



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado Ponente

SP 14190-2016
Radicación N° 40089
(Aprobado Acta No.312)

Bogotá, D. C., cinco (05) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

V I S T O S

La Corte se pronuncia sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de EDWIN CARVAJAL GÓMEZ, DIEGO FERNANDO CASTRO TRUJILLO, JAYSON GONZÁLEZ MORENO, HECTOR

HUMBERTO HERRERA ESPINOSA, JOSÉ JAIME PORTILLA, LUIS ARMANDO MENESES, HUMBERTO RODRÍGUEZ MELO, JOSÉ RODRIGO CANTERO, RAFAEL BIELMAN MUÑOZ, FABIO HUMBERTO GIRALDO GUERRERO y RAFAEL ANDRÉS STERLING PÉREZ contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que confirmó el fallo de primera instancia dictado el día 2 de diciembre de 2011, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cali, al hallarlos responsables del delito de destinación ilegal de combustibles en concurso homogéneo y sucesivo.

HECHOS

Fueron descritos en la sentencia de segunda instancia de la siguiente manera:

«El lunes festivo doce (12) de noviembre de dos mil siete (2007) fuente no formal informa al grupo de Policía judicial GOESH No. 8 que desde el Municipio de Yumbo se está perpetrando el delito de DESTINACIÓN ILEGAL DE COMBUSTIBLES tipificado en el art. 237 D de la ley 1028 de VI-06/06, donde dos (02) funcionarios de la empresa mayorista PETROLEOS DEL MILENIO CISA-PETROMIL participan directamente del mismo, uno que sería el encargado de las guías únicas de transporte y factura de venta, además de contar con la participación de conductores de carro tanques para poder transportar el combustible con destino a zonas de frontera y estaciones de

algunos Municipios del Valle y norte del Cauca y así obtener las ganancias económicas por concepto de sobretasa; agrega además el informante que la empresa PETROLEOS DEL MILENIO CISA-PETROMIL- compra combustible en la planta conjunta EXXON MOBIL CHEVRON TEXACO ubicada en Yumbo para luego distribuirlo a diferentes Estaciones de Servicio en los vehículos tipo carro tanque con placas TKJ 282 – VAG 498 – MDA 921 – SYM 507 – WNJ 643 – VXB 365 dando un plazo de 7 días para realizar el pago; combustible que sale de la planta conjunta EXXON MOBIL CHEVRON TEXACO con guía única de transporte CHEVRON PRETROLEUM COMPANY con destino Yumbo y posteriormente el señor EDWIN CARVAJAL GÓMEZ facturador de PETROLEOS DEL MILENIO CISA – PETROMIL - realiza una guía única de transporte y su respectiva factura de venta con destino al Municipio de Ospina o Santa Cruz Guachaves en el departamento de Nariño incluidos dentro de los municipios considerados como zona de frontera por el Ministerio de Minas y Energía – Dcto. 1010/07- para burlar el control de las autoridades la organización utiliza el siguiente modus operandi: si es en carretera el conductor porta las dos guías únicas de transporte una de CHEVRON PETROLEUM COMPANY (destino Yumbo) y la otra de PETROLEOS DEL MILENIO CISA –PETROMIL- (destino Ospina o Santa Cruz Guachaves) si el conductor es detenido en carretera presenta a las autoridades que ejercen el control de hidrocarburos la guía de PETROLEOS DEL MILENIO CISA –PETROMIL- (destino Ospina o Santacruz Guachaves) (sic) y si es sorprendido descargando el combustible

en área urbana presenta la de CHEVRON PETROLEUM COMPANY (destino Yumbo) y manifiesta que no hubo tiempo para esperar le expidieran la guía única de transporte para la Estación de Servicio donde se encuentra descargando el producto llamando inmediatamente al señor EDWIN CARVAJAL GÓMEZ facturador de PETROLEOS DEL MILENIO CISA –PETROMIL- quien hace llegar está debidamente diligenciada ya sea físicamente ora vía fax, además indica la fuente que estas actividades las realizan en el día 6 veces durante toda la semana.

Con fundamento en esta información se procedió por parte de la Policía Judicial a realizar labores de verificación sobre la existencia o no del hecho delictual y en desarrollo del programa metodológico se ordenó entre otras actividades vigilancia y seguimiento para unos automotores, orden que fuere legalizada por el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías con la finalidad de identificar plenamente a los autores de los hechos materia de investigación así como las estaciones de servicio comprometidas en el recorrido de los vehículos, lugar donde descargan el combustible, actividad investigativa que se logró confirmar lo acotado por el informante al establecerse inclusive que una de las Estaciones de Servicio comprometidas con la conducta ilegal lo es la Estación de Servicio Las Palmeras de la ciudad de Palmira Valle ubicada en la calle 42 con 32 esquina; con base en lo sucedido se ordenó a la Policía Judicial realizar inspección a las diferentes entidades

empezando por la empresa mayorista PETROLEOS DEL MILENIO CISA –PETROMIL- actividad realizada el 30 de junio de 2008 en donde se evidenció que el señor HECTOR HUMBERTO HERRERA ESPINOSA, Director Comercial Zona Centro de la empresa PETROLEOS DEL MILENIO CISA identificado con la cedula de ciudadanía No. 19.322.466, expedida en Bogotá es la persona responsable de toda la actividad comercial que realiza la empresa PETROLEOS DEL MILENIO CISA – PETROMIL- en el Departamento del Valle del Cauca y Nariño por lo tanto es el encargado de autorizar todos los despachos que se realizan hacia los diferentes municipios incluyendo los municipios de Ospina y Santa Cruz Guachaves en el Departamento de Nariño además es quien ordena al señor EDWIN CARVAJAL GÓMEZ facturador de dicha empresa para que diligencie las guías únicas de transporte y facturas de ventas para cada uno de los pedidos y fuera de ello es la persona responsable del recaudo de la sobretasa para que posteriormente esta empresa mayorista le consigne a los municipios correspondientes, pues ninguna actividad comercial que realice la oficina de la empresa PETROLEOS DEL MILENIO CISA –PETROMIL- con sede en Yumbo se puede ejecutar sin su consentimiento por tanto tiene pleno convencimiento que dicha mayorista tiene autorización únicamente para distribuir combustibles líquidos derivados del petróleo desde la planta ubicada en Cartagena y no en el Valle del Cauca, ni mucho menos para zona de frontera en Nariño, igualmente se estableció que el señor EDWIN CARVAJAL GÓMEZ identificado con la C.C. No. 6.253.742 es la

persona encargada de diligenciar toda la documentación correspondiente a recibos y despachos de productos líquidos derivados del petróleo de la empresa PETROLEOS DEL MILENIO CISA – PETROMIL- con sede en Yumbo para los departamentos del Valle y Nariño y recibe órdenes directas del Director Comercial Zona Centro. En la documentación hallada se evidenció como el facturador antes mencionado despacha hasta cuatro viajes el mismo día hacia la misma Estación de Servicio en el municipio de Nariño, además en ocasiones le factura al mismo conductor hasta tres viajes el mismo día hacia el Departamento de Nariño lo que demuestra su participación directa en la actividad ilícita, de lo cual tenía pleno conocimiento el señor HECTOR HUMBERTO HERRERA ESPINOSA de quien podemos decir, participó conforme los elementos materiales de prueba en 446 eventos.

En consecuencia de lo anterior, tenemos que el acusado FABIO HUMBERTO GIRALDO GUERRERO identificado con la cc 16.274.555, de acuerdo con los elementos materiales recolectados transportó en el vehículo automotor con placas GUB 403 hidrocarburo en 5 ocasiones” (ver sentencia de primera instancia).

JOSÉ JAIME PORTILLA PORTILLA identificado con la c.c. 87.531.665 de Guaitarilla, —Nariño— transportó en el vehículo con placas KUM 763 entre los meses de marzo de 2008 a junio de 2008 hidrocarburo con destino a los municipios de Ospina y Santa Cruz, considerados como zona de frontera en 17 ocasiones

RAFAEL BILMAN MUÑOZ MENESES identificado con la c.c. 10.529.413 DE Popayán –Cauca-

conductor del vehículo automotor con placas VSA 347 transportó el hidrocarburo con destino a zona de frontera, participando en 11 eventos con los que se tipifica el delito de DESTINACIÓN ILEGAL DE COMBUSTIBLE...

DIEGO FERNANDO CASTRO TRUJILLO identificado con la c.c. 16.683.835 de Cali – Valle- conductor del vehículo con placa VAG 498 para los meses de noviembre de 2007 a junio de 2008 transportó hidrocarburo con destino a zona de frontera, igualmente tenía la misión de descargarlo en las estaciones de Cali y Palmira, participando en 75 eventos de DESTINACIÓN ILEGAL DE COMBUSTIBLE.

JOSÉ RODRIGO CANTERO BURGOS identificado con la c.c. 16.447.668 de Yumbo - Valle- transportó en el vehículo con placas TKJ 383 entre los meses de noviembre de 2007 a febrero de 2008 y mayo de 2008, hidrocarburo con destino a zona de frontera en 17 ocasiones.

HUMBERTO RODRIGO MELO GÓMEZ identificado con la cc 12.971.585 de Pasto – Nariño- conductor de los vehículos con placas KUM 620 – VXB 365 era uno de los encargados de transportar el hidrocarburo con destino a zona de frontera y descargarlo en las Estaciones de Cali y Palmira, entre otras participe en 26 eventos de DESTINACIÓN ILEGAL DE COMBUSTIBLE.

JAYSON GONZÁLEZ MORENO identificado con la c.c. No. 98.384.731 y que condujo el automotor con placas VNA 219, WNJ 643, fue uno de los encargados de transportar el hidrocarburo con destino a zona de frontera y descargarlo en las Estaciones de Cali y Palmira, entre otras participa en 80 eventos.

LUIS ARMANDO MENESES GONZÁLEZ identificado con la c.c. 76.060.003 de Buenos Aires –Cauca- conductor del vehículo con placas TPA 825, fue uno de los encargados de transportar el hidrocarburo con destino a zona de frontera y descargarlo en las Estaciones de Cali y Palmira, entre otras participa en 25 eventos, entre los meses de febrero a junio de 2008.

RAFAEL ANDRÉS STERLING PÉREZ c.c. 94.315.564 Palmira –Valle- Gerente y/o administrador de la estación de Servicio ESSO LAS PALMERAS, INVERSIONES BAYONA LÓPEZ LTDA. propiedad de la señora MARÍA ISABEL LÓPEZ RENDÓN, quien era el encargado de comprar el combustible a la empresa PETROLEOS DEL MILENIO CISA –PETROMIL- con sede en Yumbo, participe en 13 eventos en los que recibe el combustible durante los meses de noviembre de 2007 a junio de 2008».

LA ACTUACIÓN PROCESAL

El día 19 de octubre de 2008, ante el Juzgado 4º Penal Municipal con función de Control de Garantías, se legalizó la captura, se realizó la imputación y se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva a HECTOR HUMBERTO HERRERA ESPINOSA.

La acusación se formuló contra todos los procesados en las sesiones de los días 6 y 22 de julio de 2010.

Posteriormente, el día 26 de agosto del 2010 se llevó a cabo la audiencia preparatoria.

La audiencia del juicio se realizó en varias sesiones y el día 2 de diciembre de 2011 se emitió el fallo de primer grado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cali. La sentencia encontró a los procesados responsables del delito de destinación ilegal de combustibles en concurso homogéneo y sucesivo, e impuso como pena principal la de prisión, diez años para unos procesados, nueve y ocho años para otros, multas de 1500, 1400 y 1300 salarios mínimos legales mensuales, y pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de las respectivas penas privativas de la libertad

La decisión fue apelada por los defensores y el Tribunal Superior de Cali, Sala Penal, profirió, el día 31 de julio de 2012, el fallo de segundo grado que confirmó la sentencia del *A quo*.

Contra la anterior sentencia los abogados de los procesados interpusieron oportunamente el recurso de casación.

SÍNTESIS DE LAS DEMANDAS

Se presentaron dos demandas: la primera de ellas en nombre de los procesados EDWIN CARVAJAL GÓMEZ, DIEGO FERNANDO CASTRO TRUJILLO, JAYSON GONZÁLEZ MORENO, HECTOR HUMBERTO HERRERA ESPINOSA, JOSÉ JAIME PORTILLA, LUIS ARMANDO MENESES, HUMBERTO RODRÍGUEZ MELO, JOSÉ RODRIGO CANTERO, RAFAEL BIELMAN MUÑOZ, y FABIO HUMBERTO GIRALDO GUERRERO y, la segunda, firmada por el apoderado de ANDRÉS STERLING PÉREZ.

El primer libelo se hizo con fundamento en la causal primera de casación, y en ella se censura la sentencia por violación directa de la ley de carácter sustancial por interpretación errónea del artículo 327D del Código Penal, que tipifica la destinación ilegal de combustibles.

El casacionista, con el propósito de demostrar la errónea interpretación inicia su argumentación citando apartes de la exposición de motivos del proyecto de ley que creó como delito la destinación ilegal de combustibles. En particular señala que con la creación del tipo se pretendía disminuir el contrabando de combustibles en las zonas fronterizas, que se encuentran dentro del artículo 1º de la Ley 681 del 2001, que establece un esquema preferencial de distribución de combustibles en los departamentos ubicados en zonas de frontera, que otorga exenciones de IVA, Arancel e Impuesto Global a la gasolina corriente, gasolina extra, ACPM y electrocombustible que se

distribuya de acuerdo con los cupos establecidos por la Unidad de Planeación Minero Energético, UPME.

El abogado, a partir de las normas citadas, infiere y concluye que el real y verdadero sentido de la prohibición penal contenida en el artículo 327D del Código Penal es el de combatir y penalizar el contrabando de combustible que entra al país del exterior y sancionar la evasión del pago del IVA, y arancel.

Seguidamente, el casacionista hace un estudio sobre la interpretación y alcance del artículo 1° de la Ley 681 de 2001, que es la norma a la que remite el tipo penal de destinación ilícita de combustibles. El análisis lo hace a partir de la exposición de motivos de la Ley, para lo cual se remite a la Gaceta del Congreso 411 de 1999, en la que el Gobierno hace un estimativo de la evasión del pago de IVA, impuesto global y sobretasa para el año de 1999 de alrededor de 180.000 millones de pesos.

Estos motivos, afirma el casacionista, llevaron al legislador a crear mecanismos para controlar el contrabando de combustibles. Estas herramientas fueron la derogatoria del artículo 100 de la Ley 488 de 1998 y limitar las concesiones de combustible de zonas de frontera a Ecopetrol porque así se facilita y hacen más eficientes los controles de policía al contrabando.

Después, la demanda condensa su interpretación del tipo penal y su aplicación al caso. Afirma que el verdadero sentido de la norma es “combatir el contrabando de combustible y la evasión fiscal”. En consecuencia, prosigue, resulta errónea la aplicación del artículo 327D a quienes han pagado los impuestos de IVA, global, sobretasa y la llamada ley Soldicom.

La segunda demanda de casación, presentada a favor de RAFAEL ANDRÉS STERLING, tiene como fundamento el numeral 2° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004. Sostiene la existencia de una nulidad por desconocimiento del debido proceso, por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a las partes.

Para demostrar el cargo el apoderado expresa que la motivación de la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior de Cali, fue incompleta porque omitió el análisis sobre la antijuridicidad de la conducta de ANDRÉS STERLING PÉREZ. Esto significa que al procesado no se le dio a conocer la forma en que su comportamiento afectó el Orden Económico Social, que es el bien jurídico protegido.

De igual manera, la demanda afirma que la sentencia de primera instancia se limitó a afirmar que la gran cantidad de combustible que circuló se hizo bajo condiciones lesivas en materia tributaria, y que el daño a

las finanzas estatales se logró por la burla a los controles dirigidos a equilibrar las finanzas tanto estatales como de los particulares, sin profundizar en la determinación de la antijuridicidad material.

Concluye, entonces, que la pobre motivación de los fallos de primer y segundo grado afectó el derecho del procesado a conocer “el sentido” de la decisión y su posibilidad de controvertirla.

Más adelante, esta demanda ataca la decisión por violación directa de la ley sustancial, en la modalidad de aplicación indebida del artículo 327D del Código Penal que tipifica la destinación ilegal de combustibles.

Para demostrar la violación directa el escrito inicia precisando que la norma contenida en el artículo 327D es un tipo penal en blanco, que hace expresa remisión al artículo 1° de la Ley 681 de 2001. Esta última norma dispone que en los departamentos y municipios de frontera Ecopetrol tendrá la función de distribución de combustibles líquidos, con el visto bueno del Ministerio de Minas y Energía. Además, la norma señala que el volumen máximo a distribuir por parte de Ecopetrol en cada municipio, será el establecido por la Unidad de Planeación Minero Energética, UPME y que los contratos de transporte de combustible autorizados establecerán la obligación de los distribuidores y los terceros, de entregar el combustible

directamente en cada estación de servicio atendiendo los cupos asignados a los mismos por la autoridad competente. Estos combustibles distribuidos en las zonas de frontera, directamente o a través de las cesiones o contrataciones estarán exentos de los impuestos de arancel, IVA e impuesto global.

A partir de este precepto el abogado afirma que el error del Tribunal consiste en afirmar que petróleos del Milenio, con planta ubicada en Yumbo (Valle), es distribuidor mayorista y no tenía autorización de Ecopetrol para distribuir combustibles en zonas de frontera. Además, el Tribunal no aceptó que los municipios de Ospina y Santa Cruz de Guachaves no tenían cupo asignado por la Unidad Minero Energética, que es un elemento que integra el tipo penal en blanco, para que el combustible comercializado sea considerado combustible de zona de frontera. Lo anterior lo lleva a concluir que al faltar este elemento integrante del tipo se configura la atipicidad de la conducta de RAFAEL ANDRÉS STERLIN PÉREZ. El casacionista sostiene que el alcance de la aplicación indebida tuvo efectos sobre la sentencia impugnada porque en virtud de tal error fue que la condena impuesta a su defendido quedó incólume.

Como consecuencia, los dos demandantes solicitan a la Corte Suprema casar la sentencia impugnada, y en su lugar absolver a los procesados.

LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. Los demandantes reiteraron en la audiencia de sustentación que la sentencia incurre en una violación directa de la ley de carácter sustancial por interpretación y aplicación errónea del tipo penal de destinación ilegal de combustibles.

De nuevo, el apoderado de la mayoría de los procesados, apegado al texto de la demanda, señala que estamos en presencia de un tipo penal en blanco, que remite al artículo 1º de la Ley 681 del 2001, y hace una interpretación a partir de la motivación de la ley, que en su momento, hizo el gobierno nacional al presentar el proyecto. Insiste en que el sentido de la prohibición penal es combatir y penalizar el contrabando de combustible que entra al país del exterior y sancionar la evasión del pago del IVA, y arancel.

El segundo casacionista interviene para sustentar el recurso de casación y resume los dos cargos que formuló. En primer lugar, solicita la nulidad del proceso porque en la sentencia del Tribunal Superior de Cali no se hizo un estudio detallado de la antijuridicidad de la conducta de su defendido, lo que imposibilita conocer de manera plena el “sentido de la decisión”, sino que además impide su

adecuada controversia. En segundo lugar, acusa la sentencia por haber incurrido en una aplicación indebida de la ley sustancial, del tipo penal contenido en el artículo 327D, pues la conducta de su defendido es atípica porque los municipios de Ospina y Santa Cruz, en el departamento de Nariño, no tenían cupo de combustible asignado por la Unidad de Planeación Minero Energética, UPME, lo que constituye un elemento que integra el tipo penal en blanco de destinación ilegal de combustible. El casacionista infiere que si los municipios no tenían cupo asignado no podían recibir combustible, y por lo tanto, esas localidades no tienen la calidad de zona de frontera. La ausencia de estos elementos, según la tesis del abogado, es lo que genera la atipicidad de la conducta de su defendido.

2. La delegada de la Fiscalía General de la Nación en su intervención solicita que se haga un estudio que diferencie la aplicación indebida de la interpretación errónea. Así mismo, pide que se haga un análisis del tipo penal de destinación ilegal de combustibles.

Frente a los cargos que se formularon en las demandas contra las sentencias de instancia se manifiesta de la siguiente manera: el cargo de interpretación errónea no está llamado a prosperar porque la norma lo que pretende sancionar es el contrabando técnico, pues los combustibles para la zona de frontera tienen tarifas especiales, un precio preferencial, el cual, según la

motivación de la ley, concede exenciones tributarias, tanto al producto nacional como al importado. Manifiesta que algunas estaciones de servicio ubicadas en zonas de frontera han encontrado una oportunidad de incrementar sus ingresos comercializando el cupo de combustible nacional exento asignado por la UPME en municipios no beneficiarios de la Ley 681 del 2001.

Con respecto al cargo de nulidad de la sentencia, por ausencia del análisis de la antijuridicidad de la conducta, solicita que el cargo no sea atendido, pues esta debilidad se debe a que no fue un punto específico de la apelación, y el Tribunal se limitó a los aspectos objeto de la alzada, además, existe una unidad integral entre las sentencias de primera y segunda instancia en la medida que el fallo del Tribunal confirmó en su totalidad la sentencia del Juzgado.

Finalmente, de cara a la acusación de ausencia de tipicidad, la Delegada Fiscal, afirma que se dan todos los elementos que permiten tipificar la conducta, dado que los municipios de Ospina y Santa Cruz, en el departamento de Nariño, se encuentran en la lista de la Unidad de Planeación Minero Energética, UPME; aunque no se diga cuál es el tope máximo del cupo que se les asignó.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En el presente caso los demandantes acusan la sentencia de estar incurso en una causal de nulidad y de violación directa de la ley sustancial. Cada demanda impugna la sentencia por una forma distinta de violación directa. La Corte se ocupará en primer lugar de la nulidad y después del cargo de violación directa, pues de prosperar el enjuiciamiento de nulidad mal podría entrar a estudiar el otro cargo, pues, eventualmente, deberá retrotraerse el proceso al momento procesal a partir del cual se generó la nulidad.

1. La nulidad por violación al principio de motivación.

El Estado social de derecho tiene como uno de los elementos de control, racionalidad y legitimidad democrática del juez el deber de motivar las resoluciones judiciales. La motivación de la decisión judicial satisface dos condiciones internas del proceso. En primer lugar, es una herramienta para el adecuado ejercicio del derecho de defensa del imputado o acusado y demás intervinientes, y, en segundo término, facilita el control por parte de instancias superiores en virtud de los recursos. Desde una perspectiva externa, la motivación de la decisión judicial es condición necesaria para predicar su racionalidad, y garantizar, de paso, que la resolución no sea producto del capricho del juzgador.

La motivación encuentra su fundamento democrático en el respeto a la voluntad del pueblo, que se manifiesta a través de sus representantes, en la producción y aplicación de la ley. Es uno de los parámetros de la legitimación interna o jurídica de la decisión, así como de la externa o democrática. En efecto, “la falta de motivación de las providencias judiciales interfiere en el carácter de función pública que la Constitución le asigna a la administración de justicia (art. 228, C.P.) y, al mismo tiempo, afecta el derecho de toda persona al debido proceso.”¹

En el caso en estudio resulta oportuno recordar que la jurisprudencia de la Sala ha señalado que quien alega una nulidad debe identificar la clase de irregularidad sustancial, indicar si se trata de un vicio de estructura o garantía, presentar los fundamentos fácticos, indicar los preceptos que considera afectados, argumentar la razón de su quebranto; y, finalmente, especificar el momento procesal a partir de la cual se generó la irregularidad.

Debe tenerse en cuenta, así mismo, que en materia de nulidades rigen una serie de principios que deben ser atendidos si se quiere que la nulidad prospere. Estos principios son: i) el de taxatividad que implica que sólo se puede nulitar un proceso conforme a las causales estipuladas en la ley; ii) el principio de trascendencia que obliga a la declaratoria de nulidad sólo cuando se afecte

¹ Corte Constitucional, Sent. T - 589 de 2010.

garantías fundamentales o las bases fundamentales del proceso; iii) las ritualidades tienen una determinada finalidad y si a pesar de la irregularidad el acto cumplió la finalidad no podrá decretarse su invalidez —principio de instrumentalidad de las formas—; v) la convalidación significa que la irregularidad debe ser reclamada por el perjudicado en forma y tiempo oportuno, siempre que no trasgredan sus garantías fundamentales; vi) el principio de residualidad dispone que la nulidad procede cuando no haya otra manera de corregir la irregularidad; y vii) que la persona que solicite la nulidad no haya dado lugar a la irregularidad.

Ahora bien, la demanda de casación le reprocha a la sentencia de segunda instancia que no se hizo el debido estudio sobre la antijuridicidad de la conducta de uno de los procesados lo que configura, según el togado, una nulidad en la medida que esta omisión constituye una violación al deber de motivación de la decisión judicial.

Para estudiar correctamente la censura previamente se precisará el alcance del principio de antijuridicidad material y del bien jurídico tutelado y, posteriormente, se hará el análisis del cargo frente a la sentencia para determinar si se omitió o no su estudio.

La antijuridicidad material y el principio de lesividad.

La Ley 599 de 2000 —Código Penal— entre sus principios tiene el de la antijuridicidad, artículo 11, que señala lo siguiente:

«Antijuridicidad.- Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.»

De esta fórmula se sigue que la antijuridicidad exige la superación de la simple oposición entre la conducta realizada y el derecho penal. Es necesario, además, que de manera efectiva ponga en peligro o lesione sin justa causa el bien jurídico objeto de protección. La Sala de Casación Penal ha sostenido:

«...Del concepto así expresado se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, por la cual, como sistema de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de señalar que, (...) el principio de lesividad ha de operar no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta, habida cuenta que el cambiante mundo de las interferencias comunicativas de las que se ha hablado hace que vivencialmente, en un momento socio histórico determinado, ciertos actos tengan una específica significación social que los hacen dañinos por la potencialidad que tienen de afectar un ámbito de interrelación, como la convivencia pacífica en éste caso, o que el mismo comportamiento no tenga la virtualidad de

impresionar las condiciones que la permiten en un ámbito temporo espacial diferente.»²

También ha manifestado la Corte que el principio de lesividad encuentra correspondencia en el principio del daño (*harm principle*) de origen anglosajón:

«...En los países de habla inglesa suele acudirse como base de legitimación de las normas penales sobre todo al harm principle que ha jugado un papel esencial desde el siglo XIX. En relación con el mismo son fundamentales las consideraciones del filósofo JHON STUART MILL, vertidas en su obra On Liberty, publicada en 1859. Afirma MILL:

El hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otros; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos (...) Tan pronto como una parte de la conducta de una persona afecta perjudicialmente a los intereses de otra, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella y puede discutirse si su intervención es o no favorable al interés general. Pero no hay lugar a plantear ésta cuestión cuando la conducta de una persona no afecta, en absoluto, a los intereses de ninguna otra (...) En tales casos, existe perfecta libertad, legal y social, para ejecutar la acción y afrontar las consecuencias (...)

Bajo los presupuestos de la concepción de MILL, no pueden castigarse legítimamente conductas que únicamente conllevan una lesión para uno mismo, ni tampoco puede justificarse el castigo de una conducta únicamente en virtud de su inmoralidad (...)

² CSJ SP, 13 de mayo de 2009, radicado 31362.

El énfasis en la lesión de los intereses de terceros, central para el harm principle, puede contribuir a demarcar la diferencia entre el menoscabo de los intereses de terceros y los intereses del propio agente, diferencia también reconocida dentro de la teoría del bien jurídico aunque no suficientemente atendida...»³

La Sala encuentra que este principio constituye también un límite al poder punitivo del Estado, conforme se aprecia cuando sostiene que

«El principio de lesividad de la conducta punible surgió como un criterio de limitación del poder punitivo dentro del moderno Estado de derecho, en el entendido de que constituye una obligación ineludible para las autoridades tolerar toda actitud o comportamiento que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual o colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger.

Este principio, propio del derecho penal ilustrado, no solo está íntimamente ligado a otros de la misma índole (como los de necesidad, proporcionalidad, mínima intervención, separación entre derecho y moral, subsidiariedad y naturaleza fragmentaria), sino que también le otorga un sentido crítico a la teoría del bien jurídico, e incluso habilita en el derecho penal la misión de amparo exclusivo de los mismos.»⁴

Si bien es cierto la jurisprudencia parece asimilar los conceptos de lesividad y antijuridicidad material, lo cierto

³ CSJ SP, 8 de julio de 2009, radicado 31.531.

⁴ CSJ SP, 13 de mayo de 2009, radicado 31362.

es que los ha diferenciado como principio político criminal y categoría dogmática, conforme lo dejó sentado en CSJ SP, 19 de enero de 2006 radicado 23843, al reproducir los argumentos de la ponencia para primer debate y pliego de modificaciones en la Cámara de Representantes:

«El principio político-criminal de lesividad, que dogmáticamente resulta aprehendido por la antijuridicidad material, guarda la denominación tradicional que viene desde el Código Penal actual, puesto que ya no aparece como un mero referente para la construcción de la dogmática, sino que se trasluce en sus propias categorías con efectos sustanciales. Queda fortalecido con la introducción de la expresión “efectivamente” en cuanto a la afectación al bien jurídico, lo cual obliga a replantear la discusión en torno a la existencia y efectos de la admisión de la categoría de los delitos de peligro presunto, precisando también que aquél debe ser entendido desde la perspectiva de los bienes que protege el derecho penal.»

En este orden de ideas, si el bien jurídico que protege al tipificar como delito la destinación ilegal de combustibles es el orden económico social, que se vería afectado como bien jurídico colectivo o supraindividual que busca la salvaguarda del régimen de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios y, en general, los principios básicos del sistema económico imperante (libertad de empresa, libre competencia, entre otros), la conducta no sólo sería antijurídica cuando afecta la distribución de bienes y servicios, o se hace por fuera de la ley por los desajustes macroeconómicos que tales comportamientos

producen, sino también cuando ha tenido la potencialidad de hacerlo. En los términos del artículo 11 del Código Penal, la conducta será antijurídica tanto cuando lesiona el orden económico social –como reza el Título X del Código Penal– como cuando la ponga efectivamente en peligro, sin justa causa.

El bien jurídico tutelado del orden económico social.

El “orden económico social”, como bien jurídico tutelado, Título X del Código Penal, encuentra su fundamento en el inciso 1° del artículo 334 de la Constitución Política que dispone

«La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y preservación de un ambiente sano.»

La Corte Constitucional en la Sentencia C-083 del 17 de febrero de 1999, puntualizó:

«1. La noción de orden público económico hace referencia al sistema de organización y planificación general de la economía instituida en un país. En Colombia, si bien no existe un modelo económico específico, exclusivo y excluyente, el que actualmente impera, fundado en el Estado Social de Derecho, muestra una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, en procura de establecer límites razonables a la actividad privada o de libre empresa y garantizar el interés colectivo.

Por eso, la Constitución de 1991, al igual que lo hacía la Carta del 86, garantiza la libre competencia pero confía al Estado la dirección general de la economía y lo habilita, previo mandato legal, para intervenir en los procesos de producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados, con el propósito de racionalizar la actividad y procurar el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, el reparto equitativo de las oportunidades, la preservación del ambiente sano, el pleno empleo de los recursos humanos y el acceso efectivo de las personas de menos ingresos a los servicios básicos (Arts. 333, 334 C.P.).

2. Así las cosas, en el sistema político colombiano, el orden público económico se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad, particularmente, de los sectores más débiles de la población. Con razón esta Corporación ha sostenido que “...al Estado corresponde desplegar una actividad orientada a favorecer el cabal cumplimiento de las prerrogativas inherentes a la libre iniciativa y la libertad económica y, a la vez, procurar la protección del

interés público comprometido, en guarda de su prevalencia sobre los intereses particulares que pueden encontrar satisfacción, pero dentro del marco de las responsabilidades y obligaciones sociales a las que alude la Constitución.

*3. Los compromisos constitucionales que en materia económica y social le corresponde cumplir al Estado, exigen de éste la implementación de políticas institucionales y la obtención de los instrumentos idóneos para su realización material. Este intervencionismo estatal que, como se anotó, actúa en las diferentes etapas del proceso económico e incluye el control sobre las actividades financiera, bursátil, aseguradora y aquellas relacionadas con el manejo de recursos captados del público (Art. 189-24 C.P.), no sólo compromete activamente a todos los órganos instituidos sino que además se manifiesta en la expedición de una completa reglamentación destinada a garantizar el funcionamiento, manejo y control del sistema económico estatuido. Esto explica por qué en el ordenamiento jurídico se consagran una serie de medidas administrativas y jurisdiccionales tendientes a proteger ese bien jurídico denominado **“orden económico social”**.*

Precisamente, el orden legal económico se constituye en objeto de tutela del derecho, particularmente del derecho punitivo, dado el interés que representa para el Estado su conservación. Ciertamente, resulta de singular importancia para la administración pública que el régimen económico establecido por la Constitución y la ley se desenvuelva en condiciones de normalidad, sin alteraciones, buscando asegurar la prestación de los servicios que de él se desprenden.

4. Por ello, el legislador, en ejercicio de sus competencias y como desarrollo de una política criminal concertada, ha elevado a la categoría de delitos una serie de conductas que considera

lesivas de ese orden económico social en cuanto lo atacan o ponen en peligro».

Ahora bien, la antijuridicidad de la conducta es un elemento estructurante del delito. La afectación del bien jurídico debe ser material y no solo formal, es decir, no es suficiente la simple desarmonía de la conducta con el ordenamiento legal.

«Esto significa que el derecho penal no existe para sancionar exclusivamente con base en la confrontación que se haga de la acción humana con la norma, sino, más allá, para punir cuando de manera efectiva e injustificada se afecta o somete a peligro un bien jurídicamente tutelado.

Así lo ha expuesto la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en la sentencia de casación del 21 de abril del 2004 (radicado 19.930), en la cual afirmó:

Como ha enseñado la Sala⁵, para que un comportamiento típico pueda considerarse base o fundamento del delito es indispensable que de modo efectivo lesione o al menos ponga en peligro un bien jurídico tutelado por la ley; con tal sentido el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal, aparece recogido en la legislación penal como uno de los elementos esenciales del delito (artículo 11 del código penal).»⁶

De lo anterior, como también lo ha dicho la Sala,

⁵ CSJ SP, 18 febrero de 2003, radicado 16262.

⁶CSJ AP, 23 de agosto de 2006, radicado 25745.

«se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, por la cual, como sistema de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de señalar que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, concurre el desvalor del resultado, entendiendo por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, que en ello consiste la llamada antijuridicidad material contemplada en el artículo 11 del Código Penal.

Pero, además, se relaciona este principio con el de la llamada intervención mínima, conforme al cual el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo, noción en la que se integran los postulados del carácter fragmentario del derecho penal, su consideración de última ratio y su naturaleza subsidiaria o accesorio, conforme a los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual sólo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia, ante bienes jurídicos importantes y cuando, los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal».⁷

Sobre estos postulados, la Corte ha establecido que ante la insignificancia de la agresión, o la levedad suma del resultado, *«es inútil o innecesaria la presencia de la actividad*

⁷ CSJ SP, 8 de agosto de 2005, radicado 18609, citada en CSJ SP, 26 de abril de 2006, radicado 24612.

penal, como tal es el caso de los llamados delito de resultado de bagatela.»⁸

Debe, entonces, examinarse en cada caso si la conducta vulneró derechos ajenos, individuales o colectivos, pues sólo así se entenderá superada la exigencia de la afectación, a nivel de lesión o puesta en peligro del bien jurídico como presupuesto para considerar, en estos asuntos, legítimo el ejercicio del poder punitivo del Estado.

En el asunto que se estudia, como lo alega la recurrente, debemos revisar si la sentencia impugnada guardó silencio sobre la antijuridicidad material o, por el contrario, hizo el respectivo análisis y, además, si ese eventual daño afectó el bien jurídico tutelado.

Al someter a examen el fallo, que lo conforman las decisiones de primera y segunda instancia, pues constituyen una unidad jurídica inescindible, encontramos que efectivamente señaló la forma como la conducta afectó el orden económico social, y aunque no dedicó un capítulo específico a la antijuridicidad, no es menos cierto que se ocupó del problema de la antijuridicidad formal y material. Dice la sentencia:

«En efecto tal como se argumentaba al anunciar el sentido del fallo, acorde con lo normado por el artículo 334 de la Constitución Nacional (sic), el

⁸ Ibídem.

Estado está facultado para intervenir en la economía nacional, entre otros renglones en la prestación de los servicios públicos, con la finalidad de racionalizar la economía, con miras a conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes.»⁹

Después, la sentencia impugnada se ocupó del artículo 212 del Código de Petróleos que le otorga al transporte y distribución de petróleos el carácter de servicio público, *“de manera que quienes se dediquen a dicha actividad deberán ejercitarla de conformidad con los reglamentos que dicte el gobierno en guarda de los intereses generales.”*¹⁰ Prosigue la sentencia señalando que la Constitución Política en el artículo 337 autoriza la creación de zonas de frontera terrestres en materia económica. Así mismo, se indican las disposiciones que regulan la distribución de combustibles, e incluye el Decreto 2875 de 24 de diciembre de 2001 que fijó el volumen máximo de distribución en cada uno de los municipios afectados.

Ese recuento normativo, sostiene la sentencia, evidencia que la distribución y comercialización de combustibles no es una actividad libre, sino que es una actividad reglada.¹¹ De ahí que comercializar por fuera de la normatividad impide el efectivo control por parte del

⁹ Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado, sentencia del 2 de diciembre de 2011, página 65.

¹⁰ Ibídem, página 65.

¹¹ Ibídem, página 65.

Ministerio de Minas y Energía. La distribución libre de combustible desconoce *«la prolija reglamentación que cuidadosamente se ha venido diseñando sobre el particular, atendiendo a determinadas condiciones que obligan a modificar la realidad legislativa.»*¹²

Más adelante precisa:

*«en la medida en que con dicho tipo penal busca el legislador procurar efectiva protección del bien jurídico del orden económico y social, bajo el entendido de que la economía nacional se afecta sensiblemente, cuando un bien esencial como el combustible se coloca en circulación, burlando todos los controles encaminados a lograr el equilibrio en las finanzas tanto estatales como de los particulares, que legalmente incursionan en el comercio, alterando de manera dramática los indicadores reales que marcan la pauta en la política económica del Estado de ahí que es evidente la antijuridicidad del comportamiento en la medida en que una enorme cantidad de combustible circuló en condiciones altamente lesivas en materia tributaria, enviando un mensaje negativo a los minoristas sobre la cultura de la ilegalidad, contra la que se lucha sin tregua.»*¹³

La sentencia de primera instancia señala *«(...) la enorme cantidad de combustible que se despachó para los municipios de Nariño, que no llegaron a su destino, entre*

¹² ídem, página 66.

¹³ Ibídem, página 75.

noviembre de 2007 y junio de 2008.» Este volumen se encuentra especificado en el fallo de primera instancia de la siguiente manera: al municipio de Ospina la empresa *PETROLEOS DEL MILENIO CISA –PETROMIL-* despachó, sin autorización legal, 228 envíos para un total de 789.297 galones, y, al municipio de Santacruz de Guachaves se hicieron 218 envíos para un total de 838.259 galones. Para un gran total de 1.627.556 galones de combustible, que no llegaron a su destino, se comercializaron por fuera de la zona de frontera, con los consecuentes perjuicios al fisco nacional, sino que además se desconocieron las reglas sobre dirección y planificación de la economía, siendo una de ellas la relacionada con la distribución de combustibles en las zonas de frontera.

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

Las anteriores referencias de la sentencia de instancia y a la afectación al bien jurídico evidencian que el tema de la antijuridicidad si se trató en el fallo, que conforma una unidad jurídica inescindible con la decisión proferida por el Tribunal Superior de Cali, quien no se ocupó en detalle de este punto, pues su actuación fue la de responder puntualmente los argumentos que presentaron los

abogados al momento de sustentar los respectivos recursos de apelación. La decisión encontró que la conducta afectó el orden económico social, que es un bien colectivo, y por tanto, en este caso es legítimo el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Conforme con lo precedente y contrario a lo solicitado por el demandante, no se casará por este cargo la sentencia condenatoria dictada en contra de los procesados. Se procede, entonces, a estudiar los otros cargos.

2. Violación directa de la ley sustancial

2.1 La interpretación errónea

Los otros cargos presentados por los defensores se orientaron por el camino de la violación directa de la ley sustancial. Se acusa la sentencia de haber incurrido en una interpretación errónea y de aplicación indebida. Cada uno de estos cargos fue formulado en forma separada y en demandas distintas, pero guardan similitud argumentativa. De igual manera, se dará respuesta a las inquietudes de la Fiscalía sobre el tipo penal de «destinación ilegal de combustibles».

El casacionista para demostrar el cargo de violación directa por interpretación errónea del tipo penal contenido

en el artículo 327D del Código Penal, se vale de la motivación que presentó el Gobierno Nacional con el proyecto de la Ley 1028 de 2006 que creó el tipo penal de destinación ilegal de combustible. En efecto, el casacionista de manera textual cita la Gaceta del Congreso que señala que el proyecto

«Tipifica como delito especial la destinación ilegal de combustible, para lo cual establece penas de particular gravedad, que se gradúan, a partir de la cuantía del ilícito. Con la creación de este tipo penal se busca disminuir el contrabando de combustibles en las zonas fronterizas que se encuentran dentro del artículo 1° de la Ley 681 del 2001 que establece un esquema preferencial de distribución de combustibles en los departamentos ubicados en zonas de frontera, el cual concede exenciones de IVA, Arancel e Impuesto Global a la gasolina corriente, gasolina extra, ACPM y electrocombustible que se distribuya en dichas zonas de acuerdo con los cupos establecidos por la Unidad de Planeación Minero Energético, UPME.

Se estima que al país ingresan aproximadamente 15.000 barriles día de combustibles de contrabando, de los cuales 10.260 barriles día ingresan al interior del país, ocasionando un menor recaudo por concepto de IVA e Impuesto Global de aproximadamente 10.531 millones de pesos mensuales, liquidados a la estructura de precios de septiembre de 2004.»

Más adelante, el casacionista, luego de explicar qué es un tipo penal en blanco, acude a la exposición de motivos, pero esta vez de la ley 618, artículo 1°, que es la norma a la que remite el tipo penal. De la exposición de motivos cita

que

«Se estima que la evasión del pago del IVA, Impuesto Global y Sobretasa por el contrabando adicional generado en 1999, está alrededor de 180.000 millones de pesos. La evasión de impuestos generada sobre el contrabando estimado en 1997, sumada a la evasión del contrabando adicional, es cerca a los 300.000 millones de pesos anuales

Teniendo en cuenta lo anterior se hace necesario revisar los esquemas de concesiones vigentes, con el fin de determinar un mecanismo que permita controlar de forma efectiva el contrabando de combustibles, además del ejercicio de los controles que ya están siendo realizados por la DIAN y las demás autoridades competentes.»

Luego de un exhaustivo análisis de cifras sobre la evasión y el contrabando y las consecuencias sobre la economía nacional concluye:

«Por las razones anteriores se sugiere adoptar las siguientes medidas:

Primero, se debe erradicar el contrabando técnico. Lo anterior se puede lograr mediante la derogación del artículo 100 de ley 488 de 1998. Segundo, crear condiciones que faciliten el control policivo por parte de la DIAN y las demás autoridades competentes. Lo anterior se puede lograr modificando el artículo 19 de la ley 191 de 1995, de modo que la única entidad autorizada para realizar concesiones sea Ecopetrol. Se considera que al limitar las concesiones de zonas de frontera a Ecopetrol se

crean las condiciones para facilitar y hacer más eficientes los controles policivos al contrabando. Lo anterior porque la mayor parte del combustible de contrabando está siendo trasportado en forma terrestre de Cúcuta y Maicao y las trochas que existen en la frontera con el país vecino.»

De esta cita el casacionista infiere que la Ley 681 de 2001, y en concreto, su artículo 1° se orienta a “combatir el contrabando de combustible y la evasión fiscal”. Los mecanismos que crea para lograrlo son dos: la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo en los departamentos y municipios de frontera estará en cabeza de Ecopetrol, y el volumen máximo será el establecido por la Unidad de Planeación Minero energética, condiciones que se establecen para evitar la evasión de impuestos de IVA, impuesto Global y el contrabando de combustible.

El demandante, a partir de esta interpretación de la norma afirma que no se podía penalizar a quienes habiendo pagado el impuesto de IVA, impuesto Global sobretasa y Ley Soldicom desarrollaban la actividad de vender, trasportar y comercializar combustible nacional.

No obstante, al observar de manera cuidadosa el proyecto de ley citado en la demanda de casación encontramos que dentro de su finalidad se encuentran conductas como las descritas en las sentencias de instancia. Veamos, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 265 de 2005 se lee:

«Ahora bien, lo expuesto anteriormente, es decir que exista un esquema preferencial de distribución de combustibles en los departamentos ubicados en zonas de frontera, el cual concede exenciones de IVA, Arancel e Impuesto Global, tanto al producto nacional como al importado, ha generado una nueva problemática dado que algunas estaciones de servicio ubicadas en zonas de frontera han encontrado una oportunidad de incrementar sus ingresos comercializando el cupo de combustible nacional exento asignado por la UPME en municipios no beneficiarios de la Ley 681 del 2001.

Se estima que esta situación ocasiona que cerca del 50% de los cupos asignados en los Departamentos de Cesar, Norte de Santander, Arauca y Nariño se están comercializando en municipios no beneficiarios, lo que genera un menor recaudo por concepto de IVA e impuesto global de aproximadamente 8.402 millones de pesos mensuales, liquidados a la estructura de precios de septiembre de 2004, compitiendo con los precios autorizados para el resto del territorio nacional.»¹⁴

En otros términos, la comercialización de combustible en municipios no beneficiarios del esquema preferencial generaba un menor recaudo del IVA, Arancel e Impuesto Global por parte del Estado. Esto se debe a que estos tributos se liquidaban y pagaban al Estado en los porcentajes de las zonas de frontera, que era menor al que

¹⁴http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=265&p_consec=10348, revisado el 13 de septiembre de 2016, en el que se encuentra la exposición de motivos del proyecto de ley 265 de 2005 del Senado de la República.

se liquidaba y pagaba para el resto del país, pero que al distribuirse en municipios, que no tenían esos beneficios fiscales al consumidor final se le cobraba el combustible más los impuestos, tasas y contribuciones de forma plena, y la diferencia la tomaba el particular. De ahí el detrimento en los recaudos del Estado¹⁵.

Fue esta situación la que llevó en su oportunidad a la creación del tipo penal, conforme se expresó en la exposición de motivos a que hace referencia el censor, pues allí se dijo:

«Lo anterior, lleva a proponer en la presente iniciativa la creación del tipo penal de destinación ilegal de combustible que permitiría a las autoridades judiciales luchar contra este flagelo de forma radical y que quienes han visto en esta actividad una oportunidad sean castigados con todo el peso de la ley.»¹⁶

Pues bien, exactamente eso fue lo que ocurrió en el

¹⁵ La Ley 1607 de 2012, reforma tributaria, en el artículo 167 sustituyó el impuesto global a la gasolina y al ACPM, así como el IVA a los combustibles, por el nuevo Impuesto Nacional a la Gasolina y ACPM – INGA. El hecho generador, fue modificado por el artículo 49 de la Ley 1739 de 2014, y ahora es la venta, retiro, importación para el consumo propio, importación para la venta de gasolina y ACPM y la importación temporal para perfeccionamiento activo, y se causa en una sola etapa respecto del hecho generador que ocurra primero. El impuesto se causa en las ventas efectuadas por los productores, en la fecha de emisión de la factura; en los retiros para consumo de los productores, en la fecha del retiro; en las importaciones, en la fecha en que se nacionalice la gasolina o el ACPM, o en la fecha de la presentación de la declaración de importación temporal para perfección.

¹⁶

http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=265&p_consec=10348, revisado el 1º de septiembre de 2016, en el que se encuentra la exposición de motivos del proyecto de ley 265 de 2005 del Senado de la República.

presente caso, pues se comercializó gasolina en municipios no beneficiarios del esquema preferencial, pero los tributos se liquidaron conforme a los porcentajes de las zonas de frontera. Esto causó un detrimento en las rentas estatales y, a su vez, un incremento ilícito en el patrimonio de los procesados.

En consecuencia, conforme a lo anterior y contrario a lo solicitado por el demandante, no se casará la sentencia condenatoria dictada en contra de los procesados.

2.2 La aplicación indebida

La aplicación indebida de la ley sustancial significa que el juzgador erró en la selección de la norma que regula el caso. Este yerro ocurre en aquellos supuestos en que el precepto seleccionado por el juzgador no regula los hechos aceptados en la sentencia, y al aplicar ese precepto también se impone una consecuencia que no es la que les corresponde según la ley. Es un error de subsunción, pues los hechos juzgados no se adecuan al canon jurídico seleccionado.

Ahora bien, la demanda inicia su ataque a la sentencia precisando que la norma contenida en el artículo 327D es un tipo penal en blanco, que hace expresa remisión al artículo 1° de la ley 681 de 2001. Esta norma dispone que en los departamentos y municipios de frontera Ecopetrol tendrá la función de distribución de combustibles líquidos,

con el visto bueno del Ministerio de Minas y Energía. De igual manera se establece que

«El volumen máximo a distribuir por parte de Ecopetrol en cada municipio, será el establecido por la Unidad de Planeación Minero Energética, UPME....»

A partir de esta norma el casacionista afirma que el dislate del Tribunal parte de la afirmación que Petróleos del Milenio, PETROMIL, con planta ubicada en Yumbo (Valle), es distribuidor mayorista y no tenía autorización de la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, para distribuir combustibles en zonas de frontera. Además, que los municipios de Ospina y Santa Cruz de Guachaves no tenían cupo asignado por la Unidad Minero Energética, aspecto que integra el tipo penal para ser considerado combustible de zona de frontera.

En síntesis, propone el demandante que la conducta es atípica porque i) los municipios de Ospina y Santa Cruz de Guachaves no tenían cupo asignado, ii) Petróleos del Milenio no tenía autorización de Ecopetrol para distribuir combustibles en zonas de frontera. La ausencia de estos elementos, integrantes del tipo penal en blanco, configura la atipicidad de la conducta de Rafael Andrés Sterlin Pérez.

Precisiones previas sobre el tipo penal en blanco y el elemento normativo del tipo.

La jurisprudencia nacional se ha ocupado de precisar el tipo penal en blanco: Es así como la Corte constitucional señaló que un tipo penal en blanco es aquel *“en que el supuesto de hecho se encuentra desarrollado total o parcialmente por una norma de carácter extrapenal.”*¹⁷

De igual manera, esa Corporación se refirió al problema de si la normatividad a la cual se acude por remisión, debe ser preexistente o precedente al tipo penal en blanco. La respuesta a la pregunta ha sido *«que se protege el principio de legalidad no con la exigencia de preexistencia de la norma de complemento respecto de la disposición penal, sino con la simple existencia de ésta al momento de conformación del tipo integrado.»*¹⁸ De cara al interrogante sobre si se ajusta al principio de legalidad cuando la remisión se hace en relación con normas que no tengan la entidad de ley en sentido formal:

«la Corte ha distinguido entre la remisión que ocurre frente a disposiciones de igual jerarquía y aquella que ocurre frente a normas de inferior jerarquía, denominada remisión propia e impropia, según el caso, para concluir que es posible el reenvío a normas de inferior jerarquía, en la medida que una vez integrado el tipo penal este adquiere unidad normativa pues la remisión

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-121 de 2012.

¹⁸ Ibidem.

que opera por virtud del tipo penal en blanco constituye simplemente una técnica legislativa de integración del tipo.»

Ahora bien, para que la remisión que el tipo penal en blanco hace a una regla extrapenal de carácter administrativo sea conforme a los mandatos constitucionales debe cumplir cuatro requisitos fundamentales: *«En primer lugar, la remisión debe ser precisa; en segundo lugar, la norma a la cual se remite debe existir al momento de conformación del tipo penal. En tercer término la norma de complemento debe ser de conocimiento público y, finalmente, debe preservar, como cualquier norma del ordenamiento, los principios y valores constitucionales.»*¹⁹

Esta Corporación se ha ocupado de la estructura de los tipos penales en blanco. Al respecto señaló en CSJ SP, 12 de diciembre de 2005, radicado 23899, que

«es preciso distinguir entre el núcleo esencial y el complemento. El primero, corresponde a la libertad de configuración normativa del legislador, en el sentido de señalar con claridad y precisión tanto los elementos básicos de la conducta punible, como la correspondiente punibilidad, además del reenvío expreso o tácito a otro precepto. El segundo, esto es, el complemento, especifica las condiciones en que tiene lugar aquél, ya sea de índole penal o extrapenal, pero siempre que tenga carácter general y sea expedido por quien tiene competencia para proferirlo.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-605 de 2006

El núcleo y el complemento integran una sola disposición esencial pero ambos deben sujetarse a las exigencias del principio de legalidad, esto es, deben ser previos a la comisión de la conducta punible (ley previa), no puede confiarse a la costumbre o a preceptos no expedidos por el legislador el señalamiento de los elementos estructurales del núcleo o la sanción (ley escrita) y tanto el núcleo como el complemento deben ser claros, ciertos e inequívocos (ley cierta).»

La Corte Suprema de Justicia, en su Sala Penal, ha indicado en distintas oportunidades que los tipos penales en blanco son institutos de perfeccionamiento del derecho penal, pues permiten la protección de bienes jurídicos a través de la sanción en la compleja sociedad contemporánea.²⁰

Es oportuno resaltar la diferencia del tipo penal en blanco con el elemento o ingrediente normativo del tipo. «Los ingredientes normativos no son propiamente elementos del tipo sino corresponden a expresiones que pueden predicarse de cualquiera de ellos y buscan cualificar a los sujetos activo o pasivo o al objeto material, o pretenden precisar el alcance y contenido de la propia conducta o de una circunstancia derivada de la misma, correspondiéndole al juez penal en todo caso, examinar su ocurrencia; es decir, valorar la conducta como delictiva.»²¹

²⁰ CSJ, 28 de agosto 1997, radicado 12974, 8 de octubre de 2001 radicado 15793, 10 de julio de 1996 radicado 9459, 19 de diciembre de 2000 radicado 17088, 19 de marzo de 2002 radicado 13085, 12 de diciembre de 2005 radicado 23899, entre otros.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-319 de 1996.

Esta precisión resulta útil frente a la teoría del error, pues las consecuencias del error sobre la norma a la que remite el tipo penal en blanco son diversas al error que recae sobre un elemento normativo del tipo, pues el primero recae sobre el supuesto fáctico del tipo penal, en tanto que el segundo lo hace sobre una cualificación jurídica de alguno de los otros componentes del tipo objetivo. Si el error recae sobre un ingrediente normativo se descarta el tipo doloso, pero si el error es sobre la norma a la que remite el tipo penal, entonces, estaríamos en presencia de un error de prohibición, pues significa el desconocimiento de la existencia de la prohibición o mandato de la norma que se infringe con la conducta.

El caso en concreto.

La Ley 191 de 1995, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre Zonas de Frontera, en el artículo 5° dispone que

«El Gobierno Nacional determinará las Zonas de Frontera, las Unidades Especiales de Desarrollo Fronterizo y, por convenio con los países vecinos las Zonas de Integración Fronteriza y en el caso de los territorios indígenas la determinación se tomará previa concertación con las autoridades propias de las comunidades y en concordancia con lo dispuesto por la Ley 21 de 1991. En cada Departamento Fronterizo habrá por lo menos una Unidad Especial de Desarrollo Fronterizo, la cual

podrá estar conformada por uno o varios municipios y/o, corregimientos especiales.»

De otro lado, el Decreto No. 1010 de 30 de marzo de 2007, vigente para la época de los hechos, en su artículo 1°, ordenó *«Incluir los municipios de Ospina y Santacruz-Guachaves, ubicados en el Departamento de Nariño, dentro de la Zona de Frontera, definida en el artículo 1°, numeral 4° del Decreto 386 de 2007.»*

Este decreto se expidió en uso de las facultades constitucionales conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y las Leyes 191 de 1995 y 681 de 2001. Dentro de las consideraciones se señaló que:

«siendo (sic) que los municipios de Ospina y Santacruz-Guachaves hacen parte de la Zona de Integración Fronteriza colombo ecuatoriana, para el presente caso se evidencia la influencia directa del fenómeno fronterizo en las actividades económicas y sociales de dichos municipios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 de la Decisión 501 de 2001 de la Comunidad Andina de Naciones; Que teniendo en cuenta el impacto directo del fenómeno fronterizo en los municipios de Ospina y Santacruz-Guachaves y de acuerdo con la política de combustibles, dichos municipios deben hacer parte de la Zona de Frontera para efectos de los beneficios señalados en la ley (sic) 681 de 2001 en la distribución de combustibles en su jurisdicción.»

Lo anterior significa que los municipios Ospina y Santacruz-Guachaves hacían parte de la zona de frontera.

En consecuencia, se encuentran dentro de los municipios que estaban exentos de los impuestos de arancel, IVA e impuesto global, según lo dispuesto en el artículo 1°, inciso 4°, de la Ley 681 de 2001.

Entonces, la ausencia de cupo máximo fijado por la UPME no significa que el municipio no sea de frontera, y que no tenga las preferencias fiscales y tributarias. La calificación de que un municipio sea de frontera y que la venta de combustible se encuentre dentro de las excepciones reguladas por la materia, no está condicionada por el cupo en la UPME. Es un tema de definición legal y de competencia del Gobierno, conforme lo señala la Ley 191 de 1995 y el Decreto 1010 de 2007. En otras palabras, la asignación de cupo no es condición para considerar o no un municipio como de frontera. La condición de municipio de frontera depende de una norma que así lo establezca.

Por otra parte, esas zonas y municipios tienen un esquema preferencial para la comercialización de combustible que generaba un menor recaudo del IVA, Arancel e Impuesto Global por parte del Estado, por las excepciones legales, pero al facturarse ese combustible como de zona de frontera y venderse en zonas no exentas, los distribuidores se apoderan de la diferencia, que es lo que en efecto sanciona el tipo penal conforme la exposición completa de motivos, y que fue lo que ocurrió en el presente caso.

El abogado de RAFAEL ANDRÉS STERLIN PÉREZ inicia la demostración de la violación directa precisando que la norma contenida en el artículo 327D es un tipo penal en blanco, que hace expresa remisión al artículo 1° de la Ley 681 de 2001, que dispone que en los departamentos y municipios de frontera Ecopetrol tendrá la función de distribución de combustibles líquidos, con el visto bueno del Ministerio de Minas y Energía. La norma, además, señala cual es el volumen máximo a distribuir por parte de Ecopetrol en cada municipio, conforme lo regulado por la Unidad de Planeación Minero Energética, UPME, y los contratos de transporte de combustible establecerán la obligación de los distribuidores y los terceros, de entregar el combustible directamente en cada estación de servicio conforme los cupos asignados. Estos combustibles distribuidos en las zonas de frontera, directamente o a través de las cesiones o contrataciones estarán exentos de los impuestos de arancel, IVA e impuesto global.

A partir de los anteriores elementos el togado afirma que el error del Tribunal consistió en afirmar que petróleos del Milenio es distribuidor mayorista y carecía de la respectiva autorización expedida por la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, para distribuir combustibles en la zona de frontera comprendida por los municipios de Ospina y Santacruz-Guachaves que son

parte de la Zona de Integración Fronteriza colombo ecuatoriana, municipios que no tenían cupo asignado por la Unidad Minero Energética, que es un elemento que integra el tipo penal en blanco, para que el combustible comercializado sea considerado combustible de zona de frontera.

En consecuencia, al faltar este elemento integrante del tipo se configura la atipicidad de la conducta de RAFAEL ANDRÉS STERLIN PÉREZ.

Esta interpretación no es de recibo, pues como ya se dijo en esta providencia la Ley 191 de 1995, sobre Zonas de Frontera, en el artículo 5° autorizó al Gobierno Nacional para determinar las Zonas de Frontera, y en el Decreto No. 1010 de 30 de marzo de 2007, se ordenó incluir los municipios de Ospina y Santacruz-Guachaves dentro de la Zona de Frontera. Entonces, que un municipio, se reitera, sea de frontera o no depende de una definición legal, y no de que la UPME le asigne un cupo de combustibles. Es la inclusión por medio del Decreto, la norma jurídica a la que remite el tipo penal en blanco y no, como se pretende, la cantidad de combustible que le hayan fijado.

De otro lado, el propósito de la norma, como ya se acotó arriba, es sancionar a quienes comercializan el combustible de la frontera, desconociendo las regulaciones jurídicas sobre distribución de bienes y servicios que hace

el Estado dentro de su función de máximo rector de la economía y, además, se quedan con la diferencia de precio producto de la venta del combustible por fuera de las zonas de frontera, pero que paga tributos como si se hubiese vendido en esas zonas, que es lo que en efecto sanciona el tipo penal conforme la exposición completa de motivos, y que fue lo que ocurrió en el presente caso.

En suma, esta Sala de Casación Penal encuentra que las censuras formuladas por los demandantes no logran demostrar los cargos de interpretación y aplicación errónea del tipo penal de destinación ilegal de combustibles, ni la ausencia de motivación con respecto a la antijuridicidad de la conducta y, en consecuencia, permanece incólume la doble presunción de acierto y legalidad que ampara la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali.

En consecuencia, se impone desestimar este cargo.

DECISIÓN

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 ley,

R E S U E L V E

No casar el fallo recurrido, por los cargos presentados por los defensores de EDWIN CARVAJAL GÓMEZ, DIEGO FERNANDO CASTRO TRUJILLO, JAYSON GONZÁLEZ MORENO, HECTOR HUMBERTO HERRERA ESPINOSA, JOSÉ JAIME PORTILLA, LUIS ARMANDO MENESES, HUMBERTO RODRÍGUEZ MELO, JOSÉ RODRIGO CANTERO, RAFAEL BIELMAN MUÑOZ, FABIO HUMBERTO GIRALDO GUERRERO y RAFAEL ANDRÉS STERLING PÉREZ.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

Radicación **No 40.089**

Bogotá, D.C., dos (02) de noviembre de dos mil dieciséis
(2016)

La Sala Penal profirió sentencia el día cinco (5) de octubre de dos mil dieciséis en el radicado de la referencia y en la parte resolutive de la sentencia se dijo:

“No casar el fallo recurrido, por los cargos presentados por los defensores de EDWIN CARVAJAL GÓMEZ, DIEGO FERNANDO CASTRO TRUJILLO, JAYSON GONZÁLEZ MORENO, HECTOR HUMBERTO HERRERA ESPINOSA, JOSÉ JAIME PORTILLA, LUIS ARMANDO MENESES, HUMBERTO RODRÍGUEZ MELO, JOSÉ RODRIGO CANTERO, RAFAEL BIELMAN MUÑOZ, FABIO

HUMBERTO GIRALDO GUERRERO y RAFAEL ANDRÉS
STERLING PÉREZ.”²²

Al momento de la lectura del fallo la Secretaria de la Sala Penal al revisar el texto de la sentencia advirtió un error mecanográfico en los nombres de los recurrentes así:

El señor RAFAEL BILMAN MUÑOZ fue relacionado como RAFAEL BIELMAN MUÑOZ y el señor HUMBERTO RODRIGO MELO GÓMEZ fue relacionado como HUMBERTO RODRÍGUEZ MELO.

Posteriormente, al revisar la identidad de los procesados en el expediente la Sala encuentra que la identificación de los sujetos procesales corresponde a lo señalado en el informe secretarial.

CONSIDERANDOS

La Sala corregirá el error mecanográfico en la sentencia del proceso de la referencia para que no haya dudas sobre el nombre de los procesados.

El artículo 25 de la Ley 906 de 2004, que regula el principio de integración, dispone que en las materias no reguladas expresamente son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del

²² Folio 49 de la sentencia.

Proceso, cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.

De otro lado, la norma contenida en el artículo 286 del Código General del Proceso que dispone que en

«[t]oda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.»

Conforme a lo dispuesto en la preceptiva transcrita se llega la conclusión que es procedente la aclaración del fallo y así evitar

eventuales motivos de duda sobre la identificación de los procesados.

En consecuencia, se impone hacer la respectiva corrección.

RESUELVE

Primero.- La parte resolutive de la sentencia del radicado 40089, quedará así:

“No casar el fallo recurrido, por los cargos presentados por los defensores de EDWIN CARVAJAL GÓMEZ, DIEGO FERNANDO CASTRO TRUJILLO, JAYSON GONZÁLEZ MORENO, HECTOR HUMBERTO HERRERA ESPINOSA, JOSÉ JAIME PORTILLA, LUIS ARMANDO MENESES, HUMBERTO RODRIGO MELO GOMÉZ, JOSÉ RODRIGO CANTERO, RAFAEL BILMAN MUÑOZ, FABIO HUMBERTO GIRALDO GUERRERO y RAFAEL ANDRÉS STERLING PÉREZ.”

Segundo.- Ordenar a la Relatoría de esta Corporación, que adjunte copia del presente auto a la sentencia respectiva, con el fin de que sea publicado junto con ella.

Tercero.- Ordenar a la Secretaría General de la Corte, que envíe copia del presente auto a todas las autoridades a las que se les comuniquen la sentencia de la referencia.

Notifíquese

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria