

Proceso No 26806

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.101

Bogotá D.C., primero (1º) de abril de dos mil nueve (2009).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación discrecional interpuesto por el defensor del procesado GILDARDO JOSÉ MÚNERA SÁNCHEZ contra la sentencia de segundo grado de 24 de agosto de 2006 mediante la cual el Tribunal Superior de Antioquia confirmó, con algunas modificaciones, la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó, por cuyo medio lo condenó como autor penalmente responsable del delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Durante 1999, GILDARDO JOSÉ MÚNERA SÁNCHEZ en los municipios de Apartadó, Chigorodó, Currulao, Frontino, Dabeiba, Carepa y Turbo, entre otros, comercializó en forma continua y sin alguna autorización juegos de suerte y azar que denominó “Letrogolfo” y “Golfito”, aquel a manera de rifa y éste similar al comúnmente

conocido como “Chance”, sólo que en vez de jugar con números, en ambos utilizaba las letras del alfabeto.

Con base en la denuncia formulada por la Gerente de la sociedad “Apuestas Unidas de Urabá S.A”, Martha Norela Zea, la Fiscalía General de la Nación mediante proveído de 19 de enero de 2000 abrió formal investigación penal en contra de GILDARDO JOSÉ MÚNERA SÁNCHEZ y reconoció a aquella empresa como parte civil.

Luego de vincular a través de indagatoria al procesado, al momento de definirle la situación jurídica por resolución de 16 de marzo de 2001 precluyó la investigación en su favor, no obstante, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Superior de Antioquia, al conocer del recurso de apelación promovido por el representante de la parte civil, a través de proveído de 6 de agosto siguiente, revocó tal decisión, en su lugar, lo afectó con medida de aseguramiento de detención preventiva, con el beneficio de la libertad provisional, como probable responsable del delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico.

Clausurado el ciclo instructivo, el mérito del sumario fue calificado el 12 de mayo de 2004 con resolución de acusación por el mismo delito imputado, decisión que al no ser objeto de impugnación adquirió firmeza en esa instancia el 8 de julio de la misma anualidad.

La fase del juicio la adelantó el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó, despacho que luego de surtir el acto público de juzgamiento, mediante sentencia de 21 de noviembre de 2005 condenó a GILDARDO JOSÉ MÚNERA SÁNCHEZ por el delito objeto de acusación, a las penas principales de treinta y seis (36) meses de prisión, diez (10) salarios mínimos legales mensuales de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad, concediéndole la suspensión condicional de la ejecución de la pena. En la misma decisión

se abstuvo de declararlo civilmente responsable al estimar que la empresa “Apuestas Unidas de Urabá S.A.” no estaba legitimada en la causa para constituirse en parte civil, sino que ello le correspondía a las personas jurídicas ECOSALUD S.A., o la Beneficencia de Antioquia (BENEDAN), dejando en libertad a aquella compañía privada para acudir a la justicia civil a fin de obtener la eventual indemnización de perjuicios. También ordenó al procesado a cancelar la suma de \$1.500.000,00 como honorarios profesionales del perito contable que rindiera el dictamen de daños y perjuicios.

Inconformes tanto el representante de la parte civil, como el defensor impugnaron la sentencia, y el Tribunal Superior de Antioquia por decisión de 24 de agosto de 2006 la confirmó, pero admitiendo que la empresa “Apuestas Unidas de Urabá S.A.”, sí tenía facultad para constituirse en parte civil pese a que no ostentaba la titularidad del bien jurídico protegido del orden económico y social, pues también podía resultar perjudicada con el comportamiento, absolvió al enjuiciado de su responsabilidad civil al no haberse acreditado el monto del daño. De otro lado, lo exoneró del pago de los honorarios del perito al estimar que el servicio de los auxiliares de la justicia es gratuito, máxime cuando se trató de una prueba ordenada de oficio por el juez de la causa. Finalmente, aclaró que la pena de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas no tenía el carácter de principal, sino accesorio.

El defensor del procesado recurrió de manera extraordinaria la sentencia de segundo grado con la presentación de la demanda de casación por la vía discrecional, y la Corte mediante auto de 28 de febrero de 2007 la admitió por la vertiente relacionada con el desarrollo jurisprudencial del delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico previsto en el artículo 241-A del anterior Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980) vigente para la época de los hechos.

De la citada demanda se allegó concepto del Ministerio Público.

DEMANDA

La pretensión del demandante apunta a que con criterio de autoridad se fijen los parámetros jurisprudenciales acerca de lo que debe entenderse por monopolio rentístico en materia de juegos de suerte y azar en cuanto estima que hay un vacío legal en las disposiciones de carácter nacional, el cual ha sido suplido con normas a nivel regional, situación que llevaría a configurar el denominado error de prohibición por obrar su asistido con la creencia de actuar amparado en la legalidad.

Tras destacar las previsiones del artículo 241-A del Código Penal de 1980 al sancionar a quien “ ejerza una actividad establecida como monopolio de arbitrio rentístico, sin sujeción a las normas que la regulan”, en tanto que en el artículo 312 de la Ley 599 de 2000, lo es respecto de quien lo haga “sin la respectiva autorización, permiso o contrato, o utilice elementos o modalidades de juegos no oficiales”, estima el libelista que la tipicidad del comportamiento para 1999 se debe valorar respecto de las normas que regulaban los juegos de suerte y de azar momento para el cual no era exigible obtener licencias o permisos, lo que llevaría a considerar la conducta de su asistido ajustada a derecho al cumplir con el Decreto Ordenanza 4800 de 1996 (dictado por el Gobernador de Antioquia debidamente autorizado por la Asamblea Departamental), regulador de las rifas, juegos de suerte y de azar para ese ente territorial atribuyendo a la Beneficencia de Antioquia (BENEDAN) la facultad de autorizar tales rifas y de recaudar el impuesto generado.

Explica que los artículos 199 y 200 del Decreto 1222 de 1986 al abordar lo concerniente a la estructura y funcionamiento de los Departamentos, atribuyó a las Beneficencias Departamentales la regulación y cobro de los dineros provenientes de rifas y juegos de azar, además del provecho de las loterías y el manejo del chance, pero posteriormente, con los artículos 42 y 43 de la Ley 10 de 1990 se les quitó a tales entes territoriales la titularidad en el manejo de los juegos distintos de las loterías al

crear la empresa ECOSALUD S.A encargada del manejo de los recursos de dicha actividad.

Añade que en desarrollo de ese texto legal fue expedido el Decreto Reglamentario 1660 de 1994 para catalogar los juegos de azar en rifas menores y mayores a partir del plan de premios y de la zona en que se realizaran, fijando la competencia para la autorización de la rifa menor al municipio, mientras que la rifa mayor correspondía a ECOSALUD S.A.

Bajo tal entendimiento, es partidario de que medió incertidumbre entre el Decreto Reglamentario 1660 de 1994 y el Decreto Ordenanzal 4800 de 1996, zanjada posteriormente con la Ley 643 de 2001 que reguló los juegos de apuestas y azar, no obstante, bajo aquella época surgían razones para apoyar la legitimidad del comportamiento del procesado al estar ajustado a la normativa regional para comercializar y explotar tales juegos, como se acredita con las constancias de 19 de febrero y 1° de junio de 1999 de la Beneficencia de Antioquia acerca de que las empresas 'Letrogolfo Ltda.' y "Golfito" cumplen con el Decreto Ordenanzal y depositan el impuesto respectivo en la cuenta 1303050059-2 de la Caja Agraria a nombre de BENEDAN.

En apoyo de su aserto, afirma que su asistido no podía desconocer la norma regional, pese a su abierta ilegalidad frente al Decreto 1660 de 1994, porque el Código Contencioso Administrativo señala la obligatoriedad de los actos administrativos hasta tanto no sean declarados nulos por la jurisdicción correspondiente.

Destaca que según la precisión de la Corte Constitucional en la sentencia C-313 del 7 de julio de 1994 cuando analizó la constitucionalidad del citado artículo 241-A, solamente en la medida en que un acto con categoría de ley haya establecido un comportamiento como ilegítimo es pensable la calificación jurídica de la conducta punible, por ello, considera

que no es dable sancionar a su asistido al haber optado por el Decreto Ordananzal a cambio del Decreto Reglamentario, pues tales ordenamientos no tienen jerarquía de ley, sino una naturaleza inferior.

Concluye así que su defendido actúo bajo un error de prohibición, amparado en una regulación sectorial.

Por último, insta la intervención de la Corte para unificar la jurisprudencia en torno a las facultades normativas en materia de monopolios rentísticos de los juegos de suerte y azar.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

El Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal sugiere a la Corte no casar el fallo por razón del cargo formulado.

Defiende la consideración judicial relacionada con que no fue el Decreto 1660 de 1994, sino la Ley 100 de 1993 la que declaró como monopolio de arbitrio rentístico en beneficio del sector salud las modalidades de juegos de suerte y azar diferentes a las loterías y apuestas permanentes y de las rifas menores.

Aduce que como en este caso el procesado ejercía una actividad de esa estirpe incurrió en el delito si se tiene en cuenta que la reserva legal no es absoluta como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-1191 de 2001 al analizar algunos artículos de la Ley 643 de 2001 reguladora de los monopolios rentísticos.

En este orden, señala que la delegación prevista en el párrafo del artículo 285 de la Ley 100 de 1993 facultaba al ejecutivo a reglamentar lo relativo a las rifas menores, de ahí que expidiera el Decreto 1660 de 1994 y aunque la actividad del procesado no era una de estas características de rifa menor, la validez y vigencia de ese Decreto no tiene incidencia al corresponder a un asunto ajeno al aquí desarrollado.

Referente al error de prohibición pregonado por el libelista, considera el Procurador que el particular al ejercer una actividad reglada por el Estado no tiene la facultad de escoger a su capricho cuál norma ha de cumplir de las varias que puedan concurrir a regularla, la profusión de disposiciones normativas de diversa jerarquía no sirve de excusa para incumplir mandatos obligatorios y vigentes, menos aún cuando el enjuiciado desde 1986 explotaba diversos juegos de azar a través de una sociedad válidamente constituida, lo que permite suponer que no era un neófito en el tema.

Por último, anota que aún si en gracia de discusión se afirmara que el procesado actuó bajo error vencible, lo que traduciría la atipicidad del comportamiento al no estar prevista la modalidad culposa para el mismo, el juzgador descartó el error al apreciar que la conducta omisiva del procesado fue dolosa pues poco tiempo después del inicio de la investigación penal acudió ante las autoridades respectivas para obtener los permisos que sabía debía tener para desarrollar su actividad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Por efectos metodológicos la Sala examinará en primer lugar los antecedentes constitucionales, legales y jurisprudenciales del monopolio de arbitrio rentístico en lo que respecta a los juegos de suerte y azar, seguidamente, analizará las modalidades de juego ofrecidas al público por el procesado, para finalmente, cotejar las disposiciones de orden nacional y del ámbito departamental respecto de las cuales funda el libelista el error de prohibición bajo el cual habría obrado MÚNERA SÁNCHEZ.

1. Del monopolio de arbitrio rentístico

Desde la Constitución de 1886 en el artículo 31 se estableció que:

“Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de la ley”.

Bajo tal preceptiva, cuando correspondía a la Corte Suprema de Justicia ejercer el control constitucional, su Sala Plena definió el monopolio rentístico como:

“...una institución, colocada al lado de los tributos, para que la gestión del Estado-empresario produzca ganancias y rentas destinadas a sufragar sus gastos; gestión amparada, por virtud de la ley, en la utilización exclusiva y excluyente del comercio o de la industria que se le ha asignado privilegiadamente. Pero, las actividades monopolizadas son, por efectos del principio de libertad de empresa, del dominio del sector privado, el cual queda sacrificado en razón del interés público que motivó la creación de ese arbitrio rentístico del sector público. El objeto de lo monopolizado no corresponde a la naturaleza del poder público ni a la soberanía del Estado, es una forma excepcional que el Constituyente estableció. Igualmente hubiera podido, como en la mayoría de los sistemas constitucionales, prescindir de ella y optar por las contribuciones para los mismos fines”.¹

El monopolio de arbitrio rentístico, entonces, no puede asimilarse al monopolio clásico o de hecho en el cual una empresa o proveedor influye en el precio del producto o servicio como único capaz de satisfacer la demanda del mercado, porque contrariamente, dentro de claros parámetros fiscales el Estado acude a él para obtener recursos, el cual debe surgir por voluntad de ley y con una finalidad o destinación específica.

Ese monopolio fiscal tampoco se puede identificar con las actividades de los servicios públicos en las cuales el Estado se reserva para sí su prestación, ora que además de la titularidad mantenga el respectivo ejercicio (*publicatio intensa*), el ejercicio lo encargue a concesionarios (*publicatio media*), o cuando la administración pública comparte la actividad con la empresa privada (*publicatio mínima*).

Con una mejor técnica en la Constitución de 1991, el artículo 336 contempló:

“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.

“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 en el 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.

“El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

“En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores”.

Se desprende así que sólo es dable establecer monopolios como arbitrio rentístico si tienen una finalidad del interés público o social a través de una ley que determine lo concerniente a la organización, administración, control y explotación de la actividad.

Tratándose del específico monopolio de juegos de suerte y azar, -tema de interés para este asunto-, se mira la restricción a la competencia a través de la autorización o

concesión a personas naturales o jurídicas para proveer el juego, de ahí que esa acotación o delimitación en unos pocos demande la mayor tributación de sus ganancias obteniendo así el Estado ingresos, en otras palabras, se debe pagar por el derecho de explotación de esa actividad.

En el sendero de arbitrar o manejar las rentas del juego se asignan competencias a nivel municipal, departamental o nacional dependiendo las formas del mismo: loterías, apuestas permanentes como el chance, rifas, máquinas tragamonedas, etc., siempre con la finalidad específica de financiar los servicios de salud.

Bajo esta óptica, la Ley 10 de 1990, por la cual se reorganizó el Sistema Nacional de Salud, en el artículo 42 declaró 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 apuestas permanentes existentes. También autorizó la constitución de una sociedad de capital público (ECOSALUD S.A.), para la explotación y administración de ese monopolio rentístico.

Tal disposición fue luego subrogada por el artículo 285 de la Ley 100 de 1993, con la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral:

“Declarase 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”.

“PARAGRAFO: El Gobierno Nacional reglamentará la organización y funcionamiento de estas rifas, así como su régimen tarifario”.

En consecuencia, las rentas generadas por las rifas menores no pertenecían al monopolio rentístico y se facultaba a los alcaldes municipales o distritales a conceder los respectivos permisos.

Mediante sentencias C-475 y C-476 de 27 de octubre de 1994 la Corte Constitucional al analizar el citado artículo 285 de la Ley 100 de 1993, dada la excepción o salvedad respecto de las loterías y apuestas permanentes ya existentes a su expedición, así como de las rifas menores, declaró su exequibilidad al precisar que: “Las rifas a que se refiere el Parágrafo son las menores, precisamente sobre las cuales no se estableció el arbitrio rentístico monopólico. Por consiguiente, no son objeto de la restricción constitucional, en lo referente a su organización, administración, control y explotación.”

Tanto el artículo 42 de la Ley 10 de 1990 como el 285 de la Ley 100 de 1993 fueron objeto de reglamentación a través del Decreto 1660 de 1994 respecto de las rifas de competencia municipal y distrital y régimen tarifario.

Allí se definió la rifa como:

“..una modalidad de juego de suerte y azar mediante la cual se sortean premios en especie entre quienes hubieren adquirido o fueren poseedores de una o varias boletas, emitidas en serie continua, distinguidas con un número de no más de cuatro dígitos y puestas en venta en el mercado a precio fijo para una fecha determinada por un operador previa y debidamente autorizado” (Artículo 1º).

A su turno, se clasificaron en rifas menores cuando el plan de premios tuviera un valor comercial inferior a doscientos cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales, circularan o se ofrecieran al público exclusivamente en el territorio de un municipio o Distrito y no fueran de carácter permanente, y rifas mayores si el plan de premios era superior a los doscientos cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales, o aquellas ofrecidas al público en más de un municipio o Distrito o que tuvieran carácter permanente, estableciendo que:

“Son permanentes las rifas que realice un mismo operador con sorteos diarios,

semanales, quincenales o mensuales en forma continua o interrumpida, independientemente de la razón social de dicho operador o del plan de premios que oferte y aquellas que, con la misma razón social, realicen operadores distintos diariamente o en forma continua o interrumpida". (artículos 2 a 4)

En el mismo sentido, se prohibió vender, ofrecer o realizar rifa que no estuviera previa y debidamente autorizada mediante acto administrativo expreso de la autoridad competente (artículo 5º), otorgando a los alcaldes la facultad para expedir los permisos de ejecución de las rifas menores exclusivamente en el territorio de su jurisdicción, además, en caso de que el plan de premios excediera veinte (20) salarios mínimos legales mensuales el beneficiario debía suscribir garantía de pago de los premios por un valor igual al del respectivo plan a favor de la alcaldía.

También se prohibió conceder permisos para operar rifas en forma ininterrumpida o permanente, pues la autorización para las rifas menores se debía dar por un término máximo de cuatro (4) meses, prorrogable por una sola vez durante el mismo año.

De otro lado, la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud. ECOSALUD S.A, debía conceder los permisos de ejecución, operación o explotación de rifas mayores, así como de los sorteos y concursos de carácter promocional o publicitario.

También la Ley 1ª de 1982, con la cual se crearon nuevas fuentes de financiación para los servicios seccionales de salud, autorizó a las Loterías o las Beneficencias para utilizar los resultados de los premios mayores de los sorteos en juegos de apuestas permanentes realizados bien por las mismas entidades o mediante contrato de concesión con particulares, previa aprobación del Ministerio de Salud del correspondiente convenio.

Esta ley fue reglamentada a través del Decreto 033 de 1984 en el cual se definió el Juego de Apuestas Permanentes como aquel que sin ser rifa o lotería, utiliza los

resultados de los sorteos ordinarios de las loterías al permitir que una persona seleccione una, dos o tres cifras y apueste a ellas una suma de dinero, pudiendo lograr un premio en dinero si coincide su apuesta con la última, dos últimas o tres últimas cifras o la combinación de estas en cualquier orden, de acuerdo con el plan de premios establecido en el artículo 1º del mismo decreto.

Para catalogar como válidas las apuestas permanentes debían efectuarse en formularios oficiales emitidos exclusivamente por las entidades concedentes, pues “La emisión y utilización de formularios por personas diferentes a las contempladas en este Decreto dará lugar a la aplicación de las sanciones penales correspondientes” (Artículo 10).

La Ley de Régimen Propio del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar de que trata el artículo 336 de la Constitución Política se materializó a través de la Ley 643 de 2001 en la cual se establecieron los criterios de organización, administración, control y explotación de esa clase de juegos.

Allí se definió 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.” (artículo 1º).

También se definieron los juegos de suerte y azar como aquellos en los cuales una persona que actúa en calidad de jugador realiza una apuesta o paga por el derecho a participar frente a un operador que le ofrece a cambio un premio, en dinero o en especie, el cual ganará si acierta, dados los resultados del juego, no siendo este previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad (artículo 5º).

Y respecto de las apuestas permanentes o chance las estableció como modalidad de juego de suerte y azar en el que el jugador, en formulario oficial, en forma manual o sistematizada, indica el valor de su apuesta escogiendo un número no mayor de cuatro (4) cifras, y si su número coincide con el resultado del premio mayor de la lotería o juego autorizado para el efecto, gana un premio en dinero, de acuerdo con un plan predefinido y autorizado por el Gobierno Nacional mediante decreto reglamentario (artículo 21).

La explotación como arbitrio rentístico de esta clase de juegos la asignó a los departamentos y al Distrito Capital, bien directamente a través de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado operadoras de loterías, o por intermedio de las Sociedades de Capital Público Departamental autorizadas en la ley en comento (Artículo 22).

En la exposición de motivos de dicha ley, conforme con el Proyecto presentado por el entonces Ministro de Hacienda y Crédito Público Juan Camilo Restrepo Salazar (Proyecto de la Cámara de Representantes 35/99), se contempló:

“En primer lugar, el juego de suerte y azar debe arrojar ingresos fiscales, como lo sugiere el nombre mismo de la institución del “monopolio rentístico” y, en segundo lugar, el ofrecimiento del juego debe ser consistente con el interés público o social. La propagación del juego en forma desordenada, no es conveniente para el desarrollo de las actividades sociales y familiares de la población y su explotación atenta contra la buena fe y la salud de los apostadores, y limita los recursos que deberían legalmente destinarse para la prestación de los servicios de salud, limitación que ha contribuido a la postración de estos servicios.

(...)

“De otra parte, con la legalización el juego se convierte en una ‘mercancía’ cuya práctica

se permite pero eso no implica necesariamente que deba fomentarse. De hecho, el juego se sanciona a menudo mediante cargas fiscales superiores a las que recaen sobre otros tipos de consumo y se regula por un régimen legal y reglamentario particular con el fin de mantener controlada su explotación y uso, asegurar la idoneidad económica y social de los oferentes de los juegos, así como limitar la propagación.”²

A su turno, la Corte Constitucional en sentencia C-119 de 15 de noviembre de 2001 al conocer de la constitucionalidad de esta ley estimó que conforme con el texto superior es competencia del Congreso regular qué actividades constituyen monopolios rentísticos, estableciendo además el régimen jurídico que regula la organización, control y explotación de esas actividades “sin perjuicio de que la propia ley, en desarrollo del principio autonómico, pueda distribuir competencias y asignar funciones para la regulación de algunos aspectos de esas actividades a las entidades territoriales.

“La Corte considera que, por tratarse de un régimen propio, la Constitución confiere al legislador una amplia facultad de regulación en materia de monopolios rentísticos, pudiendo ceder o no la titularidad de algunas rentas (o la explotación de monopolios) a las entidades territoriales, e imponer las limitaciones, condicionamientos o exigencias que estime necesarias, todo ello sin perjuicio de la facultad de estas últimas de disponer de los recursos obtenidos en la explotación de sus monopolios, y siempre y cuando se destinen a los fines para los cuales fueron previstos”.

En ese orden, admitió que la reserva legal relacionada con el establecimiento de monopolios rentísticos no impide que algunos aspectos de la regulación de esas actividades puedan ser reglamentadas por la autoridad administrativa, por cuanto la ley debe obligatoriamente “fijar” el régimen propio al que están sometidos “la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos”, sin que ello implique el agotamiento de toda la regulación, pudiendo diferir en el Gobierno,

en virtud de la potestad reglamentaria, algunos aspectos.

La Ley 643 de 2001 ha sido objeto de reglamentación a través, entre otros, de los Decretos 493, 1359 y 1968 de 2001, 2483 de 2002, 1350 y 2482 de 2003 y 0309 de 2004, normas generales para todo el país, sin que tal desarrollo reglamentario pueda modificar la competencia, fijar nuevas modalidades o modificar las previstas en aquella ley de régimen propio.

Ya en el ámbito punitivo y sancionatorio, en desarrollo del mandato superior, la Ley 57 de 1993 incorporó al Código Penal de 1980 el artículo 241-A al elevar a la categoría de delito:

“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 al pago de una multa de diez (10) a cien (100) salaros mínimos legales.

“La pena se aumentará en una tercera parte 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.”

En la exposición de motivos de la citada ley, al ubicar ese comportamiento punible dentro de los que protegen el bien jurídico del orden económico y social, se argumentó:

“...resulta obvio que los ilícitos así tipificados se incorporen al capítulo que comprende a los delitos contra el orden económico y social, pues 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. Mas 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”3.

La aludida tipificación pasó el examen de confrontación con el texto superior cuando la Corte Constitucional a través de sentencia C-313 de 7 de julio de 1994 anotó:

“Cuando la ley 57 de 1993 se refiere al ejercicio de actividad monopolística de arbitrio rentístico ‘sin sujeción a las normas que la regulan’ remite a la ley de que trata el artículo 336 Superior. El tipo penal descrito en el artículo 241A del Código Penal se integra recurriendo a las leyes reguladoras de los monopolios estatales y no a toda suerte de normas, como lo entendió el actor al formular el cargo que esta Corte desestima, en razón a los argumentos que se dejan consignados y por no observarse vulneración alguna del Estatuto Superior. Si eventualmente, alguna de las actividades a las que alude la ley demandada, se halla regulada por una norma de inferior jerarquía a la legal, su transgresión no puede, en modo alguno, servir de fundamento al juzgador para deducir responsabilidad penal e imputar al transgresor una sanción de esa naturaleza.”

El desarrollo jurisprudencial del delito en cuestión no ha sido prolífico. La Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación de 8 de octubre de 2002 (Radicación 15793) en un caso relacionado con el monopolio de licores precisó el alcance del artículo 241-A del Código Penal de 1980 por contemplar un tipo penal en blanco respecto a las disposiciones normativas que regulaban esa actividad y lo cotejó con la descripción típica del artículo 312 de la Ley 599 de 2000 al sancionar 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, la cual mantiene la remisión a normas extrapenales que las reglamentan.

En efecto, ahora se sanciona al 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”.

En la citada sentencia esta Corporación determinó que:

“[T]anto 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.

“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”.

También la Corte Suprema en sentencia de 24 de marzo de 2007 (Radicación 24340) destacó el carácter de ejecución permanente del delito en estudio, en cuanto:

“[C]omienza a ejecutarse cuando el sujeto inicia el ejercicio de una actividad establecida como monopolio de arbitrio rentístico, sin la respectiva autorización, permiso o contrato, o utiliza elementos o modalidades de juego no oficiales, y se prolonga durante

todo el tiempo en que se mantenga esa actividad al margen de la ley. Como consecuencia de ello, para todos los efectos legales esa ejecución culmina con el último acto, es decir, en el momento en que cesa el ejercicio de la actividad o se obtiene la autorización legal para su explotación”.

2. De los juegos de suerte y azar ofrecidos al público por el procesado

Se tiene noticia que el enjuiciado bajo la razón social “Representación Rifas Múnera” realizaba rifas periódicas, según sus manifestaciones, cada tres meses, con premios consistentes en bienes inmuebles, vehículos, etc., pero los juegos que interesan a este asunto son los practicados bajo las denominaciones Letrogolfo y Golfito.

Según el certificado de Cámara de Comercio de Urabá, la persona jurídica “LETROGOLFO LTDA.”, está registrada y fue constituida mediante escritura pública 1061 de la Notaria Única de Apartadó de 27 de noviembre de 1995, representada por el ahora procesado y su objeto social es: “1) Venta de apuestas y rifas consistentes en billetes de lotería identificados con letras para sorteos semanales, 2) Venta de toda clase de rifas y juegos de azar”.⁴

En la indagatoria MÚNERA SÁNCHEZ aclaró que: “Letrogolfo consiste en una rifa en letras donde se convina —sic— las 26 letras del abecedario tres veces entre sí una con otra, se juega cada ocho días los sábados y se le ofrece al público -un premio de cinco millones, al acierto de las tres letras, es representado en electrodomésticos y en la misma boleta dice se le pone al ganador a escoger los electrodomésticos hasta cinco millones lo que más le convenga, entre ellos asesorios —sic— para vehículos, el valor de la boleta es de mil pesos, ese sorteo se hace entre 17.576 combinaciones.” (...).“Golfito es algo que se sacó a vender al público donde una hojita la persona puede elegir las letras que desea jugar y echarle y repartir al —sic— en determinada cantidad y apostar el dinero que quiera, se asemeja al juego del chance solo que aquí como son más

combinaciones se le ofrece un premio superior a las personas, con la misma cantidad apostada y se juega todos los días de lunes a sábado, se sortea con las mismas urnas las mismas balotas y son impulsadas por aire el sorteo se hace de la misma manera que letrogolfo.” 5

A su turno, en la solicitud realizada por el procesado el 1° de noviembre de 1996 a ECOSALUD S.A., encaminada a obtener la “autorización para operar la rifa de Urabá en letras denominada LETROGOLFO, conforme a lo dispuesto en el artículo cuarto (4) de el —sic— decreto 1660 de 1994”, tras explicar las posibles combinaciones de las letras desde la AAA a ZZZ señala que los premios consisten en \$5.000.000,00 al acierto de las tres letras, \$5.000,00 a los dos primeras, las dos últimas o en cualquier orden de las letras y \$1.000,00 a la última, sorteos que se realizarían los sábados con un valor para cada boleta preimpresa de \$1.000,00.

También en la solicitud de 27 de noviembre de 1997 dirigida a la Beneficencia de Antioquia (BENEDAN) para obtener el “permiso para la explotación de una agencia para chance que operaría en el municipio de APARTADO” respecto del juego Golfito, explica que cada formulario debe ser llenado por el apostador al escoger y anotar las letras, pudiendo apostar desde \$100,00 hasta \$2.000,00, con un plan de premios según cada peso apostado así: \$2.000,00 para el acierto de las tres letras; \$600,00 para las letras en cualquier orden y \$300,00 para el acierto de las dos primeras o dos últimas letras.

En el mismo sentido, obran escritos en los cuales GILDARDO JOSÉ MÚNERA SÁNCHEZ pretende la autorización de su juego. Así, en solicitud adiada el 7 de febrero de 2000 insta a la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud ECOSALUD S.A., para que le legalice su proyecto de Letrogolfo argumentado que: “estamos dispuestos a cumplir con todos los requisitos necesarios a fin de conseguir la respectiva LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO que otorga ECOSALUD como entidad autorizada por el Estado para la vigilancia de este tipo de actividad”6, petición reiterada el 10 de febrero

siguiente ya respecto de los juegos Letrogolfo y Golfito,⁷ así como la petición de 4 de diciembre de 2001 dirigida al Vicepresidente Técnico de la Empresa Territorial para la Salud ETESA para la autorización de un “Juego Novedoso en Letras”, y al Gerente de esa empresa en la sucursal de Medellín de 12 de julio de 2002.⁸

En lo que tienen que ver con los permisos para operar los citados juegos, aparece la Resolución 126 de 4 de julio de 1996 mediante la cual el Jefe de la Sección Control de Establecimientos Públicos del Municipio de Apartadó-Antioquia autoriza a GILDARDO JOSÉ MÚNERA SÁNCHEZ en calidad de Gerente de la Empresa LETROGOLFO LTDA., para realizar la rifa denominada RIFA DE URABÁ EN LETRAS en esa localidad con un plan de premios por valor de \$.5.966.000,00, discriminados así: Premio mayor \$5.000.000,00 en electrodomésticos; \$5.000,00 a las dos primeras o dos últimas o a las letras en cualquier orden y \$ 1.000,00 a la última letra.

En tal acto se especificó que: “La RIFA DE URABA EN LETRAS, tendrá un valor por boleta de \$1.000, y se efectuará mediante balotas depositadas en tres (3) urnas diferentes, cada urna contiene balotas con las diferentes letras del alfabeto. La rifa se realizará cada quince (15) días, (día Sábado) a las 9:30 PM en las instalaciones de la oficina de la Empresa “LETROGOLFO LTDA...”

En el mismo sentido, solo hasta el 26 de abril de 2000 la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud ECOSALUD S.A., mediante Resolución 914 autorizó la RIFA LETROGOLFO “Con una emisión total de 398.192 boletas con un valor de \$1.000 pesos. OPERARÁ EN LOS DEPARTAMENTOS DE ANTIOQUIA Y CORDOBA Y ATLANTICO.”⁹

El texto de la Resolución autoriza a la Sociedad LETROGOLFO LTDA representada por GILDARDO JOSÉ MÚNERA SÁNCHEZ para la realización de la “RIFA LETROGOLFO LTDA”

“con una emisión de 17.576 boletas por sorteo, para un total de SETECIENTOS TREINTA Y OCHO MIL CIENTO NOVENTA Y DOS (738.192) Boletas, con un Valor por Boleta de mil pesos moneda legal (\$1.000,00) el plan de premios es de DOSCIENTOS DIEZ MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL (\$210.000.000,00) representados en electrodomésticos.”¹⁰

3. De las disposiciones de carácter infralegal

Las anteriores precisiones normativas, jurisprudenciales y probatorias, una vez decantadas al caso en estudio, le permiten a la Corte resaltar el acierto de los juzgadores cuando concluyeron que GILDARDO JOSÉ MÚNERA SÁNCHEZ venía comercializando los juegos de azar denominados Letrogolfo y Golfito sin contar con las respectivas licencias o permisos correspondientes, pues sólo el 26 de abril de 2000 la Empresa Colombiana de Recursos ECOSALUD S.A., mediante Resolución 914 le autorizó la RIFA LETROGOLFO para ser distribuida en los departamentos de Antioquia, Córdoba y Urabá.

En las instancias se advirtió la diferente denominación que empleó el procesado para sus diversos juegos, en unos simplemente Representaciones Rifas Múnera, para otros Rifa de Urabá en Letras, Letrogolfo, Golfito o Juego Novedoso en Letras, tal disimilitud llevó a desechar la autorización que mediante Resolución 126 del 4 de julio de 1996 el municipio de Apartadó le concedió para comercializar la “RIFA DE URABA EN LETRAS”, puesta de presente por la defensa para justificar la operación del juego denominado Letrogolfo, no solo por su nominación, sino por la diferencia en su plan de premios.

Aún de aceptar que tal resolución del jefe de control de establecimientos abiertos al público del municipio de Apartadó le permitiera explotar el juego Letrogolfo al estar catalogada como rifa menor para el momento de tal acto administrativo (4 de

julio de 1996), lo cierto es que estaba limitada a ese ámbito territorial y cada sorteo debía cumplirse cada quince (15) días, contrariamente, como el procesado lo admite en su indagatoria, también tenía operación en los municipios de San Pedro de Urabá, Turbo, Frontino, Chigorodó, Carepa, Itagui, Dabeiba, Mutatá, Nueva Colonia, Currulao y Bajirá.

Al trascender así a varios municipios se constituía en una rifa mayor en las voces del decreto reglamentario 1660 de 1994 vigente para la época, además de tener el carácter de permanencia al ser realizada por un mismo operador en sorteos que a la postre terminaron surtiéndose semanalmente, todos los sábados, circunstancia que implicaba la autorización de la otrora Empresa Colombiana de Recursos para la Salud ECOSALUD S.A., entidad facultada legalmente para conceder los permisos de ejecución, operación y explotación de las rifas mayores.

En declaración José Orlando Ocampo Rodas, Jefe Control de Establecimientos Públicos de la Alcaldía de Apartadó, precisó que esa entidad supervisaba los sorteos de las rifas periódicas de Representaciones Rifas Múnera, lo que no sucedía con los otros sorteos al no estar autorizados.¹¹

La tesis defensiva hace un sesgo o acomodo de lo dicho por la Corte Constitucional acerca de que no se pueden considerar punibles las conductas relacionadas con la actividad del monopolio rentístico si su regulación no proviene de una ley, pues la misma Corporación concluyó que la reserva legal no es absoluta y es dable que el legislador al expedir la ley difiera en el ejecutivo la reglamentación de algunos aspectos, asunto que fue el que precisamente sucedió con el desarrollo normativo que mediante el Decreto 1660 de 1994 se hizo a los artículos 42 de la Ley 10 de 1990 y 285 de la Ley 100 de 1993, cuando se precisaron las modalidades de juegos de suerte y azar y se catalogaron las rifas en menores y mayores.

Por ello, los juzgadores tildaron de innecesario que lo reglamentado por el Decreto

1660 de 1994 en relación con las rifas mayores tuviese que hacerse a través de una ley para efectos de que la conducta del procesado pudiera adecuarse a la descripción típica del artículo 241-A del Código Penal de 1980, pues aquél se fundó precisamente en el artículo 285 de la Ley 100 de 1993 que declaró como arbitrio rentístico la explotación monopólica de los juegos de suerte y azar en beneficio del sector salud.

En este orden, correspondía tomar el Decreto 1660 de 1996 como un todo respecto de la ley 10 de 1990 y principalmente con la Ley 100 de 1993 que crearon el monopolio de arbitrio rentístico de los juegos de suerte y azar.

La Sala advierte que no obra alguna clase de autorización o permiso para la explotación del juego denominado Golfito, que presentaba similitudes con el conocido como chance.

El libelista destaca el Decreto Ordenanzal 4800 de 1996 por medio del cual el Gobernador de Antioquia reguló la actividad de los juegos de suerte y azar, pero lejos de tratarse de un acto mediante el cual expresamente se autorizara al procesado para la explotación de los juegos que anunciaba, tan sólo se establecía un impuesto del 10% como “derechos de circulación y comercialización” respecto de las boletas que se comercializaran en ese territorio, estableciendo en su artículo 2º que correspondía a la Beneficencia la administración, recaudo y control de esos derechos y en el artículo 3º que toda persona natural o jurídica, que quisiera ejecutar las actividades señaladas en el decreto, debía presentar ante la Beneficencia previa circulación y comercialización de sus productos, “las boletas, tiquetes, talonarios o instrumentos técnicos afines que vayan a emplearse con el objeto de que sean selladas y debidamente registradas”.

Además de lo anterior, se acredita con la constancia de ECOSALUD S.A., la no autorización del sorteo denominado Letrogolfo,¹² así como lo expresado por la Beneficencia de Antioquia de no haber expedido alguna autorización en ese sentido respecto de GILDARDO MUNERA o la empresa Letrogolfo Ltda., ni haber

suscrito algún contrato para la explotación de las apuestas permanentes.

El libelista también se ampara en las constancias de 19 de febrero de 1999 del Promotor Comercial- Control de Rifas y Juegos de BENEDAN, Sergio Alonso Correa Calderón acerca de que “la empresa LETROGOLFO LTDA NIT 811003467-A ubicada en el Municipio de Apartado Ant. (sede p.pal) cumple con el decreto ordenanzal 4.800 del 20 de septiembre de 1996 por concepto de rifas. Depositará el impuesto en la cuenta # 1303050059-2 de la CAJA AGRARIA a nombre de BENEDAN.”, así como la expedida el 1° de junio siguiente en el mismo sentido respecto de Golfito, como filial de Letrogolfo Ltda.;¹³ no obstante, tales pagos de impuestos, como los precisó el propio Gerente de la Beneficencia, Jonás Antonio Flórez Ardila esa cancelación obedecía a los derechos por la utilización de los resultados de la Lotería de Medellín por las rifas que periódicamente efectuaba el enjuiciado.

Para la Sala no resulta creíble la manifestación del procesado acerca de que el pago de los impuestos municipales o departamentales obedecieran a acuerdos verbales cuando anota: “a mi me fijaron una tarifa la autoridad municipal para pagar el 12% sobre un premio en el mes de Cinco millones de pesos, pero al mes...Esa tarifa me la fijó el jefe de establecimiento público de la Alcaldía Municipal, prácticamente fue verbal por que fue en común acuerdo con la beneficencia de Antioquia, donde se acordó que era 12% sobre un premio para el municipio y un 4% para un premio para la Beneficencia de Antioquia”, pues tal informalidad no consulta la precisión y soporte que caracterizan los temas tributarios.

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 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.

4. Del error de prohibición

La representación equivocada de la realidad de su defendido la

hace consistir el libelista en que para el ofrecimiento y explotación de los juegos de suerte y azar Letrogolfo y Golfito estuvo amparado en el Decreto Ordenazal 4800 de 1996, sin embargo, para la Corte no se advierte la configuración de la teoría del error de prohibición, pues dada la experiencia del enjuiciado en la labor de explotación de juegos de suerte y azar, como que la ejerce desde 1981 con las rifas y desde 1996 con el denominado Letrogolfo, como lo aseveró en su injurada, es dable pensar que estaba plenamente en condiciones de actualizar el conocimiento de lo injusto de su comportamiento, lo cual se ratifica en las varias peticiones elevadas ante las autoridades pertinentes encaminadas a obtener la autorización y legalización de sus juegos, lo que indica que pese a ello se representó la ilicitud de su comportamiento.

Es sabido que en el error del tipo el sujeto activo actúa bajo el convencimiento errado e invencible de que en su acción u omisión no concurre ninguna de las exigencias

necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal; en tanto que en el error de prohibición conoce que su actuación se acomoda al tipo penal respectivo pero considera que la misma se encuentra amparada por una causal de justificación – artículo 29 del Código Penal de 1980 – o conforme con la normatividad vigente en una causal que excluye su responsabilidad – artículo 32 de la Ley 599 de 2000 –.

En este caso, surge nítida la conciencia de la antijuridicidad del comportamiento por parte de MÚNERA SÁNCHEZ, sin que pueda catalogarse como un error vencible y que al provenir de culpa al no estar prevista tal modalidad conductual para el delito en comento, en las voces del artículo 40 inciso 4° del Código Penal de 1980 no sería punible (en la nueva normatividad lo vencible del error de prohibición sólo genera la atenuación punitiva según el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000), porque no se puede entender que pese al conocimiento de los elementos de la descripción típica, realizó la conducta al creer que le era permitido actuar así con base en el Decreto Ordenanzal 4800 de 1996 por cuanto, como ya se anotó, tal acto administrativo no era de carácter particular en el que se le autorizara la explotación de sus juegos, sino simplemente reglamentación para todo el departamento de Antioquia de las actividades de los juegos de suerte y azar fijando un impuesto del 10%.

En este orden, se muestra a todas luces sofística la tesis defensiva acerca de la coexistencia normativa que regulaba lo concerniente a los juegos de suerte y azar, una de carácter nacional y otra regional o del ámbito departamental en el momento para el cual aún no se había expedido la Ley 643 de 2001, por cuanto lo cierto es que el procesado se debía plegar al Decreto Reglamentario 1660 de 1994 que reguló algunos aspectos del monopolio de arbitrio rentístico establecido en las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993, sin que ello afectara la reserva legal que se colige del canon constitucional.

Además, la basta experiencia en la actividad comercializadora de juegos de suerte y azar, para lo cual incluso constituyó una sociedad comercial debidamente inscrita en la

cámara de comercio del lugar, cuyo objeto social era la venta de apuestas y rifas consistentes en billetes de loterías y venta de toda clase de juegos de azar permiten fundadamente deducir que el inculpatado estaba enterado de los requisitos como permisos y autorizaciones que previamente a desarrollar tal actividad debía cumplir, al punto que incluso le envió comunicación al Presidente de la República de la época, Ernesto Samper Pizano encaminada a “solicitarle su ayuda con la aprobación de un nuevo sorteo en letras que hemos creado en URABA el cual hemos denominado LETROGOLFO....”¹⁴

Finalmente, la pretensión del censor acerca del pronunciamiento de la Corte para unificar la jurisprudencia en torno a las facultades normativas en materia de monopolios rentísticos de los juegos de suerte y azar, resulta a todas luces impertinente toda vez que ello ha sido profusamente abordado por la Corte Constitucional, como ya se ha visto en el recuento jurisprudencial que se abordó en el primer acápite en lo que tiene que ver principalmente con que la reserva legal respecto de tal monopolio no es absoluta, pudiendo la ley facultar al Ejecutivo para desarrollar algunos tópicos que no interfieran con los postulados y principios con la ley de régimen propio, esto es, con la Ley 643 de 2001.

Vista así la realidad contenida en el fallo impugnado, se concluye que carece de fundamento la pretensión del censor y por consiguiente la censura no está llamada al éxito.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo por razón de los cargos formulados en la demanda presentada por el

defensor de GILDARDO JOSÉ MÚNERA SÁNCHEZ.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
LEMONO Permisos

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Expediente No. 2226. Sentencia de 25 de abril de 1991.

2 Gaceta del Congreso N° 244 de 1999

3 Gaceta del Congreso No. 165 pag. 25.

4 Folios 40 a 41 Cuaderno N° 1

5 Folios 171 a 179 idem

6 Folios 419 a 424 Cuaderno N° 2

7 Folios 425 ibídem

8 Folios 427, 428 y 430 idem

9 Folio 436 idem

10 Folio 223 cuaderno N° 1

11 Folios 191 y 192 cuaderno N° 1

12 Folio 202 cuaderno N^a 1

13 Folios 32 y 33

14 Folio 45 cuaderno N° 1