

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CASACIÓN No. 36229
MARCELINO CASTRO CERQUERA
RODRIGO VÁSQUEZ VILLANUEVA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Aprobado Acta No. 373

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil once (2011).

VISTOS

Recibido el concepto del Ministerio Público, procede la Sala a pronunciarse de fondo sobre la demanda de casación presentada por el defensor de *MARCELINO CASTRO CERQUERA* y *RODRIGO VÁSQUEZ VILLANUEVA*, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Neiva el 11 de noviembre de 2010, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad el 24 de agosto de igual año, por cuyo medio condenó a los procesados como autores penalmente responsables del delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico.



HECHOS

El 21 de diciembre de 2002 *MARCELINO CASTRO CERQUERA* y *RODRIGO VÁSQUEZ VILLANUEVA* rifaron un vehículo usado chevrolet Samurai, con premios secos en efectivo. *Benjamín Rodríguez Ospina* ganó el sorteo, pero al reclamar encontró que los organizadores no tenían el automotor, razón por la cual recibió \$5'200.000 en efectivo y una letra de cambio por \$2'300.000.

ACTUACIÓN PROCESAL

La Fiscalía Seccional de Neiva adelantó la correspondiente indagación preliminar y luego de practicar algunas diligencias declaró abierta la instrucción en cuyo marco vinculó mediante indagatoria a *MARCELINO CASTRO CERQUERA* y *RODRIGO VÁSQUEZ VILLANUEVA*.

Clausurada la instrucción, el sumario fue calificado el 29 de agosto de 2005 con resolución de acusación en contra de los procesados, como presuntos autores del delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico.



Corte Suprema de Justicia

Impugnada la acusación por el defensor, el 20 de diciembre de 2006, la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Neiva la confirmó.

La fase del juicio le correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva, despacho que una vez surtido el rito pertinente profirió fallo el 24 de agosto de 2010, condenando a *MARCELINO CASTRO CERQUERA* y *RODRIGO VÁSQUEZ VILLANUEVA* a la pena principal de treinta y seis meses de prisión y multa de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, como autores penalmente responsables del delito objeto de acusación.

Impugnada la sentencia por el defensor de los procesados, el Tribunal Superior de la citada ciudad la confirmó mediante proveído del 11 de noviembre de 2010, decisión contra la cual el mismo profesional interpuso recurso extraordinario de casación, allegando en tiempo el correspondiente libelo.

A través de providencia del 12 de abril de 2011, la Sala decidió admitir la demanda; se surtió traslado al Ministerio Público y se ha recibido el respectivo concepto.

LA DEMANDA



Como quiera que la sentencia se emitió con carácter condenatorio por un delito sancionado con pena de prisión de tres a cinco años, el libelista acudió a la casación excepcional prevista en el inciso tercero del artículo 205 de la Ley 600 de 2000, con el propósito de sentar criterio jurisprudencial en relación con “*el ámbito de la tipicidad y el objeto jurídico de la norma sustancial contenida en el art. 312 del C.P. de 2000*”.

Cargo único: Violación directa de la ley sustancial

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, el defensor afirma que se violó de manera directa la ley sustancial, en particular el artículo 312 del Código Penal, por aplicación indebida.

Ello por cuanto los falladores se salieron del marco objetivo (tipicidad) del delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, para ubicar dentro de la norma hechos que no caben en ella.

Así, refiere que el tipo penal del artículo 312 exige objetivamente a) ejercer una actividad que corresponda a un monopolio; b) que ese monopolio se haya establecido como arbitrio rentístico; c) que para tal actividad no se tenga autorización o permiso de la autoridad competente; d) que se deba pagar el impuesto.



La conducta de los procesados se concretó, señala, en la realización de la rifa de un vehículo usado con premios secos en dinero efectivo sin pagar impuestos; sin embargo, esa clase de juego está prohibido en el numeral 3 del artículo 2 del Decreto 1968 de 2001, y, por tanto, no se encuentra incluida dentro del monopolio del Estado con fines rentísticos. Por ende, su realización no genera tributos, con lo cual el fisco del Estado no resultó lesionado.

Consecuencia lógica de lo anterior, agrega, es que las rifas sin permiso de autoridad y sin el pago de impuestos, no encajan en la descripción objetiva del artículo 312 del Código Penal y, por tanto, las sentencias de primera y segunda instancia proferidas contra los procesados conllevan aplicación indebida de la norma sustancial contenida en dicho artículo.

Por ello, la demanda pretende obtener la efectividad del derecho material, la unificación de la jurisprudencia, restablecer el debido proceso y lograr la reparación de los agravios inferidos a los procesados al emitirse una sentencia de condena respecto de unos hechos no contemplados como delictivos en el artículo 312 del estatuto penal.



Finalmente, solicita a la Sala casar el fallo atacado y en su lugar proferir la sentencia que estime ajustada a derecho.

Concepto del Ministerio Público

La Procuradora Delegada considera que le asiste razón al demandante en su aspiración porque no se puede condenar a *MARCELINO CASTRO CERQUERA* y *RODRIGO VÁSQUEZ VILLANUEVA* por la comisión del delito tipificado en el artículo 312 del Código Penal, teniendo en cuenta que el comportamiento objeto de reproche penal se centra en el ejercicio de la actividad monopolística de arbitrio rentístico, y realizar una rifa de bienes usados es conducta atípica, pues esa modalidad de juego se encuentra expresamente prohibida en el artículo 2 del Decreto 1968 de 2001.

El monopolio rentístico, señala, se estableció en el artículo 336 de la Constitución Nacional como excepción del principio de libertad económica con el propósito de obtener recursos para el financiamiento estatal.

En tal sentido, afirma, dicha norma constitucional definió que los recursos obtenidos con ocasión del monopolio de los juegos de suerte y azar tendrían como destino específico contribuir a financiar los servicios de



Corte Suprema de Justicia

salud. Además, dicha preceptiva delegó en el legislador la potestad de crear monopolios y definir el régimen propio de cada uno de ellos.

La conducta por la cual fueron condenados los procesados consistió en la realización, sin autorización y sin cancelar impuestos, de una rifa con un plan de premios de un millón y cien mil pesos a entregarse el 7 y 14 de diciembre de 2002 y un automóvil usado Chevrolet Samurai para el sorteo del 21 de diciembre del mismo año.

Teniendo en cuenta que el Decreto 1968 de 2001 prohibió las rifas de carácter permanente y las que ofrecen bienes usados y premios en efectivo, puede colegirse que estaban vedados los objetos que los enjuiciados rifaron y por ello no podían obtener autorización de los organismos competentes ni cancelar tributos por el sorteo. En otras palabras, la calidad de los bienes ofrecidos en esa rifa impide considerarlos objeto de monopolio de arbitrio rentístico, razón por la cual, por sustracción de materia, no es posible centrar el reproche penal en la existencia o no de la licencia administrativa.

El tipo penal del artículo 312 del Código Penal se perfecciona con la ejecución de una actividad económica establecida por el Estado como monopolio de arbitrio rentístico. En consecuencia, en el presente caso tal



elemento normativo del tipo está ausente porque la conducta desplegada no fue una de aquellas prohibidas en la ley y, por tanto, no podían generar rentas al fisco ni era susceptible de ser autorizada por el organismo administrativo correspondiente.

Solicita, finalmente, casar la sentencia del 11 de noviembre de 2010 por el Tribunal Superior de Neiva, pues los cargos formulados tienen vocación de prosperidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En orden a definir el único cargo formulado por el censor contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva el 11 de noviembre de 2010, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad el 24 de agosto del mismo año, la Sala analizará los siguientes tópicos: i) La naturaleza jurídica del monopolio de arbitrio rentístico de juegos de suerte y azar; ii) El bien jurídico protegido en el artículo 312 del Código Penal y las modalidades conductuales previstas en ese tipo penal; iii) el caso concreto.

i) El monopolio de juegos de suerte y azar



Conforme al artículo 333 de la Carta Política, el régimen económico vigente en Colombia se caracteriza por la libertad de empresa y de iniciativa privada para el desarrollo de las actividades de ese orden sin más límites que el bien común, de suerte que los particulares no requieren para su ejecución permisos previos ni requisitos adicionales, salvo los expresamente previstos en la ley.

Con todo, excepcionalmente y sólo mediante la expedición de una ley, ciertas actividades pueden ser restringidas a los coasociados con el único propósito de privilegiar el interés público o social.

Tal restricción, prevista en el canon 336 de la Constitución Nacional, se conoce como monopolio de arbitrio rentístico y en virtud de ella el Estado se reserva para sí la ejecución de una labor o el ofrecimiento de un bien o servicio con el propósito de obtener recursos con una finalidad o destinación específica.

La Corte Constitucional en diferentes ocasiones ha tenido la oportunidad de revisar el tópico de los monopolios, definiéndolos de la siguiente manera

“Un monopolio es, desde el punto de vista económico, una situación en donde una empresa o individuo es el único oferente de un determinado producto o servicio; también puede configurarse cuando un solo actor controla la compra o



Corte Suprema de Justicia

distribución de un determinado bien o servicio. Por su parte, la Carta autoriza, excepcionalmente, el establecimiento de monopolios como arbitrios rentísticos (CP art. 336), en virtud de los cuales el Estado, se reserva la explotación de ciertas actividades económicas, no con el fin de excluirlas del mercado, sino para asegurar una fuente de ingresos que le permita atender sus obligaciones”¹.

Son diversas las actividades que el Estado ha reservado para su exclusivo ejercicio y control, así: la producción e importación de licores, la fabricación e introducción al país de armas y municiones, y la ejecución de los juegos de suerte y azar, entre otros.

Como el asunto propuesto en la demanda se relaciona con el monopolio de los juegos de suerte y azar, la Sala revisará la normatividad relativa al mismo y, en particular, a las rifas.

El primer antecedente sobre la prohibición de los juegos de suerte y azar se encuentra en la Ley 64 de 1923 que, de un lado definió las loterías como un juego en billetes fraccionados con premios en dinero de carácter permanente, cuya explotación se atribuyó a los departamentos y, de otra parte, prohibió las llamadas loterías de carteles que habían sido autorizadas mediante

¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1191 de noviembre 15 de 2001.



Corte Suprema de Justicia

la Ley 98 de 1888, las cuales se asemejaban a las actuales rifas.

Con posterioridad, mediante Ley 19 de 1932, el legislador otorgó autorización a las asambleas departamentales y a los municipios para vigilar que *“ninguna rifa establecida o que se establezca en el país puede lanzar a la circulación ni tener ni vender billetes fraccionados ni repartir ningún premio en dinero en cualquier cantidad que sea ni podrá ser de carácter permanente”*, y les defirió la facultad de imponer multas en caso de incumplimiento, evento en el cual el producto de las mismas ingresaría al fondo especial de la beneficencia del respectivo ente territorial.

Luego, mediante Decreto 537 de 1974, el Gobierno Nacional definió y reglamentó la materia de las rifas precisando que *“ninguna persona, natural o jurídica, establecida o que se establezca en el país puede organizar ni realizar rifas permanentes, ni lanzar a la circulación ni tener ni vender billetes de rifas fraccionados, en cualquier cantidad que sea. Solamente las loterías oficiales establecidas o que se establezcan de acuerdo con la ley, pueden lanzar a la circulación y vender billetes fraccionados”*.



Corte Suprema de Justicia

De esta manera, en la mayor parte del siglo pasado las rifas transitaron por periodos sucesivos de prohibición seguidos de otros de permisión, pero sujetas a la obtención de autorización de parte de los entes territoriales designados en la ley. Con todo, no hacían parte de ningún monopolio fiscal.

Sólo con la expedición de la Ley 10 de 1990 el Estado colombiano estableció el monopolio de arbitrio rentístico de juegos de suerte y azar, incluyendo en él las rifas, así

“Artículo 42. Declárase como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y las apuestas permanentes existentes”.

Con posterioridad, con la expedición de la Carta Política de 1991, se reconoció la existencia de algunos monopolios, bajo las siguientes condiciones

“Art. 336. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.



Corte Suprema de Justicia

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.

Las rentas obtenidas del ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley. (...)" (subrayas fuera de texto)

De otra parte, la forma inicial de este monopolio (artículo 42 de la Ley 10 de 1990) fue modificada por el artículo 285 de la Ley 100 de 1993, así

“Art. 285. Declárase como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de las modalidades de juegos de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes y de las rifas menores aquí previstas.

La concesión de permisos para la ejecución de rifas que no sean de carácter permanente, cuyo plan de premios no exceda doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales y se ofrezcan al público exclusivamente en el territorio del respectivo municipio o distrito, será facultad de los alcaldes municipales y distritales.

Las sumas recaudadas por concepto de permisos de explotación o impuestos generados por estas rifas se transferirán directamente al Fondo Local o Distrital de Salud.



Corte Suprema de Justicia

Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará la organización y funcionamiento de estas rifas, así como su régimen tarifario.
(subrayas fuera de texto)

Esta preceptiva ratifica la condición de monopolio de los juegos de suerte y azar, pero excluye del mismo las rifas menores cuyo plan de premios no exceda doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales, cuando se ofrezcan al público en un único territorio municipal o distrital, caso en el cual *“será facultad de los alcaldes municipales o distritales”*.

Posteriormente se expidió la Ley 643 de 2001 por cuyo medio el legislador cumplió el mandato constitucional de proveer un marco legal para el ejercicio de esa actividad monopolística y, además, volvió a incluir todas las rifas, mayores y menores, como actividades sujetas al monopolio. En tal virtud lo definió en los siguientes términos

“Art. 1. El monopolio de que trata la presente ley se define como la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar, y para establecer las condiciones en las cuales los particulares pueden operarlos, facultad que siempre se debe ejercer como actividad que debe respetar el interés público y social y con fines de arbitrio rentístico a favor de los servicios de salud, incluidos sus costos prestacionales y la investigación”. (subrayas fuera de texto)

Y sobre las rifas estableció



“Artículo 27. Rifas. Es una modalidad de juego de suerte y azar en la cual se sortean, en una fecha predeterminada premios en especie entre quienes hubieren adquirido o fueren poseedores de una o varias boletas, emitidas en serie continua y puestas en venta en el mercado a precio fijo por un operador previa y debidamente autorizado.

Se prohíben las rifas de carácter permanente”.

“Art. 28 Explotación de rifas. Corresponde a los municipios, departamentos, al Distrito Capital de Bogotá, y a la Empresa Territorial para la Salud (ETESA), la explotación, como arbitrio rentístico, de las rifas.

Cuando las rifas se operen en un municipio o el Distrito Capital, corresponde a estos su explotación.

Cuando las rifas se operen en dos o más municipios de un mismo departamento o un municipio y el Distrito Capital, su explotación corresponde al departamento, por intermedio de la Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD).

Cuando la rifa se opere en dos o más departamentos, o en un departamento y el Distrito Capital, la explotación le corresponde a ETESA”.

De esta manera, desde el 17 de enero de 2001² todos los juegos de suerte y azar, incluidas la rifas menores, integran dicho monopolio y, por ende, sólo pueden realizarse previa autorización de la autoridad competente, luego de cumplirse las exigencias legales.

² En esta fecha se publicó la Ley 643 de 2001 en el Diario Oficial No.44.294.



Como excepción a dicho monopolio, el artículo 5 de la Ley 643 de 2001, estableció: a) los juegos de suerte y azar de carácter tradicional, familiar y escolar, que no sean objeto de explotación lucrativa por los jugadores o por terceros; b) las competencias de puro pasatiempo o recreo; c) los sorteos promocionales de los operadores de juegos localizados, comerciantes o industriales para impulsar sus ventas; d) las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos; e) los juegos promocionales de las beneficencias departamentales y f) los sorteos de las sociedades de capitalización.

ii) El tipo penal del artículo 312 del Código Penal

El delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, se encuentra tipificado en el artículo 312 del Código Penal, de la siguiente manera³,

“Artículo 312. El que de cualquier manera o valiéndose de cualquier medio ejerza una actividad establecida como monopolio de arbitrio rentístico, sin la respectiva autorización, permiso o contrato, o utilice elementos o modalidades de juego no oficiales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años y multa de cien (100) a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)”.

³ El tipo penal original ha sido modificado sucesivamente en cuanto a la pena, así: Art. 14 de la Ley 890 de 2004; Art. 35 de la Ley 1142 de 2007 y Art. 26 de la Ley 130 de 2010. Con todo, la norma aplicable al caso es la original, por ser la vigente al momento de concretarse los hechos investigados y, además, resultar favorable a los procesados en punto de la pena.



El tenor literal de dicha preceptiva indica que la conducta punible puede concretarse de dos formas:

a) Ejerciendo una actividad establecida como monopolio de arbitrio rentístico, sin la respectiva autorización.

b) Utilizando elementos o modalidades de juego no oficiales.

iii) El caso concreto

En el evento bajo examen, se tiene que la actividad desplegada por los procesados consistió en la realización, sin autorización, de una rifa cuyo plan de premios incluía un vehículo automotor usado y dinero en efectivo.

Tal comportamiento, contrario a lo afirmado por el censor, sí encuentra adecuación típica en el artículo 312 del Código Penal, porque comportó el ejercicio sin autorización de una actividad establecida como monopolio de arbitrio rentístico, esto es, una rifa, sin que tenga relevancia para la configuración del tipo que el plan de premios incluyera unos elementos cuyo ofrecimiento, por expresa disposición legal, se encuentra proscrito.

Ello por cuanto **es la realización de cualquier clase de juego de suerte y azar, sin autorización**, lo que configura el delito de ejercicio ilícito de actividad



Corte Suprema de Justicia

monopolística de arbitrio rentístico, y la rifa ejecutada por **MARCELINO CASTRO CERQUERA** y **RODRIGO VÁSQUEZ VILLANUEVA**, indiscutiblemente, ostenta tal condición.

En tal sentido, la Corporación ha señalado cómo el delito se configura con la simple ejecución, sin permiso de autoridad competente, de cualquier clase de juego de suerte y azar, así

“Lo anterior no significa, como lo sugiere la libelista, que el intérprete judicial con violación de los principios de legalidad y de tipicidad sea quien deba individualizar realmente la conducta incriminada, menos aún, que dentro del ámbito de represión de la misma queden comprendidas todas las acciones humanas referidas a los monopolios públicos, simplemente implica que no precisa de unas específicas circunstancias comisivas, ni de una determinada forma de ejecución, de manera que basta con que el agente incursione por cualquier medio o de cualquier manera en la actividad económica que el Estado por virtud de la ley ha reservado como un monopolio de arbitrio rentístico. (...)

Así las cosas, tampoco resulta admisible el criterio de quedar subsumidas en el punible del ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, todas aquellas conductas desplegadas por el sujeto activo con miras a confundir al consumidor del producto con un fingimiento de la naturaleza indicada, pues se reitera, el delito se perfecciona cuando el agente ejecuta la acción prohibida en la norma, esto es, al efectuar una actividad económica respecto de la cual el Estado por ministerio de la ley tiene su monopolio, establecido con fines de interés público o social, cualquiera que sea el medio al cual



Corte Suprema de Justicia

acuda o del que se valga para alcanzarlo⁴. (subrayas fuera de texto)

Por tanto, en punto de tipicidad objetiva no hay lugar a constatar aspectos diferentes a la ejecución de un juego de suerte y azar carente de autorización, tal como acaeció en este caso, donde la prueba recaudada en el proceso permitió a los juzgadores de instancia corroborar la configuración de esa hipótesis.

Ahora, sostiene el censor que la rifa realizada por los procesados se encuentra proscrita en el artículo 2 del Decreto 1968 de 2001, siendo imposible obtener licencia para su realización y, además, no generaba derechos rentísticos para el fisco, descartándose con ello su tipicidad por cuanto no puede haber monopolio de arbitrio rentístico sobre rifas prohibidas.

Con todo, esa tesis desconoce la naturaleza jurídica del tipo penal en cuestión, deviniendo sofisticada en la medida que plantea argumentos aparentemente lógicos pero que en realidad funden dos temáticas diversas, ocultando el trasfondo del asunto.

En efecto, el demandante mezcla dos contextos diferentes, pues uno lo configura la constitución del

⁴ Cfr. Decisión del 8 de octubre de 2001, Rad. No. 15793.



Corte Suprema de Justicia

monopolio y las actividades que lo conforman y otro distinto lo constituye la regulación establecida para el desarrollo del mismo.

Así, la Ley 643 de 2001 claramente define el monopolio como “*la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar **todas las modalidades de juegos de suerte y azar**, y para establecer las condiciones en las cuales los particulares pueden operarlos, facultad que siempre se debe ejercer como actividad que debe respetar el interés público y social y con fines de arbitrio rentístico a favor de los servicios de salud, incluidos sus costos prestacionales y la investigación*”.

Dicha preceptiva **incluye dentro del monopolio todos los juegos de suerte y azar**, esto es, tanto los permitidos como los prohibidos, por manera que ninguna de esas actividades puede realizarse libremente por los particulares, quienes **siempre** deben someterse a las pautas y reglas fijadas por el Estado.

Derivada de la facultad deferida por la ley para “*explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar **todas las modalidades de juegos de suerte y azar***”, el Estado cuenta con la potestad de reglamentar la forma como deben ejecutarse las actividades



Corte Suprema de Justicia

que conforman el monopolio, es decir, las rifas, los juegos de casino, las maquinitas, los esferódromos, etc.

En virtud de esa prerrogativa, ha definido la participación de los particulares en el ejercicio del monopolio, delineando cómo debe ejercerse, fijando el monto de la contribución destinada para financiar el sector salud e, incluso, prohibiendo la realización de algunas modalidades de juego. Para el caso, proscribió la rifa de objetos usados y dinero en efectivo, así

“Decreto 1968 de 2001. Artículo 2o. Prohibiciones. Están prohibidas las rifas de carácter permanente, entendidas como aquellas que realicen personas naturales o jurídicas, por sí o por interpuesta persona, en más de una fecha del año calendario, para uno o varios sorteos y para la totalidad o parte de los bienes o premios a que se tiene derecho a participar por razón de la rifa. Se considera igualmente de carácter permanente toda rifa establecida o que se establezca como empresa organizada para tales fines, cualquiera que sea el valor de los bienes a rifar y sea cual fuere el número de establecimientos de comercio por medio de los cuales la realice.

Las boletas de las rifas no podrán contener series, ni estar fraccionadas.

Se prohíbe la rifa de bienes usados y las rifas con premios en dinero.

Están prohibidas las rifas que no utilicen los resultados de la lotería tradicional para la realización del sorteo”. (subrayas fuera de texto)



Corte Suprema de Justicia

Sin embargo, la prohibición de ejecutar ciertas modalidades de juego de ninguna manera comporta su exclusión del monopolio, que se regula de una manera general. Por el contrario, ratifica el ejercicio y control del mismo por parte del Estado, al determinar las modalidades de juego que autoriza y las que no permite.

Obviamente, en relación con los juegos expresamente proscritos no es posible obtener permiso de la autoridad competente para su ejercicio, por estar eliminados del mundo jurídico en aras de proteger valores preponderantes, pero ello no implica que no hagan parte del monopolio porque éste cobija a todos los juegos de suerte y azar, sin excepción.

De otra parte, también resulta desacertada la afirmación del libelista, según la cual “*hacer una rifa prohibida por la ley sin pagar impuesto dedicado al arbitrio rentístico*” no configura el delito porque no afecta los recursos estatales.

En efecto, el artículo 312 del Código Penal no establece como elemento normativo del tipo “*el deber de pagar impuestos*”, como lo aduce el censor y, de otra parte, tal elemento tampoco surge de la naturaleza del bien jurídico protegido.

Como se indicó al empezar este análisis, el delito en cuestión se concreta cuando se ejerce una actividad



Corte Suprema de Justicia

establecida como monopolio, sin la respectiva autorización, permiso o contrato, o utilizando elementos o modalidades de juego no oficiales. De esta manera, la descripción típica no menciona, ni involucra como elemento del tipo, esto es, como requisito *sine qua non* para la configuración del delito, la omisión en el pago de la contribución prevista en la ley.

Ello, además, porque el bien jurídico protegido es el orden económico y social, el cual hace referencia a las reglas sobre dirección y planificación de la economía, siendo una de ellas la relacionada con el establecimiento de los monopolios de arbitrio rentístico.

Por tanto, quien ejecuta las actividades incluidas en esa clase de monopolio sin someterse a la regulación estatal vulnera el orden económico y social, pues desconoce los parámetros dispuestos para la operación del mismo.

En otros términos, el bien jurídico orden económico y social protegido en el tipo penal del artículo 312 del Código Penal es amplio, complejo y comprende una variada gama de principios. Así, a modo de ejemplo, busca asegurar el respeto de la actividad monopolística de arbitrio rentístico, propende por la seguridad y seriedad jurídica de los juegos de suerte y azar, pretende la estabilidad del orden económico diseñado por las autoridades estatales, entre otros.



En este punto del análisis, debe recordarse cómo la norma penal ostenta una doble función: en primer término, proteger los bienes jurídicos definidos por el legislador como fundamentales para garantizar la convivencia social y, en segundo lugar, motivar a los individuos integrantes de la comunidad para que respeten esos presupuestos esenciales y se abstengan de vulnerarlos.

En ese orden, constituyen valores fundamentales a proteger por el derecho penal no sólo los individuales, esto es, la vida, la libertad, el honor, etc, sino también los colectivos, dentro de los que se ubica el respecto por la organización económica determinada en la Constitución y en la ley, necesaria para el ejercicio ordenado de los derechos de las personas y su adecuado desarrollo en el entorno social.

En tal sentido, la Corporación ha señalado respecto del bien jurídico protegido en el canon 312 del Código Penal,

“Pero, si en gracia de discusión se admitiera el pago de los impuestos en acatamiento al Decreto Ordenanzal 4800 de 1996 expedido por el Gobernador de Antioquia, la Corte enfatiza en que tratándose de este delito con el cual se protege el bien jurídico del orden económico y social, si bien tradicionalmente el Estado ha buscado con los juegos de suerte y azar la producción



Corte Suprema de Justicia

de dividendos traducidos en ingresos fiscales y su explotación sin control, a la postre, limita los recursos que se destinan a la prestación de servicios de salud, ello no se debe sopesar solamente en términos cuantitativos relacionados con la eventual evasión de impuestos, sino que se debe ir más allá en cuanto el ámbito de ese tipo de juegos ha de ofrecer seguridad y confianza al apostador.

Por eso mismo se rodea todo el proceso del juego de claras reglas a seguir, como la autorización de su explotación, la forma de la misma, los formularios a emplear, la vigilancia por parte de las autoridades de la realización de los sorteos, la verificación de la entrega de los premios, etc., pues a pesar de lo impredecible y aleatorio que constituye el juego en sí, se le debe blindar su práctica a fin de ofrecer seguridad al ciudadano, máxime en un país como el nuestro, en el que miles de personas día a día depositan en las apuestas la esperanza de un cambio de vida”⁵.

Pero, además, contrario a lo sugerido por el casacionista, la realización de una rifa proscrita, esto es, excluida por la ley del mundo jurídico, también comporta la reducción de recursos fiscales.

Así, quien organiza un sorteo ciñéndose a los parámetros legales, obtendrá autorización y cancelará los tributos previstos en la ley. En cambio, esas rentas dejarán de percibirse tanto si la rifa se realiza en una modalidad permitida, pero sin el permiso respectivo, como cuando se ejecuten en una modalidad prohibida. Estas situaciones

⁵ Cfr. Providencia del 1 de abril de 2009, Rad. No. 26806.



Corte Suprema de Justicia

comportan similares resultados, esto es, el ejercicio ilícito de la actividad monopolística de arbitrio rentístico, con la consecuente afectación de los recursos estatales que, en cualquiera de los casos, se dejan de recibir.

De otra parte, en punto de la segunda modalidad conductual prevista en el artículo 312 del Código Penal, la Sala encuentra que los juegos de suerte y azar prohibidos son una forma de juego no oficial, cuya ejecución también se encuentra proscrita, razón por la cual, por este aspecto, también puede afirmarse la tipicidad del comportamiento desplegado por los señores *CASTRO CERQUERA* y *VÁSQUEZ VILLANUEVA*. Conceder lo contrario sería tanto como generar un espacio para la ilicitud.

Por todo lo anterior, no resulta acertada la afirmación de la delegada del Ministerio Público, según la cual la calidad de los bienes ofrecidos en rifa impedía que fueran objeto de monopolio de arbitrio rentístico, pues olvida que **lo que constituye monopolio es la actividad de juegos de suerte y azar** y no la clase de bienes que se ofrecen como premio.

En suma, la Colegiatura encuentra que los argumentos otorgados por el censor no logran demostrar la atipicidad de la conducta desplegada por los procesados y, consecuentemente, demostrar la violación directa de la ley



Corte Suprema de Justicia

por parte de la sentencia proferida por el Tribuna Superior de Neiva el 11 de noviembre de 2010, permaneciendo incólume la doble presunción de acierto y legalidad que ampara esa determinación.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Comisión de servicio

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Excusa justificada

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

República de Colombia

28



Corte Suprema de Justicia

CASACIÓN No. 36229
MARCELINO CASTRO CERQUERA
RODRIGO VÁSQUEZ VILLANUEVA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria