

Es posible hablar de concurso entre Peculado por apropiación y Enriquecimiento ilícito de particulares?*

Cada vez es más común observar pronunciamientos judiciales en los cuales al ciudadano, que no ostenta la calidad de servidor público, se le imputa el delito de apropiación a favor de terceros o para sí¹ y a su vez, se le deduce el cargo por enriquecimiento ilícito². Esta práctica que a veces obedece más a formulas conceptuales propias del populismo punitivo, no nacidas de *lege data*, sino creadas por los mismos operadores jurídicos, tiene graves objeciones dogmáticas. Por lo demás, cuando a un ciudadano – que no es servidor público - se le imputa el delito de Peculado por apropiación, en el que el beneficiario es un tercero o él mismo, y a su vez, se le hace pasible de enriquecimiento ilícito, se ve en ello no solo la imprecisión dogmática, sino que vislumbra para el sentido común una grave injusticia.

¹ **Art. 397. Peculado por apropiación.** El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos para fiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

² **Artículo 327. Enriquecimiento ilícito de particulares.** [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por lo general, los ilícitos referenciados, derivan de una serie de comportamientos propios de organizaciones criminales en las que resulta afectado el erario público. Y es esta la razón por la que creemos en muchos de los casos, prevalece un componente emocional en la aplicación del derecho, al calificar dichos comportamientos como los más reprochables en el marco de lo que se conoce como la corrupción. Sin embargo, pese al amplio margen de libertad que acompaña al funcionario judicial cuando de interpretar la norma penal se trata, lo cierto, es que una de las maneras de evitar que se incurra en la arbitrariedad es acudir a los instrumentos conceptuales que brinda la dogmática. Más como un modo de limitar el poder punitivo del Estado.

Muchos de los Jueces de la República y Tribunales Superiores de Distrito, han venido aplicando para el *extraneus*, casi que de modo automático, a la apropiación de unos dineros, sea para sí o para terceros, el delito de Enriquecimiento ilícito. Porque consideran que los bienes o dineros, ingresaron injustificadamente al patrimonio, ora del procesado o de un tercero, es decir, que con la apropiación se produjo un incremento patrimonial.

Por lo general, no existe mayor abundancia de argumentos para explicar razonablemente el por qué del concurso heterogéneo³, excepto porque consideran que con una sola conducta, se afectaron dos bienes jurídicos diferentes. En el Peculado se afecta la Administración pública y en el enriquecimiento ilícito el orden económico y social. O incluso, en la mayoría de ocasiones, se afirma que la conducta del procesado facilitó la colocación de dineros a favor de terceros, y simultáneamente, afirma, que con su conducta, contribuyó a ese incremento patrimonial injustificado. ¡mayor tautología no podemos encontrar en este tipo de razonamiento!.

³ **Artículo 31. Concurso de conductas punibles.** El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas. [Modificado por el artículo 1 de la Ley 890 de 2004] En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años. Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente. Parágrafo. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.

Sin duda, el criterio fundamental para agrupar las diversas figuras delictivas en la parte especial es el bien jurídico, noción que en muchas ocasiones los textos legales no definen, como ocurre en el caso del “ Enriquecimiento ilícito de particulares”. Porque aquí se termina acudiendo a construcciones dogmáticas y político criminales o incluso a las veleidades del interprete. Para nuestro caso, tanto en el delito de “ Peculado por apropiación” como el de “ Enriquecimiento ilícito de particulares” nos encontramos frente a bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, en el uno se protege como objeto genérico el interés público en lo atinente al normal funcionamiento de la administración pública, teniendo como objeto específico la seguridad de los bienes pertenecientes a la administración pública y el deber de fidelidad del funcionario hacia el patrimonio público. De otro lado, en el Enriquecimiento se protege supuestamente la “ moral social”⁴, en la que indirectamente se ha querido implicar el orden económico y social, sin un verdadero anclaje real y objetivo.

Es que el término “moral social” no es un bien jurídico claramente identificado y delimitado materialmente, es un concepto demasiado gaseoso en cuanto a su lesividad, tal como lo puso de presente el Tribunal Constitucional Portugues en la sentencia 179 del año 2012 cuando declaró la inexequibilidad del delito de “ Enriquecimiento ilícito” tanto de servidores públicos como de particulares, alegando precisamente ese carácter etéreo del bien jurídico que se decía proteger.

⁴ El delito de “ Enriquecimiento ilícito de particulares”, se contempló más como una medida político – criminal contra el flagelo del narcotráfico, y paulatinamente se interpretó dicha figura como una forma de contención de los actos de corrupción en los que participan los particulares, a tal punto, que la misma Corte Constitucional en la sentencia C- 319 de 1996, terminó por afirmar que el bien jurídico en dicha delincuencia, viene dado por la protección de la “ moral social”, pero los grandes constructos teóricos en torno a la moral como medio de control social, la definen como el gobierno de la vida íntima del ser humano y su aplicación pertenece únicamente al mundo de la espiritualidad de cada persona y no es posible derivar sanciones ni elementos de fuerza para alterarla, esa denominación adoptada por la Corte Constitucional de “ moral social” es tan absurda, como pensar en el término “ intimidad pública”, y por ello, resulta valioso la opinión disidente de los magistrados que salvaron su voto, porque nos permite entender sino que tal forma de aplicar la ley resulta de una chocante ilogicidad.

Los Magistrados que salvan el voto en la referida sentencia, consideraron que la moral social definida por la Corte como bien jurídico a proteger en el delito de “ Enriquecimiento ilícito de particulares”, no es nada distinto a una construcción ad-hoc, simplemente instrumental, pero que lleva a una profunda contradicción, porque con ello, se le concede carácter autónomo al enriquecimiento de particulares y subsidiario, porque así lo consagra la misma ley, al enriquecimiento del servidor público....”

Por lo mismo, que la función de orientación del bien jurídico para casos como el que nos ocupa, si bien es necesario, no puede ser suficiente para deducir un concurso ideal de hechos punibles, adicional que la aplicación concursal de los tipos penales conduce a profundas iniquidades.

Hemos sostenido que frente a los dos tipos penales en cuestión solo hay un concurso aparente, entendido éste cuando el contenido de ilícito de un hecho punible ya se encuentra contemplado en otro tipo penal, motivo por el cual el autor comete solamente una lesión a la ley penal, situaciones que se presentan porque se presente una relación de especialidad, o de subsidiariedad o de consunción, o de alternatividad.

El profesor *Eugenio Raúl Zaffaroni*⁵, señala cómo existen supuestos en los que parece que concurren varios tipos penales, pero que dicho fenómeno es sólo aparente. Porque en la interpretación adecuada de los tipos la concurrencia resulta descartada, dado que uno de los tipos excluye al otro o a los otros y ello porque muchas veces, se presenta superposición de elementos comunes, razón por la que uno de ellos aprehende en forma total el hecho y el otro u otros lo hacen de manera parcial, de modo, que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes.

Todo finalmente se debe resolver en una cuestión de hermenéutica, en la medida que la Ley 599 de 2000 no contempla criterios metodológicos para dilucidar el concurso aparente de tipos penales, por eso la doctrina ha desarrollado los principios atrás descritos, como derroteros interpretativos para distinguir cuando estamos frente a un verdadero concurso de leyes penales o uno aparente.

El solo afirmar que existen dos bienes jurídicos diversos que proteger no agota ese proceso hermenéutico, en la medida que ha de interpretarse que el desvalor propio del peculado por apropiación en su resultado fenomenológicamente hablando consumió el resultado del enriquecimiento ilícito de particulares. El delito contra la administración pública en la medida

⁵ Zaffaroni, Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Edit. Ediar, 1994, p. 626.

que significa un acrecimiento patrimonial para sí o para terceros, agota el contenido prohibitivo del enriquecimiento ilícito de particulares, caracterizado en su esencia precisamente por ese acrecimiento patrimonial.

Generalmente, los operadores jurídicos no son capaces de brindar conceptualmente una distinción entre el resultado lesivo en uno y otro tipo penal, y terminan, exponiendo un argumento circular; la conducta peculadora permitió poner en manos de terceros o propios recursos del erario público y la conducta de enriquecimiento contribuyó a ese incremento patrimonial injustificado a favor de terceros o de sí mismo. Dónde radica entonces la diferencia?, naturalmente que no existe.

Al ciudadano que se encuentra en esta situación, se le pune dos veces por el mismo hecho, desconociendo la prohibición de doble incriminación por el mismo hecho – *Non bis in ídem* -⁶.

Es que sólo existió una sola voluntad realizadora; el incremento patrimonial como una prolongación del estado consumativo del “ Peculado por apropiación”, sin que pueda multiplicarse artificialmente ese incremento para deducir dos tipos penales por el mismo aumento económico en el patrimonio. Nótese que no hay siquiera un aumento del contenido

⁶ **Artículo 29º.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

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

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, **y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.**

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (Constitución Política)

Artículo 8. Prohibición de doble incriminación. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales. (Código penal).

de injusto del hecho, es el mismo objeto material, que se traduce en los caudales públicos que ingresan al peculio de terceros o del propio patrimonio.

Es una apreciación de simple lógica, no puede existir apropiación sin acrecimiento, *ergo*, lo uno implica lo otro, no pueden fenomenológicamente ser separados los incrementos patrimoniales, para señalar que se trata de dos delitos diversos porque violan dos bienes jurídicos, cuando precisamente el resultado de uno absorbe al otro – *lex consumens derogat legi consumptae* -. Como señala Zaffaroni, el peculado consume el contenido material de la prohibición del enriquecimiento, porque el primero conlleva en si un enriquecimiento, hay una verdadera relación de necesidad entre ambos en la medida, a fuerza de vernos reiterativos, que el incremento patrimonial implica enriquecimiento. No puede separarse artificialmente la acción de apropiarse (Peculado), de apoderarse (Hurto), de engañar (Estafa) de la obtención del provecho económico, del aumento en mi patrimonio, porque la acción es una misma fenomenológicamente hablando. Separarlas sólo se puede hacer de modo artificial y artificiosamente.

Es simplemente acudir a la lógica del sentido común, porque bastaría preguntarse cómo concebimos un hurto sin enriquecimiento, o una estafa sin ese acrecimiento, la pregunta es elemental, cuál es el *plus* en el delito de “Enriquecimiento ilícito de particulares” que permita hablar de dos comportamientos jurídico penal relevantes con penas aplicables simultánea y concurrentemente?.

Se trata de una sola conducta con un solo resultado lesivo, que es el aumento del haber patrimonial a favor de un tercero o de sí mismo, una relación de identidad material entre los objetos por su contenido económico. Como afirma la doctrina Argentina ante la hipótesis “*en que el delito previo sea la obtención de una cosa mediante ardid – estafa – y el hecho posterior sea la retención indebida de esa cosa obtenida mediante ardid. Aquí, la tipicidad de la estafa descarta (o implica) la de la retención indebida*”, sería como imaginar un peculado sin apropiación, indudablemente en la esencia del peculado está la apropiación y por ende, la correlativa despatrimonialización al Estado, ¡ y por esa despatrimonialización y acrecimiento del patrimonio del sujeto agente, también se lo reprime, haciéndolo responsable

del delito de “ Enriquecimiento ilícito de particulares” !. Una cosa no puede existir sin la otra, además, en últimas el delito de enriquecimiento ilícito protege el erario público, desarrollando el artículo 34 de la C. Pol.

Por otra parte, poner a concursar ambos tipos penales, comporta una grave afrenta al principio de igualdad⁷. Ello porque el tratamiento dispensado al servidor público en contraste con el del particular, en los cuales se profiere condena por el delito fuente, es completamente discriminatoria con respecto al particular. Mírese que punir simultáneamente ambas delincuencias significa una verdadera aporía.

En el enriquecimiento ilícito del servidor público, advierte la norma que la conducta punible se presenta **“ siempre que no constituya otro delito”**, de modo que es indudable que se trata de un tipo penal subsidiario, cuestión que incide en la imposibilidad de que se presente un concurso de figuras delictivas en las cuales se obtenga por parte del servidor público un incremento patrimonial. Así, demostrado el “ Peculado por apropiación” en el que incurrió el funcionario y condenado por éste, no puede ser condenado simultáneamente por el delito de “ Enriquecimiento ilícito” previsto en el artículo 412 del C. Penal⁸.

⁷ **Artículo 13º. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades** y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (Constitución Política.

Artículo 7º. Igualdad. La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la Constitución Política.

⁸ **Art. 412º. – Enriquecimiento ilícito.** El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, **siempre que la conducta no constituya otro delito**, en prisión...”

Extrañamente la misma situación se aplica de modo desfavorable al particular, porque a éste si se le condena por ambos delitos, a quien por cierto ni siquiera se le han discernido deberes especiales de fidelidad para con la administración, que justifiquen un trato más gravoso, y en consecuencia, lo correcto sería recibir un tratamiento penal más benigno. Sino mírese, la degradación de la pena por su condición de *extraneus* en contraste con los aumentos punitivos en delitos en los que interviene el funcionario público; o el aumento del término de prescripción para el empleado público.

Es que la tesis de la no represión del delito de enriquecimiento ilícito al servidor público cuando se ha probado y condenado por el delito fuente, fue reconocida en aquélla tan controvertida sentencia C-319 del año 1996, en la cual tuvo la oportunidad la Corte Constitucional de revisar la exequibilidad del delito de Enriquecimiento ilícito. De manera, que no se entiende por qué motivo razonablemente fundado dicha postura no se aplica al ciudadano común, a quien el juicio de reproche es menor, porque precisamente no se le disciernen deberes especiales.

Recordemos lo dicho por la Corte en torno a la imposibilidad de condenar por el delito de Enriquecimiento ilícito en caso de condena por el delito fuente:

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

Así las cosas, hay un tratamiento disímil, inequitativo y por lo mismo discriminatorio, en virtud de que el mismo supuesto de hecho se está aplicando de modo diverso para el empleado público y para el ciudadano que no tiene esa especial calidad, y constitucionalmente no existe razón admisible alguna para ese trato. No se trata de una discriminación positiva que autorice excepcionar el principio general de igualdad ante la ley, es todo lo contrario, una discriminación negativa sin fundamento legal y constitucional válido.

Como sabemos el delito de enriquecimiento ilícito, tanto para servidores públicos como para particulares, tiene por objeto evitar que los delitos de los que proceden los bienes queden impunes. El propósito siempre fue castigar a través del nuevo delito, los delitos cometidos con anterioridad y no esclarecidos procesalmente, por lo mismo que la descripción típica siempre acuda al término “ injustificado” del incremento patrimonial.

Art. 412.- Enriquecimiento ilícito.	Art. 327. Enriquecimiento ilícito de particulares.
El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o <u>para otro</u> , <u>incremento patrimonial injustificado</u> , incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de...	El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o <u>para otro</u> , <u>incremento patrimonial no justificado</u> , derivado de una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de...

Se trata de un delito que parte del dato fáctico de las inocultables dificultades que genera la prueba de una actividad delictiva cometida por el empleado público, que es la que origina la presencia del patrimonio que no puede explicar razonablemente. Para paliar estas dificultades se crea un delito basado en la presunción de que el enriquecimiento que no puede justificarse a partir de las actividades conocidas del sujeto debe proceder de una actividad delictiva. Esta *ratio legis* o *thelos*, no solo opera para el servidor público sino también para el particular, como un modo de contrarrestar políticamente el narcotráfico, la corrupción privada, etc., de modo, que no existe explicación racional que justifique un trato diferenciado entre el servidor público y el particular cuando se ha probado y condenado por el delito fuente, a no ser que se quiera desconocer el principio de igualdad.

Es que la tesis del concurso puede llegar al absurdo, de que si en el delito de peculado por apropiación concurren servidor público y particular, ambos plenamente identificados, entonces, indudablemente por expresa exigencia del tipo penal previsto en el artículo 412 del C. Penal, el servidor público no sería sido condenado por “ Enriquecimiento ilícito”, pero al particular, según el pensamiento de un grueso número de funcionarios judiciales, si pudiera ser condenado. Cómo explicar tan aberrante y notoria iniquidad?

Esta configuración del delito está penalizando el enriquecimiento ilícito como medio para reforzar la protección de un bien jurídico previamente vulnerado por el delito del que proceden los bienes, de tal manera que su tipificación tiene un fin **preventivo general**. En tanto se pretende hacer desistir de su propósito al potencial delincuente al disminuir sus posibilidades de disfrutar del dinero de origen delictivo, justamente porque la norma va dirigida a la evitación del delito previo que no se ha descubierto. Entonces, cabe la observación de política criminal; si ya por el delito fuente fue reprimido el particular, esto es, el delito de “ Peculado por apropiación” en calidad de interviniente, qué función preventiva cumple la aplicación de la pena por el delito de “ Enriquecimiento ilícito de particulares”. Indudablemente ninguna, o si, hay una; el fin simplemente expiatorio y de vindicta pública – como se infiere de los permanentes calificativos con los que se redactan muchos fallos - , pero que jurídicamente no deja de ser un doble castigo por una sola conducta y un solo resultado, un castigo que por adicional e injustificado se torna en excesivo.

**Artículo elaborado por Estudio Jurídico Pérez & Asoc.*