "indubio pro-reo".

Dice el Dr. HERNANDO DEVIS ECHANDIA en su Compendio, en relación con estos principios lo siguiente:

"El principio de presunción de inocencia señala, que al procesado se le debe considerar inocente, mientras no se le pruebe lo contrario. Esta presunción de inocencia tie

nē origen constitucional, en los artículos 20, 26 y 28 de nuestra Carta y es consecuencia de los principios ya mencionados del indubio pro reo y del favor rei, pero su enorme importancia justifica que sea formulado también con entidad propia.

Se viola este principio cuando se consagran en la ley penal presunciones de responsabilidad, cuando se establece (como ha ocurrido en Colombia) el sistema de que a falta de prueba suficiente para procesar, en vez de sobreseer en forma definitiva al imputado, se le dicta un auto de sobreseimiento temporal que lo mantiene como sospechoso de ser culpable; cuando se absuelve al procesado pero - agregando que se debe a la insuficiencia de pruebas, por que equivale a desconocer que si estas no existen, simplemente se le debe considerar inocente y que solamente cuando el juez tenga pleno convencimiento o certeza de la responsabilidad, deja aquel de estar protegido por la presunción de inocencia o, como algunos dicen, cesa el estado jurídico de inocencia que toda persona tiene mientras no se le pruebe plenamente lo contrario".<sup>78</sup>

---

78. DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso. Octava edición. Edit. ABC-Bogotá, 1981. p. 61.

En relación con el principio de "favor rei" o de la favorabilidad DEVIS dice: "es un complemento del principio del "indubio pro-reo" que a su vez sustituye parcialmente el de la carga de la prueba, en cuanto exige considerar inocente al imputado y al procesado, lo mismo que la absolución del segundo cuando no se le haya probado plenamente su responsabilidad y por lo tanto impone dicha carga al Estado a través de los jueces y funcionarios de instrucción e investigación.<sup>79</sup>

El principio de la carga de la prueba continua diciendo DEVIS, "que en lo penal se sustituye en parte por el de "indubio pro reo": En caso de duda, absuelve; le indica al juez que cuando falte la prueba o esta sea insuficiente, sobre los hechos en que debe basar su sentencia, debe resolver a favor de la parte contraria a la que tenía dicha carga.

En materias penales este principio, se sustituye en cuanto a la decisión que debe adoptarse respecto a la suerte del sin cado o imputado, en gran parte por el de "indubio pro reo", y puesto que si las dudas en materia de pruebas se deben

---

79. DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. T.I, Ob, cit., p. 62.

resolver a favor de aquel, o sea que al imputado y procesado se le debe considerar inocente mientras no se le pruebe plenamente su responsabilidad; desde otro punto de vista significa que el Estado (a través del Ministerio Público y del juez investigador) lo mismo que al acusador particular o la parte civil, corresponden la carga de probar la responsabilidad del reo y si no la satisfacen este debe ser absuelto. Pero la carga juega un papel más amplio, porque también se refiere al riesgo que corre el reo de sufrir consecuencias desfavorables sino aparece la prueba de los hechos que constituyen exoneración de responsabilidad o atenuación de ella y por consiguiente al interés que tiene en que esas pruebas lleguen al sumario o investigación y al juicio o proceso y, por lo tanto, de colaborar para ello. Es decir, la noción de carga de la prueba juega también importante papel en el proceso penal.<sup>80</sup>

En referencia al enriquecimiento ilícito, según como la norma ha sido concebida, encontramos una evidente violación de los principios anteriormente enunciados en la medida en que la ley consagra aquí un principio de respon-

---

80. DEVIS E., Hernando. Compendio... Ob, cit., pp. 57-58.

sabilidad del funcionario francamente violatorio del principio de inocencia.

Aquí el aforismo se practica al revés: "Todo funcionario es culpable, hasta que demuestre su inocencia". El principio del indubio pro reo no tiene ninguna aplicabilidad. La duda del origen del enriquecimiento no le favorece sino que le condena. "En caso de duda, debe haber cometido otro delito o conducta antiética". El principio de la carga de la prueba se invierte. Aquí no es el Estado el que debe probar que el es culpable, es el funcionario el que debe probar que es inocente.

El funcionario es el que soporta la carga de la prueba y por lo tanto, a falta de prueba o cuando esta es insuficiente, la carga se resuelve a favor de la parte contraria a la que la soporta. Total, el Estado gana, el funcionario es culpable.

Igualmente se sostiene que esta norma, no solo es violatoria de los antedichos principios procedimentales sino del mandato constitucional del artículo 25 que señala: "nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra si mismo o contra sus

parientes...".

Queda: pues, abierta la discusión acerca de si en verdad es una norma violatoria de la Constitución y de los principios del procedimiento penal, en cuyo caso deberá abo-garse por su modificación o en últimas por su impugnación para derogatoria.

#### 4.2 RESERVA DE LAS PRUEBAS

El inciso 3º del artículo 148 del Código Penal, fue decla-rado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en sala plena, en el proceso Nº 977, en fallo del 9 de diciembre de 1982, habiendo sido Magistrado Ponente el Doctor Manuel Gaona Cruz.

Las razones aducidas por la Corte podemos resumirlas así:

1. Por extralimitación del gobierno en el ejercicio de las facultades concedidas por la ley 5/79 en la que se señalaba que las facultades eran "Para expedir y poner en vigencia un nuevo Código Penal, sobre las ba

ses, principios y lineamientos generales del proyecto presentado por el gobierno al Senado de la República el 3 de agosto de 1978 y el anteproyecto publicado en 1974 por el Ministerio de Justicia que para los efectos de esta ley formara parte del expediente". Esta extralimitación se dió en razón de que el anteproyecto y el proyecto no daban para regular o modificar el régimen de pruebas en materia penal y por tanto no era admisible que esto se hiciera en el inciso 3º del artículo demandado.

(La norma establecía un privilegio de guarda y exclusión probatoria que no modificaba el procedimiento penal sino que instituía una específica forma, propia y exclusiva del delito mismo, según lo manifestó la Honorable Corte).

2. Por incompatibilidad del inciso acusado con el artículo 143 de la Constitución Nacional que le otorga al gobierno la potestad, por intermedio del Ministerio Público de defender los intereses de la Nación y de perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social en el sentido de que no puede prescribirse en una norma de carácter legal (como lo sería el ar

título 148 del Código Penal) que una prueba aducida para demostrar que no ha habido incremento patrimonial a costa del erario, adquiera el carácter petrificante de reservada, intransmisible e inoponible frente al propio Estado, que tiene como función el logro de la verdad respecto de eventuales conductas punibles de naturaleza distinta que resultaren amparadas impunemente con ese extraño fuero.

3. Por violación directa del inciso demandado del principio del debido proceso consignado en el artículo 26 de la Constitución, en el caso de que las pruebas aducidas en el enriquecimiento ilícito no pueden ser usadas en otro proceso por la reserva que se había instituido en la tipicidad de este hecho e igualmente viola el derecho de defensa incluso en el mismo artículo 26 de la Constitución que implicaría que el procesado u otro tercero sindicado no podría solicitar el uso de las pruebas usadas en el enriquecimiento ilícito para defenderse en otro proceso diferente.<sup>81</sup>

---

81. CANCINO M. Antonio José, El delito de enriquecimiento ilícito. Librería del Profesional. 1986, pp. 44-49.

El inciso 3º del artículo 148 del Código Penal antes de ser declarado inexecutable por la Corte, había dado lugar a diversas controversias en el seno de la Comisión. Considero pertinente hacer transcripción y comentario de algunas de ellas.



El artículo 148 inciso 3º del Código Penal dice: "Las pruebas aducidas para justificar el incremento patrimonial son reservadas y no podrán utilizarse para ningún otro efecto". Esta es una advertencia que pertenece claramente al procedimiento penal y obedece a un punto que fue objeto de amplia discusión en el Anteproyecto del 78 y en la Comisión en que finalmente fue aprobado el artículo. Allí se hacía referencia a lo consignado en la Ley Argentina al respecto, al sostener que la prueba del enriquecimiento se mantendrá secreta, si así lo pide el imputado, y que no podrá esgrimirse contra él para ningún efecto'.

La explicación que fué dada por ERNESTO J. URE y JOSE MARIA ORGEIRA frente a la conveniencia del secreto de la prueba como lo consigna el Dr. GIRALDO MARIN en las actas de la comisión fue la siguiente:

"Opinan los citados autores que este principio de la reser

va de la prueba es de incuestionable conveniencia para evitar que el pretexto de averiguar un enriquecimiento sirva para finalidades diversas a las que se procuran".

El enriquecimiento puede tener un origen inmoral y aun delictivo, sin que para nada haya influido el ejercicio del cargo. Por ejemplo, la usura, una importante defraudación no descubierta o prácticas sexuales anormales, etc. Si se trata de una mujer, pudo recibir el dinero de un amigo íntimo y oculto. En estas hipótesis y en otras similares, escriben URE y ORGEIRA, se colocaría a los imputados "en el trance ineludible de desnudar públicamente su vida privada o de declarar contra sí mismos en violación de lo establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional".

En síntesis, el funcionario se vería colocado en una situación insólita: o dejarse condenar injustamente por un enriquecimiento que no proviene de la actividad oficial, o verse vinculado a un proceso penal, cuando se trata de un delito que nadie había descubierto, o soportar el desprecio social, por el origen inmoral de la riqueza, y en el que su comportamiento fue extraño al cargo público que ejercía. (La Nueva Reforma Penal - Lex 16648 Lerner-

Buenos Aires 1965, Autores Citados,<sup>82</sup>

Al referirse a lo que en el seno de la comisión ocurrió dice FERREIRA: "La situación ondeaba entre dos eventos diferentes: o la prueba permanece en secreto a fin de evitar el necesario escándalo que produce su publicidad, en especial si, a la postre, hay una absolución, o se publica para evitar la podredumbre e impunidad que traen consigo todas las cosas secretas, tratándose de delitos"; y sigue diciendo "para facilitar la comprobación de un hecho tan etéreo, como este del enriquecimiento ilícito, se accedió por introducirle el inciso tercero del artículo en estudio, que no se va por el secreto de la prueba, ni siquiera como lo tiene la legislación argentina: a petición del procesado, ni tampoco por su absoluta publicidad, como lo solicitó el senador Carlos Holmes Trujillo, sino por la reserva, que es una especie de secreto a voces, como la famosa reserva sumarial vigente y violada desde su vigencia en 1938".<sup>83</sup>

El Dr. MARIN BERNAL al terminar su exposición y haciendo

---

82. ACTAS DE LA COMISION REDACTORA DEL NUEVO CODIGO PENAL COLOMBIA NO. Tomo II, Parte General, Colegio de Abogados Penalistas. Acta N° 8, p. 159.

83. FERREIRA, Francisco. Delitos contra... Ob, cit., p. 143.

referencia a lo ocurrido en la comisión del 78 dijo; "En la comisión, la tesis del secreto de la prueba no corrió con buena suerte. Prevaleció el criterio de que no deberían darse garantías para que los delitos que produjeron la riqueza ilícita quedaran impunes. Sin embargo, no debe olvidarse que el adulterio y las relaciones sexuales homosexuales privadas y la práctica de juego de azar no son delitos".<sup>84</sup>

#### 4.3 LEGITIMARIO DE LA ACCIÓN

En el proyecto de ley que fue presentado al Senado por el entonces Ministro de Justicia-encargado BENJAMIN LOPEZ RAMIREZ, el texto del enriquecimiento ilícito señalaba que la acción penal solo podía iniciarse a petición de la Procuraduría General de la Nación y que ésta o el funcionario de instrucción podrían investigar el patrimonio de terceros enriquecidos por el empleado, o el de aquellos con quienes éste pretendía ocultar el delito.

---

<sup>84</sup>. ACTAS DE LA COMISION... Ob, cit., p. 159.

La explicación que dió el ponente el Dr. ESTRADA VELEZ para esta medida fue la siguiente; "Para salvaguardar la seguridad de los empleados oficiales, y para ponerlos a cubierto de suspicacias y de las gentes mal intencionadas, el proyecto establece que la acción penal solo podrá iniciarse en virtud de petición del Procurador General de la Nación. Considera, sin embargo el ponente, que no es aconsejable restringir la capacidad de iniciativa de la Procuraduría, y que los derechos de los empleados oficiales se protegen suficiente y adecuadamente si se otorga al procurador general, y a los procuradores regionales la facultad de pedir la apertura de las investigaciones penales pertinentes".<sup>85</sup>

En el anteproyecto de 1978 en la norma se conservó esta exigencia aduciendo que esto era con el fin de que la investigación del delito que se cometa no se convierta en instrumento de persecución política, o del cualquiera otra índole, o en arma innoble para ejercitar venganzas".

Ya en la discusión final del artículo el Dr. ESTRADA VE-

---

85. ANALES DEL CONGRESO. N° 92, Año XIX. Ponencia para primer debate al proyecto de ley N° 79 de 1976, p. 1466.

LEZ propuso la eliminación de los dos incisos finales puesto "que cursa en el congreso una reforma constitucional de la justicia que de aprobarse, cambia radicalmente la estructura de los mecanismos del proceso penal. La investigación penal quedaría adscrita a la nueva Fiscalía General de la Nación y, esta reforma tendrá que ver sustancialmente con el Nuevo Código de Procedimiento Penal donde se desarrollará la función básica de promover la acción penal por parte del fiscal General."<sup>86</sup>

El Dr. GIRALDO MARIN abogaba por la conservación del último inciso y decía; "porque no podemos olvidarnos de la gente irresponsable, preocupada solamente por manchar de cualquier manera la vida de un empleado oficial honesto"<sup>87</sup>.

Finalmente, fue el Dr. ROSAS BENAVIDES quien cerró la discusión diciendo: "Respecto al ministerio Público como el único que podrá solicitar la acción penal, de conformidad al proyecto final, tampoco estoy de acuerdo porque cualquier persona podrá observar con mayor facilidad si el incremento patrimonial es o no justificado y es precisa-

---

86. ACTAS DE LA COMISION. Ob, cit., p. 160

87. ACTAS... Ob, cit., p. 161.

mente la opinión pública quien se da cuenta de ello",<sup>88</sup>

De esta forma, se llegó a la situación de que la acción penal podrá iniciarse por cualquier persona que a su consideración, sospeche o tenga prueba del enriquecimiento ilícito de un funcionario público.

#### 4.4 DIFICULTAD PROBATORIA

Dice FERREIRA en relación con la prueba de este delito: "Las pruebas para comprobar el incremento patrimonial, así como las que lo justifiquen, se valoran y producen conforme al Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente, no hay ritualidades especiales para ese efecto, como si las exigen muchas veces los códigos civiles o del comercio. Más aún, si se tiene en cuenta que tales pruebas, por orden de la ley misma, no podrán valorarse en contra del procesado para otros efectos distintos del penal, como serían los impositivos o disciplinarios, y deben permanecer en perpetua reserva. La reserva de esta prueba -bueno es advertirlo- impide la compulsión de copias pa-

---

88. ACTAS... Ob, cit., p. 161.

ra cualquiera de las partes que las solicite, así como para cualquiera autoridad distinta de la penal. En materia de copias como en la referente a tal reserva, no se rige en este caso por las normas comunes del Código de Procedimiento Penal, pues la orden es especial, dada en el artículo 148 del Código Penal.<sup>89</sup>

Fue preocupación de los redactores y ponentes de la norma, buscar un mecanismo probatorio que supliera de algún modo la dificultad probatoria que este tipo entraña.

El Dr. VELA ANGULO, a quien correspondió la ponencia del proyecto de ley N° 17/76 sugirió en pliego de modificaciones del proyecto en donde proponía toda una regulación legal de carácter preventivo, para en caso de ocurrencia de un enriquecimiento ilícito fuera la misma ley y no la presunción la que estableciera esa responsabilidad. Decía lo siguiente: "Nos ha parecido mucho mejor establecer directamente en la ley la obligación del empleado, trabajador o funcionario, de presentar la declaración de renta, tanto la suya como la de su esposa e hijos en el momento de posesionarse, y que la posesión no puede efec

---

89. FERREIRA, Francisco. Delitos contra... Ob, cit., p. 148

tuarse sin este requisito. Además hemos establecido la declaración jurada del empleado de decir en que asociaciones, sociedades, fundaciones, instituciones, tiene parte o es miembro".

Y más adelante continuó diciendo: "Cuando el empleado, funcionario, trabajador oficial o contratista o miembros de la corporación especial, termina sus funciones o vence el período y en caso de los empleados o funcionarios, cada año, están en la obligación de presentar la nueva declaración de renta la de ellos y su esposa e hijos, con las declaraciones de rigor. Este sistema me parece muy bueno para el control del enriquecimiento, aunque no efectivo en alto grado,..". Y sigue: "Además, el juez tendrá la facultad de pedir la exhibición de todos los libros y papeles y correspondencia de los empleados y funcionarios y miembros y contratistas del Estado. Sin ésta facultad del juez, toda justicia será negativa por falta de pruebas",<sup>90</sup>

No tengo conocimiento si de algún otro modo, este sistema

---

90. ANALES DEL CONGRESO. Año XIX N° 92. Ponencia para primer debate al proyecto N° 17/1976. p, 1467.

se halla en operancia, pero considero igualmente, que sería un mecanismo si por lo menos no muy eficaz si con el suficiente carácter intimidario para lograr su propósito, y lo más importante el suministro de una prueba legal y no presunta del enriquecimiento,

Mientras tanto, sostiene FERREIRA que "para obviar esta difícil comprobación del incremento se necesita la verificación del incremento patrimonial ocurrida durante el ejercicio del cargo público, la solicitud de explicación la valoración de su capacidad de producción que lo justifique. Pero nada más se podrá hacer" Y sigue diciendo: "No se trata de presumir ilícito el incremento como lo observa SOLER, sino de presumir no justificado todo aquel comprobado que carezca de explicación financiera, legal y contable. En otras palabras, que procesalmente este demostrada la incrementación patrimonial y su carencia absoluta de causa justa. No obstante el procesado es quien debe dar explicación que la justifique, por encima de lo comprobado en el proceso. Si no lo hace, su abstención se presume aceptación de su injusticia a tenor del artículo 148 cuando advierte que "el empleado oficial que.. obtenga incremento patrimonial no justificado".<sup>91</sup>

---

91. FERREIRA, Francisco. Delitos contra... Ob, cit., pp. 148-149.

## CAPITULO V

### EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO Y LOS

#### DECRETOS 1853/85 Y 56/86

El Decreto 1853 de 1985 por el cual se dictaron algunas - normas sobre procedimiento penal en materias relacionadas con la captura, medidas de aseguramiento y libertad provisional, se ocupó de manera especial del enriquecimiento - ilícito al lado de otras conductas que han sido objeto de tratamiento especial en decretos anteriores tales como el secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo, tráfico de estupefacientes y los delitos contra el orden económico; - llegando a ser considerado de esta forma como una de las expresiones más graves de delincuencia en nuestro medio.

Dice el artículo 14 del decreto: "Casos en que procede - la detención preventiva.- La detención preventiva procede en los siguientes casos:

1. Cuando el delito...
2. Cuando se trate de uno cualquiera de los delitos tipica

ficados en el Capítulo Primero del Título VII del Código Penal y del **delito de enriquecimiento ilícito**.

3. Cuando el procesado...

Igualmente, el artículo 16 del decreto dice: "Excepciones a las normas sobre libertad provisional.- No tendrán derecho a la libertad provisional prevista en el numeral 3 del artículo 44 de la ley 2 de 1984, los procesados por los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo; por los delitos tipificados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes cuando tengan pena de prisión que sea o exceda de dos (2) años y por los delitos de **enriquecimiento ilícito** y los consagrados en el Capítulo I del título VII del Código Penal y en el decreto 2910 de 1982.<sup>92</sup>

La filosofía general del decreto iba encaminada a reducir la población carcelaria implicando para ello dar facilidad para una posible excarcelación de los que estaban adentro y hacer en la mayoría de los casos innecesaria la detención preventiva para no tener que introducir más in-

---

92. Texto del Decreto 1853 de 8 de julio de 1985. Publicado por el periódico de El Espectador del día martes 9 de julio de 1985 en artículo titulado "Reformas Penales para reducir Población Carcelaria".

dividuos a las cárceles; de ahí, que, estar el enriquecimiento ilícito entre las conductas que si requieren de esa detención preventiva y las que exceptúan la excarcelación caucionada de que habla el artículo 44 de la ley 2 - de 1984 es ya de por sí de manifiesto la dureza con que la conducta requiere ser sancionada.

El Decreto 56 de 1986 se constituye en un retroceso frente a las medidas que se quisieron imponer mediante el 18-53/86 con respecto a la descongestión de las cárceles. Este decreto hace perder todos los beneficios de libertad que había conseguido la llamada delincuencia común modificando de esta forma el anterior.

Sin embargo, frente al enriquecimiento ilícito, la percepción que sobre el mismo tiene el ejecutivo no ha variado en ningún sentido. Es así como en los artículos 3 y 5 en los que modifica los artículos 14 y 16 del decreto 1853 - de 1985 respectivamente, deja idénticas las medidas para el enriquecimiento: la necesidad de detención preventiva y la prohibición de excarcelación caucionada del mismo.<sup>93</sup>

---

93. Texto del Decreto 56 de 1986. Publicado por el periódico de El Espectador del día domingo 12 de enero de 1986, pág. 9A, en artículo titulado "Dictan nuevas normas sobre procedimiento penal".

## CAPITULO VI

### LEGISLACION COMPARADA

Son muy pocas las legislaciones penales en Latinoamérica que han consignado en sus estatutos penales esta figura del enriquecimiento ilícito como especial modalidad delictuosa del funcionario público y las que lo hacen, tipifican la conducta de formas muy variadas dándole igualmente diversas consecuencias penales lo que nos hace pensar que cada tipificación corresponde a la idiosincracia del medio en donde se ha de aplicar porque no hay dos iguales, así unas sean modelos de las otras como es nuestro caso en relación con la legislación argentina.

Sin embargo, al hacer un análisis comparativo entre las dos legislaciones, vemos que la nuestra se aparta de una forma casi radical en sus alcances y consecuencias de la otra, así en apariencia parezca la misma norma.

La norma Argentina se encuentra consagrada en el Capítulo IX bis, artículo 268(2) y dice así: "Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados: Será reprimido -

con reclusión o prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años, al que al ser debidamente requerido no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable, suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta a su pedido y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento - será reprimida con prisión de 1 a 4 años".<sup>94</sup>

Tomando como base los comentarios que al respecto de la norma argentina hace el tratadista Carlos Creus en su obra "Delitos contra la Administración Pública" y comparándolos con nuestro análisis del artículo 148 tenemos lo siguiente:

El bien jurídico que se protege en ambas normas si es el mismo cual es, la administración pública en su aspecto de la honestidad del funcionario en el desempeño de su función.

---

94. LEVENE, Ricardo. Códigos Penales Latinoamericanos. Editora e Impresora La Ley, S. A., Buenos Aires, 1978, V. I, pág. 106.

La conducta en la norma argentina es la de "no justificar" el enriquecimiento indebido, en la nuestra es la de "obtener" el incremento injustificado. En la Argentina el delito se perfecciona con esa omisión. El enriquecimiento es una circunstancia del tipo algo que preexiste a la acción típica. En concreto la acción está constituida por la de no probar la procedencia del enriquecimiento, o en no hacerlo suficientemente. En nuestra legislación el incremento patrimonial injustificado es el resultado de la acción.

Procesalmente opera en todo su rigor el principio "indubio pro reo", dijo la CNFcd, Sala Crim y Correcc 28/5/68 LL, 131-681 "Aún cuando resulte sospechoso el acrecentamiento patrimonial, corresponde absolver al acusado si... existen motivos para admitir la posibilidad de que la adquisición de diversos bienes haya sido realizada con ahorros y mediante la obtención de préstamos". En nuestra legislación como ya lo explicamos, tal cosa no sucede.

El enriquecimiento debe tener el carácter de apreciable, en nuestra legislación no es menester tal carácter.

Para que la omisión de justificar sea típica, debe haber

mediado un debido requerimiento específico para que justifique el enriquecimiento. Este requerimiento no está sometido a un término de prescripción, puede ser hecho en cualquier tiempo estando el funcionario aún en el cargo o posteriormente sin límite en el tiempo. En nuestra legislación ese requerimiento se viene a realizar en la misma diligencia de indagatoria y no como una diligencia procesal previa mediante declaración o inspección judicial a la oficina del funcionario como sí se hace en Argentina.

Si tenemos en cuenta que la acción típica no es la de enriquecerse ilícitamente, sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, formalmente al menos, la ley no consagra una presunción: impone un deber y lo que pune es su incumplimiento. Ese es el núcleo del delito y allí nada se presume. Nuestro tipo sí es una presunción.

Se rechaza la tentativa por ser un delito omisivo. Entre nosotros también se rechaza pero no por esto, sino porque constituiría otro delito.

No admite la participación a nivel de complicidad ya que si la acción es la de no justificar y quien debe justificar es el autor no se distingue como aquella persona, pue-

de participar en tal omisión. La conducta de la persona interpuesta que resulta punible es la de haberse prestado a la disimulación del enriquecimiento; se trata de una actividad relacionada con la del autor pero delictivamente autónoma, de ahí que se establezca una pena menor para la persona interpuesta. En nuestra legislación sí da lugar a complicidad porque la persona interpuesta sí puede participar en la acción de obtener el incremento.

Por último, allí la prueba es secreta a petición del autor y no tiene el carácter de reservada como entre nosotros. <sup>95</sup>

Son pues, apreciables las diferencias entre las dos normas, lo que nos lleva a concluir que nuestro tipo es original y no una copia del argentino como algunos sostienen, lo que es modelo es la necesidad de su incorporación en la legislación penal.

Otras legislaciones en las que encontramos consignada esta conducta o alguna en relación con ella son las siguientes

---

95. CREUS, Carlos. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, págs. 416 a 428.

tes:

**BOLIVIA:**

Artículo 149 (Omisión de declaración de bienes y renta)  
 "el funcionario público que conforme a la ley estuviere  
 obligado a declarar sus bienes y rentas a tiempo de to-  
 mar posesión de su cargo y no lo hiciere, será sanciona-  
 do con multa de 30 días".<sup>96</sup>

**COSTA RICA:**

(Ley 4573 de 30 de abril de 1970) Artículo 344 "Será  
 reprimido con prisión de 6 meses a 2 años el funcionario  
 público que sin incurrir en un delito más severamente pe-  
 nado:

1. Aceptare una dádiva...
2. Utilizare con fines de lucro...
3. Admitiere dádivas que...
4. No justificare, al ser debidamente requerido, la pro-  
 cedencia de un incremento considerable a su patrimo-  
 nio posterior a la asunción del cargo público".<sup>97</sup>

---

96. LEVENE, Ricardo y ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Códigos Penales La-  
 tinoamericanos, Ob. Cit, pág. 222.

97. LEVENE y ZAFFARONI. Ob. Cit., pág. 534.

**PUERTO RICO:**

Artículo 200. Enriquecimiento ilícito de funcionario público "será sancionado con pena de reclusión por un término máximo de 6 meses o multa máxima de 500 dólares o ambas penas a discreción del tribunal, el funcionario o empleado público que para obtener lucro económico, personal o de un tercero, utilizare información o datos que sólo hubiera podido conocer con motivo del ejercicio de su cargo o de sus funciones, deberes o encomienda".<sup>98</sup>

**EL SALVADOR:**

(Decreto 270 de 13 de febrero de 1973) Enriquecimiento ilícito. Artículo 447 "el funcionario o empleado público que sin incurrir en alguno de los delitos de este capítulo, se enriqueciere sin justa causa, a costa de la Hacienda Pública o Municipal, será sancionado con prisión de 6 meses a 6 años. Se presume enriquecimiento ilícito el aumento de capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido

---

98. LEVENE y ZAFFARONI, Ob. Cit., Vol. III, pág. 434.

legalmente y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa justa".<sup>99</sup>

**BRASIL:**

(Ley 6016 de 31 de diciembre de 1973) sanciona con reclusión de 3 a 10 años la "violación de un deber funcional con fin de lucro", que aunque no es exactamente igual al texto propuesto en el proyecto de ley, sí busca idénticos propósitos.<sup>100</sup>

---

100. ANALES DEL CONGRESO. Año XIX, No. 92. Ponencia para primer debate al proyecto de ley No. 79 de 1976. Referencia citada por el doctor Estrada Vélez, pág. 1466.

## CONCLUSIONES

A través de todo el trabajo, hemos visto los puntos aludidos que el tipo de Enriquecimiento Ilícito genera, - partiendo no de su aplicabilidad, sino comenzando con sus deficiencias en el cumplimiento de los principios de la - dogmática penal. Es así, como encontramos primeramente, dificultad con el objeto material del tipo, seguidamente con el conflicto de la violación del principio del "indubio pro reo" y posteriormente con la problemática de la dificultad probatoria. A más de otros conflictos que ya fueron señalados en las partes pertinentes del escrito.

Mi propósito con la presente tesis no ha sido el de dar soluciones a dichos conflictos que el tipo acarrea, sino más bien patentizarlos y ofrecer una alternativa en donde puedo entreverla, aunque no dejo de expresar que mi incursión y estudio del delito, me ha resultado fascinante.

En relación con el objeto material, deseo señalar las dificultades que encontré para una correcta ubicación del mismo.

El doctor Gómez Méndez opina que el objeto material, es real y que está constituido por los bienes a través de los cuales se concreta el incremento patrimonial no justificado. En su debido momento, disentí de su opinión, con base en el hecho de que la palabra "bienes" no aparece en el tipo y dicha consideración se constituiría en violación del principio de la tipicidad.

En igual imprecisión a mi sentir, incurre el doctor Cancino en su obra del Enriquecimiento Ilícito al considerar que el objeto material es indeterminado pero determinable en cada caso concreto.

Al hacer un estudio del tipo, decidí ubicar el objeto material como fenomenológico de carácter natural por ser la expresión "incremento patrimonial no justificado" una que respondería a dicho concepto en consideración de ser un fenómeno que se da en la realidad natural pero no es directamente perceptible a los sentidos sino a la razón.

No niego el hecho de que un incremento patrimonial para que sea tal, debe ser constituido por bienes materiales o inmateriales que ingresen al patrimonio de una persona, pero en la forma como ha sido tipificada la conducta, en

ningún momento podríamos decir que el objeto material es real y menos que será determinable en cada caso concreto.

Diría entonces, que será un objeto material fenomenológico que se concretaría en "cosas corporales de diversa índole" en donde objetivamente se evidenciaría el incremento patrimonial del funcionario, de la misma forma por ejemplo que en el falso testimonio el objeto material se concreta en "el hecho falso": las palabras y conceptos falsos que emite el sujeto activo del sujeto pasivo; en nuestro tipo, el incremento ilícito se evidenciaría a los sentidos en un carro, una casa, un viaje a Europa, etc., que están fuera del alcance económico del sujeto activo y que a la percepción de terceros son base de un incremento patrimonial sin justificación aparente.

El hecho de que el incremento se concrete en una cosa corporal o incorporeal no logra cambiar el tipo de objeto material al que responde el ilícito ya que la tipicidad no puede predicarse sobre cosas fuera de ella misma como sugieren los dos autores que he mencionado.

La solución del problema sería indudablemente una nueva

redacción de la norma que no acarreará estos problemas en la tipicidad.

Una sugerencia sería redactarla de la siguiente manera: - "El empleado oficial que por razón del cargo o de sus fun ciones, obtenga **díneros u otro tipo de bienes** que conformen un incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito incurrirá...".

Con esta tipicidad el objeto material sí sería específica mente real: Dinero u otro tipo de bienes y la expresión "incremento patrimonial no justificado se constituiría en ingrediente normativo del tipo.

Ahora, en cuanto al problema de la violación del principio del "indubio pro reo" es más difícil de solucionar pero podría también optarse por la fórmula de la legislación Argentina en el sentido de hacer que la conducta no sea la obtención sino la no justificación del enriquecimiento y que en el caso de que prevalezca duda se le absuelva y no que se le condene como sucede aquí.

Por último, la dificultad probatoria estriba en las pocas facultades concedidas a los jueces de instrucción en la

investigación de los delitos. Son ellos los que tienen que buscar la prueba en contra del funcionario y no éste suministrar su defensa; el juez deberá tener la facultad del juez civil en los casos de concordato y quiebras de comprometer para el sumario todos los bienes, documentos, correspondencia y demás papeles que pudieran comprometer la inocencia del funcionario a fin de preverse de la prueba, al igual que la práctica de la presentación de la declaración de renta y patrimonio a la asunción y abandono del cargo lo mismo que la declaración jurada de su pertenencia en asociaciones y sociedades.

## BIBLIOGRAFIA

ANALES DEL CONGRESO. Año XIX, Nos.39; 82; 92 de 1976.  
Proyectos de Ley No. 17/1976 y 79/1976.

ANTEPROYECTOS DEL CODIGO PENAL COLOMBIANO. Edición Oficial. Revisada y dirigida por Alfonso Reyes Echandía, Junio de 1974.

ARENAS, Antonio Vicente. Comentarios al Código Penal - Colombiano. Tomo I, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, 4a. Edición, 1983.

ARENAS, Antonio Vicente. Comentarios al Código Penal - Colombiano. Tomo II, Parte Especial, Volumen I, - Editorial Temis, Bogotá, 1983.

CANCINO MORENO, Antonio José. El delito de Concusión - en el Nuevo Código Penal Colombiano. Editorial Librería del Profesional, 1a. Edición, 1982.

CANCINO MORENO, Antonio José. El objeto material del delito. Universidad Externado de Colombia, 1979.

CANCINO MORENO, Antonio José. El delito de Enriquecimiento Ilícito. Editorial Librería del Profesional, 1986.

CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho Laboral Colombiano. 4a. Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

COLEGIO DE ABOGADOS PENALISTAS. Actas de la Comisión Redactora del Nuevo Código Penal Colombiano, Tomo I, Parte General.

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Jorge Ortega Torres. - 8a. Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1976.

CREUS, Carlos. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I, Teoría General del Proceso. 8a. Edición, Editorial ABC, Bogotá, 1981.

FERREIRA DELGADO, Francisco. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Temis, Bogotá, 1983.

GIRALDO MARIN, Luis Carlos. Actas del Nuevo Código Penal Colombiano. Tomo II, 1980.

- GOMEZ MENDEZ, Alfonso y Otros. Derecho Penal Especial, Universidad Externado de Colombia, 1a. Edición, 1985.
- LEVENE, Ricardo y ZAFFARONI, Eugenio. Códigos Penales - Latinoamericanos. Editora Impresora La Ley S. A., - Buenos Aires, 1978, Tomos I, II y III.
- MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Volumen III. Editorial Temis, Bogotá, 1972.
- MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano. Editorial Temis, Bogotá, 1976.
- NUEVO CODIGO PENAL. Edición Oficial. Bogotá, Imprenta - Nacional, 1980.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. Parte General. - Universidad Externado de Colombia, 8a. Edición, 1981.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. La Tipicidad. Universidad Externado de Colombia, 3a. Edición, 1981.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. La Antijuridicidad. Universidad Externado de Colombia, 3a. Edición, 1981.

REYES ECHANDIA, Alfonso. La Culpabilidad. Universidad Externado de Colombia, 2a. Edición, 1982.

RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Derecho Administrativo. - Teoría General, Tomo I, Editorial Librería del Profesional, 1981.

RODRIGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. 2a. Edición, Editorial Temis, 1984.