

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado Ponente

SP097-2020

Radicación n° 47460

(Aprobado acta n°. 17)

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veinte (2020).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte decide de fondo sobre el cargo primero de la demanda de casación presentada por el defensor de Rosse Mary Espinal Parra, contra la sentencia proferida el 23 de octubre de 2015 por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad y condenó a la procesada como autora del delito de lavado de activos, en concurso con el de enriquecimiento ilícito de particulares.

HECHOS

El 24 de marzo de 2011, aproximadamente a las 23:00 horas, en el Aeropuerto Internacional El Dorado, de esta ciudad, arribó, procedente de Madrid, España, Rosse Mary Espinal Parra, quien al ser abordada por personal de la Policía Fiscal y Aduanera para que declarara el dinero que portaba, indicó que llevaba consigo cuatro mil quinientos (4.500) euros para cubrir los gastos de estadía.

Sin embargo, al ser llevada a la oficina de la DIAN para realizar el conteo de la suma declarada, y ser objeto de requisa por la patrullera Laura Fernanda Orozco Vásquez, en compañía de la funcionaria Diana Pastrana, se le observó a la pasajera un abultamiento sospechoso en medio de sus piernas, quien señaló que se trataba de dinero y procedió a retirarlo. Luego, al preguntársele si traía más, indicó que sí, en sus genitales por lo cual, se dirigieron a un sanitario donde de manera voluntaria ella misma lo extrajo y lo entregó a las autoridades, dando como resultado la incautación de doscientos veinte (220) billetes de 500 euros, siete (7) billetes de 200 euros, y veintiún (21) billetes de 100 euros, para un total de ciento trece mil quinientos euros (113.500), por lo que, de inmediato, se produjo su captura.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 26 de marzo siguiente, ante el Juzgado 40 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá, se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización de captura en flagrancia, formulación de imputación por los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares, cargos que no aceptó Rosse Mary Espinal Parra, quien no fue afectada con medida de aseguramiento¹.
2. El Fiscal 29 de la Unidad de Lavado de Activos presentó el escrito de acusación el 25 de abril de ese año, por las mismas conductas punibles, previstas en los artículos 323 y 327 del Código Penal². La respectiva formulación se realizó el 4 de mayo posterior, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esta ciudad³.
3. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 10 de septiembre de 2012⁴ y el juicio oral se desarrolló en varias sesiones que iniciaron el 25 de agosto de 2014⁵ y culminaron el 7 de octubre siguiente, fecha última en que se anunció sentido de fallo condenatorio⁶.
4. Consecuente con ello, el 17 de febrero de 2015, el despacho dictó sentencia en la que condenó a Rosse Mary Espinal Parra, como autora responsable del delito de lavado de

activos, en concurso con el de enriquecimiento ilícito de particulares, a la pena de 120 meses prisión, multa de 11.282 salarios mínimos legales mensuales vigentes y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la sanción privativa de la libertad. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria⁷.

4. El 23 de octubre de ese año, la Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho del Dominio, del Tribunal Superior de esta ciudad, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de la procesada, confirmó en su integridad la decisión del A quo⁸.

5. En providencia del 30 de noviembre de 2016, esta Corporación inadmitió la demanda de casación presentada por el defensor de Rosse Mary Espinal Parra, el cual hizo uso del mecanismo de insistencia ante el Magistrado José Francisco Acuña Vizcaya, quien estimó que al libelista le asiste razón, pero sólo frente al primer cargo y que la decisión de inadmisión se debe mantener en relación con las otras censuras.

6. La anterior solicitud fue aceptada en auto AP1562-20179, por lo cual, el 9 de octubre posterior se llevó a cabo la correspondiente audiencia de sustentación¹⁰.

FUNDAMENTOS DEL CARGO ADMITIDO

Al amparo de la causal primera, del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el defensor de Rosse Mary Espinal Parra acusa la violación directa, por indebida aplicación del artículo 327 del Código Penal, que tipifica el delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

Asegura que, el fallador erró al determinar la responsabilidad de su asistida frente a un concurso heterogéneo de delitos, cuando en realidad desplegó una sola conducta, inescindible y autónoma, que debe adecuarse tan solo en el punible de lavado de activos.

A juicio del censor, no se puede aceptar que a partir de los mismos actos exteriorizados su

defendida, se diga que ellos también estructuran el injusto de enriquecimiento ilícito de particulares, máxime cuando, en soporte de esa postura, el juez plural acudió a la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal que, si se mira en todo su contexto, lo que determina, en contrario, es que por tratarse de delitos autónomos, de no lograrse escindir los actos exteriorizados por el agente, se estaría ante un concurso aparente de conductas.

Así ocurre en el presente asunto, el cual se debe resolver escogiendo el tipo penal de mayor riqueza descriptiva, que no es otro que el de lavado de activos, en cuanto encaja perfectamente en el comportamiento desplegado por la procesada. En tanto que, el enriquecimiento ilícito de particulares lo fue a favor de terceros, por lo que hay claridad en que el dinero no es de propiedad de Espinal Parra y la cuantía del delito se fijó por el valor de los euros que le fueron encontrados.

En esas condiciones, no es posible dividir la conducta investigada porque las divisas, su procedencia y los terceros son iguales para uno y otro delito y tampoco se puede señalar que se presenta un concurso efectivo.

Con base en un segmento de la sentencia dictada por la Corte el 16 de julio de 2014, dentro del radicado 41800, citada por el Tribunal, afirma el demandante que las cantidades incautadas a su defendida no eran de ella, pues una vez introducidas al país debía entregarlas a sus propietarios. Luego, si no ostentó la personería de esos dineros, entonces solo podía ser condenada por el injusto de lavado de activos, en virtud del principio de consunción.

Concluye que la correcta aplicación del artículo 31 del Código Penal y de los precedentes jurisprudenciales sobre concurso real y aparente, habría conducido a la condena de la procesada tan solo por el delito de lavado de activos.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El defensor ratifica los fundamentos del cargo admitido.

2. La señora Fiscal delegada ante esta Corporación resalta, conforme a la jurisprudencia, que el enriquecimiento ilícito de particulares y el lavado de activos son conductas punibles que, si bien atentan contra el mismo bien jurídicamente tutelado, difieren en cuanto a su estructura y elementos normativos.

En algunos eventos esos delitos pueden concursar de manera efectiva, siempre y cuando se acrediten los ingredientes presupuestados para cada uno, escenario que, en su criterio, no acontece frente al punible descrito en el artículo 327 del Código Penal.

Lo anterior porque la tenencia de los 113.500 euros incautados, no es razón suficiente para concluir que provienen de una actividad ilícita, como tampoco que con ellos se incrementó injustificadamente el patrimonio de la procesada, máxime cuando el Ad quem reconoció que éste, como muchos otros casos, responde a aquellos a los que se acude a la figura de las llamadas mulas o correos humanos para ingresar de manera clandestina ganancias de actividades ilegales desarrolladas y consumadas en el exterior.

Enfatiza que el ocultamiento de divisas es un acto propio del blanqueo de capitales, conducta que ineludiblemente genera acrecentamiento injustificado del patrimonio.

La forma en que transcurrieron los hechos, así como las manifestaciones de la implicada a la agente captora, evidencian que ésta no ostentaba la titularidad sobre las divisas incautadas y que, por el contrario, su labor se limitó a entregar el patrimonio a un tercero.

Concluye que no se actualizan los ingredientes normativos del enriquecimiento ilícito y solicita se case parcialmente la sentencia para absolver a la procesada por ese comportamiento punible.

3. La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, es del criterio que no se debe

casar el fallo impugnado, en seguimiento de los precedentes jurisprudenciales de esta Corporación.

Estas son sus razones:

3.1. Los medios probatorios allegados demuestran la existencia de dos conductas distintas, siendo el enriquecimiento ilícito un delito subyacente y autónomo al de lavado de activos. Aunque protegen el mismo bien jurídico, la Corte ha reiterado que difieren en cuanto a su naturaleza, estructura, juicio de reproche y ámbito normativo.

3.2. La forma en que la procesada transportaba las divisas, aunado a las manifestaciones elevadas a la agente que realizó la captura, sin que demostrara el origen lícito del capital, permite establecer que, en lo que respecta a la tipicidad del lavado de activos, portó, resguardó y ocultó el origen ilícito de los dineros.

3.3. También obtuvo un incremento patrimonial no justificado, emanado de una actividad ilícita; llevó consigo una cantidad considerable de dinero, no dio explicación razonable de aquél y manifestó que este tenía como objetivo ser entregado a una tercera persona, con lo que se configura el enriquecimiento ilícito de particulares.

Así las cosas, se estructura el concurso ideal, no aparente, de conductas punibles.

CONSIDERACIONES

1. La Corte centrará su atención en definir si, como lo postula el demandante, los juzgadores aplicaron indebidamente el artículo 327 del Código Penal que tipifica el delito de enriquecimiento ilícito de particular y, por tanto, se equivocaron al condenar a Rosse Mary Espinal Parra por un concurso heterogéneo de delitos, cuando, en realidad, desplegó una sola conducta, inescindible y autónoma que debe adecuarse únicamente en el punible de lavado de activos.

2. Para dilucidar el anterior planteamiento, se hará una breve referencia a: i) la diferencia entre el concurso real y el aparente de delitos, ii) la estructura típica del lavado de activos y del enriquecimiento ilícito de particulares, iii) el criterio de la Corte sobre la posibilidad de un concurso real entre ambas conductas y, iv) a las consideraciones plasmadas en la sentencia recurrida. Por último, resolverá el caso concreto.

2.1. En términos generales, el concurso real o material se presenta cuando una misma persona realiza varias acciones independientes, susceptibles de ser encuadradas en uno o varios tipos penales, lo cual, según el caso, constituirá un concurso homogéneo o heterogéneo. En ese supuesto, no hay unidad de acción, sino acciones u omisiones independientes y se aplican los respectivos tipos penales, puesto que no son excluyentes.

El concurso aparente ocurre cuando el sujeto activo ejecuta una sola acción que pareciera encajar en dos o más tipos penales. Para resolver ese fenómeno y no vulnerar el principio de non bis in ídem, se debe acudir a los criterios de especialidad, subsidiariedad y consunción, desarrollados de tiempo atrás por la jurisprudencia, en estos términos (CSJ SP, 18 feb. 2000, rad. 12820):

Una norma penal es especial cuando describe conductas contenidas en un tipo básico, con supresión, agregación, o concreción de alguno de sus elementos estructurales. Por consiguiente, para que un tipo penal pueda ser considerado especial respecto de otro, es necesario que se cumplan tres supuestos fundamentales: 1) que la conducta que describe esté referida a un tipo básico; b) Que entre ellos se establezca una relación de género a especie; y, c) Que protejan el mismo bien jurídico. Si estos presupuestos concurren, se estará en presencia de un concurso aparente de tipos, que debe ser resuelto conforme al principio de especialidad: *lex specialis derogat legi generali*.

Un tipo penal es subsidiario cuando solo puede ser aplicado si la conducta no logra subsunción en otro que sancione con mayor severidad la transgresión del mismo bien

jurídico. Se caracteriza por ser de carácter residual, y porque el legislador, en la misma consagración del precepto, advierte generalmente sobre su carácter accesorio señalando que solo puede ser aplicado si el hecho no está sancionado especialmente como delito, o no constituye otro ilícito, como acontece, por ejemplo, con el abuso de autoridad (art.152, modificado por el 32 de la ley 190 de 1995), o el empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos (artículo 198 ejusdem), entre otros.

(...)

Finalmente se tiene el tipo penal complejo o consuntivo, que por regla general se presenta cuando su definición contiene todos los elementos constitutivos de otro de menor relevancia jurídica. Se caracteriza por guardar con éste una relación de extensión-comprensión, y porque no necesariamente protege el mismo bien jurídico. Cuando esta situación ocurre, surge un concurso aparente de normas que debe ser resuelto en favor del tipo penal de mayor riqueza descriptiva, o tipo penal complejo, en aplicación del principio de consunción: *lex consumens derogat legis consumptae*.

2.2. En cuanto a la estructura típica de los delitos en comento, se tiene que, aun cuando protegen el mismo bien jurídico, esto es, el orden económico y social, cada uno contiene elementos que los hacen claramente diferenciables.

El lavado de activos es un tipo pluriofensivo, de conducta instantánea. Según la descripción del artículo 323 del Código Penal, con la modificación de la Ley 1121 de 2006¹¹, vigente para la época de los hechos, se verifica que:

i) Se perfecciona con la realización de alguna de estas conductas: adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar custodiar o administrar, dar apariencia de legalidad o legalizar bienes, ocultar, encubrir su verdadera naturaleza, origen, destino, movimiento o derecho, realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito.

La determinación de alguna de esas conductas punibles subyacentes, como elemento estructural del injusto, no requiere de sentencia condenatoria en firme.

ii) Los bienes deben provenir de alguna de las siguientes actividades ilícitas: tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro, rebelión, tráfico de armas, financiación del terrorismo, administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir.

iii) El agente debe saber que el objeto material sobre el que ejerce la conducta, tiene su origen en alguna de las anteriores acciones.

El enriquecimiento ilícito de particulares es un tipo penal mono-ofensivo de conducta instantánea y contiene los siguientes elementos descriptivos:

- i) La obtención de un incremento patrimonial de manera directa o por interpuesta persona.
- ii) El incremento patrimonial es injustificado y debe provenir de actividades delictivas y,
- iii) El particular debe saber que incrementó su patrimonio o el de un tercero y que ese beneficio proviene de actividades ilícitas.

2.3. Esta Corporación, en sentencia CSJ SP9234-2014, radicado 41800, al hacer un recuento jurisprudencial sobre la posibilidad de que el delito de enriquecimiento ilícito concurse con otros punibles, entre ellos, el lavado de activos, se pronunció así:

Concurso con el Lavado de activos cuya comisión lesiona el mismo bien jurídico “orden económico y social”.

Finalmente, sobre la posibilidad de que concurse el delito de Lavado de activos (artículo

323) con el de Enriquecimiento ilícito de particulares (artículo 327), cabe recordar que en el ya citado precedente del 28 de noviembre de 2007, la Sala aclaró que la diferencia entre ambas conductas radica en que en el último el actor ostenta la personería del bien (para sí o para otro), mientras que en el primero no ostenta personería pero lo porta, lo resguarda, oculta su origen, etc., y se detecta -al menos a título de inferencia- que el bien está asociado con las actividades ilícitas referidas en la norma¹².

El enriquecimiento ilícito de particulares, recabó la Sala en esa oportunidad, es un delito fin en sí mismo, mientras que el lavado de activos encubre actividades cuya gravedad es mayúscula y ello se refleja en la determinación penológica. “Se trata de dos conductas que, si bien atentan contra el mismo bien jurídico, difieren en su estructura y elementos normativos, en el fundamento y la naturaleza del juicio de reproche¹³.

En conclusión, esta Corporación ha sido del criterio que el Enriquecimiento ilícito, en cualquiera de sus modalidades, concursa necesariamente con el delito fuente, aún cuando éste implique per se incremento patrimonial como ocurre con el Peculado y el Cohecho, y aún cuando vulneren el mismo bien jurídico (orden económico y social) como ocurre con el Lavado de activos. Es más, en relación a la especie delictiva propia de funcionarios, cuyo carácter subsidiario hace más difícil el concurso material o ideal, la Corte ha aceptado mayoritariamente esa opción siempre que exista prueba suficiente para condenar por el delito fuente (subraya la Sala).

Criterio reiterado, más adelante, en CSJ AP, 17 jun. 2015, Rad. 40889:

Ahora, en lo que respecta a la relación entre los delitos de Enriquecimiento ilícito de particulares (artículo 327 del Código Penal) y Lavado de activos (artículo 323 ibídem), si bien comportan en común la protección del mismo bien jurídico, esto es, el orden económico social, cuya tutela constituye en realidad la ratio legis de los dos tipos penales, ninguna identidad existe entre ellos en relación con su estructura, elementos normativos, el

fundamento y la naturaleza del juicio de reproche, al punto que, lejos de interferir en su fundamentación típica, el de Enriquecimiento ilícito de particulares puede constituir, entre otros, el medio para la materialización de los verbos rectores que configuran el Lavado de activos.

Así lo ha definido la Corte, incluso ante la posibilidad de concurrencia entre ellos de un concurso de conductas punibles, sin que suponga quebrantamiento alguno a la garantía del non bis in ídem:

(...)

De tal manera que, entre las muchas actividades previstas por el legislador, relacionadas por el capital portado, invertido, resguardado, transformado, almacenado, conservado, custodiado o administrado, en punto de la concreción del tipo penal del artículo 323 del Código Penal, se encuentra la de Enriquecimiento ilícito, sin que entre ellos pueda presentarse una vedada doble incriminación, puesto que bien puede aquel último presentarse como comportamiento subyacente medio, sin que tenga incidencia alguna para la determinación del Lavado de activos, habida cuenta que resulta insustancial la existencia o no de pronunciamiento en firme para inferir razonablemente su comisión (subraya la Sala).

2.4. En relación con los razonamientos del sentenciador, lo primero que salta a la vista, es que para soportar el juicio de reproche de Rosse Mary Espinal Parra, se apoyó en la anterior línea jurisprudencial y, con fundamento en la prueba debatida en el juicio, determinó que se estructura el concurso heterogéneo de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares, pues, con el transporte de las divisas, mediante el mecanismo tendiente a evadir el control de las autoridades (adheridas unas a la ropa interior e incorporadas otras en la zona íntima), se actualiza el delito de lavado de activos, por cuanto, de las manifestaciones de la enjuiciada acerca de su procedencia, esto es, que pertenecían a

terceros que podían hacerle daño a ella o a su familia, dedujo que los dineros incautados provenían de una actividad ilícita y que el delito subyacente es el enriquecimiento ilícito, pues, no se demostró la legalidad de esos activos, como lo pretendió la defensa, aduciendo que eran producto de su condición de trabajadora sexual.

Así se pronunció la colegiatura:

Así las cosas, en el debate se demostró que la procesada ROSSE MARY ESPINAL PARRA es responsable del delito de Lavado de Activos en las modalidades de transportar, custodiar y ocultar bienes de origen espurio.

Lo anterior tiene sustento en que la Fiscalía demostró las circunstancias en que fueron ingresadas a territorio colombiano las divisas incautadas, las manifestaciones de la procesada en torno a la entrega de las divisas por parte de terceros para que las trajera a territorio patrio, y la remuneración que por ello percibiría y la ausencia de capacidad económica de aquella para sustentar la fuerte suma de dinero, mientras que la defensa no logró probar que las divisas incautadas son el reflejo de su labor de trabajadora sexual en España, circunstancia que se acompasa no sólo de las manifestaciones voluntarias de aquella al momento de ser abordada por las autoridades del orden, sino también con la conducta manifiesta de la encausada de eludir los mecanismos de control sobre el ingreso de las divisas al territorio nacional, por lo que en este punto dable es recordar como la experiencia enseña que de esta manera operan las grandes organizaciones criminales con el propósito de revertir los activos entre los países involucrados con el objetivo de lavarlo¹⁴.

2.5. Por su parte, el enriquecimiento ilícito, como delito concursante, lo concretó en la posesión y tenencia de los 113.500 euros, respecto de los cuales Rosee Mary ejercía dominio (los tenía bajo su órbita de disposición), sin entregar explicación válidamente aceptable de su origen, situación de la cual concluyó que obtuvo incremento patrimonial no

justificado a favor de terceros:

Pues bien, el Juzgado de Primera instancia halló probado que la procesada obtuvo un incremento patrimonial no justificado, derivado de una actividad ilícita, concretado ello en el hecho de haberse encontrado en posesión y tenencia de los 113.500E, circunstancia que catalogó como trascendente “que conduce a determinar dentro de los términos de la flagrancia como evidencia probatoria, que el delito de enriquecimiento ilícito, en principio, debe atribuirse a la procesada” Al respecto sostuvo el fallador, que ROSSE MARY tenía el dinero en su poder y ejercía su dominio, sin entregar explicación válidamente aceptable sobre su origen.

La Colegiatura prohíja la citada conclusión, ya que de conformidad con la prueba testimonial practicada en juicio, concretamente con lo vertido por la patrullera de la POLFA, Laura Fernanda Orozco Vásquez, se tiene que la procesada manifestó voluntariamente que los 113.500E le habían sido entregados por terceras personas con el propósito de ingresarlos a territorio colombiano, que acompasado de la no justificación del origen de los mismos, tal como se reseñó en párrafos anteriores al abordar el estudio del delito de Lavado de Activos, permite inferir válidamente que ESPINAL PARRA obtuvo incremento patrimonial a favor de terceros.

De esta circunstancia se colige que aquélla transportaba, custodiaba y ocultaba la totalidad de las divisas con personería sobre ellas, y al lograr su cometido, debía entregarlas a sus ilegítimos propietarios y por ello recibiría una contraprestación, de manera que se satisfacen a cabalidad los elementos contenidos en la definición legal del artículo 327 del Código Penal, pues aquélla obtuvo un incremento patrimonial injustificado.

Ante tal panorama, es evidente que el delito de Enriquecimiento ilícito de particular, en este caso se concreta en los ciento trece mil quinientos euros (113.500) que, a no dudarlo, provienen de una actividad contraria al ordenamiento jurídico, que se deriva de la forma en

que ESPINAL PARRA llevaba camuflada y oculta la nada despreciable suma, ello permite inferir válidamente que un tercero ya había obtenido un enriquecimiento ilícito, ya que el manejo que se dio a las divisas, aspecto que fue ampliamente demostrado en el juicio, de conformidad con las reglas de la experiencia no se corresponde con el de personas dedicadas a negocios amparados en la legalidad.

Así las cosas, en su caso se estructuraron los elementos objetivos y subjetivos precisados por la Jurisprudencia para proferir sentencia condenatoria en su contra por el reato de Enriquecimiento ilícito de particular y en ese sentido se confirmará el fallo de origen¹⁵.

2.6. El casacionista difiere de ese criterio, señalando que no es posible escindir la conducta investigada porque las divisas, su procedencia y los terceros son los mismos en uno y otro delito y, por lo tanto, no se puede predicar un concurso efectivo, sino que se debe escoger el tipo penal de mayor riqueza descriptiva, esto es, el lavado de activos.

Postura avalada, en parte, por la delegada del ente acusador, quien considera que tales conductas pueden concursar de manera efectiva, siempre y cuando se acrediten los ingredientes presupuestados para cada una, escenario que no acontece frente al punible descrito en el artículo 327 del Código Penal.

En tanto que, la representante del Ministerio Público encuentra acertada la decisión recurrida, conforme a los precedentes de esta Corporación, pues con los medios probatorios allegados, se determinó la existencia de los delitos objeto de condena.

2.7. Ahora bien, en orden a verificar si es o no correcta la decisión de condenar a la procesada por el delito de enriquecimiento ilícito, se debe partir por considerar que en los precedentes recién citados la Corte examinó la posibilidad de que esta conducta punible concurre con el lavado de activos, pues, aun cuando protegen el mismo bien jurídico (orden económico y social), difieren en su estructura, elementos normativos, fundamento y naturaleza del reproche.

El concurso real o efectivo está condicionado a que el sujeto agente realice varias acciones independientes, susceptibles de encuadrar en cada una de las descripciones típicas, situación que la Sala no advierte cabalmente acreditada en este asunto, y por ello, como se verá, la ocurrencia de un concurso heterogéneo de delitos, no aparece soportada de manera adecuada.

Importa enfatizar, como ya se dijo, que esa modalidad de concurso se presenta cuando las conductas desplegadas encajan en distintas descripciones típicas o varias veces en el mismo precepto, lo cual requiere que se trate de comportamientos autónomos, independientes y, debidamente demostrados.

La aplicación de las señaladas directrices, que no son novedosas, puede resultar compleja en asuntos como el presente, donde la atribución del enriquecimiento ilícito concurre como comportamiento subyacente al lavado de activos, pero a la vez se pregona su materialización como conducta autónoma, situación que, probablemente, condujo al juzgador a concretar el objeto material para ambas ilicitudes, en los 113.500 euros que le fueron incautados a la procesada, tal como se hace ver en la solicitud de insistencia.

Ese entendimiento también llevó al Ad quem a reprochar, simultáneamente, varias de las acciones desplegadas por Espinal Parra como respaldo de ambos comportamientos.

Así, al ocuparse del enriquecimiento ilícito de particulares, como delito concursante, hizo referencia a la forma en que la procesada llevaba camuflada y oculta la suma de dinero que le fue hallada, aspecto que ya había mencionado para identificar las modalidades que aquella utilizó para la comisión del lavado de activos.

Y cuando la colegiatura refiere que Espinal Parra manifestó voluntariamente a las autoridades de policía que los euros le habían sido entregados por terceras personas para ingresarlos a territorio colombiano y de allí deduce que obtuvo incremento patrimonial a favor de terceros, se advierte que con ese mismo argumento infirió, frente al blanqueo de

capitales, «que la conducta subyacente lo es el Enriquecimiento ilícito de particular»¹⁶.

Ante ese panorama, la Sala estima necesario recabar que la viabilidad de un concurso efectivo de delitos debe partir por individualizar cada comportamiento, atendiendo cabalmente a sus elementos estructurales, pero también resulta imprescindible que la atribución de cada uno de ellos, tenga un soporte fáctico claramente diferenciable, que provenga de distinta fuente delictiva y procure finalidades diversas.

Esta última precisión ya había sido señalada por la Corte, en casos similares de concurso entre el enriquecimiento ilícito y otras conductas punibles como el peculado o la estafa. En pasada oportunidad (CSJ SP20949-2017, Rad, 45273), dijo lo siguiente:

No obstante, esta Corporación ha sido del criterio de que el Enriquecimiento ilícito, tanto en la modalidad propia de los funcionarios o en el referido a los particulares, puede concursar de manera efectiva con el delito fuente, a condición de que lo apropiado y lo que ha enriquecido ilícitamente al individuo, corresponda a haberes provenientes de distinta fuente delictiva:

Es incuestionable que entre esos dos hechos punibles puede existir concurso, que se da cuando lo apropiado y lo que ha enriquecido ilícitamente al servidor público, corresponda a haberes provenientes de distinta fuente, esto es, cuando además de lo obtenido como producto del peculado, en el incremento del patrimonio del servidor público aparezcan otros fondos diferentes, adicionales, de procedencia no justificada pero relacionable con el ejercicio de las funciones, o por razón del cargo, que se establezca como ilícita pero no exista demostración de haber sido generada por otro delito.

En el presente caso, como se ha venido analizando, no se pudo esclarecer que el incremento patrimonial que se le imputó al procesado tenga origen ilícito distinto de lo asumido para sí como consecuencia del peculado por el cual se le está condenando, de manera directa o indirecta, o que se pueda deslindar de esos dineros, o que el mismo caudal se haya tomado

doblemente, por lo cual no puede ser tenido en cuenta como factor de los dos delitos.¹⁷

Por ese motivo, no obstante que la Sala ha admitido las posibilidades concursales reales o ideales en diversas variables de concurrencia de conductas punibles asociadas con el Enriquecimiento ilícito de funcionarios y de particulares¹⁸, es necesario subrayar que en todo caso, para su configuración, se requiere la presencia de conductas óntica y normativamente separables o inconexas¹⁹, lo cual resultará siempre problemático de establecer cuando el delito fuente entraña en su propia terminación una forma de enriquecimiento patrimonial.

Las anteriores directrices bien pueden ser aplicadas al caso en estudio, toda vez que el reproche del comportamiento concursante -enriquecimiento ilícito de particular- no está sustentado en acciones delictivas independientes, ejecutadas con distintas finalidades y claramente diferenciables de las que soportan la conducta de lavado de activos y la deducción del delito subyacente.

Por el contrario, se pudo evidenciar que el objeto material se concretó en el mismo valor para ambos delitos y, por esa vía, se fundamentó el incremento patrimonial injustificado, con supuestos que ya habían sido objeto de valoración, todo ello, en desconocimiento del principio non bis in ídem.

Así las cosas, se debe atender a la solicitud de absolución elevada por el defensor, no porque se haya evidenciado un concurso aparente de las conductas atribuidas a su asistida, sino, porque la incompleta verificación de los ingredientes del enriquecimiento ilícito genera dudas en cuanto a su estructura típica y, por sustracción de materia, descarta la configuración del concurso heterogéneo atribuido a la procesada.

3. Como consecuencia de la anterior determinación, se impone la redosificación de la sanción impuesta a Rosse Mary Espinal Parra.

Se tiene, al respecto, que el fallador de primera instancia impuso 108 meses de prisión y multa de 10.164 salarios mínimos legales mensuales vigentes frente al lavado de activos, por ser el delito más grave, monto al que adicionó 12 meses de prisión y 1.118 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por el punible de enriquecimiento ilícito de particulares, para un total de 120 meses de prisión 11.282 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Al absolver por el último comportamiento, lo procedente es restar los guarismos impuestos e imponer a la procesada 108 meses de prisión, monto al que se reduce la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y multa de 10.164 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como autora responsable del delito de lavado de activos.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero. CASAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 23 de octubre de 2015, por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho del Dominio y, en consecuencia, absolver a Rosse Mary Espinal Parra del delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

Segundo. Fijar la sanción para el delito de lavado de activos en 108 meses de prisión y multa de 10.164 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las demás determinaciones permanecen sin modificación.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y Cúmplase

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

EYDER PATIÑO CABRERA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Folio 6 del Escrito de acusación.
- 2 Folios 4 a 12 Carpeta juicio oral.
- 3 Folios 15 y 16 lb.
- 4 Folios 45 a 48 lb.
- 5 Folios 151 y 152 lb.
- 6 Folios 261 y 262 lb.
- 7 Folios 267 a 284 lb.
- 8 Folios 81 a 116 Cuaderno del Tribunal.
- 9 Folios 86 a 95 Cuaderno de la Corte.

10 Folios 112 y 113 lb.

11 Con la última modificación, introducida por el artículo 11 de la Ley 1762 de 2015, se adicionaron los delitos de contrabando, contrabando de hidrocarburos, o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación de contrabando, favorecimiento del contrabando de hidrocarburos o sus derivados en cualquiera de sus modalidades.

12 Radicado No. 23.174 (cita original del texto transcrito)

13 Sentencia de casación, 9 de abril de 2008, Rad 23754. Esta postura se reiteró en la sentencia de segunda instancia del 27 de abril de 2011, Rad. 33201 (cita original del texto transcrito).

14 Folios 110 y 111 Cuaderno del Tribunal.

15 Folios 114 y 115 Cuaderno del Tribunal.

16 Folio 102 lb.

17 CSJ SP, 19 may. 2000, rad. 8067. En el mismo sentido, CSJ SP, 22 sep. 2010, rad. 32552.

18 Así, por ejemplo, Enriquecimiento ilícito con Peculado o Cohecho; Enriquecimiento ilícito de particulares y con cualquiera de los delitos que afectan la Administración Pública; Enriquecimiento ilícito con Lavado de activos; e, incluso, Enriquecimiento ilícito de particulares con Estafa. Cfr., por todo, CSJ SP, 9235-2014, rad. 41800.

19 En verdad, la separación óptica a la que en decisiones precedentes ha aludido la Sala no es propiamente un criterio de diferenciación entre los concursos material y

aparente de delitos, pues igual en estos últimos, tratándose de actos posteriores copenados, se precisa de un segundo comportamiento óntico que permita completar la finalidad del delito fuente. Lo relevante es si existe conexión entre las dos realidades ónticas.