

Proceso No 15793

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 152

Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de dos mil uno (2001)

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto en defensa del procesado DIEGO HENRY ROJAS HIDALGO contra la sentencia de fecha septiembre 9 de 1998, mediante la cual el Tribunal Superior de Cali confirmó la condena proferida por el Juzgado 20 Penal del Circuito de esa misma ciudad, a cuarenta y dos (42) meses de prisión y multa de un millón cuatrocientos veintitrés mil doscientos cincuenta pesos (\$1.423.250), como autor de los delitos de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, usurpación de marcas y patentes, circulación y uso de efecto oficial o sello falsificado.

HECHOS

Dan cuenta los autos que el 5 de junio de 1996, una Fiscalía Seccional accedió a la solicitud de allanamiento del inmueble ubicado en la avenida 8 Norte No. 47-35, barrio El Bosque del perímetro urbano de Cali, elevada por la Policía Metropolitana de esa ciudad, ante las informaciones obtenidas sobre el depósito que allí se hacía de armas de fuego para ser comercializadas y acerca de su utilización como vivienda de personas dedicadas al tráfico de sustancias estupefacientes.

En la diligencia efectuada en la misma fecha, las autoridades decomisaron alcohol metílico, tapas con el logotipo de la Industria de Licores del Cauca falsificadas, etiquetas de presentación oficial del Aguardiente Caucano, varias cajas con canecas de licor vacías y otras con aguardiente de fabricación artesanal, así como numerosas estampillas falsas de la Secretaría de Hacienda del Departamento del Cauca.

El hallazgo de tales elementos determinó la aprehensión de los moradores DIEGO HENRY ROJAS HIDALGO y ROSA EMILIA NARVÁEZ CASTAÑO.

ACTUACION PROCESAL

1. La Fiscalía Seccional de Cali dispuso la apertura de la investigación, vinculó mediante indagatoria a los retenidos ROJAS HIDALGO y NARVÁEZ CASTAÑO, a quienes les resolvió su situación jurídica en providencia del 11 de junio de 1996 con detención preventiva por los delitos de falsedad marcaria, ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico y usurpación de marcas y patentes, medida que sustituyó después por la detención domiciliaria.

La procesada NARVÁEZ CASTILLO se acogió a la sentencia anticipada, de manera que la actuación prosiguió respecto del otro implicado.

2. Clausurado el sumario, la Fiscalía calificó su mérito probatorio el 1º de octubre de 1996 con resolución acusatoria contra el mencionado ROJAS HIDALGO como autor, en concurso de hechos punibles, de los delitos de circulación y uso de efecto oficial o sello falsificado, falsedad marcaria, usurpación de marcas y patentes, y ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, tipificados en los artículos 213, 217, 236 y 241A del Código Penal (Decreto 100 de 1980).

3. El Juzgado 20 Penal del Circuito de Cali celebró la audiencia pública y dictó el fallo mediante el cual en consonancia con el pliego de cargos condenó al encausado a las

penas principales de cuarenta y dos (42) meses de prisión y multa de un millón cuatrocientos veintitrés mil doscientos cincuenta pesos (\$1.423.250), como autor de los delitos de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, usurpación de marcas y patentes, y circulación y uso de efecto oficial o sello falsificado, a quien absolvió del cargo imputado por la falsedad marcaria.

La sentencia de primera instancia fue confirmada integralmente por el Tribunal Superior de esa misma ciudad al pronunciarse sobre la apelación presentada por la defensa, mediante decisión contra la cual la apoderada interpuso el recurso de casación excepcional, admitido por la Sala en providencia del 23 de noviembre de 1998.

LA DEMANDA

La censora acusa la sentencia del Tribunal de la violación directa de la ley sustancial, incurrida al subsumir la conducta agotada por el sindicato ROJAS HIDALGO en los delitos de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (art. 241A C.P.), usurpación de marcas y patentes (art. 236), y circulación y uso de efecto oficial o sello falsificado (art. 213), “de manera concursal, distintos al realmente transgredido, comportando una aplicación diferente a la que realmente corresponde”; desatino que comportó también, según aduce, la aplicación indebida del artículo 26 del Código Penal (Decreto 100 de 1980).

Al sustentar la censura indica que en desarrollo del artículo 336 de la Carta Política, para procurar la salvaguarda de los ingresos provenientes de la producción y comercialización de licores, actividad constituida en monopolio de arbitrio rentístico, mediante la Ley 57 de 1993 se adicionó el Código Penal con el artículo 241A, “norma penal en blanco, que en momento alguno el legislador ha pretendido reglamentar, y del cual al tenor literal de su texto contiene en forma indiscriminada, dentro de las acepciones “el que de cualquier manera” o “valiéndose de cualquier medio”, todos y cada

uno de los verbos rectores, o conductas que el ente investigador tenga a bien adecuar". Así las cosas, concluye la impugnante, "Todas y cada una de las conductas, contenidas dentro de las posibles actividades que realizamos los seres humanos, son punibles según la norma en comento, con el único requisito de que éstas se agoten o lleven a efecto con respecto a la actividad establecida como monopolio constituido como arbitrio rentístico".

Advierte que el ilícito en comento se encuentra ubicado dentro de los delitos contra el orden económico social, pero por tratarse de una norma penal en blanco, los funcionarios judiciales acomodan "a su fuero íntimo, los verbos rectores a encuadrar y peor aún, ubica (sic) el bien jurídicamente tutelado, en fueros diversos al patrimonio económico", razón por la cual predicen la peligrosidad de los individuos que de cualquier manera se encuentran vinculados a dicho comportamiento punible "sin tener en cuenta, los experticios obrantes, donde consta que los elementos incautados, son aptos para el consumo humano (a vía de ejemplo)".

Plantea que la conducta imputada a su defendido, descrita en el artículo 236 del Código Penal, se encuentra subsumida en el artículo 241A ejusdem, concretamente, dentro de las acepciones "el que de cualquier manera" o "valiéndose de cualquier medio", pues no resulta posible atentar contra un monopolio constituido "sin tener que utilizar (necesariamente), el nombre, las enseñas, la marca, los rótulos, los dibujos, las etiquetas, puesto que de no hacerlo dicha conducta no sería punible, sería inane, carente de eficacia con respecto a lo reglado en dicho ordenamiento, y se adecuaría a cualquier otro tipo a vía de ejemplo al contenido en el Art. 236".

Agrega con idéntica orientación argumentativa, de una parte, que si se elaborara aguardiente similar al producido por la Industria de Licores del Valle y se envasara en botellas con etiquetas y nombres diferentes a los utilizados por el ente que detenta el monopolio constituido a su favor, no se podría adecuar dicha conducta a la sancionada en

el artículo 241A del Código Penal; de la otra, que antes de la expedición de dicha norma el comportamiento allí previsto podía ubicarse en las figuras reprimidas en los artículos 236 y 217 ibidem, pero con la Ley 57 de 1993 se “cerró la posibilidad de adecuar dentro de la norma contenida en el Art. 236, las actividades descritas en él, que atentaren contra un monopolio constituido legalmente como arbitrio rentístico”.

Por las razones anteriores encuentra que respecto de los delitos contenidos en los artículos 241A y 236 del Código Penal se configura un concurso aparente de tipos e indica que de acuerdo con la doctrina nacional, para determinar la existencia de uno o varios delitos resulta necesario tener en cuenta el fin del agente y el bien jurídico lesionado, de manera que las “diversas conductas pueden configurar, como al efecto sucede en nuestro caso, una sola acción si las anima a todas el mismo propósito. Es la fuerza interior de la voluntad lo que permite unificarlas, y a ello no obsta la separabilidad exterior de las mismas”.

Aduce que “Si los bienes son de tal naturaleza y el episodio es tal que no se puede obtener la finalidad sin ejecutar actos que, desde el punto de vista formal, configuran otros tantos delitos, debe considerarse que existe unidad de delito” y en este orden de ideas, afirma, resulta necesario tener en cuenta “la forma como ordinariamente suceden las cosas”.

Discurre sobre los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad para reiterar desde esta otra perspectiva que respecto a las normas contenidas en los artículos 241A y 236 del Código Penal se configura un concurso aparente de hechos punibles que puede resolverse a través del primero de tales postulados, “puesto que las conductas sancionadas en el artículo 241A, repiten todos los elementos contenidos en el artículo 236, adicionando un elemento especial, cual es, que dichas conductas atenten contra de (sic) constituido en arbitrio rentístico”.

En lo que respecta al comportamiento tipificado en el artículo 213 del Código Penal, la demandante afirma escuetamente que se estaría “en idéntico caso que con respecto a la usurpación de marcas y patentes”, esto es, de conducta subsumida dentro de la penada en el artículo 241 ejusdem.

Bajo el epígrafe de “La incidencia de los errores reclamados”, la recurrente plantea que por esta represión concursal del comportamiento investigado se hizo más gravosa la situación jurídica del sindicato ROJAS HIDALGO, privándolo de la posibilidad de acceder a la condena de ejecución condicional. Por tal razón, acusa también la violación del artículos 68 del Código Penal entonces vigente.

Con los anteriores fundamentos solicita que la sentencia impugnada se case y que en el fallo de sustitución correspondiente se condene a su defendido por el ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, exclusivamente, con otorgamiento del aludido subrogado.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El Procurador Segundo Delegado estima que la casacionista verifica una interpretación equivocada de las normas atrás citadas, desconocimiento la voluntad del legislador al erigir en delitos las conductas descritas en ellas.

Alude a la clasificación de los tipos penales según su estructura en básicos y autónomos para plantear que a tales categorías corresponden las disposiciones en las cuales se centra la demanda en el presente caso.

Destaca por otra parte que el artículo 213 del Código Penal (Decreto 100 de 1980) protege el bien jurídico de la fe pública, mientras que los artículos 236 y 241A ejusdem

tienen por objeto de tutela el orden económico y social.

Analiza los verbos rectores contemplados en el artículo 213 del Código Penal, reitera su autonomía a partir del bien jurídico protegido e indica que se perfecciona con el uso o la circulación de sellos oficiales, mientras que la figura descrita en el artículo 241A se configura cuando el particular pretende adentrarse irregularmente en actividades establecidas como monopolio rentístico, por lo tanto, su comisión en manera alguna supone la perpetración de ese otro delito, tanto así que el infractor de la ley penal puede crear una empresa clandestina para desarrollar una actividad considerada como monopolio del Estado.

En este orden de ideas, concluye la Delegada, existe un verdadero concurso real de tipos penales entre las figuras descritas en los artículos 213 y 241A del Código Penal.

Tratándose de los artículos 236 y 241A del Código Penal, el Ministerio Público advierte que si bien protegen un mismo bien jurídico, su autonomía está determinada por la acción desplegada por el sujeto activo para realizar el ilícito. Así, en el primero la conducta se concreta en la utilización fraudulenta de marcas o patentes protegidas legalmente, mientras que en el segundo el comportamiento consiste en el ejercicio de la actividad monopolística de arbitrio rentístico sin sujeción a las normas que la regulan, de posible consumación sin acudir al empleo ilegítimo de marcas, rótulos, dibujos, etiquetas, patentes de empresas posicionadas en el mercado.

Reseña también la sentencia C-313 de 1994, de exequibilidad de la Ley 57 de 1993, y la exposición de motivos consignada por los ponentes para el primer debate de la misma en la Cámara de Representantes.

Con tales fundamentos desecha la postulación de la demanda no sin precisar, finalmente, que la libelista asume una tesis centrada en la teoría finalista del delito perdiendo de vista que el ordenamiento penal no está matriculado en un criterio

determinado para efecto de interpretar los diferentes tipos penales. Así las cosas, es decir, en la comprensión de configurarse un concurso real o efectivo de tipos penales, sugiere que el cargo formulado no debe prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Sea lo primero advertir, que la representante judicial del procesado interpuso el recurso de casación excepcional con miras al desarrollo de la jurisprudencia, específicamente, acerca de la posibilidad de concurrir de manera efectiva la figura descrita en el artículo 241A del Código Penal (Decreto 100 de 1980) con otros delitos que califica de “necesarios” para su cabal consumación, planteamiento reiterado en el libelo finalmente presentado, al afirmar la existencia de un concurso aparente de normas penales tratándose de tal ilícito y de los tipificados en los artículos 213 y 236 ejusdem.

Desde esta perspectiva y fundamento en la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), la demandante acusa entonces el fallo impugnado de la violación directa de la ley sustancial y si bien no especifica el concepto de dicho quebranto por su nomenclatura, de la sustentación fluye nítido que el reproche se encamina a demostrar la aplicación indebida de los precitados artículos 26, 213 y 236 del Código Penal entonces vigente, así como la consecuente falta de aplicación del artículo 68 ibidem.

Por otra parte, la censora desarrolla el ataque a través de una discrepancia puramente jurídica, ajena a todo cuestionamiento de los hechos declarados como probados en la sentencia o respecto del análisis probatorio de los juzgadores, de manera que el cargo en el plano puramente técnico no suscita reparo alguno, sin que ello comporte el acierto de la propuesta, como pasa a examinar la Sala.

2. En cumplimiento de dicho cometido corresponde precisar, en primer término,

que los sucesos que dieron origen a la investigación adelantada contra el procesado ROJAS HIDALGO ocurrieron bajo la vigencia del Código Penal de 1980, subrogado en cuanto interesa para los actuales fines por la Ley 57 de 1993, normatividad de conformidad con la cual se adecuaron, en concurso efectivo de hechos punibles, a los delitos de circulación y uso de efecto oficial o sello falsificado, usurpación de marcas y patentes, y ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, descritos en los artículos 213, 236 y 241A de dicho ordenamiento, respectivamente.

Así mismo, que esas figuras delictivas con modificaciones en la naturaleza de la sanción o en los lindes punitivos, respecto del objeto material sobre el cual recaen o en el ámbito del comportamiento incriminado, que se ofrece de mayor amplitud en el estatuto penal en vigencia en procura de una eficaz protección de los bienes jurídicos tutelados, conforme precisará la Sala en oportunidad, aparecen recogidas en esencia y sustancia en los artículos 281, 306 y 312 de la Ley 599 de 2000.

Por tal razón, y como el fenómeno del concurso de conductas punibles se encuentra regulado también en idénticos términos en estas dos codificaciones en comento, ninguna incidencia tiene el tránsito legislativo presentado durante el juzgamiento de la conducta imputada al procesado ROJAS HIDALGO, con miras a discernir si en verdad resulta jurídicamente imposible la efectiva concurrencia del delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico con los demás por razón de los cuales fue condenado, conforme postula la censora al entender subsumido en tal comportamiento la usurpación de marcas y patentes así como el uso de sello falsificado.

3. Partiendo de las anteriores premisas se afirma, entonces, que al tenor del 31 del Código Penal, coincidente de manera cabal con las previsiones otrora contenidas en el artículo 26 del Decreto 100 de 1980, bajo el cual se adelantaron las instancias, el concurso de conductas punibles se presenta cuando con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones se infringen “varias disposiciones de la ley

penal o varias veces la misma disposición”, que fue lo acontecido precisamente en los hechos demostrados en autos.

En otros términos, no se estructuró el concurso aparente pregonado por la demandante, que como ha sostenido la Sala en anteriores pronunciamientos y reitera ahora, se afirma cuando una situación fáctica parece adecuarse de manera simultánea en varias disposiciones penales vigentes, pero que en realidad es regulada íntegramente por uno sólo de tales preceptos, que por lo tanto resulta aplicable en forma exclusiva y excluyente con miras a preservar el principio del non bis in idem.

4. En efecto, la libertad económica, entendida como la facultad individual para ejercer actividades de tal índole, no ostenta en la actualidad el carácter absoluto pregonado con los ideales del liberalismo de finales del siglo XVIII; por el contrario, se encuentra limitada por el intervencionismo estatal determinado en los artículos 334, 335 y 336 de la Constitución Política por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social y particularmente, en cuanto interesa para el análisis aquí emprendido, por el establecimiento de monopolios públicos, que en el derecho constitucional Colombiano remiten su origen a la reforma introducida a la Carta de 1886 en el año de 1910, que los consagró a favor del Estado y como arbitrio rentístico, es decir, con la finalidad de obtener recursos para el fisco.

La Constitución de 1991 no fue ajena a esta tendencia y en el artículo 333 superior garantiza la libertad económica, entendida como la facultad para iniciar una actividad de esa naturaleza, de mantenerla o proseguirla en condiciones de igualdad; de ahí que le confiara al Estado, por mandato de la ley y en los artículos 75 inciso 2º y 334 inciso 4º ibídem, la misión de evitar las prácticas monopolísticas en la comprensión de que comportan una vulneración de dicho derecho y de la libre competencia.

Sin embargo, la Carta Política también mantuvo en el artículo 336 superior la

posibilidad condicionada de implantar por virtud de la ley monopolios fiscales, que es una de las fuentes más importantes de financiación del Estado, pero únicamente en procura de suplir un interés público o de utilidad social e indemnizando a quienes se vean privados por razón de ellos del ejercicio de una actividad lícita, armonizándose así tal facultad con las finalidades que impregnan al Estado social de derecho. Estos monopolios no sobra advertir, difieren de la reserva estatal de cierta actividad estratégica o de un servicio público, verificada al tenor del artículo 365 ejusdem con el objeto de mejorar el bienestar general o la calidad de vida de la población, o simplemente por motivos de soberanía.

En los incisos posteriores el precitado artículo 336 de la Carta Política establece, de una parte, la destinación específica para los ingresos derivados de los monopolios estatales: así, los obtenidos de los monopolios de los juegos de suerte y azar deben aplicarse exclusivamente a los servicios de salud, mientras que las rentas conseguidas del monopolio de los licores están afectadas en forma preferente a los servicios de salud y educación; de la otra, la posibilidad de reprimir penalmente la “evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos”.

5. Esta finalidad de interés público o de utilidad social que debe impregnar el establecimiento de todo monopolio público, unida a la necesidad de garantizar su efectiva realización, explica que se hubiese erigido como delito en el artículo 241A del Código Penal, introducido por el 1º de la Ley 57 de 1993, el ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, norma vigente para la fecha de comisión de los hechos informados en las presentes diligencias y que era del siguiente tenor:

“El que de cualquier manera o valiéndose de cualquier medio ejerza una actividad establecida como monopolio de arbitrio rentístico, sin sujeción a las normas que la regulan, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a cinco (5) años y el pago de una multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales.

El inciso segundo consagraba una circunstancia específica de agravación, en una tercera parte de la pena, “cuando este delito fuere cometido por el particular que sea concesionario, representante legal o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico, y hasta la mitad, si quien cometiere el hecho punible fuere un servidor público de cualquier entidad titular de un monopolio de arbitrio rentístico o cuyo objeto sea la explotación o administración de éste”.

La ubicación de este comportamiento dentro de los punibles contra el orden económico y social lo es porque “el bien jurídico protegido es el tesoro público, las rentas del erario, los recursos económicos que este capta, el cual, por causa de la comisión de las infracciones analizadas se ve defraudado y disminuido. Más no son exclusivamente las finanzas públicas las que se afectan con la ocurrencia de tales conductas, sino también el orden social, dado que es la colectividad en su conjunto la que deja de percibir los beneficios que reporta la captación de ingresos con destino a los servicios de educación, salud y obras de asistencia pública, pues cuando se omite realizar las transferencias legales o se ejerce ilícitamente una actividad establecida como arbitrio rentístico, se está impidiendo la debida aplicación del gasto social y se atenta contra la comunidad destinataria de los servicios que por mandato constitucional debe prestar el Estado”. (Gaceta del Congreso No. 165 pag. 25).

6. Desde el punto de vista de su estructura la Sala acepta que el legislador consagraba en el artículo atrás transcrito una norma penal en blanco, connotación específicamente derivada, no de los elementos descriptivos contenidos en ella, a los cuales alude la demandante para asignarle dicha categoría y por razón de los cuales se trata de un tipo abierto, sino ante el referente obligado e ineludible a otro ordenamiento jurídico con miras a concretar de manera cabal la conducta reprimida, tanto en lo atinente a las actividades que en virtud de la ley constituían un monopolio fiscal,

como para establecer cuándo su ejercicio por parte del agente surgía penalmente relevante al efectuarse en contravención de las disposiciones que las reglamentaban. Así las cosas, en vigencia del derogado estatuto punitivo (Decreto 100 de 1980, subrogado por el artículo 1º de la Ley 57 de 1993), el proceder erigido en delito se traducía en el ejercicio de una actividad de monopolio de arbitrio rentístico sin sujeción a las normas que la regulaban.

También a través de un tipo penal en blanco pero con mayor técnica legislativa al dejarse menos elementos de concreción de la conducta incriminada al precepto complementario, en el entendido además de que el objeto material de protección punitiva lo son los monopolios estatales establecidos con una finalidad de interés público o social, el artículo 312 de la Ley 599 de 2000 sanciona a quien sin la respectiva autorización, permiso o contrato ejerce alguna de esas actividades económicas que el Estado se reserva como fuente de recursos fiscales, cuyo discernimiento mantuvo remitido a la norma jurídica extra penal que las reglamenta, obviamente, porque su descripción completa en el tipo penal resulta incompatible con la facultad que el legislador tiene de establecer monopolios públicos, sujeta únicamente y por mandato constitucional, a esos propósitos de utilidad general.

La norma comentada, en lo pertinente, es pues del siguiente tenor:

“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...”

que en relación con la otrora establecida en la Ley 57 de 1993 fue adicionada con la incorporación de otro comportamiento alternativo y compuesto, que se hizo consistir en la utilización de “elementos o modalidades de juego no oficiales”.

Resta indicar en este punto, que tanto en la disposición derogada como en la

actualmente en vigencia, esas normas complementarias de los tipos penales en blanco mediante los cuales ha sido reprimido el ejercicio ilícito de una actividad monopolística de arbitrio rentístico, no eran ni son diversas de aquellas de naturaleza legal, que en forma previa deben expedirse al tenor del artículo 336 superior para regular los monopolios estatales, conforme precisó además la Corte Constitucional en la sentencia C-313 de julio 7 de 1994, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, al revisar la conformidad del artículo 241A del derogado estatuto punitivo con la Carta Política.

7. Ahora bien, como la conducta punible descrita en el artículo 241A del Código Penal de 1980, al igual que acontece en el artículo 312 de la Ley 599 de 2000, puede realizarse de “cualquier manera o valiéndose de cualquier medio”, resulta forzoso colegir que el tipo penal contemplado en ellas, por razón de su contenido, no es cerrado sino abierto.

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 incurra 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.

En este orden de ideas, mal puede aceptarse la existencia de otros comportamientos delictivos que surjan “necesarios”, jurídica o naturalmente para la consumación del delito, conforme plantea también la casacionista, quien en dicha postulación parte del equivocado entendimiento de estar referida la represión penal en tales eventos, exclusivamente, a la realización de la actividad económica

monopolística simulando el producto elaborado en desarrollo de la misma por la entidad pública o particular autorizada para dicho fin.

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 acuda o del que se valga para alcanzarlo.

Trasladada la anterior apreciación al caso examinado, en lo atinente a los licores, contrario a lo propugnado por la casacionista no es indispensable que el agente los elabore simulando o fingiendo su fabricación legal, pues el ilícito se estructura cuando el infractor sin sujeción a las normas legales correspondientes, como disponía el artículo 241A del Código Penal de 1980 (subrogado por el artículo 1º de la Ley 57 de 1993), o careciendo de la autorización, permiso o contrato, conforme dispone el artículo 312 de la Ley 599 de 2000, desconoce el monopolio de arbitrio rentístico de los Departamentos establecido por la ley y simplemente realiza esa actividad económica reservada como fuente de recursos para tales entes territoriales, únicos que pueden entonces efectuarla.

Por lo tanto, se configura un efectivo y verdadero concurso de hechos punibles, si para la consecución del fin propuesto de elaborar licores no obstante obedecer tal fabricación a una actividad monopolística de arbitrio rentístico, el sujeto activo incursiona en otros comportamientos previstos también como delito, para el caso, el uso de efecto oficial o sello falsificado y la usurpación de marcas y patentes, a través de los cuales el implicado DIEGO HENRY ROJAS HIDALGO, además de realizar esa actividad económica

que la ley reservó para los Departamentos con miras obtener recursos con destino preferente para los servicios de educación y salud, por si sola constitutiva de la infracción comentada, quiso aparentar que el aguardiente ilícitamente producido correspondía al fabricado por la Industria Licorera del Cauca.

8. Tampoco puede admitir la Sala el criterio de la demandante en el sentido que el ejercicio ilícito de la actividad monopolística de arbitrio rentístico absorbe las conductas descritas en las figuras de la circulación y uso de efecto oficial o sello falsificado y de la usurpación de marcas y patentes, pues se trata de tipos penales básicos en cuanto describen conductas en las cuales el proceso de adecuación está revestido de autonomía por cuanto puede realizarse sin referencia a ningún otro tipo penal, en oposición a las normas penales especiales, que con protección de un mismo bien jurídico contemplan el comportamiento reprimido en un tipo básico con agregación, supresión o concreción de algún elemento que las especifica.

Así, la figura delictiva de la circulación y uso de efecto oficial o sello falsificado, prevista en el artículo 213 del Código Penal de 1980, aparece recogida con los mismos elementos estructurales y pena de diferente naturaleza en el artículo 281 del actual estatuto punitivo, aunque se suprimió la referencia al papel sellado como objeto material del comportamiento incriminado por la supresión del mismo en la actividad oficial.

Este delito que constituye un atentado contra la fe pública, circunstancia por si sola excluyente de la posibilidad de ser subsumido por el ejercicio ilícito de una actividad monopolística de arbitrio rentístico, que tiene por objeto jurídico de protección el orden económico y social, se configura sin nexo necesario, natural, jurídico u ontológico con el ejercicio ilícito de una actividad monopolística, cuando el agente que no ha concurrido a la falsificación usa o hace circular el efecto, el sello o la estampilla oficiales espurios.

La figura de la usurpación de marcas y patentes, por su parte, descrita en el artículo 236 del Decreto 100 de 1980 y recogida en el 306 de la Ley 599 de 2000, constituye una afrenta diferente contra el orden económico y social, no ante la realización por parte de los particulares de una actividad económica que el Estado se reserva con fundamento en la ley con miras a obtener recursos para el efectivo cumplimiento de los fines de utilidad pública o social que le son propios, como acontece tratándose del ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, contemplado en tales estatutos en los artículos 241A y 312, respectivamente, sino debido al desconocimiento de la propiedad industrial vinculado causalmente a su utilización fraudulenta, que por lo tanto alude a una forma distinta de protección del mismo bien jurídico.

Lo anterior además, en el entendido que los nombres comerciales, la enseñas, marcas, patentes de invención y los modelos de utilidad o diseño industrial, como expresiones de la propiedad privada constituyen un medio eficaz para el desarrollo económico y, por consiguiente, para el avance social, a tal punto, que la [Constitución Política](#) en los artículos 58 y 61, en armonía con los artículos 150 numeral 24 y 189 numeral 27 ibídem, estimó necesario brindarles una protección cuyo concreción confió finalmente al legislador.

9. Por último, la finalidad pretendida por ROJAS HIDALGO de elaborar un aguardiente de características externas similares al fabricado por la Industria que desarrolla en forma legal la actividad monopolística, no traduce una responsabilidad restringida exclusivamente al delito al cual orientó su comportamiento, esto es, al ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, cobijando en él las demás infracciones de la Ley penal en las que incurrió para el logro de ese propósito contrario a derecho, como sugiere en el presente asunto la demandante.

Por el contrario, tampoco desde una perspectiva finalista de acción, insinuada por la casacionista a través de este planteamiento, podría arribarse a la consecuencia

propugnada, esto es, de entender que la finalidad perseguida por el agente subsume todos los hechos punibles cometidos con miras a conseguirla, pues en esta concepción dentro de la teoría del delito, la unidad de acción jurídico penal se establece por dos factores concurrentes, a saber: la voluntad final, que indica el fin voluntariamente propuesto; y el factor normativo, referido al enjuiciamiento jurídico social a través de los tipos penales de acuerdo con el cual se aprecia y determina lo que la realización final significa socialmente, de manera que aún tratándose de una sola acción pueden ser aplicados varios tipos delictivos si ninguno la comprende en todos sus aspectos.

10. En conclusión, en el caso examinado no se configura el denominado concurso aparente de tipos penales sino uno efectivo y verdadero, por lo tanto, ninguna realidad tiene la acusada violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 26, 213 y 236 del Código Penal (Decreto 100 de 1980). Así las cosas, como la censura por falta de aplicación del artículo 68 ibídem es consecuencia del anterior cargo, la Sala echa de menos el antecedente necesario para su aceptación.

En este orden de ideas, el reparo no prospera y la sentencia impugnada no se casará.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

Aclaración de voto

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

Aclaración de voto

JORGE A. GÓMEZ GALLEGO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALVARO O. PÉREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

Salvamento de voto

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

(Casación 15793)

Señores Magistrados:

Como lo expuse en Sala, mi disentimiento obedece a que no puedo estar de acuerdo con que el asunto investigado y juzgado constituya un caso de concurso de hechos punibles. Se trata solamente de un delito, el de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, que jamás puede concurrir con la circulación y uso de efecto oficial o de sello falsificado ni con la usurpación de marcas y patentes. De la estructura del hecho mencionado se desprende que se realiza “de cualquier manera” o

“por cualquier medio”. Si esto es así, la manera o el medio utilizado integra la definición del artículo 241A del Código Penal anterior.

De otra parte, nótese cómo para poder realizar el tipo citado es imprescindible, en su decurso, usar, alterar o aparentar cosas oficiales y, por supuesto, usurpar nombres, enseñas, o distintivos. En el asunto estudiado por la Sala se estableció que los responsables creaban aguardiente caucano y que para mostrar el licor como tal se valían de logotipos y de etiquetas oficiales así como de estampillas de la hacienda del departamento. Como también es claro que el artículo 241A no podía ser realizado –en supuestos como el analizado– sin desplegar las conductas definidas en los artículos 213 y 236. Se trata, entonces, de un concurso aparente de leyes que se resuelve por cualquiera de los mecanismos conocidos dentro de las teorías monistas o pluralistas. Dicho de otra manera, sin necesidad de disquisiciones doctrinarias a fondo, el artículo 241A puede subsumir a los otros dos, hacerlos tácitamente subsidiarios, o estos, en el caso de autos, ser entendidos simplemente como actos copenados dentro de aquél.

Agréguese que si bien podría pensarse en la realización objetivamente típica de tres conductas, lo evidente es que el expediente muestra varias acciones pero con una sola finalidad –el artículo 241A del Código Penal– y no con propósitos diversos. Dicho de otra manera, aun admitiendo desde el ángulo del observador que podría haber tres tipicidades, lo cierto es que ninguna prueba enseña tres dolos. Si el fin propuesto era único, si no hubo varias acciones con finalidades diferentes, la conclusión es elemental: no puede haber concurso de conductas punibles porque este implica que cada tipo penal supuestamente realizado esté acompañado de su “antijuridicidad” y de su “culpabilidad”.

Lo anterior es suficiente para concluir que ha debido ser casada la sentencia y responsabilizar por un solo delito.

De los Señores Magistrados

Seguro Servidor

Álvaro Orlando Pérez Pinzón