

FUNDAMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

NILSON PINILLA PINILLA

TEMARIO

- I. INTRODUCCION
- II. DESCRIMINALIZACION
- III. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO
- IV. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL Y DEL PROCEDIMIENTO PENAL FRENTE AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO
 - A. Criterio Penalista
 - B. Criterio Administrativista
 - C. Principales Principios Rectores del Derecho Administrativo Sancionatorio.
 - D. Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionatorio.
 - E. Favorabilidad.
- V. JURISPRUDENCIA

I. INTRODUCCION

El tema que motiva esta sintética presentación, que ha sido titulada "Fundamentos de Derecho Administrativo Sancionatorio", pero que, siguiendo el criterio corriente, podría aparecer bajo la más usual etiqueta del Derecho Penal Administrativo, es paradójicamente antiguo y muy actual.

Antiguo, puesto que desde los albores de este siglo era motivo de debate y análisis, dando lugar a la aparición de obras hoy ya clásicas, como el magistral enfoque del procesalista alemán James Goldschmidt, aparecido en 1902. En Colombia, su tímida evolución doctrinal vino a hacerse más visible al promediar la centuria, cuando dio lugar a pronunciamientos de los máximos órganos jurisdiccionales y a una meritoria tesis de grado.

Pero la lucubración sobre el tema no estuvo a la altura de su trascendencia jurídica, cayendo en Colombia y creo que universalmente en inexplicados letargos, sobre los cuales sólo últimamente empieza a advertirse real vivificación.

Afortunadamente el Consejo de Estado colombiano y en especial su Sección Cuarta, al igual que unos pocos ensayistas, han retomado la ilustración para tratar de moldear un marco doctrinario, jurisprudencial y posteriormente legislativo, que regule esa multitud de actuaciones de funcionarios que, sin ser jueces, aplican la ley e imponen sanciones, en desarrollo de un complejísimo conjunto de normas jurídicas extrapenales, cuyo alinderamiento frente a las conductas típicas, antijurídicas y culpables, frente a los principios que las rigen y frente a los procedimientos que le son propios, ha resultado aún más complejo y enrevesado.

El propósito de este ensayo, forzosamente conciso, no pretende ir más allá del simple esbozo de una opinión acerca de lo que se considera deben ser los fundamentos de una actividad sancionadora del Estado, a la que necesariamente se le encuentran similitudes con la normatividad criminalizadora, pero que ciertamente no es materia penal en sentido estricto ni existe razón para que se la someta a normas rectoras sustantivas y procesales establecidas para garantizar la defensa y, como en la práctica está ocurriendo, mejorar las posibilidades de impunidad, frente a una acción estigmatizante que conlleva un más profundo desvalor social.

En consecuencia, se tratará de plantear cuáles son los fundamentos del Derecho Administrativo Sancionatorio, para sustentar que, para el caso colombiano, no está sometido a la aplicación extensiva del Código Penal dispuesta por el artículo 375 del Decreto 100 de 1980 ni a los preceptos del Decreto 050 de 1987, participando de sus normas rectoras sólo en cuanto éstas posean bases constitucionales y, eventualmente, si tienen la magnitud de ser universalmente aceptadas como principios generales de Derecho.

Es un asunto elevadamente polémico y no aspiro a encontrar consenso ni tan siquiera a suscitar muchas adhesiones. Bastante sería conllevar a quienes discurren en la búsqueda de mecanismos que superen al Derecho Penal en eficiencia y en humanización, a pesar que otras áreas jurídicas ofrecen convenientes alternativas y que, en lugar de proseguir en la inflación criminalizante tratando de someter lo administrativo correctivo a los preceptos penales, cabe descriminalizar y desjudicializar un amplísimo espectro de conductas que pueden ser prevenidas y sancionadas con superior aptitud por otros caminos, algunos ubicables dentro del Derecho Privado y otros atinentes a procedimientos administrativos, a cuya fundamentación elemental se contrae el enfoque que a continuación presento.

Valga decir, para terminar esta breve introducción, que, como es natural, los puntos de vista expresados en este ensayo son de la exclusiva responsabilidad del autor y no comprometen a institución alguna.

II. DESCRIMINALIZACION

No puede transcurrir una disertación sobre los problemas actuales del Derecho Penal, sin plantear referencias a la necesidad de desprisonalizar, desjudicializar y, fundamentalmente, descriminalizar una amplia gama de conductas que nominalmente vienen siendo sometidas a tratamientos punitivos tradicionales.

Para nadie es un secreto que la pena privativa de la libertad no ha cumplido ni podrá cumplir por sí sola con las funciones retributivas, disuasivas, protectoras y resocializadoras que teóricamente se le han encomendado. Nada se gana, por ejemplo, con el encarcelamiento fugaz de algún delincuente próspero, si éste sigue disfrutando a su antojo del producto de su depredación.

Los impulsos legislativos extraordinarios, lanzados en Colombia para pretender que con disposiciones repentinas se pueden resolver problemas continuados, han exacerbado una inflación penal inmanejable, que viene desde tiempo atrás, y una terrible confusión en la acción estatal, agravándose aún más la enfermedad con los pretendidos remedios.

Seguir pensando que el Derecho Penal y su inseparable compañera, la pena privativa de la libertad, continúan constituyendo la panacea para castigar, prevenir y erradicar todas las formas de conducta punible, tiene igual lógica que la de aquel tegua que recetaba la misma pildorita para afrontar enfermedades totalmente distintas en sus causas y manifestaciones. Pero, por absurdo que parezca, así se sigue procediendo en nuestro medio, en la ilusión de contrarrestar con la simple amenaza represiva y con la quimérica elevación de penas que no se impondrán, los nefastos efectos de una amoralidad que crece en medio de horrorizante violencia.

El atolondramiento punitivo que se padece en nuestro país ha conllevado al desprecio de la sabia orientación diseñada desde hace más de dos siglos, acerca de que la certeza de un castigo condigno produce siempre mejor efecto que el señalamiento de otro más severo unido a la confianza de la impunidad.

De otra parte, trasladar las angustias nacionales a la Rama Jurisdiccional mediante la mera criminalización, pero sin mejorar las posibilidades procesales, técnicas y humanas de ésta, produce, por desubicación de responsabilidades, adicional desdoro contra la administración de justicia.

La inflación criminalizante, tan nociva como la inflación monetaria al decir de Denis Szabo (citado por Alfonso Reyes Echandía, "Criminología", Temis, Bogotá, 8a. ed. 1987, p. 325), es el producto de la ausencia de una política penal estructurada filosóficamente, que tenga objetivos claros y los respete, que identifique cuáles son los problemas y cuáles sus causas y marche hacia su solución con propósitos y derroteros firmes, depurados y constantes, sin los pasos contradictorios que engendran reformas apresuradas, que criminalizan cuando el clamor de la inseguridad se hace más fuerte y desprisionalizan alocadamente con el único fin de descongestionar las cárceles.

Una típica muestra de esa "política criminal" que aún cree en los efectos disuasivos de unos textos punitivos inaplicables, la dio el señor Presidente de

la Comisión Asesora del Proyecto de Código Penal Colombiano de 1979, doctor Federico Estrada Vélez, al exponer en la Sesión del 31 de mayo de ese año, refiriéndose a la tipificación de algunos hechos punibles contra el orden económico social (Acta No. 22, transcrita en la edición dirigida por Luis Carlos Giraldo Marín, Colección Pequeño Foro, Bogotá, 1981, Volumen II, p.p. 378 y 379):

"Sin embargo no me hago ilusiones de la eficacia que puedan tener estas normas incriminadoras. No la han tenido como contravenciones sometidas en su juzgamiento a procedimientos administrativos mucho más ágiles, más rápidos, con todo el aparato del poder ejecutivo a disposición de los funcionarios encargados de aplicarlos, mucho menos van a tenerla en la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Sin embargo, como política criminal me parece útil que estén incriminadas estas conductas en el Código Penal, porque por lo menos podemos esperar alguna ligera eficacia, con la amenaza de la pena del Código Sustantivo... Esto lo digo para dejar constancia y no nos vayan a decir que somos unos ilusos, unos ingenuos que hemos creído, cinco, seis o siete señores aquí reunidos, que vamos a curar los males del país en esta materia, con estos mecanismos simplemente penales... Reiterando, desde luego, que soy partidario de establecer las normas incriminadoras por lo menos como un criterio de política criminal que algún efecto estarán destinadas a producir..."

Por supuesto, como todos lo sabemos, después de más de ocho años de vigencia del Decreto 100 de 1980, ningún efecto en la preservación del orden económico social han producido tales normas incriminadoras, distinto de aumentar la confusión y la desesperanza de una comunidad desprotegida.

En dirección contraria y ciertamente más apropiada marcha el criterio de la descriminalización, que aunque desplegado últimamente con fuerza alternativa y aún abolicionista por las tendencias radicales de la criminología, no es invención novedosa y debe entenderse como el intento de contraer la inflación penal a las justas proporciones que habían sido moldeadas por maestros como Carrara, de quien olvidamos que

"La creciente cultura de un pueblo y su ampliada libertad deberían ser potísima razón para disminuir gradualmente el número de acciones declaradas como delitos. Con todo, crece en cambio entre nosotros la manía de multiplicar su número, para recurrir al peligroso remedio de la función penal,

contra acciones que no tienen verdaderos caracteres de delito, con respecto a las cuales nuestros antepasados se contentaron con otros modos de prevención... Este fenómeno tiene su causa en la manía de gobernar demasiado y en la necedad de gobernarlo todo por medio de procesos criminales.

Me parece muy exacta la fórmula de Ellero que dice que 'se deben castigar sólo aquéllas acciones que violan o tienden a violar los derechos ajenos, cuando estos no se pueden asegurar de otro modo...' ("Programa de Derecho Criminal", Trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1956, T.I., p. 40).

Este fue el camino que quiso señalar Parmenio Cárdenas cuando se opuso a que se recargara inútilmente nuestro estatuto penal, con previsiones típicas inocuas de índole económica, fiscal y administrativa:

"En cuarenta años no he tenido noticia que se haya pronunciado la primera sentencia por esta clase de hechos delictuosos. En esas condiciones he considerado que lo más indicado es vigorizar los sistemas administrativos que hoy rigen... La investigación es rápida y las sanciones que impongan resultan oportunas y eficaces". (Citado por Antonio Vicente Arenas, "Comentarios al Código Penal Colombiano", Temis, Bogotá, 6a. ed., 1986, T. II, p. 226).

Dentro del mismo campo punitivo económico, se pronuncian Jaime Bernal Cuéllar y Carlos Fernando Osorio ("Delitos Financieros", Temis, Bogotá, 1985, p. 5):

"El legislador no puede seguir utilizando para restablecer el orden económico social los sistemas tradicionales de engrosar el catálogo de los tipos penales, aumentar penas, imposibles de aplicar por la falta de técnica investigativa, o cambiar competencia para el juzgamiento de delitos... Debe pensar en fórmulas diferentes, cuya eficacia dependa de quien hace la investigación y de la naturaleza de la sanción que deba imponerse. Si hay personal especializado en la Superintendencia Bancaria, dedicado exclusivamente al control de ciertas instituciones, ¿por qué razón no se deja en sus manos el trámite e imposición de las sanciones que sean necesarias...?"

En consecuentes términos pero hacia distintos objetivos se están desplegando pensadores como Alessandro Baratta y Louk Hulsman en sus extremos abolicionistas:

"La estrategia de la despenalización significa, asimismo, la sustitución de las sanciones penales por formas de control legal no estigmatizantes (sanciones administrativas, o civiles)..." (Alessandro Baratta, "Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal", trad. de Alvaro Búnster, Siglo XXI, México, 1986, p. 215).

"... la maquinaria penal sigue siendo un mal sistema, cualquiera que sea el juicio moral y social que se pueda emitir sobre un comportamiento dado... Procedimientos de regularización o de control, distintos del penal, han sido ya experimentados en determinados contextos y se han mostrado muy eficaces... No son los procedimientos no penales de control los que faltan, sino una voluntad política clara y decidida de ponerlos en aplicación". (Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis, "Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa", trad. Sergio Politoff, Ariel, Barcelona, 1984, p. p. 111 y 112).

De otra parte, entre las Recomendaciones del XIII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre "El concepto y los Principios Fundamentales del Derecho Penal Económico y de la Empresa", celebrado en El Cairo en 1984, se incluyeron las siguientes (citado por Klaus Tiedemann y Luis E. Romero Soto, obs. cits. en la bibliografía, p. 183 y Ss. y 39 y Ss. respectivamente):

"2. El Derecho Penal constituye solamente una de las medidas para regular la vida económica y para sancionar la violación de las reglas económicas... desempeña un papel subsidiario...

... ..

14. Normalmente, debería fomentarse la introducción de medios administrativos y civiles (mercantiles) antes de incriminar determinados actos u omisiones perjudiciales para la vida económica".

Finalmente, para concluir esta enumeración que puede resultar interminable, cabe referir que en similares términos se pronuncian también Francisco Muñoz Conde ("Introducción al Derecho Penal", Bosch, Barcelona, 1975, p. 59 y Ss.: "El Derecho Penal debe estar guiado por el principio de intervención mínima... sólo debe intervenir, por tanto, en aquellos casos de ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes y siempre que sean insuficientes las otras barreras protectoras que deparan el orden social y las demás ramas del ordenamiento

jurídico”), y José María Stampa Braun y Enrique Bacigalupo, en sus informes sobre “La Reforma del Derecho Penal Económico Español” (Instituto de Asuntos Económicos, Madrid, 1980, p. 33 y 56).

Las referencias privatistas resultan especialmente interesantes, pues también dentro de los ámbitos civiles, comerciales y laborales del Derecho y aún en la simple acción ciudadana de comunidades organizadas cívica, gremial o profesionalmente, se pueden encontrar mecanismos alternativos más eficaces y condignos que los penales para el tratamiento de infracciones leves contra las normas primarias de la convivencia y contra intereses jurídicos no fundamentales, como ocurre y podría ocurrir con mayor amplitud a través de la extensión de sistemas como la llamada cláusula penal, el pacto de arras, las cláusulas compromisorias, la pérdida de todos los rendimientos ante cobros excesivos a la manera de lo estipulado frente a los intereses por el artículo 884 del Código de Comercio; la anulación de los actos realizados ilícitamente y la eliminación de todos sus efectos, la indemnización plena de daños y perjuicios, la auto-regulación en actividades profesionales de distinta índole, el perfeccionamiento de actuaciones conminatorias, correctivas y excluyentes a través de organismos como las Cámaras de Comercio, las federaciones gremiales, los sindicatos, los comités deportivos y sociales, las juntas de acción comunal, las asociaciones y colegios de profesionales; la depuración de los sistemas de prevención, detección y corrección oportuna mediante el desarrollo sano, objetivo e imparcial del control interno, la auditoría y la revisoría fiscal; la debida atención y estímulo a la participación de la comunidad a través de los medios de control social informal; el periodismo investigativo responsable y capacitado, la publicidad como sanción; el desarrollo del principio establecido en el artículo 60. del Código Civil, en el sentido de que la sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; la consecuencial pérdida de recompensas, atribuciones y privilegios; la suspensión de otros derechos distintos al de libertad, como el de asociación; el trabajo adicional sin remuneración, el cambio de empleo y las sanciones laborales tradicionales; la amonestación comunitaria, etcétera.

El campo es muy amplio y las medidas bastante diversas dentro del Derecho Privado, pero aún así las mayores posibilidades alternativas no se contraen al área de acción de los particulares entre sí, sino que, como adelante se observará, surgen del universo de medidas que administrativamente puede tomar el Estado a través de sus diversos organismos, para dar una respuesta directa a las faltas de aca-

tamiento o de cooperación frente al orden preceptual y funcional que debe primar en todo ente colectivo para hacer viable el logro de los fines comunes.

La realidad colombiana muestra su inflada criminalización sustantiva, abatida por una desbordante descriminalización de hecho. Una vez más, se aprecia cómo las previsiones jurídicas llegan a alejarse de la materialidad fáctica y se pone en realce la frustración del sistema punitivo tradicional ante el creciente volumen de las tareas que se le señalan pues, queriendo encomendarle todo, le restan dedicación y eficacia para afrontar con éxito lo que no puede ser solucionado por otras vías, que es lo único que filosóficamente debe corresponderle al Derecho Penal como última ratio entre todas las opciones del Estado.

Resulta entonces imperioso desarrollar y perfeccionar otros mecanismos, que ya existen y que pueden consolidarse dentro de rigurosa autonomía técnica y sin enfrentamientos con la Rama Jurisdiccional del Poder Público sino, antes por el contrario, con funciones separadas de las de ésta pero armónicamente estructuradas para la mejor realización de los fines del Estado, en la forma sabiamente dispuesta por el artículo 55 de la Constitución colombiana.

Efectuadas las anteriores consideraciones y concretado el objeto de este breve y apenas enunciativo ensayo a las posibilidades alternativas que se encuentran en el Derecho Administrativo, podemos intentar algunas precisiones sobre lo que se conoce como Derecho Administrativo Sancionatorio, con sus variantes terminológicas.

III. Derecho Administrativo Sancionatorio

Para mejor aproximación al tema que se procura exponer, podemos citar algunas consideraciones formuladas por penalistas y administrativistas sobre el concepto de Derecho Penal Administrativo, o Derecho Administrativo Sancionatorio, o Policía Administrativa, Económica, Cambiaria o Financiera, términos diferencial pero concurrentemente utilizados para referirlo.

James Goldschmidt, anteriormente mencionado como pionero en la materia, definió el Derecho Penal Administrativo como el conjunto de disposiciones mediante las cuales la administración estatal, encargada de favorecer el bienestar público, vincula a la transgresión de una disposición administrativa como supuesto de hecho, una pena como consecuencia administrativa; y explicó las diferencias entre lo que él distinguió como delito criminal y "delito" administrativo, denotando que mientras aquél ataca bienes jurídicamente protegidos, éste no se proyecta en la conciencia jurídica o moral y solo representa una lesión a simples intereses administrativos.

La anterior cita la precede Luis Jiménez de Asúa con su concepto de que el Derecho Penal Administrativo es el conjunto de disposiciones que asocian una pena determinada al incumplimiento de un concreto deber de los particulares con la administración (ob. cit. en la bibliografía, p. 41 y 42). En términos similares se expresan Sebastián Soler ("Derecho Penal Argentino", Tea, Buenos Aires, 1978, T.I, p. 5) y Carlos Fontán Balestra ("Tratado de Derecho Penal", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, la reimpresión de la 2a ed., 1966, T.I., p. 64).

Por su parte, Giuseppe Maggiore ("Derecho Penal", Temis, Bogotá, Reimpresión de la 2a. ed., 1985, V.I, p. 45 y 46) señaló al Derecho Penal Administrativo como el regulador de las relaciones entre la administración pública, al obrar por finalidades propias, y los sujetos subordinados, a través de un sistema de normas acompañadas de sanciones que él estima como penales.

Giuseppe Bettiol ("Derecho Penal", Parte General, Temis, Bogotá, 1965, p. 185) es más claro al expresar que los preceptos penales están destinados a tutelar los supremos valores éticos de la vida social, mientras que los disciplinarios, los policivos y los fiscales, si bien pueden contener exigencias de carácter moral, están preponderantemente dirigidos a tutelar los verdaderos y auténticos intereses de la Administración del Estado.

Reinhart Maurach (ob. cit. en la bibliografía, p. 17 y ss.), después de opinar que fue la situación calamitosa creada en Alemania por las dos guerras "la que condujo a la necesaria separación, realizada paso a paso y todavía hoy no consumada, entre derecho penal criminal y derecho penal administrativo", determina, apoyándose en Goldschmidt, que la culpabilidad criminal implica siempre un juicio ético-social de desvalor sobre el autor, mientras que *al reproche de culpabilidad en la falta administrativa*

le basta con el incumplimiento por el autor de las exigencias, positivamente formuladas en pro de la actividad dirigida al bien del Estado.

Añade que la falta administrativa está "constituida no por un ataque a bienes materiales en todo tiempo protegidos, sino por la insubordinación, por la desobediencia, por la negligencia en el cumplimiento de las disposiciones administrativas de seguridad, ligadas en su mayor parte a tiempo y circunstancias. El daño que la falta administrativa amenaza no es el de la lesión de un bien jurídico, el de la producción de un 'daño social', sino, a lo sumo, el de la perturbación de la actividad administrativa del Estado vinculada a una época y a un sistema, la producción de un 'daño a la administración'" (p. 21).

Entre los penalistas colombianos, Luis Carlos Pérez ("Derecho Penal", Temis, Bogotá, 2a. ed., 1987, T.I, p. 38) observa que el Derecho Penal Administrativo "está compuesto por un conjunto de mandamientos menores que sancionan la violación de ciertos deberes contraídos por los particulares con la administración oficial".

Para Juan Fernández Carrasquilla, que es quien con mayor claridad aborda el tema, el Derecho Penal Administrativo "es el conjunto de normas jurídicas extrapenales de derecho público interno que, a la violación de los intereses preceptivos, funcionales o sociales de la Administración, asocian una represión administrativa (pena en amplio sentido jurídico, pero no jurídico-criminal). En este concepto entran los derechos disciplinario, fiscal y económico, que a veces reciben el mal nombre de 'derechos penales especiales', aunque solo forman parte del Derecho Administrativo Sancionatorio". (ob. cit. en la bibliografía, p. 51).

Por su parte Alfonso Reyes Echandía lo definió como "el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre la administración pública y los sujetos a ella subordinados, cuya violación trae como consecuencia una pena". ("Derecho Penal", pub. U. Externado de Colombia, Bogotá, 2a. ed., 1972, p. 9).

Esta noción aparece muy cercana a la aceptada por varios administrativistas, como Gustavo Penagos, que la acoge de plano ("Curso de Derecho Administrativo", Librería del Profesional, Bogotá, 2a. ed., 1988, p. 130), y Manuel María Díez, (citado por Gustavo Humberto Rodríguez, ob. cit. en la bibliografía, p. 17) quien se acerca mucho a las nociones de Jiménez de Asúa, Soler y Fontán Balestra.

A su vez, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (ob. cit. en la bibliografía, p. 147 y Ss.) entienden por sanción administrativa "un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal". Hacen la distinción básica entre aquellas acciones por las que la Administración tutela su organización y orden interno, que conducen a sanciones de autoprotección, y aquellas otras de heterotutela, mediante las cuales vela por el orden social en general.

Los diversos aportes doctrinarios permiten converger hacia la idea de que el Derecho Administrativo Sancionatorio es punitivo en la medida en que impone sanciones a consecuencia de quebrantamientos, por acción o por omisión, contra el orden gubernativo, pero no es penal propiamente tal pues carece del alcance desvalorativo que merecen las conductas que, además de ser ilícitas por estar proscritas en una norma, son incuestionable e intolerablemente injustas, en el sentido que llevó a Maurach a decir ilusoriamente que el Derecho Penal no crea el injusto sino que se encuentra frente a él (ob. cit., p. 35).

Claro está que la delimitación rigurosa que podría deducirse del apotegma anteriormente citado, desaparece ante la ostensible relatividad del hecho típico, como mera creación política y circunstancial que es.

Intenso e infructuoso ha sido el conocido esfuerzo doctrinal por establecer una delimitación entre delitos y contravenciones, frustración que así mismo amenaza con imponerse en el intento de alindamiento entre el ilícito penal y el ilícito administrativo.

Eberhard Schmidt efectuó una distinción funcional, partiendo de la diferencia misma entre jurisdicción y administración, destacando que el delito y la pena criminal son tarea exclusiva de los órganos de justicia, criterio asumido tardíamente por nuestra Corte Suprema al decretar, mediante sentencia del 31 de mayo de 1984, la inexecutable de la competencia adscrita a las autoridades de Policía para el conocimiento de algunos delitos menores, situación que de suyo imperó durante varias décadas, antes y durante la vigencia del artículo 38 del Decreto 409 de 1971.

Continuó señalando Schmidt que el ilícito penal lesiona bienes jurídicos vitales, mientras que el administrativo se contrae a la lesión de los intereses de la Administración, con la cual el ciudadano tiene el deber de cooperar; si tal deber se vulnera, el

Estado reacciona para evitar futuras infracciones. De esta manera, *la sanción administrativa no puede entenderse como pena sino como advertencia del deber*.

Miguel Bajo Fernández, quien cita a Schmidt (p.90 y 91, segunda ob. cit. en la bibliografía), anota críticamente que "hay intereses administrativos que, por el hecho de que su lesión alcance un determinado grado de intolerabilidad, se convierten en bienes jurídicamente protegidos por el Derecho Penal". Como aspecto aislado dentro de la legislación española, Bajo Fernández señala que el artículo 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al disponer que "la multa coercitiva será independiente de las que puedan imponerse en concepto de sanción" resultando compatible con éstas, ubica a aquella no como un castigo sino como una medida que se impone para que se cumpla lo ordenado, como un medio de doblegamiento distinto de la pena criminal, cuya cuantía se calcula según "la intensidad de la resistencia opuesta a la Administración, que es lo que trata de romper la sanción coercitiva".

Heinz Mattes (ob. cit. en la bibliografía, p. 213 y Ss.) presentó, sin arribar a conclusiones concretas, la tesis de las *infracciones del orden como teoría del injusto no criminal* a través de la cual se acerca a Hans Frank para sostener que no todo ataque alcanza de un modo igualmente grave a la comunidad del pueblo, por lo cual las ilicitudes que sólo provocan fricciones no necesitan ser reprimidas con penas, pues su expiación puede regularse con "un derecho penal de orden peculiar a construir con independencia". Aun cuando lo llama Penal y se refiere a la "pena de orden", es claro al hacer su deslinde frente a lo criminal, expresando que a dicha pena de orden "no se le atribuye ningún juicio desvalorativo moral".

Estos aportes no son sin embargo suficientes para que sobre ellos se concluya que existen diferencias sustanciales y cualitativas entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, con lo cual parece fortalecerse el pesimismo de que jamás se llegará a una delimitación filosóficamente estructurada entre una y otra noción y que, por tanto, el ilícito penal no es más que aquél al que los estrados judiciales castigan con una pena, mientras que el ilícito administrativo acarrea una sanción consecuentemente administrativa e impuesta por los organismos públicos de este orden, según el criterio circunstancialmente asumido sobre bases relativas y puramente cuantitativas.

No obstante, de las consideraciones inicialmente presentadas en este ensayo acerca de las discrimina-

lización, surge la evocación del Derecho Penal como última ratio, a la cual sólo debe acudir a falta de otro mecanismo preventivo y sancionador condigno y de mayor aptitud. Cuando ese mecanismo se encuentre en el Derecho Administrativo, la ilicitud será ubicada y tratada bajo este carácter. Pero si el desvalor registra magnitudes intolerables, por cuanto la gravedad del injusto reclama un juicio de reproche que trasciende de las posibilidades administrativas, la acción no puede ser otra que la penal y el consiguiente proceso tendrá que estar a cargo de la Rama Jurisdiccional del Poder Público.

En otras palabras, la reacción del Estado debe ser consecuente y proporcional a la transgresión, en una consustancial relación de efecto y causa. Si la falta es de simple orden y puede ser reparada dentro de las esferas propias de la actividad sobre la cual fue cometida, la acción consiguiente debe desarrollarse en ese mismo ámbito. Así, otras áreas de la Rama Jurisdiccional y diversos organismos administrativos pueden aplicar equilibradas, congruentes y restablecedoras medidas sobre quienes incurran en hechos que hoy en día son considerados como punibles, sin jamás recibir en la práctica la pena prevista.

Todos sabemos de la larga lista de tipos penales que yacen vírgenes, no por inconsumados sino por inaplicados, y no constituye novedad alguna predicar, por ejemplo, que es la jurisdicción laboral y no la penal la que debiera ocuparse de los así llamados delitos contra la libertad del trabajo; que es en la jurisdicción Civil, en la de Menores, en la propuesta jurisdicción de Familia o en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en donde resultaría mejor preservados los derechos alimentarios, los matrimoniales y algunos de los sexuales; que las conductas contra el sufragio deben sancionarse con la suspensión o pérdida de derechos políticos o con la pérdida de los escrutinios en cuanto beneficien al infractor, consecuencias coherentes con la falta y aplicables de manera expedita por autoridades electorales como el Registrador Nacional del Estado Civil o, en los casos más graves, el Consejo Nacional Electoral.

Podríamos mencionar otros ejemplos, haciendo eco al clamor de que el Inderena y las corporaciones regionales fueran fortalecidos para que en mejor forma previnieran y sancionaran los permanentes y hasta hoy impunes atentados contra los recursos naturales. O también para que se dote de mejores procedimientos y recursos a la Procuraduría General

de la Nación, a la Comisión Nacional de Valores, a las Superintendencias Bancaria, de Control de Cambios, de Industria y Comercio, de Sociedades, de Notariado y Registro, a los Departamentos Administrativos de Aeronáutica Civil, de Cooperativas, de Planeación, y a otros organismos de control, para que puedan desempeñar cumplidas funciones en defensa del orden económico social y de diversos aspectos de la propia administración pública.

En estas áreas debe ampliarse y racionalizarse la cobertura del Derecho Administrativo Sancionatorio, mediante la conmutación a ilícitos administrativos de hechos punibles que no han sido más que letra muerta en los textos penales, o que generan profusión de acciones públicas en conflicto, que se entaban mutuamente, con el consiguiente desgaste oficial y el martirio adicional para las víctimas, los testigos y los propios implicados.

Por lo que ya se ha expuesto y por lo que adelante se dirá, con respaldo jurisprudencial, puedo repetir en este momento que el Derecho Administrativo Sancionatorio no forma parte del Derecho Penal, ni es un Derecho Penal especializado, ni contiene "normas incriminadoras", según el término utilizado por Federico Estrada Vélez al referirse al artículo 375 en la relación explicativa del Proyecto de Código Penal de 1979 (cit. por Cahn-Speyer, ensayo cit. en la bibliografía, p. 38 y 39), así participe de algunas características contiguas, que le han llevado a recibir el más común pero menos apropiado nombre de Derecho Penal Administrativo.

Estimo innecesario entrar, dentro de un ensayo tan limitado en espacio como éste, en el análisis de los extensos debates, más dogmáticos que fructíferos, que se han desarrollado a raíz de los preludios autonomistas diseñados por Goldschmidt y reprobados, entre otros, por Enrique Aftalión con sus observaciones acerca del "seudo-problema de la autonomía del Derecho Penal Administrativo", "la sumaria confutación de algunos difundidos argumentos autonomistas" y "la unidad fundamental de todo el derecho represivo" (ob. cit. en la bibliografía, p. 5 y Ss.).

Lo útil y práctico ahora, no es saber si el Derecho Administrativo Sancionatorio es o no una ciencia autónoma, sino entender cuáles son los fundamentos que lo estructuran y cuáles los principios y los procedimientos por los que debe regirse. A ello se procederá, recalcando desde ahora, que estamos en un tema que es de Administración Pública y no de Justicia Penal.

Aun cuando no es propósito de este ensayo entrar a disertar específicamente sobre las distintas manifestaciones o formas del Derecho Administrativo Sancionatorio, por simple ilustración y para terminar este acápite procede enumerar algunos de los grupos de regulación que comúnmente se mencionan como involucrados directa o indirectamente en la materia:

1. Derecho Contravencional Penal o Policivo, al cual evidentemente se aplican los preceptos penales fundamentales, por estar clasificadas las contravenciones como hechos punibles de acuerdo con la división estipulada por el artículo 18 del Decreto 100 de 1980, y por ser normas incriminadoras que sí caen bajo la extensión de artículo 375 *ibídem*.

2. Facultad Correccional, con sus dos formas, la primera consistente en la imposición del orden, la obediencia y el respeto por parte de los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, derivada del numeral 1. del artículo 27 de la Constitución Nacional, y la segunda circunscrita a la facultad interna sobre los subordinados en ciertos estamentos públicos.

3. Derecho Disciplinario, consistente en el conjunto de normas que tutelan el ordenado desempeño de las labores administrativas por parte de los empleados oficiales. Estos tres primeros conjuntos normativos no son motivo de consideración dentro del presente breve ensayo.

4. Derecho Fiscal Sancionatorio, constituido por el grupo de disposiciones que determinan consecuencias gravosas sobre los actos que infrinjan los intereses de la hacienda pública, noción dentro de la cual pueden caer tanto el régimen tributario como la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración, encomendada por el artículo 59 de la Constitución Política de Colombia a la Contraloría General de la República.

5. Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior, que en muchos países tiene connotaciones criminales en torno al establecimiento de delitos monetarios, cambiarios y de fuga de capitales. En Colombia se mantiene en el campo administrativo sancionatorio, bajo las disposiciones del Decreto 444 de 1967 y normas concordantes, proba, justa, diligente y valientemente aplicado hoy en día por la Superintendencia de Control de Cambios.

6. Derecho Económico Sancionatorio, concepto bastante amplio, creciente en la misma medida en que

ha crecido el intervencionismo del Estado, basado en Colombia en las disposiciones fundamentales del artículo 32 de la Constitución y bajo el cual pueden caer algunos aspectos de las dos materias precedentemente mencionadas y la siguiente. Encuentran también cabida en este concepto las disposiciones administrativas para la protección de la propiedad intelectual, de la propiedad industrial, del comercio, de los derechos del consumidor, el régimen societario, etc.

También tendría acogida en este grupo, siguiendo el mismo criterio de clasificación de los delitos ecológicos como infracciones al orden económico social, el régimen administrativo de los recursos naturales renovables y de protección del medio ambiente, establecido en Colombia por el Decreto 2811 de 1974 y normas complementarias.

7. Derecho Financiero Sancionatorio, que en Colombia es atribución de la suprema autoridad administrativa, según determinan los numerales 14 y 15 del artículo 120 de la Constitución acerca de la intervención en el Banco Emisor, en las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de los fondos provenientes del ahorro privado y en la inspección sobre los establecimientos de crédito. Su aplicación se encuentra fundamentalmente encomendada a la Superintendencia Bancaria y, en algunos aspectos, a la Comisión Nacional de Valores.

IV. Los principios rectores del derecho penal y del procedimiento penal frente al derecho administrativo sancionatorio

A. Criterio penalista

Un amplio sector de la doctrina internacional ha sostenido y sigue sosteniendo que el Derecho Penal Administrativo es una manifestación, directa y central para algunos, especializada para otros, del Derecho Penal, por lo cual sus principios le son íntegramente aplicables.

En tal sentido se han pronunciado, entre muchos otros tratadistas, Enrique Aftalión (“... el Derecho Penal Administrativo no es otra cosa que un Derecho Penal Especial”, ob. cit. p. 98), Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (“Esos principios del Derecho Administrativo Sancionatorio son, y no pueden dejar de ser, los que se sistematizan en el Derecho Penal de aplicación judicial”, ob. cit., p. 164), y Miguel Bajo Fernández (“... siendo aplicable a todo el sistema sancionador los principios propios del Derecho Penal como el de legalidad, irretroactividad, culpabilidad, etc.”, ob. cit., p. 108).

En Colombia también se han pronunciado dentro de este criterio, tratadistas como Bernardo Gaitán Mahecha (“Curso de Derecho Penal General”, Lerner, Bogotá, 1963, p. 9), Jairo Hernández Vázquez (“... el llamado ‘Derecho Penal Administrativo’ no es una rama o derecho autónomo, sino un derecho penal especial al cual le son aplicables, *salvo expresa excepción legal*, los principios generales de la ley penal y, desde luego, los principios constitucionales” (el subrayado es nuestro, ensayo cit. en la bibliografía, p. 293), Paul Cahn - Speyer Wells (ob. cit. en la bibliografía), Eduardo Laverde Toscano (“Régimen Penal Tributario Colombiano”, Quintas Jornadas de Derecho Tributario, Bogotá, 1981) y parcialmente Alejandro Ramírez Cardona (“Derecho Tributario Sustancial y Procedimental”, Temis, Bogotá, 3a. ed., 1986).

B. Criterio administrativista

La más concluyente síntesis de este enfoque la presenta Enrique Low Murtra, en su excelente artículo titulado “Policía Administrativa y Actividad Financiera” (cit. en la bibliografía, p. 491):

“El derecho administrativo punitivo ni hace parte del derecho penal común, ni se puede regir por sus orientaciones y principios, ni es conveniente autorizar que a éste se extiendan sus reglas”.

Este criterio, que se estimó autonomista a raíz de la obra pionera de Goldschmidt, ha tenido desde entonces defensores como Adolf Schönke, quien en 1951 expresaba (citado por Carlos Fontán Balestra, ob. antes cit., p. 66):

“Las causas de justificación tradicionales del Derecho Penal criminal tienen sólo una importancia reducida para el Derecho Penal Administrativo: pueden ser tomadas en consideración únicamente si se trata de causas de justificación de derecho público...”

También rigen principios especiales para la culpabilidad. En términos generales, en el Derecho Penal Administrativo, no cabe una diferencia entre dolo y culpa. Dentro de ciertos límites, son necesarias las presunciones de culpabilidad...”.

Otro vocero calificado es Renato Alessi, quien sostiene (ob. cit. en la bibliografía, p. 235) que no podrá recurrirse a la aplicación analógica de las normas del procedimiento penal, sino que solamente se podrán aplicar aquellas instituciones de procedimiento y de garantía que sean consustanciales con el ejercicio de todo poder sancionatorio, lo que se interpreta, obviamente, como aquéllas que tengan fundamento constitucional o que universalmente sean aceptadas como principios generales de Derecho.

Refiriéndose concretamente a asuntos cambiarios, expresa José León Pagano (“Derecho Penal Económico”, Depalma, Buenos Aires. 1983, p. 229):

“En esta materia, así como en otras de carácter penal administrativo, no se aplican las reglas comunes a la responsabilidad por actos delictuosos, lo que permite dirigir la acción contra personas jurídicas”.

Y establece más adelante (p. 230), con base en providencia dictada el 21 de febrero de 1978 por la Corte argentina:

“no es inconstitucional establecer la responsabilidad solidaria de los directores, administradores y gerentes de la entidad sancionada que hubiesen intervenido en la comisión de la infracción, pues por tratarse de una responsabilidad no penal, no puede impugnarse la condena de los obligados sobre la base de los principios generales de la legislación punitiva”.

Klauss Tiedemann concluye, por su parte, expresando que la sanción administrativa es mucho menos represiva o retributiva que la pena y que “se aleja del sistema penal a medida que los presupuestos legales de la medida son diferentes...” (ob. cit. en la bibliografía, p. 174).

Volviendo a Colombia, hallamos a Juan Fernández Carrasquilla expresando acertadamente que el Derecho Penal Administrativo no es Derecho Penal, ni forma parte del Derecho Penal Especial, sino que pertenece, en sí mismo y en lo Disciplinario, lo Fiscal y lo Económico, al Derecho Administrativo (ob. cit., p. 51 y 59).

Sobre este tema, Fernando Velásquez en su comentario a las "Contravenciones en el Estatuto Nacional de Estupefacientes", publicado en 1988 por Temis y por el Colegio Antioqueño de Abogados (p. 52 a 61) se solidariza con Jairo Hernández Vásquez para afirmar que "las normas penales generales han de aplicarse a las contravenciones administrativas, siempre que en las regulaciones que las tipifiquen no hayan sido derogadas por normas específicas".

Debe observarse que esas normas específicas sí existen y que el doctor Velásquez encuadra didácticamente a las *faltas o transgresiones administrativas* bajo los "*procedimientos propios del Derecho Administrativo*" (el subrayado es nuestro, p. 61).

Junto con el ya citado trabajo de Enrique Low Murtra, descuellan los enfoques de Julio César Díaz Perdomo y Francisco José Sintura Varela, quienes respectivamente concluyen, tras acertados argumentos:

"La actividad punitiva económica desarrollada por la Administración en razón de la infracción de disposiciones contravencionales en esta materia, no se rige por los principios y ordenaciones penales contenidos en el Libro Primero del Código respectivo, sino que antes bien, tal fundamental tarea de los Estados modernos, se desarrolla conforme a los principios propios —administrativos— recientemente consagrados en nuestra legislación en el Decreto Ley 01 de 1984, Libro Primero". (Díaz Perdomo, ensayo cit. en la bibliografía, p. 107).

"No es pues arbitrario afirmar que las contravenciones cambiarias constituyen infracción de orden estrictamente administrativo y frente a las cuales, no son de recibo teorías estructuradas para el Derecho Penal y los hechos punibles que él estudia". (Sintura Varela, ensayo cit. en la bibliografía, p. 19).

Finalmente, Antonio José Cancino también parece matricularse en este grupo, cuando concluye una exposición diciendo:

"Entonces no nos digamos mentiras; todos los ojos deben estar dirigidos a la tecnificación de los controles policivos, a la creación de un personal de policía administrativa que realmente ejerza una función técnica y efectiva; pero en lugar de hacer eso, creemos equivocadamente que la solución es llevar el Derecho Penal Administrativo al Derecho Penal ordinario, y así vamos a fracasar". ("Los Delitos contra el Orden Económico y Social y su aplicación

al Sector Financiero", transcrito por el Centro de Estudios Económicos, recopilación cit. en la bibliografía, p. 48).

C. Principales principios rectores del Derecho Administrativo Sancionatorio

1. *Legalidad: Nadie podrá ser sancionado sino de acuerdo a la ley vigente*, por cuanto la Constitución establece que los particulares sólo son responsables por infracción de la Constitución y de las leyes y los funcionarios públicos además por extralimitación u omisión de sus funciones (art. 20), aparte de que nadie podrá ser penado ex-post facto, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinado la pena correspondiente (art. 28).

Además, es el mandato de la ley el que permite desarrollar la intervención del Estado, como repetidamente dispone para lo económico el artículo 32 C.N.

2. *Debido Proceso: Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes* al acto que se le imputa, ante autoridad competente y *observando la plenitud de las formas propias de cada juicio*, según ordena el artículo 26 C.N.

Debe recalcar, eso sí, que el debido proceso es el propio de cada área específica del Derecho y no el que infundadamente pretenda ser trasladado de una actividad a otra.

3. *Igualdad ante la Ley*: Pues todos los nacionales y extranjeros en Colombia, sin distinciones, están sometidos por igual a la Constitución y a las leyes.

4. *Especialidad de los Procedimientos Administrativos*: Por expreso mandato legal, los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas, y en su defecto se aplicarán las normas que sean compatibles entre las establecidas en la Parte Primera del Decreto 01 de 1984 (art. 1, inciso 2. C. Cont. Adm.).

Hay algunos pocos casos específicos en los cuales la ley se remite expresamente al régimen penal, y en tales eventos excepcionales éste será el aplicable, en lo pertinente.

Por ejemplo, el inciso 3o. del artículo 222 del D. 444 de 1967 establece que la apreciación de las pruebas dentro del Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior, se hará de acuerdo con el

valor que les asigne el Código de Procedimiento Penal, pero en todos los demás casos no contemplados por el Estatuto Cambiario el aplicable es el Contencioso Administrativo, que se remite a su turno al de Procedimiento Civil para los aspectos no regulados en él (art. 267 C. Cont. Adm.).

5. Publicidad: Sin perjuicio de los casos de reserva expresamente consagrados por la Constitución y la ley, los procesos administrativos son públicos y las autoridades darán a conocer sus decisiones, en la forma dispuesta por el Código Contencioso Administrativo y por las demás disposiciones que no le sean contrarias (art. 3o. Decreto No. 01 de 1984).

6. Contradicción: Por cuanto el derecho de defensa implica la posibilidad de debatir y refutar todos los cargos y para ello los interesados tendrán oportunidad de conocerlos y de contravertirlos, llegado su momento y por los medios legales.

7. Cosa Juzgada: El principio general *non bis in idem* determina que, como con precisión expone Juan Fernández Carrasquilla, "no es posible que el mismo hecho se sancione administrativamente dos veces, o se itere la punición criminal; pero dado que el injusto administrativo y el penal tienen fundamentos distintos, sus consecuencias sancionatorias pueden aplicarse concomitantemente, al menos cuando así lo preceptúan las respectivas normas" (Ob. cit., p. 134).

8. Principio del Control Jurisdiccional: Máxima garantía que tienen quienes se sientan injusta o ilícitamente perjudicados con una acción administrativa sancionatoria, como frente a cualquier otro acto administrativo, para acudir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y pedir la nulidad del acto correspondiente y el restablecimiento del derecho, según el caso.

9. Correlatividad de las Sanciones: Pues la administración solo habrá de imponer sanciones administrativas, como las pecuniarias, la pérdida del empleo oficial, la interdicción de derechos y funciones públicas, la prohibición del ejercicio de arte, profesión u oficio, que así mismo son penales, pero también una variedad novedosa que aún no ha sido involucrada en lo criminal, pudiendo serlo, y que es más factible que sea acogida en lo administrativo, como es la suspensión del derecho de asociación; también permite las sanciones sobre la persona jurídica, nudo gordiano en el Derecho Penal que es fácilmente resuelto por el Administrativo a través de

sanciones como cierre, disolución, intervención, nacionalización y liquidación del establecimiento o sociedad, y el señalamiento de la responsabilidad solidaria sobre la entidad y sobre sus propietarios, directores, administradores, representantes legales y revisores fiscales, que sean responsables de los actos ilícitos cometidos a la sombra de aquella.

Del otro lado, soy por supuesto partidario de la absoluta proscripción de la pena privativa de la libertad en el Derecho Administrativo Sancionatorio, con la única excepción de la conversión punitiva, que debe restringirse a casos verdaderamente graves de burla a la Administración, muy especiales y restrictivos, obviamente revisables por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

D. Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionatorio

En Derecho Administrativo Sancionatorio no está proscrita la responsabilidad objetiva.

Dice Enrique Low Murtra, en el irrefutable ensayo citado (p. 491 y 492):

"Yo he creído que cuando en el artículo 5o. del Código Penal se proscribió la 'responsabilidad objetiva' y se supuso que toda sanción era el producto del dolo, de la culpa o de la preterintención, se refería necesariamente a aquellas conductas esencialmente ligadas a delitos comunes o a contravenciones ordinarias del derecho penal común. El mundo de las infracciones y sanciones administrativas no puede en modo alguno interrelacionarse con el de las sanciones al delito o a las contravenciones comunes por una razón elemental: porque uno de sus elementos teleológicos básicos es otorgarle eficacia a la gestión administrativa y a los fines propios de la política económica en general. No tendrían fuerza las decisiones de gestión de la administración que no vayan acompañadas de un cierto poder de imperio que involucre sanción por la desobediencia a la propia autoridad gobernante, *la que se establece no con el propósito de castigar una falta sino en procura de hacer eficaz la actuación de la administración*".

Luego de ilustrar con ejemplos contundentes el aspecto específico de lo que él llama la Policía Administrativa en la actividad financiera señala Low que la actuación de la Superintendencia Bancaria "debe ser pronta, razonada tan solo por condicionamientos fácticos de naturaleza objetiva", y que "buena parte de las normas sancionatorias del dere-

cho financiero se crearon como tutela al orden público económico y exigen de la administración una actuación pronta y un juicio objetivo. Por ello es imposible aplicar criterios de culpabilidad en este campo”.

Totalmente acorde se muestra Julio César Díaz Perdomo cuando expresa (p. 108 ensayo cit.):

“No está proscrita la responsabilidad objetiva (aquella que surge exclusivamente del evento acaecido, sin consideración a la conciencia y voluntariedad del sujeto activo en la realización de la conducta reprochable), con lo que se afirma, que no se hace necesario, para que se tenga por sancionada debidamente una persona, que se determine en su comportamiento forma alguna de culpabilidad (dolo, culpa o preterintención)”.

Sintura Varela, apoyándose en una sentencia del Consejo de Estado (12 de abril de 1985), aclara:

“Aunque entratándose de infracciones administrativas... no es dable examinar el grado de dolo, culpa o preterintención del responsable, sí es posible reconocer el caso fortuito o la fuerza mayor como eximentes de responsabilidad”.

Es de advertir que este planteamiento de la responsabilidad objetiva tan contradicho en su proscripción por la propia normatividad penal, abre el único camino expedito sobre el intrincado tema de la responsabilidad de la persona jurídica, porque ésta, incapaz como es de comprender y de auto-determinarse, sólo podrá ser juzgada por los resultados de la acción a que sus manejadores la llevaron a incurrir.

Además, no debe espantar tanto la objetividad ante el mero grado correctivo que tiene la sanción administrativa, cuyos efectos colaterales son mínimos y no ocasionan estigmatización, todo ello supervisable anulable y restablecible bajo la égida suprema de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ya se determinará, al finalizar este ensayo, cómo la jurisprudencia consolida el criterio de la objetividad en la aplicación de las sanciones administrativas.

E. Favorabilidad

Es ostensible que no existe ultra-actividad de la ley administrativa más favorable. El precepto constitucional (inciso 2o. del artículo 26) que impone la

aplicación preferencial de la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, sobre la restrictiva o desfavorable, tiene cabida exclusivamente en “materia criminal”.

Sin embargo, es obvio que una disposición derogada no puede aplicarse para sancionar hechos acaecidos luego de terminada su vigencia, y nada impide, de otra parte, que el legislador, expresa o tácitamente, revoque los efectos ulteriores de una norma sancionatoria, mediante otra que inhiba la aplicación de la anterior en lo que aún no esté finalmente decidido.

V. Jurisprudencia

Las providencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado que confirman lo que se ha venido expresando a lo largo de este ensayo, que ya va a finalizar, son múltiples y categóricas, en sí mismas y por su reiteración.

Trataré de enumerar cronológicamente algunas, citando unos breves extractos.

Desde el 31 de agosto de 1943 ha afirmado nuestra Corte Suprema de Justicia, según cita que efectúan Jorge Pinzón y Fernando Carrillo (ob. cit. en la bibliografía, p. 317 y 318), que “las infracciones a las leyes penales financieras están sometidas a una jurisdicción especial administrativa...”.

Los mismos autores agregan que “también el Consejo de Estado, en sentencia de octubre de 1949, se pronuncia en favor de la existencia de un Derecho Penal Administrativo, diferente del Derecho Penal común y en consecuencia imposible de ser regido por sus mandatos...”.

La Corte Suprema de Justicia, en famosa sentencia del 15 de diciembre de 1969, de la cual fue ponente el doctor Hernán Toro Agudelo, expresó refiriéndose a una de las manifestaciones más relevantes del Derecho Administrativo Sancionatorio:

“El Decreto-Ley 444 de 1967 en parte alguna califica las infracciones al Régimen de Cambios como ilícitos de naturaleza penal. Se trata de violación a normas simplemente administrativas cuya investigación no se sujeta a las prescripciones del Código de Procedimiento Penal, al cual se refiere única-

mente para estimar el valor de las pruebas allegadas. Confirmando este aserto el artículo 222 del citado decreto señala un procedimiento especial, como es el de una investigación que se adelanta sin el conocimiento e intervención del presunto infractor... El procedimiento seguido se califica expresamente como gubernativo, con notificación y recursos de los previstos especialmente en esta vía...”.

Además de la ya mencionada sentencia del 12 de abril de 1985 del Consejo de Estado, Sintura Varela cita varias más que confirman su fundamentada tesis sobre el Régimen de Cambios, a saber las de marzo 8 de 1979 (Consejero Ponente Carlos Galindo Pinilla); septiembre 27 de 1982 (C.P. Roberto Suárez Franco); julio 6 de diciembre 19 de 1984 (de ambas C.P. Jaime Paredes Tamayo), así como las Consultas de agosto 17 de 1982 (C.P. Humberto Mora Osejo) y septiembre 3 de 1984 (C.P. Oswaldo Abello Noguera).

Acerca de la del 6 de julio de 1984, cabe transcribir el siguiente aparte, muy ilustrativo:

“No hay manera de confundir dicha norma —la que define el delito de exportación ficticia— nítidamente penal, con otra que no tiene tal carácter y cuya ubicación precisa, dentro de un estatuto de cambios internacionales y de comercio exterior impide acoger un enfoque penalista del hecho violatorio de tal estatuto. Este es el caso del artículo 216 del Decreto-Ley 444 de 1967, que confiere a un organismo administrativo, creado al efecto, la vigilancia del incumplimiento de las disposiciones sobre control de oro y de cambios y la facultad de aplicar las multas que por violación establece el artículo 220 *ibídem*, hasta el monto del 200% de la operación comprobada.

Dicha atribución, netamente administrativa, se ejerce, sin perjuicio de la aplicación de las normas penales por juez competente y de ahí que el artículo 217 aparte e) prevea la obligación de la Superintendencia de Control de Cambios de enviar copias de las diligencias que practique a los jueces penales, cuando de lo actuado aparezca la posible comisión de un delito”.

El mismo Consejo de Estado en su Sección Cuarta ha venido consolidando estas apreciaciones, así:

El 21 de abril de 1986, con ponencia del doctor Enrique Low Murtra:

“Otros estudiosos del tema han prohiado una clara diferencia entre el derecho punitivo administrativo

y el derecho penal... Hay muchas razones para señalar diferencias entre ambos ámbitos jurídicos: 1. Buena parte de las normas sancionatorias del derecho administrativo, especialmente aquellas que miran el derecho financiero, se crean como tutela del orden público económico: exigen de la administración una actuación pronta y un *juicio objetivo* que son, a veces, ajenos al ámbito del derecho penal; 2. El mundo de las infracciones administrativas para permitir una decisión de gestión de la administración requiere reglas propias, diferentes a las del derecho penal o contravencional...” (el subrayado es nuestro).

En marzo 6 de 1987, con ponencia del doctor Hernán Guillermo Aldana Duque, hace referencia, como en otras ocasiones, a la inaplicabilidad de los términos penales de prescripción en materia de acciones y sanciones administrativas:

“La naturaleza de las obligaciones tributarias, como la naturaleza de otro tipo de obligaciones derivadas de las relaciones entre la Administración y los particulares, no constituyen por principio contravenciones de naturaleza penal, respecto de las cuales pueda aplicarse la teoría de la prescripción prevista en las contravenciones tanto en el Código Penal anterior como en el actualmente vigente.

Por tal motivo, no puede asimilarse la norma prevista respecto de la prescripción de la acción en tratándose de contravenciones a las previstas y establecidas en el derecho tributario, y, más ampliamente, en el derecho administrativo general.

Por esta razón, la Sala estima que *no es procedente aplicar, en tratándose de infracciones a disposiciones imperativas de la normatividad administrativa, en materia de prescripción de acciones y sanciones, las normas previstas específicamente para sancionar conductas mucho más lesivas del interés social, propias de las leyes penales*”. (El subrayado es nuestro).

El inquietante tema de la responsabilidad objetiva se entroniza más abiertamente, cuando el 26 de junio de 1987 sentenció el Consejo de Estado con ponencia del doctor Jaime Abella Zárate:

“Dentro de esta misma orientación *la Sala considera que no es aplicable en este ámbito del derecho administrativo sancionatorio, el art. 50. del Código Penal...*

Este artículo al mismo tiempo que sienta el principio de la culpabilidad para que una conducta prohibida pueda ser sancionada, proscribire toda forma de responsabilidad objetiva. Por el contexto y su propia estructura es obvio que el artículo se refiere únicamente a las 'personas naturales' ya que solamente respecto a ellas puede predicarse la culpa en sus acciones, y que según el mismo estatuto reviste las distintas formas de dolo, culpa o preterintención (art. 35), de donde resulta apenas natural la última parte del artículo que concluye y complementa la primera con la prohibición de toda forma de responsabilidad objetiva.

Mal puede pues, adoptarse solamente esta parte final del artículo para elevarla a canon imperativo a todo el ámbito jurídico, cuando él está enclavado en el estatuto especializado del derecho penal y con un significado apropiado a él.

Además el sentido teleológico de las sanciones, es diferente en el campo penal del campo administrativo: mientras en el primero se trata de castigar una falta, o corregir una conducta antisocial previamente tipificada para quien incurra en ella, en el campo administrativo se trata de lograr un objetivo político del Estado, en casos como el que se estudia, de simple orden público económico.

Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, la eficacia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa...". (El subrayado es nuestro).

Dos sentencias más, ambas de fecha 24 de julio de 1987 y con ponencia del Consejero Aldana Duque, reiteran contundentemente la jurisprudencia. En una de ellas se lee:

"No comparte el Consejo de Estado la consideración hecha por la parte demandante, en el sentido de que las contravenciones a las normas del derecho público económico deban, por su tipificación, referirse al examen de la culpabilidad en la conducta, por cuanto que la contravención, en términos generales supone, en materia de derecho administrativo, la infracción a un precepto claramente establecido, sin consideración a la intencionalidad o culpa de la parte infractora.

La legislación en la materia es clara, por cuanto *con la sola producción de la inobservancia de unas disposiciones de derecho administrativo, se halla la parte actora incurso y los administradores en las sanciones establecidas.*

Si bien es cierto, que ellos pueden liberarse de responsabilidad, aduciendo la fuerza mayor o el caso fortuito, no es menos cierto que la administración, dada la celeridad con que debe obrar en éstas materias, puede, sin necesidad de incurrir en los procedimientos propios de un trámite judicial, establecer las sanciones que las normas administrativas prevén". (El subrayado es nuestro)

Otras providencias dentro de esta irrefutable progresión tienen fecha octubre 27 de 1987, con ponencia de la Consejera Consuelo Sarria Olcos y 30 de mayo de 1988, con ponencia del Consejero Hernán Guillermo Aldana Duque, que desarrolla y compendia lo expuesto en las anteriores; en la imposibilidad de leer su texto íntegro, como debiera hacerse para participar cabalmente de su trascendencia, permítaseme citar este breve aparte concluyente, que sirve también para finalizar mi disertación:

"Tales contravenciones, como infracciones que son del régimen legal o reglamentario administrativo, son contravenciones administrativas y las condignas sanciones que se le aparejan son administrativas y por lo mismo su régimen jurídico en general es el administrativo y no el penal...".

Bibliografía

AFTALION, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Ed. Arayú. Buenos Aires, 1955.

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Trad. Buenaventura Pellisé. Bosch. Barcelona. 1970. T.I.

ARENAS SILVA, Eduardo. *Derecho Penal Administrativo*. Universidad Javeriana. Bogotá. 1955.

BAJO FERNANDEZ, Miguel, RODRIGUEZ RAMOS, Luis, et al. *Delitos Monetarios*. Revista de Derecho Público: Comentarios a la Legislación Penal. T. IV. Edersa. Madrid. 1985.

- BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Derecho Penal Económico Aplicado a la Actividad Empresarial*. Ed. Civitas. Madrid. 1978.
- BOTTOMS, Anthony E., et al. *The Coming Penal Crisis*. (Ed.) Scottish Academic Press. Edimburgo. 1980.
- CAHN-SPEYER WELLS, Paul. *La culpabilidad en el Régimen Sancionatorio Tributario y Administrativo en General*. En "Revista de Derecho Económico". Temis. Bogotá. No. 9-10, Enero-diciembre 1987.
- CENTRO DE ESTUDIOS JURIDICOS Y ECONOMICOS. *Derecho Penal Financiero* (Ed.). Bogotá. 1984.
- CURY U., Enrique. *Contribución Político Criminal al Estudio de los Delitos Funcionarios*. En "Octavas Jornadas Internacionales de Derecho Penal". Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1987.
- DIAZ PERDOMO, Julio César. *De la Aplicación de los Procedimientos Penales a las Contravenciones Económicas*. En "Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal". Ed. Librería del Profesional. Bogotá V. II, No. 6 de 1987.
- DROMI, José Roberto. *Policía Económica*. En "El Derecho Administrativo en Latinoamérica II". Ed. Rosaristas. Bogotá. 1986.
- EDELHERTZ, Herbert y OVERCAST, Thomas D. *White-Collar Crime: An Agenda for Research*. Heath. Lexington, Mass. 1982.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental*. Temis, Bogotá. 2a. Ed. 1986. V.I.
- FONCILLAS CASAUS, Santiago. *El Derecho Penal como Panacea. Un Ejemplo: Los 'Delitos a la Seguridad Social' en el Anteproyecto de Reformas del Código Penal*. En "Los Delitos Socio-Económicos". Ed. de Marino Barbero Santos. Universidad Complutense. Madrid. 1985.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Ed. Civitas. Madrid. 1984. T. II.
- GEIS, Gilbert. *On White-Collar Crime*. Heath. Lexington, Mass. 1982.
- HENDLER, Edmundo S. *La Responsabilidad Penal de los Directivos de Entidades Financieras*. Depalma. Buenos Aires. 1982.
- HERNADEZ QUINTERO, Hernando A. *Esquemas de Derecho Penal Financiero*. Bogotá. 1988. Inédito.
- HERNANDEZ VASQUEZ, Jairo. *Teoría y Práctica de Derecho Penal Administrativo en Colombia*. En "Universitas", Revistas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, U. Javeriana. Bogota. No. 68. Junio 1985.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Losada. Buenos Aires. 1950. T.I.
- KERNER, Hans-Jürgen. *Experiencias Criminológicas con las Recientes Reformas para la lucha contra la Criminalidad Económica en la República Federal de Alemania*. En "Los Delitos Socio-Económicos". Ed. de Marino Barbero Santos. Universidad Complutense. Madrid. 1985.
- LOW MURTRA, Enrique. *Policía Administrativa y Actividad Financiera*. En "El derecho Administrativo en Latinoamérica-II". Ed. Rosaristas. Bogotá. 1986.
- MATTES, Heinz y MATTES, Herta. *Problemas de Derecho Penal Administrativo*. Trad. José Ma. Rodríguez Devesa. Edersa. Madrid. 1979.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Juan Córdoba Roda. Ariel. Barcelona. 1962. T. I.
- PACKER, Herbert L. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford University Press. Stanford. 1968.
- PINZON, Jorge y CARRILLO, Fernando. *Sector Financiero y Delincuencia Económica*. Temis. Bogotá. 1985.
- RIDER, Barry A.K. *Combating International Commercial Crime*. En "Third International Symposium on Commercial Crime". Editado por Joanna Chow Fong, Commonwealth Secretariat. Londres. 1985.
- RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. *Derecho Administrativo Disciplinario*. Ed. Librería del Profesional. Bogotá. 1985.

ROMERO SOTO, Luis Enrique. *Los Delitos contra el Orden Económico Social desde el Punto de Vista del Derecho Comparado*. En "Cambio Jurídico". U. de los Andes (CIJUS). Bogotá. No. 1. 1986.

SAAVEDRA ROJAS, Edgar. *Corporación, Criminalidad y Ley Penal*. Monografías Jurídicas, No. 33. Temis. Bogotá. 1984.

SCULL, Andrew. *Decarceration*. Polity Press Worcester. 2a. ed. 1984.

SINTURA VARELA, Francisco José. *Aspectos Constitucionales y Penales del Régimen de Cambios*

Internacionales y de Comercio Exterior. En "Derecho Penal y Criminología", Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, U. Externado de Colombia, Ed. Librería del Profesional. Bogotá. No. 31. Enero-Abril 1987.

STANLEY, Stephen y BAGINSKY, Mary. *Alternatives to Prison*. Peter Owen. Londres. 1984.

TIEDEMANN, Klaus. *Poder Económico y Delito*. Trad. Amelia Mantilla V. Ariel. Barcelona. 1985.