

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR
DESARROLLADO POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

TESIS DE GRADO

ELABORADA POR:

DANIEL FERNANDO JIMÉNEZ JIMÉNEZ

DIRECTOR:

DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

MAESTRÍA EN DERECHO

Bogotá, Enero 25 de 2007

INDICE	Página
INTRODUCCIÓN.....	8
1. <u>MARCO TEORICO</u>	16
1.1. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN LO FINANCIERO.....	16
1.2. LA CONSAGRACIÓN DE LA CULPABILIDAD.....	20
1.3. LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA.....	22
1.4. LAS TRES CLASES DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	26
1.4.1. La responsabilidad objetiva sin debido proceso (extrema).....	26
1.4.2. La responsabilidad objetiva con debido proceso.....	31
1.4.3. La responsabilidad objetiva con culpabilidad presunta.....	33
2. <u>LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL</u>.....	35
2.1. EN EL DERECHO SANCIONADOR CAMBIARIO.....	35
2.1.1. Corte Constitucional.....	35
2.1.2. Consejo de Estado.....	40
2.2. EN EL DERECHO SANCIONADOR TRIBUTARIO.....	43
Corte Constitucional.....	43
2.3. EN EL DERECHO SANCIONADOR ADUANERO.....	53
Corte Constitucional.....	53

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR
DESARROLLADO POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

3

2.4. EN OTROS DERECHOS SANCIONADORES.....	59
Por vía de tutela.....	59
2.5. EN EL DERECHO SANCIONADOR FINANCIERO.....	67
Consejo de Estado.....	67
3. <u>RESUMEN TEMÁTICO - CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA</u>.....	78
3.1. El Código Penal no aplica al interior del Derecho Sancionador.....	78
3.1.1. Por las diversas órbitas de competencia.....	80
3.1.2. Por la finalidad específica del Derecho Sancionador.....	83
3.1.3. Por la prevalencia del superior interés del Estado.....	84
3.1.4. Por la diferente naturaleza de las sanciones.....	87
3.1.5. Por la inaplicabilidad del dolo a las personas jurídicas.....	88
3.1.6. Por la existencia de preceptos garantizadores al interior del C.C.A.....	90
3.2. El fortalecimiento del debido proceso.....	91
3.2.1. La verificación de la preexistencia de un estatuto normativo.....	92
3.2.2. La demostración de que se ha cometido una infracción.....	93
3.2.3. La formulación de cargos	93
3.2.4. La notificación del pliego de cargos al presunto infractor.....	95
3.2.5. La presentación de explicaciones	95
3.2.6. La procedencia de causales de absolución.....	95
3.3. La presunción del dolo.....	96
3.4. La responsabilidad subjetiva es imperativa en determinadas circunstancias.....	99

4. <u>LA ANALOGIZACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS</u>	101
4.1. PRESUPUESTOS	101
4.1.1. El valor normativo de la jurisprudencia.....	101
4.1.2. La <i>ratio decidendi</i>	105
4.1.3. La trascendencia de los hechos.....	106
4.2. DOS EJERCICIOS DE ANALOGIZACIÓN.....	108
4.2.1. Sobre la norma que consagra la responsabilidad objetiva.....	108
4.2.2. Sobre la norma que consagra las sanciones rescisorias.....	118
4.3. LAS CONSECUENCIAS.....	124
4.3.1. Inmediatas.....	124
4.3.2. La propuesta central y su sustento	125
4.3.2.1. Problemas que se solucionan al adoptar la tesis de la negligencia (y al hacerlo por fuera del código penal):.....	131
• El imperio del dolo dejaba desprotegido el orden público económico	132
• La culpa ahora deja de ser excepcional	133
• Las personas jurídicas si son responsabilizables a título de culpa	135
• Se armoniza la diligencia mencionada en las Leyes.....	137
4.3.2.2. Las causales de inculpabilidad	138
4.4. LA REALIDAD ACTUAL EN EL PROCESO SANCIONADOR BURSÁTIL Y FINANCIERO.....	147

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR
DESARROLLADO POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

5

4.4.1. Un caso reciente.....147

4.4.2. Comentarios148

5. 5. LA PROPUESTA RELATIVA AL FALLO DE EXEQUIBILIDAD.....152

5.1. La eventual decisión sobre la índole objetiva de la responsabilidad152

5.1.1. Si se sigue la línea jurisprudencial..... 153

5.1.2. Si se adopta la tesis de la culpa en el derecho sancionador..... 154

5.2. La eventual decisión sobre las sanciones rescisorias.....156

5.2.1. Si se sigue la línea jurisprudencial156

5.2.2. Si se adopta la tesis de la culpa en el derecho sancionador157

CONCLUSIÓN GENERAL.....159

BIBLIOGRAFÍA.....164

A mis apreciados condiscípulos, en quienes brillan las más humanas virtudes



No habría sido posible este trabajo sin los sacrificios que durante tantos fines de semana le impuse - particularmente durante los pasados doce meses - a mi paciente familia.

La Universidad de los Andes, dos veces me ha admitido en sus programas de post grado. Primero en la Especialización en Legislación Financiera y ahora en la Maestría en Derecho. Ambos han superado con creces mis expectativas. Espero que mi modesto aporte intelectual haya estado a la altura de las circunstancias.

Además, en las dos oportunidades fue la Superintendencia Bancaria de Colombia la que impulsó mi ingreso, primero con sustancial patrocinio y luego con una beca total.

Diego Eduardo López Medina como director de este trabajo, con docente y estimulante paciencia, supo domeñar mis debilidades e inteligentemente me impulsó a culminarlo en término razonable. Los profesores Juan Carlos Varón Palomino y Gustavo Quintero Navas, como integrantes del jurado examinador, formularon sesudas observaciones que me resultaron muy útiles para fortalecer asuntos tan esenciales como la metodología y las conclusiones.

Por fortuna el lenguaje verbal ha creado la palabra apropiada, aunque su expresión escrita no permita traslucir la efusividad que el caso amerita. Para todos ellos **GRACIAS**.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende plantear *una nueva propuesta sobre la forma en que se puede aplicar el principio de culpabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución al interior del procedimiento sancionador desarrollado por la Superintendencia Financiera de Colombia.*

La razón de ser de haber acometido este trabajo, reside en el hecho de que regularmente los apoderados de las personas vigiladas por la Superintendencia Financiera¹ solicitan la aplicación del principio de culpabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución y subsiguientemente de los preceptos contenidos en el Código Penal, en cuanto pregonan la preponderancia de la responsabilidad subjetiva y dolosa, para sustentar sus peticiones de revocatoria de las sanciones que sobre ellos pesan.

Mientras, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) y en la Ley 964 de 2005, cuerpos normativos que regulan el procedimiento sancionador otrora aplicable por las

¹ Establecimientos Bancarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial, sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, sociedades administradoras de fondos de pensiones, cajas, fondos o entidades de seguridad social administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida, determinadas entidades descentralizadas de los entes territoriales, compañías de seguros, cooperativas de seguros, sociedades de reaseguro, sociedades de capitalización, sociedades sin ánimo de lucro que pueden asumir los riesgos derivados de la enfermedad profesional y del accidente de trabajo, corredores de seguros y de reaseguros, oficinas de representación de organismos financieros y de reaseguradores del exterior, el Banco de la República, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo Fonade, las casas de cambio, las sociedades que administren el sistema de tarjetas de crédito, las entidades que administran sistemas de pago de bajo valor y las secciones de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar. Y si tiene en cuenta el mercado de valores: Las bolsas de valores, las bolsas agropecuarias, las bolsas de futuros y opciones, las sociedades de compensación; los comisionistas de bolsa, los comisionistas independientes de valores, las administradoras de fondos de inversión, los depósitos centralizados de valores, las calificadoras de valores, las titularizadoras, determinados fondos mutuos de inversión; determinados fondos de garantía, las administradoras de sistemas de negociación de valores, las cámaras de riesgo central de contraparte, las administradoras de sistemas de negociación, registro, compensación y liquidación de divisas.

superintendencias bancaria y de valores y ahora por la Superintendencia Financiera,² la responsabilidad es de *índole objetiva*.³

No obstante lo anterior, también es un hecho cierto que durante los últimos años de su existencia las Superintendencias Bancaria y de Valores sostuvieron tesis opuestas al respecto. Mientras la primera insistía en que la responsabilidad era objetiva, la segunda abría paso a la responsabilidad subjetiva, como puede verse en el número 4.4.1. del presente trabajo.

Para resolver la problemática que se genera con estas diferentes posiciones, se acude a la jurisprudencia de las altas cortes.

Es de advertir, que a lo largo del trabajo se utiliza repetidamente la expresión “banquero”, lo cual no debe entenderse en el sentido de que se excluyan todos los demás vigilados por la Superintendencia Financiera, sino únicamente que se utiliza una fórmula metodológica que evita el inconveniente de repetir el contenido total de la nota de pie de página número uno cada vez que sea necesario aludir a las personas y entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.

² En el Artículo 74 de la Ley 964 de 2005 se facultó al Gobierno para acometer la eventual liquidación de la Superintendencia Bancaria o de la Superintendencia de Valores y su fusión, integración o reorganización, con una nueva denominación, estructura funcional, organización y asignación interna de funciones, con los objetivos, las entidades y actividades vigiladas, las funciones y facultades propias de ambas entidades. Esta facultad en efecto se ejerció a través del Decreto No. 4327 del 25 de noviembre de 2005, en cuyo artículo 1º se dispuso la fusión de la Superintendencia Bancaria en la Superintendencia de Valores, “(...) la cual en adelante se denominará Superintendencia Financiera de Colombia.”

³ Letra k del número 4 del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Dto. 663-93), sustituido por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003. Lo mismo acontece al interior del derecho administrativo sancionatorio bursátil, por remisión expresa del artículo 59 de la Ley 964 de 2005.

Hemos preferido adoptar la expresión más simple *Derecho Sancionador*, en lugar de *Derecho Administrativo Sancionador* así como – por ejemplo - usualmente basta decir derecho penal y no se requiere decir derecho público penal. La expresión *sancionador* – en lugar de *sancionatorio* que en nuestro medio usan Nilson Pinilla y Speyer - lo usan también Aguado, Trayter, De Palma Del Teso, Carretero Pérez, Garberi, Izu, Nieto García, Parada Vásquez, Quintero Olivares, Quiros Lobo, Suay Rincón, Ucrós Barrios y el propio Ossa Arbelaéz, según se lee en su completa bibliografía.

El trabajo está dividido en cuatro grandes partes. En la primera se plantea un marco teórico; en la segunda se trae a colación la línea jurisprudencial en la que se sustenta la propuesta final; a continuación se presenta un resumen temático - crítico de la jurisprudencia aludida y luego se hace un ejercicio de analogización y se denota que entre sus consecuencias se encuentra la solución al problema planteado.

Para terminar, acopiando lo que emana de todo lo anterior, se propone una forma en que la Corte podría evaluar la exequibilidad de aquellas normas relativas a la consagración de la responsabilidad objetiva que todavía no han sido objeto de estudio en esa jurisdicción.

Al interior del Marco Teórico, se explica el procedimiento sancionador que desarrolla la Superintendencia Financiera y se esbozan someramente las principales notas de la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva, destacando que ésta puede ser sin debido proceso (extrema), con debido proceso, o con culpabilidad presunta.

El propósito del capítulo siguiente, dedicado a la Línea Jurisprudencial, no es otro que el de poner de presente lo que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han expresado hasta ahora con relación a la forma en que debe entenderse y aplicarse el principio de culpabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución, en el derecho sancionador cambiario, en el derecho sancionador tributario, en el derecho sancionador aduanero, en el derecho sancionador financiero y en otros derechos sancionadores.

La metodología aplicada en este capítulo tiene varias características que es necesario destacar. Como objeto de estudio, hemos tomado las sentencias proferidas por la H. Corte Constitucional y por el H. Consejo de Estado, tomando como parámetro remoto de tiempo la expedición de la Constitución Política vigente. Esto, por razón a que siempre es necesario señalarle límites al área de estudio, pero también – lo que evita que los mismos impliquen arbitrarios – porque resulta indispensable reconocer el protagónico papel que bajo una concepción de avanzada se le reconoce no solo a nuestra Corte Constitucional, sino a la Jurisprudencia de las Altas Cortes como generadoras de verdadero derecho.

Se ha procurado darle un contexto apropiado a cada cita jurisprudencial, haciendo referencia a la norma (cuando lo que se pide es la declaratoria de inexecutable), situación de hecho (en los casos de tutela), o acto administrativo objeto de demanda (si la petición es de nulidad o restablecimiento del derecho). De igual forma, se refiere el sentido final del correspondiente fallo.

Hemos preferido omitir la transcripción entre comillas de párrafos separados. En su lugar, hemos optado por poner en palabras propias lo comprendido, luego de detenida y repetida

lectura de cada sentencia. Esta metodología - es verdad - representa un potencial riesgo para el autor, pues podría temerse que al dar este paso tergiversa las ideas originales leídas. Para disminuirlo hasta hacerlo desaparecer, hemos optado por presentar los párrafos enhilados de una manera coherente, parafraseando su texto tanto como es posible, con lo cual se respeta siempre de una manera rigurosa lo que la correspondiente corporación judicial expresa. Estos extensos apartados relevantes se presentan con sangría y cursiva, para que al lector le resulte fácil diferenciarlas de nuestro propio parecer. De esta manera, se evita caer en la tradicional fórmula consistente en que al inicio de cada párrafo y antes de abrir comillas deben escribirse frases tales como *Al respecto la Corte dijo...* y luego *agregó...* y *mas adelante dijo...* y otras similares, que se agotan rápidamente para dar lugar a una ostensible repetición que cansa rápidamente al lector. Esto no significa que algunos párrafos especialmente relevantes no hayan sido citados entre comillas.

Las citas son extensas por la potísima razón que hemos optado por apartarnos del método tradicional de cita jurisprudencial – atendiendo el reproche del profesor López Medina – que consiste en tomar una breve frase descontextualizada, a la que arbitrariamente se le atribuye una fuerza y unas características semejantes a las de la norma legal.

Se ha dejado a la vista el resultado de todo este trabajo, que sigue los métodos de búsqueda que propone el citado autor Diego López en su libro *El Derecho de los Jueces*, pues nos resulta muy útil - en la medida en que se avanza en el trabajo y se profundiza en las ideas - para volver fácilmente sobre el sustento de las propuestas y de igual forma, porque confiamos en que también sea beneficioso para quienes como estudiantes, investigadores, jueces o

magistrados, desean conocer o requieren tener a la mano debidamente compilada la jurisprudencia inherente a la responsabilidad subjetiva en el derecho sancionador.

En el siguiente capítulo se presenta un resumen temático - crítico de la anterior jurisprudencia, con lo cual se arriba a una de las conclusiones más relevantes para el propósito final: que el Código Penal no aplica al interior del Derecho Sancionador.

Adicionalmente, se destaca el fortalecimiento del debido proceso. En la medida en que el presente trabajo va mas allá, el referido texto supera las conclusiones del artículo de mi autoría que bajo el título *responsabilidad objetiva* aparece publicado en la página WEB de la Superintendencia Financiera.⁴

De igual forma, se plantean algunas apreciaciones acerca de la presunción del dolo, y se advierte que de acuerdo con lo que pregonan la Corte, la responsabilidad subjetiva es imperativa en determinadas circunstancias.

Como quiera que los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la responsabilidad objetiva en el derecho sancionador financiero de la H. Corte Constitucional son actualmente inexistentes, se extrapola o extiende (previo análisis de validez), lo dicho para otras ramas del Derecho Sancionador (cambiario, tributario, aduanero etc.), a lo financiero y bursátil, siguiendo los métodos de analogización que pregonan en el libro ya mencionado el profesor Diego López.

⁴ En www.superfinanciera.gov.co/ComunicadosyPublicaciones/80web/archivo

Gracias a este ejercicio se arriba al que puede ser el más preponderante valor agregado de éste trabajo: Las conclusiones del mismo, haciendo uso de sus mismos métodos, podrían ser útiles para construir una teoría general de la culpa en el derecho sancionador.

Como entre paréntesis, para confrontar sus sustentos y destacar sus errores en el planteamiento de la responsabilidad subjetiva, se trae a colación un caso reciente sancionado por la entonces Superintendencia de Valores.

Una vez se plantea una solución al problema y se pregonan los beneficios que de ello emana, se proponen sendas formas en que la Corte Constitucional podría evaluar en el futuro, algunas normas relativas a la índole objetiva de la responsabilidad al interior del derecho sancionador financiero. Como podrá verse, éste trabajo no se limita a contar lo que las altas cortes manifiestan, ni se dedica simplemente a criticar sus posturas, sino que da un paso adelante proponiendo una nueva forma en que se puede aplicar el principio de culpabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución, al interior del procedimiento sancionador desarrollado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Nuestro anhelo radica en contribuir a hacer más seguro el procedimiento sancionatorio financiero, para que las solicitudes de explicaciones, las decisiones de sanción, o de archivo y los actos que resuelven los recursos, tengan una sustentación – al menos en lo que a ésta materia se refiere – más coherente, más predecible y sobre todo más justa, o - mejor aún – que alcancen sintonía con las más modernas y garantizadoras tesis jurídicas. No se entienda aquí, que lo que se afirma es que las sanciones de estos organismos de control son incoherentes,

impredecibles o injustas. Todo lo contrario. La impresión que se tiene de primera mano de estas decisiones, es que son coherentes, predecibles y justas. Lo que aquí se hace es reconocer que el derecho no es estático, sino que evoluciona, se desarrolla y se consolida gracias a la formación de nuevos conceptos, ideas, doctrinas etc.

Ahora bien, se espera que la jurisprudencia examinada, la doctrina acopiada y los propios pareceres del autor, lleguen en su conjunto a ser útiles para un propósito fundamental:

Proponer una forma en que el principio de culpabilidad pueda armonizar en el derecho sancionador, en forma tal, que se equilibren en adecuada forma los derechos de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera y sus funcionarios y empleados y los intereses del Estado, a la luz de la recta lectura del artículo 29 Superior.

1. MARCO TEÓRICO

1.1. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN LO FINANCIERO

Es necesario empezar precisando que este escrito se refiere principalmente y casi exclusivamente al Derecho Sancionador desarrollado por la Superintendencia Financiera.

Esta potestad se ejerce a través de un *poder de policía* emanado de la necesidad de sustentar y mantener un específico orden público.⁵ “(...) que la habilitan para imponer a (...) los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos.”

Para ello, esta Superintendencia ejerce “(...) potestades de mando y potestades de índole sancionadora; la primera, esencialmente de tipo preventivo, propende por asegurar la prestación del servicio objeto de la intervención económica (...); la segunda, tiene por fin lograr la efectividad del cometido estatal propio de la prestación del servicio (...).”

Ahora bien, esa finalidad preventiva se encuentra “(...) también en el simple hecho de proponer un cuadro sancionador, junto al conjunto de prescripciones de una norma, lo cual implica una amenaza latente para quien sin atender pacífica y voluntariamente al cumplimiento de tales prescripciones las infringe deliberadamente.”

⁵ Este aparte tiene su sustento en lo expresado en la sentencia No. 6214 del 7 de septiembre de 2000 del H. Consejo de Estado (Consejera Ponente Olga Inés Navarrete Barrero) y en las sentencias C-124/94 y C-597/96 de la Corte Constitucional.

El procedimiento sancionador que aquí se refiere – conforme se ha expresado - es el que desarrolla la Superintendencia Financiera “(...) *a partir de la vulneración o perturbación de reglas preestablecidas (...)*”, y que los hace pasibles de sanciones que empiezan con la amonestación, pasan por la multa y llegan hasta la suspensión por cinco años y la exigencia de remoción.⁶

En la sentencia C- 860/06 la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad de las normas que al interior del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero regulan esta potestad sancionadora, destacó que en el procedimiento que se adelante para imponer una sanción debe respetarse el debido proceso de los administrados. El matiz especial que esta sentencia le agrega al debido proceso radica en poner de presente que las facultades de regulación y la potestad sancionadora deben desarrollarse en dependencias separadas “(...) *para evitar que se confunda la expedición de normas o instrucciones con el ejercicio de la potestad sancionatoria por el incumplimiento de tales actos administrativos, con la finalidad de garantizar la neutralidad e independencia de los encargados de adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio.*”.

La actuación administrativa ordinariamente se inicia con una visita de inspección que tiene como propósito verificar – dentro del nuevo modelo de supervisión por riesgos – si la entidad vigilada está cumpliendo de manera adecuada con determinada preceptiva. Los resultados de esta visita se consignan en un informe, cuyo texto se le pondrá de presente a la Entidad, a través de su Presidente, en el evento de que se hayan advertido incumplimientos normativos,

⁶ La sanción institucional, esto es la que se impone a las empresas, es de amonestación o multa.

con lo cual se da inicio a la *actuación administrativa institucional*. Dentro de este término, se le da la oportunidad de presentar sus descargos y de pedir la práctica de pruebas.

Es menester considerar que el traslado del informe de inspección puede hacerse también a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios (Art. 72 EOSF), entre quienes se destacan el contador, el auditor interno, y el Oficial de Cumplimiento, si se les considera preliminarmente responsables en lo particular, con lo cual se da inicio a la *actuación administrativa personal*.

A continuación idealmente la Superintendencia debe pronunciarse acerca de la procedencia del decreto de pruebas.

Si accede a ellas, a practicarlas, con presencia de la persona vinculada o de su representante. Si las niega, el interesado debe tener la oportunidad de interponer un recurso contra el acto que así lo decida. Evacuado el trámite probatorio se evalúan los resultados del mismo y los argumentos contenidos en el escrito de explicaciones.

Finalmente, si no se decide el archivo de la actuación, la Superintendencia expide un acto administrativo, que da inicio a la llamada vía gubernativa, en el que con la debida motivación impone la condigna sanción. La responsabilidad administrativa "(...) es aquella que surge en cabeza de sujetos destinatarios de normas administrativas – estando caracterizadas estas normas por imponer deberes y obligaciones, establecer prohibiciones o restricciones en la realización de determinada actividad – cuando tales destinatarios incumplan dichos deberes u

obligaciones o se violen las prohibiciones o restricciones previstas en la ley o en los respectivos estatutos." ha dicho la profesora Marcela Castro de Cifuentes⁷.

Es en este escenario que la estimación acerca de si la responsabilidad de esa persona natural o jurídica es subjetiva u objetiva habrá de incidir de una manera determinante en su patrimonio, e incluso en su futuro profesional, en la medida que la adopción de una u otra fórmula puede ser determinante para su "absolución" o su "condena".⁸

⁷ En "Responsabilidad administrativa de los administradores de entidades financieras y del mercado de valores: Una evaluación jurisprudencial desde la óptica de lo contencioso administrativo". Memorias del II Congreso Uniandino de derecho financiero y del mercado de capitales. Ediciones Uniandes. Facultad de derecho. Marzo de 2005. Pg. 42.

⁸ El numeral 4º del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (adicionado por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003) establece el régimen sancionatorio administrativo aplicable a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, así como a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales u otros funcionarios o empleados de estas, así: a) Inicio de la actuación. La actuación administrativa para determinar la comisión de infracciones podrá iniciarse de oficio, por informes recibidos de terceros, mediante la práctica de visitas administrativas de inspección, vigilancia y control, por traslado de otras autoridades, por quejas o informes de personas naturales o jurídicas y, en general, por cualquier otro medio que ofrezca credibilidad; g) Formulación de cargos. Si el funcionario competente considera que los hechos investigados constituyen una posible infracción, formulará los cargos correspondientes a los presuntos infractores mediante acto motivado, contra el cual no procede recurso alguno. El acto de formulación de cargos deberá contener una síntesis de los hechos constitutivos de las posibles infracciones, de las pruebas allegadas hasta ese momento y de las normas que se estiman infringidas. Tratándose de cargos fundados en informes de visita, como síntesis de la prueba se dará traslado del informe, adjuntando copia del mismo, y poniendo a disposición del investigado en las dependencias de la Superintendencia los papeles de trabajo que lo soporten, sin perjuicio de reseñar los medios de prueba distintos al informe de visita y sus soportes que existieren; h) Término de traslado del acto de formulación de cargos. El término de traslado del acto de formulación de cargos a los presuntos infractores será de treinta (30) días contados a partir del día siguiente a su notificación. Durante dicho término el expediente respectivo estará a disposición de los presuntos infractores en las dependencias del funcionario que hubiere formulado los cargos. El traslado es la única oportunidad en que los presuntos infractores pueden presentar los descargos que consideren pertinentes. Durante este término podrán solicitar la práctica de pruebas, aportarlas u objetar las obtenidas antes de la formulación de cargos; i) Período probatorio. Las pruebas solicitadas se decretarán cuando sean concluyentes, pertinentes y eficaces para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación. Se aceptarán las aportadas si llenan los anteriores requisitos. Se denegarán las que no los cumplan y se ordenará de oficio las que se consideren pertinentes, mediante acto motivado; j) Recursos contra el acto de pruebas. Contra el acto que deniegue total o parcialmente las pruebas solicitadas procede únicamente el recurso de reposición, ante el funcionario que lo dictó, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su notificación. Contra el que decreta todas las pruebas solicitadas no procederá ningún recurso; tampoco procederá ningún recurso en relación con las pruebas decretadas de oficio; l) Recursos en vía gubernativa contra la resolución sancionatoria. Contra la resolución que imponga cualquier sanción procederá únicamente el recurso de apelación, ante el inmediato superior del funcionario que profirió el acto, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación. En el artículo 59 de la Ley 964 de 2005 se expresa que las actuaciones administrativas que requiera adelantar la Superintendencia de Valores se sujetarán al procedimiento determinado en el numeral 4 del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Por razón de esta disposición y de la fusión entre ambas entidades, hoy en día en la Superintendencia Financiera rige un solo proceso.

1.2. LA CONSAGRACIÓN DE LA CULPABILIDAD

En nuestro sistema el tema emana del artículo 29 de la Constitución Política, en el que se expresa que *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”* y de manera particular que *“Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”*.

Este precepto configura un derecho inherente a la dignidad humana, que se cataloga como derecho constitucional fundamental, por lo cual no requiere de una ley que determine su contenido⁹, se estima *“(...) de aplicación inmediata (...)”* (Art. 85 Const. Pol.) y es objeto de acción de tutela.

Que sea un derecho inherente a la dignidad humana, quiere decir que son titulares de él todas las personas, por el sólo hecho de serlo y sin que sea posible exigirles la acreditación de requisito adicional alguno; que se le catalogue como derecho constitucional fundamental significa que tiene una categoría especial, privilegiada, dentro del catálogo de prerrogativas establecidas en la Constitución Política, lo que le determina, precisamente, que su contenido se considere agotado en la propia norma superior sin que necesite complemento alguno de tipo legal para que resulte posible su aplicación directa en todos los casos; obviamente, en caso de desconocimiento puede ser objeto de acción de tutela.

⁹ Sentencia T-419/92

Ahora bien, la aplicabilidad del precepto constitucional que predica la exigencia de una declaración de culpabilidad como requisito para la imposición de una sanción, no admite discusión al interior del derecho administrativo sancionatorio.

No obstante, esto no significa que ya esté resuelta *la forma* o *el cómo* se da esa aplicación. Un respaldo a esta afirmación aparece contenida en la expresión *mutatis mutandi*¹⁰ que ha sido utilizada por la Corte Constitucional cuando quiera que se ha planteado la forma en que el artículo 29 de la Constitución se aplica en ámbitos diferentes al penal y por vez primera en la sentencia T-419/92, así:

“Los principios que antes se han expuesto sobre el debido proceso y que están contenidos en los textos constitucionales antes transcritos, también tienen plena operación mutatis mutandi, en las demás ramas del derecho (...) y a la actividad administrativa que comprende tanto la actuación gubernativa como la contencioso administrativa.”

Es lo que la doctrina denomina una aplicación ‘con matices’.¹¹ La forma en que se entiende o se aplica el precepto, cómo se manifiesta ese *matiz*, la determinación de *qué es lo que es necesario cambiar*, es parte esencial de lo que se busca resolver. Para ello en primer lugar es necesario precisar, así sea someramente, qué se entiende por responsabilidad subjetiva y qué se entiende por responsabilidad objetiva.

¹⁰ O cambiando lo que sea necesario cambiar.

¹¹ Eduardo García de Enterría-Tomás-Ramón Fernández “Curso de Derecho Administrativo II” Editorial Civitas. Madrid Octava edición 2002. Pg. 174.

1.3. LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

Bajo el régimen de la Ley 100 de 1980 la estructura del delito correspondía al modelo ATAC, esto es, Acción, Típica, Antijurídica y Culpable. En aquel entonces en la culpabilidad se estudiaba el dolo la culpa y la preterintención. La responsabilidad subjetiva se hallaba entonces claramente en este último escenario, precisamente para confrontar la responsabilidad objetiva que en alguna época se pregonó respecto de las contravenciones de policía¹².

Actualmente la estructura del delito (ATAC), se mantiene, pero su contenido ha variado.

Concretémonos a lo que aquí nos interesa: El contenido de la culpabilidad ya no es el dolo la culpa y la preterintención. Estos se hayan ahora al interior del tipo, como formas de conducta. En efecto, *“Con Welzel y su definición de la acción como ‘ejercicio de actividad final’ se creó*

¹² *“El estudio de la evolución del Código Penal permite advertir que en el pasado siglo en éste se estableció inicialmente la responsabilidad objetiva en materia de contravenciones, a la sazón en el campo del derecho penal policivo y que después se proscribió”,* dice Jaime Ossa Arbeláez en *“Derecho Administrativo Sancionador”*, Editorial Legis, Bogotá, primera edición, año 2000, página 411. En efecto, en el artículo 13 del Código Penal de 1936 se predicaba la responsabilidad objetiva en materia de contravenciones de policía, así: *“En las contravenciones la simple acción u omisión hace responsable al agente”*. Al respecto comentaba el maestro Reyes Echandía (Alfonso Reyes Echandía *“Culpabilidad”*, Editorial Temis, Tercera edición 1988, página 142) con apoyo en fallo de la Corte Suprema de Justicia del 4 de febrero de 1944, que la responsabilidad contravencional entonces no estaba edificada sobre el presupuesto de la culpabilidad *“(…) o, lo que es igual, que existe respecto de ella una responsabilidad objetiva”*. Es por consiguiente, en este ámbito, que en el Código Penal de 1980 se cambia diametralmente la posición jurídica al consagrar la responsabilidad subjetiva incluso respecto de las contravenciones de policía. En efecto, en su artículo 5° se consigna lo siguiente: *“Queda proscribida toda forma de responsabilidad objetiva”*. En el mismo orden de ideas, en el artículo 12 del Código Penal actual (Ley 599 de 2000, vigente a partir de julio 24 de 2001), categóricamente se expresa: *“Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”*. Este sencillo recuento histórico normativo permite advertir que ha habido un cambio radical en materia de responsabilidad respecto de las contravenciones penales. De una responsabilidad radicalmente objetiva que rigió desde 1936, se pasó a otro ámbito, el subjetivo, a partir de 1980. Así las cosas, debe reconocerse que de 1936 a 1980 hubo hermandad en las tesis de responsabilidad objetiva al interior del derecho contravencional penal y del Derecho Sancionador. Esta afinidad ha servido a algunos para afirmar que la proscripción de esa responsabilidad objetiva en el código penal deba extenderse necesariamente al Derecho Sancionador, como una imposición y para que invariablemente aquí se examine si el comportamiento se ejecutó en forma voluntaria, dolosa o culposamente.

el contenido actual del tipo subjetivo, cuya ubicación sistemática (...) se haya ahora (...) en el estadio de la tipicidad (...)".¹³

La culpabilidad se refiere ahora a la libertad del individuo para actuar¹⁴ y abre paso a las causales de exculpación como la de la no exigencia de otro comportamiento, en la medida en que *"A través (...) de la culpabilidad, se le reprocha al autor que se haya decidido a favor de lo injusto, aunque podría haberse decidido a favor del derecho, comportarse conforme a derecho."*¹⁵, en otras palabras es *"(...) la 'autodeterminación' del sujeto hacia el mal, esto es, su 'autocorrupción' por negarse completamente a determinar de manera adecuada su comportamiento."*¹⁶, por abstenerse de actuar *"(...) pudiendo actuar de un modo distinto, es decir, conforme a derecho."*¹⁷

Que el dolo y la culpa sean ahora formas de conducta y estén por ello dentro del propio tipo, es un desarrollo de la teoría del tipo subjetivo pregonada por el funcionalismo que lidera Gunter Jakobs, según recuerda Juan Carlos Prías.¹⁸ En este modelo, la culpabilidad se concibe como una *"falta de fidelidad al derecho"*.¹⁹

¹³ Mariana Sacher de Köster en *"Evolución del tipo subjetivo"*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y filosofía del Derecho, Primera edición, Bogotá, septiembre de 1998, Pg. 106.

¹⁴ Günther Jakobs *"Culpabilidad en derecho penal Dos cuestiones fundamentales"* Traducción de Manuel Cancio Meliá Marcelo A Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Primera edición, Bogotá, septiembre de 1998, Pg. 55.

¹⁵ Jakobs, Ob. Cit. Pg. 26.

¹⁶ Jakobs, Ob. Cit. Pg. 46

¹⁷ Francisco Muñoz Conde *"Teoría General del Delito"*, Segunda Edición Temis, Bogotá, 2005, Pg. 99.

¹⁸ En *"El tipo subjetivo o la erradicación de la responsabilidad objetiva"*, Ensayo elaborado para optar como Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Pg. 54.

¹⁹ Prías, Ob. Cit. Pg. 42.

Entonces, el moderno concepto de culpabilidad ahora abre paso sencillamente a examinar si el individuo obró o no, en estado de libertad.

Sin embargo, La H. Corte Constitucional, e incluso los demandantes, omiten hacer referencia o considerar este movimiento doctrinal y su reflejo normativo y siguen interpretando la *culpa* del artículo 29 como sinónimo de culpa y dolo y no como libertad para actuar. Este criterio no solo es el que señala de manera explícita la Corte en su jurisprudencia, sino que además estaría más de acuerdo con el concepto contenido en la jurisprudencia de la misma Corte y del Consejo de Estado, respecto a que el código penal no aplica al interior del Derecho Sancionador, como se verá más adelante.

A pesar de ello, se reitera, resulta inevitable acudir al parámetro de la doctrina penal para darle contenido a este importante concepto, principalmente debido a que en ningún momento la Corte Constitucional acoge otro, como podría ser el del derecho civil o el del derecho disciplinario.

Así las cosas, es menester recordar que para el derecho penal la conducta es dolosa cuando se conocen los hechos constitutivos de la infracción y se quiere su realización; es culposa, cuando el resultado no se prevé siendo previsible, o habiéndose previsto, se confía en poder evitarlo. Al respecto ha dicho la Corte que "(...) la diferencia entre las conductas punibles dolosas y culposas se explica en virtud de sus distintos contenidos de injusticia, pues mientras

en las primeras existe un claro momento subjetivo orientado a la vulneración del bien jurídico protegido, en las culposas ese momento no existe (...).²⁰

En suma, desde el ángulo del comportamiento humano la responsabilidad subjetiva, la culpabilidad, entonces, “(...) aparece contrapuesta a la noción de inocencia.”²¹ y exige determinar lo que Bernardo Gaitán Mahecha denomina el *nexo causal subjetivo*.²²

Esta culpabilidad es la típicamente penal, la del imperio y la prevalencia del dolo, aquella al interior de la cual el dolo es la regla general y la culpa la excepción²³; pero también aquella al interior de la cual la responsabilidad de la persona jurídica genera no pocas discusiones doctrinales –sin que sea siquiera necesario dudar de la existencia de la forma societaria o atribuirle una esencia ficticia - en la medida en que la materialización de ese dolo en la forma corporativa - al contrario de lo que sucede con la persona natural - presenta serias dificultades en la práctica.

Ahora bien, estas dificultades se exacerban al momento de ser examinada la responsabilidad de los sujetos que desarrollan actividades vigiladas por la Superintendencia Financiera, como quiera que por regla general éstos precisamente son personas jurídicas. Es por ello que necesariamente al momento de plantearse una nueva tesis, alguna propuesta con relación a la

²⁰ Sentencia C- 64/03. Citada en el Régimen Penal Colombiano de Editorial Legis. Pg. 39.

²¹ Jaime Ossa Arbeláez. “Derecho Administrativo sancionador” Editorial Legis. Primera Edición 2000, Bogotá Página 387.

²² En “Principios Fundamentales del Derecho Penal” en Revista Universitas de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. No. 60. Junio de 1981. Pg. 285.

²³ El artículo 21 del Código Penal vigente hoy en Colombia reza: “Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.”

forma en que debe valorarse la culpabilidad en el Derecho Sancionador, será necesario tener en cuenta este esencial factor.

1.4. LAS TRES CLASES DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Por oposición, dentro de un ambiente de responsabilidad objetiva el examen del llamado nexo causal subjetivo está del todo ausente. En este escenario basta que se haya establecido la infracción de una norma legal para que se imponga la sanción.

Esta situación se manifiesta de tres maneras, a lo menos, como pasa a relatarse a continuación.

1.4.1. La responsabilidad objetiva sin debido proceso (o extrema)

Para ilustrar esta modalidad presentamos el siguiente ejemplo respecto de la que se denomina *responsabilidad institucional*: Determinadas entidades vigiladas tienen la obligación legal de remitir alguna información al Organismo de Control dentro de los cinco primeros días de cada mes; al inicio del sexto día la Superintendencia verifica cuales la remitieron; al finalizar el séptimo día aquellas que no cumplieron con su deber de remisión habrán sido sancionadas. Sin más.

Y si de lo que se trata es de la *responsabilidad personal*, dentro del mismo caso ejemplificado habrá de imponérsele sanción “automáticamente” también al presidente de la compañía incumplida. Álvaro Andrés González Briceño²⁴ ilustra esta situación con un caso real así:

“En una oportunidad el Consejo de Estado (Sentencia de diciembre 12 de 1997. M.P.: Julio Correa Restrepo) confirmó una resolución de la Superintendencia Bancaria en la cual se sancionó al presidente de un Banco por permitir que dicha institución en calidad de matriz asumiera la representación de facto en Colombia de su filial extranjera (...) Consideró dicha Corporación que, si bien la infracción fue cometida por la entidad que éste presidía, era él quien llevaba la dirección y representación, por lo que en su calidad de presidente tuvo que conocer dicha irregularidad, ante lo cual debió actuar con la diligencia necesaria para corregir la infracción (...) dicha Corporación presume que por el solo hecho de ser el representante legal, debe tener conocimiento sobre ese tipo de irregularidades (...)”.

Obsérvese como en este caso la Corporación omite hacer referencia a elemento subjetivo alguno y basa la responsabilidad del sancionado en el hecho único y objetivo de su condición de directivo, lo cual constituye el fundamento de la presunción enunciada. Aunque es de advertir que un tanto paradójicamente se menciona la palabra *diligencia*, la cual habrá de resultar harto relevante al momento de evaluar la forma en que en definitiva las Cortes aprecian la responsabilidad subjetiva.

Ossa Arbelaez también señala que lo único necesario para determinar la responsabilidad es “(...) la comisión de un ilícito (...)”,²⁵ en tanto que la profesora Marcela Castro de Cifuentes

²⁴ En “Responsabilidad civil y administrativa por el ejercicio de la función de intermediación financiera”, artículo publicado en la Revista de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. No. 24. Abril de 2000. Pgs. 146 y siguientes.

²⁵ Jaime Ossa Arbelaez. Ob. Cit. Pg. 397. En el mismo sentido Efraín Gómez Cardona en “Nuevo derecho administrativo colombiano General y Especial”. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín 1995, página 275. expresa: “(...) la marcada tendencia a la imputación objetiva de la responsabilidad en los casos de infracciones administrativas, es decir que la sola constatación de que hubo una conducta objetivamente contraria a una norma amerita, sin más, la imposición de una sanción (...)”.

en el mismo tono precisa que "(...) el carácter objetivo de la responsabilidad implica la simple comprobación de que una norma legal o estatutaria ha sido violada (...)".²⁶

Lo que es obvio como lo anuncia Dromi, es que aquí "*El aspecto subjetivo no desempeña ningún papel: por ello resulta indiferente, a los efectos de la sanción, saber si el trasgresor obró dolosa o culposamente (...)*"²⁷, o como lo dijera el Tribunal Supremo Español en sentencia del 7 de febrero de 1989, "*Las infracciones en materia de disciplina de mercado no requieren para su existencia jurídica y para ser sancionadas de un propósito preconcebido o voluntad intencional de infringir, bastando el hecho material constitutivo de la infracción.*"²⁸

Siguiendo claramente esta línea doctrinal, la Corte Constitucional expresa que la responsabilidad objetiva es la que deriva de "*(...) la sola causación del resultado -entendido éste en su dimensión normativa- o por la sola infracción del deber funcional, según el caso. (...)*".²⁹

Esta última expresión de la Corte, permite poner de presente que la responsabilidad objetiva en el contexto de la *responsabilidad personal* tiene otra manifestación, consistente en que el Organismo de Control a la verificación de la infracción normativa le debe sumar la

²⁶ Marcela Castro de Cifuentes en ob.cit. pág. 51, con fundamento en sentencia del 23 de mayo de 2002 del Tribunal Contencioso de Cundinamarca (MP Marta Álvarez de Castillo), aplicable a los operadores del mercado de valores.

²⁷ José Roberto Dromi en "*Instituciones de Derecho administrativo*". Editorial Astrea. Buenos Aires. 1983. 2ª reimpression. Pg. 297. En el mismo sentido Paul Cahn Speyer Wells en "*La culpabilidad en el régimen sancionatorio tributario y administrativo general*". Revista de Derecho Económico Año V, No. 9-10, enero - diciembre de 1987. Pg. 48. dice: "*La responsabilidad objetiva implica la negación del principio de culpabilidad.*"

²⁸ Mencionada por Jaime Ossa Arbeláez en Ob. Cit. Pg. 398.

²⁹ Sentencia SU-901/05. Salvamento de Voto de Rodrigo Escobar Gil, conforme aparece citada en la sentencia C-77/06. En el mismo sentido en la sentencia T-145 de 1993 se expresa que la responsabilidad objetiva está determinada por la prueba igualmente objetiva de una infracción legal.

determinación de la persona natural responsable de la función que tiene relación con el deber omitido.

Para tal propósito, habrá de acudir a la ley, o al manual interno de funciones de la entidad vigilada. Entonces, si la infracción es de carácter contable, “automáticamente” se sancionaría al Contador; si es de carácter crediticio “automáticamente” se sancionaría al vicepresidente de crédito; si el defecto se encuentra en la plataforma electrónica la multa sería para el gerente de informática y si el asunto está relacionado con los mecanismos de prevención del lavado de activos el reproche sería para el Oficial de Cumplimiento (en el artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se expresa cual es su función primordial).

Esta sanción precisamente por ser “automática” no está precedida de formalidad procesal alguna que resulte útil para el propósito siquiera de la presentación de alegatos por parte del infractor. Esto es lo que regularmente y de una manera mas técnica se denomina sanciones *de plano*, o lo que es lo mismo, sin que se le haya otorgado a la persona la oportunidad para ser oída y ejercer plenamente su defensa.³⁰

Recuérdese que en el ejemplo mencionado los únicos actos procesales habrán de ser los de emisión y notificación del acto sancionatorio y eventualmente el de concesión del recurso que da lugar al agotamiento de la vía gubernativa. Allí nunca habrá lugar a traslado alguno para que el acusado presente explicaciones, justifique su proceder y pida la práctica de pruebas.

³⁰ Sentencia T-490/92.

Huelga decir que este sistema de responsabilidad objetiva que puede calificarse como *extrema* (o como hemos preferido denominarla: “automática”³¹), genera en el sujeto una sensación de injusticia, la percepción de que se le ha dado un trato inmerecido y porque no, incluso que el Estado se ha comportado de una manera abusiva con él.

Frente a esta afrenta regularmente se ha argumentado que ello es admisible en la medida en que el interés superior del Estado debe prevalecer, que lo importante es que la administración pública cumpla sus cometidos, que invariablemente se debe privilegiar el interés común, que de lo que se trata es de realinear prontamente – que no castigar - al ciudadano desobediente, antes que su actuar indisciplinado genere mayores daños a lo colectivo.

Aunque probablemente no defendiera una posición tan extrema, pero sí categóricamente la exclusión del dolo y de la culpa, al respecto Low Murtra en su imprescindible escrito de 1986 expresaba:

*“El mundo de las infracciones y sanciones administrativas no puede en modo alguno interrelacionarse con el de las sanciones al delito o 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, lo que se establece no con el propósito de castigar una falta, sino en procura de hacer eficaz la actuación de la administración.”*³²

³¹ Palabra que también llega a emplear la profesora Marcela Castro de Cifuentes. Ob. Cit. Pgs. 61 y 62.

³² En “*Policía Administrativa y Actividad Financiera*”, escrito publicado en *El derecho administrativo en Latinoamérica – II*, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1986. Citado por Nilson Pinilla Pinilla en “*Fundamentos de Derecho Administrativo Sancionatorio*”, Revista del Banco de la República, Bogotá, Julio de 1989.

Llama la atención que en época relativamente reciente para el propio Consejo de Estado fuera admisible la imposición de sanciones sin que previamente se hubiera requerido la presentación de explicaciones: "*(...) la Sala reitera su criterio (...) en el sentido de que en los casos de sanciones impuestas por el Superintendente Bancario a entidades de crédito, con base en su sus propios informe (dados por el Gerente con el respaldo del Revisor Fiscal y del Contador) y por ello sin pedir 'previas explicaciones', no incurrió ni en trasgresión del 'debido proceso', ni en violación del 'derecho de defensa'.*"³³

Ya se verá mas adelante como reiteradamente se vuelve sobre este tema, como repetidamente se retorna a otros varios, ya sea para reforzarlos, reafirmarlos, o contradecirlos, en la medida en que paulatinamente resultan útiles para construir la armazón que le da sustento a la propuesta esencial de este texto.

1.4.2. La responsabilidad objetiva con debido proceso

Para completar el contenido del presente marco teórico es menester anticipar que uno de los más relevantes avances de la jurisprudencia para morigerar los indeseados efectos de la responsabilidad objetiva consiste en que, sin dejar de lado *la negación del principio de culpabilidad*, se abre la puerta a la posibilidad de que el acusado presente alegatos, esto es, que se le de la oportunidad para ser oído y ejercer plenamente su defensa.

³³ Sentencia No. 542 del 12 de abril de 1991. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Jaime Abella Zarate.

Así por ejemplo en la sentencia C-10/03 la Corte Constitucional expresa que la circunstancia a que las sanciones impuestas a los infractores del régimen cambiario excluyan la prueba de factores subjetivos propios de las conductas delictivas, como son el dolo y la culpa, no significa el desconocimiento del debido proceso, como quiera que la imposición de las sanciones no debe hacerse de plano y sin procedimiento alguno, sino previo el agotamiento de un debido proceso, al interior del cual se le otorga a la persona la oportunidad para ser oída y ejercer su defensa.

No obstante, esta apertura significa que las excusas son escuchadas, pero no siempre que son atendidas, pues las causales de exculpación se reducen a unas pocas tradicionalmente admitidas, como lo recuerda la profesora Marcela Castro de Cifuentes: "*(...) la autoridad está obligada a estudiar todas las defensas propuestas por el investigado, incluida aquella consistente en la ausencia de culpa, pero la misma no tiene eficacia exoneratoria (...) las causales de exoneración en la responsabilidad objetiva está disponibles pero son limitadas a causa extraña y por ello no se ha considerado admisible el argumento que consiste simplemente en la ausencia de culpa o en que se actuó de buena fe o con la diligencia ordinaria.*"³⁴

³⁴ Teniendo a la vista lo expresado en la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 23 de marzo de 2001. Ob. Cit. Pg. 52.

1.4.3. La responsabilidad objetiva con culpabilidad presunta

Para atender lo imperativo del precepto constitucional que manda *aplicar el debido proceso a las actuaciones administrativas* y de manera particular que *“Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”*, se ha optado por un fórmula pragmática: La que consiste en presumir que el infractor actuó con culpabilidad.

De esta forma, se le evita a la administración la incomodidad – por decir lo menos – de tener que probar el dolo o la culpa del infractor y se evita entronizar la responsabilidad subjetiva plena al interior del Derecho Sancionador con las dificultades que ello entraña.

Esta propuesta jurisprudencial en nuestro medio, únicamente ha hecho carrera al interior del Derecho Sancionador tributario, sin que por fortuna se conozcan manifestaciones suyas en el Derecho Sancionador cambiario, bursátil, o bancario.

Precisamente al interior del capítulo correspondiente a la línea jurisprudencial se estudiarán sus expresiones y las críticas que ésta propuesta conlleva y merece; por ahora, basta decir lo siguiente: ¿Cómo es posible presumir el dolo en quien no puede actuar con él? O lo que es lo mismo, ¿cómo es posible probar que una persona jurídica ha actuado con dolo? Y si ello es naturalísticamente imposible y por lo mismo no se puede probar, ¿cuál puede ser el fundamento de la presunción con respecto a la actuación maliciosa de la forma societaria?

Los conceptos precedentes a pesar de su sencillez o brevedad – o gracias a ello - resultan suficientemente útiles para adentrarnos con bases firmes en el estudio que se propone. No obstante, esto no significa que mas adelante los mismos no sean susceptibles de alcanzar una mayor riqueza o contenido, a partir de la ilustración jurisprudencial y de lo que de ella emana.

En otras palabras: Hasta aquí tan sólo se presentan someramente algunas ideas con el propósito de que sirvan de marco teórico, como un anticipo de lo que más adelante se descubrirá al interior de la jurisprudencia y como un adelanto de todo aquello que teniendo ahora el matiz de *problemas*, más adelante debe ensamblarse armónicamente al interior de la tesis que se formula.

2. LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

En este apartado se presenta de una manera objetiva; es decir, sin críticas ni observaciones a lo que han dicho las altas cortes respecto de la responsabilidad objetiva y subjetiva en el Derecho Sancionador. Sólo en un capítulo posterior se procederá a su evaluación y análisis.

2.1 EN EL DERECHO SANCIONADOR CAMBIARIO

2.1.1. Corte Constitucional

En la sentencia C-599/92, la Corte Constitucional resuelve la demanda instaurada contra los artículos 19 y 21 del Decreto Ley No. 1746 de 1991 (regulatorio del procedimiento a seguir por la Superintendencia de Cambios en caso de la comisión de infracciones Cambiarias) en los cuales se expresa que "*La responsabilidad resultante de la violación al régimen de cambios es objetiva.*", al tiempo que - en el mismo sentido - se precisa que las pruebas al interior de la actuación administrativo sancionatoria correspondiente al *régimen de cambios* deben valorarse, entre otros criterios, conforme a la índole objetiva de la responsabilidad.

Considera el actor, que los artículos son inconstitucionales por violación de los artículos de la Carta que consagran y desarrollan el principio del debido proceso y cita en apoyo de su tesis, apartes de una sentencia emanada de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia que "*determinó la aplicación a todas las formas del derecho punitivo de las garantías señaladas en la Constitución y en la Legislación Penal sustantiva y procesal que la desarrolle.*"

A continuación se presentan los argumentos de la Corte.

El derecho administrativo sancionatorio cambiario no hace parte del régimen penal ordinario“(...) ni se informa de sus orientaciones, ya que existen profundas diferencias de contenido u objeto y de finalidad, que no obligan en ningún modo ni al intérprete ni al legislador, para hacer extensivas las orientaciones, los principios y las reglas de uno al otro, mucho menos en el ámbito de la determinación de la responsabilidad por su aspecto subjetivo o de la culpabilidad.”.

Por ello, en el régimen de cambios se admite la no pertinencia de los elementos subjetivos de la conducta tipificada previamente como sancionable, como son la intencionalidad, la culpabilidad e incluso la imputabilidad.

Lo que supone el artículo 29 de la Carta, en su primer inciso, no es que las reglas del debido proceso penal se apliquen a las actuaciones administrativas. Lo que se propone es que exista un proceso debido, “(...) que impida y erradique la arbitrariedad y el autoritarismo, que haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás fines del Estado, y que asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal y convencional de todas las personas (...)” a efecto que se rodee a la persona de “(...) todas las garantías constitucionales de la libertad y del Derecho de Defensa, como son la preexistencia normativa de la conducta, del procedimiento y de la

sanción, las formas propias de cada juicio, la controversia probatoria, la favorabilidad y el NON BIS IN IDEM (...)"

Señalar que la responsabilidad por la comisión de la infracción cambiaria es de índole objetiva, no desconoce ninguna norma constitucional, concluye la Corte.

En la sentencia C-10/03, la Corte Constitucional resuelve la demanda instaurada contra los artículos 24, parcialmente, y 30 del Decreto 1092 de 1996, en los cuales nuevamente se expresa que al interior del Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir ahora por la DIAN las pruebas deben valorarse, entre otros factores, atendiendo la índole objetiva de la responsabilidad correspondiente y que en todos los casos la responsabilidad resultante de la violación al Régimen de Cambios es objetiva.

En criterio de los demandantes, la responsabilidad objetiva que consagra las normas impugnadas para el régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario, contrasta con la presunción de inocencia consagrada en el artículo 29 de la Carta, la cual, junto con el principio de culpabilidad, debe ser aplicada a toda clase de actuaciones administrativas.

No obstante lo anterior, agregan, las causales eximentes de culpabilidad tales como la fuerza mayor, el caso fortuito, la insuperable coacción ajena y el error invencible, no tienen cabida dentro de la responsabilidad objetiva.

Consideran los demandantes que las normas también infringen el artículo 83 Superior, por cuanto este precepto constitucional al consagrar la presunción de la buena fe respecto de todas las gestiones que los particulares adelanten contra las autoridades públicas, reitera la asignación de la carga de la prueba de la culpabilidad en cabeza del ente administrativo sancionador.

Al respecto, la Corte considera que en relación a los artículos 24, en lo acusado, y 30 del Decreto 1092 de 1996 ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional en sentido material, razón por la cual decide estarse a lo resuelto en la Sentencia C-599 de 1992, que los declaró exequibles.

No obstante, formula las consideraciones adicionales que a continuación se presentan temáticamente ordenadas.

La circunstancia de que las sanciones impuestas a los infractores del régimen cambiario excluyan la prueba de factores subjetivos propios de las conductas delictivas, como son el dolo y la culpa, no significa el desconocimiento del debido proceso, como quiera la imposición de las sanciones no se hace de plano y sin procedimiento alguno, sino previo el agotamiento de un debido proceso “en el que la administración le debe demostrar al investigado la comisión de una infracción al estatuto de cambios, que de ser cierta conlleva la formulación de cargos”, con el fin de que una vez notificado de ella exponga las razones por las cuales considera que no es responsable de la infracción que se le endilga.

Ahora bien, como quiera que “la presunción de inocencia se profana si a la persona se le impone una sanción sin otorgársele la oportunidad para ser oída y ejercer plenamente su defensa”, el cumplimiento del trámite descrito impide considerar que al infractor se le desconoce la misma.

En el mismo orden de ideas, “(...) resulta contrario a la presunción de inocencia, al debido proceso, a la dignidad humana y a la equidad y justicia (...)” que la administración aplique sanciones sin tener en cuenta la presencia de situaciones extremas de carácter objetivo, como el caso fortuito o fuerza mayor, que tienen la capacidad de eximir de responsabilidad a quien ha infringido el estatuto de cambios.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en el ámbito del régimen cambiario se pretende alcanzar una finalidad de carácter político que consiste, básicamente, en la protección del orden público económico, el cual para que sea oportuno y eficaz, demanda total objetividad por parte de la administración, “(...) lo cual no se lograría si la efectividad del régimen sancionatorio en esta materia dependiera de la demostración de factores subjetivos como el dolo y la culpa (...)”.

Complementariamente, ha de estimarse que respecto de la responsabilidad objetiva en materia sancionatoria cambiaria se ha conservado intacta la línea jurisprudencial, en el sentido de admitir la responsabilidad objetiva excepcionalmente para el evento en el que se imponen sanciones solo de tipo

económico que son de menor entidad y no afectan, por tanto, derechos fundamentales, por lo cual no se encuentra un motivo razonable alguno que justifique en este caso la modificación de la doctrina vertida.

Sin descontar, claro está, que ciertas actividades solamente son ejercidas por personas jurídicas como es el caso de los intermediarios del mercado cambiario, que según las voces del artículo 8° de la Ley 9ª de 1991 son las instituciones financieras o entidades que tienen por objeto exclusivo realizar operaciones de cambio, respecto de quienes obviamente no sería posible adelantar un juicio de culpabilidad.

2.1.2. Consejo de Estado

En la sentencia del 9 de octubre de 1992³⁵, la Corporación examinó una multa impuesta por la Superintendencia de Control de Cambios, al estimar que la entidad vigilada había desviado recursos adquiridos a través de préstamos externos, obtenidos para el ensanche de la empresa, en la medida en que los utilizó en la concesión de préstamos a entidades filiales, las cuales a

³⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Cuarta Consejero Ponente: Guillermo Chahín Lizcano. Expediente 3693. En la sentencia del 28 de noviembre de 1997 (Sala de lo contencioso administrativo Sección Cuarta, Expediente 8497) la Corporación examinó la legalidad de los actos a través de los cuales la Superintendencia de Cambios le impuso (y confirmó) una multa equivalente al 200% de los 9.000 dólares que le fueran decomisados al demandante, al ser allanada su residencia. Menciona el actor como vulneradas, entre otras disposiciones, los artículos 2, 4, 6, 13 y 29 de la Constitución Nacional de 1991 y como concepto de violación la vulneración del debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho de defensa, centrandolo su análisis en la relación administrativa - Penal. En esta providencia la Corporación reiteró los argumentos invocados en la sentencia correspondiente al citado Expediente 3693, esto es, los contenidos a su turno en la sentencia del 5 de abril de 1991 (Consejero Ponente, Guillermo Chahín Lizcano, Expediente No. 3116).

su vez otorgaron préstamos a terceras compañías, quienes los destinaron para la compra de acciones de un banco.

Entre otros argumentos, en el sustento de la demanda se expresó que la sanción impuesta en cuanto es una manifestación del *jus puniendi* del Estado, debió tener en cuenta postulados generales del derecho penal, como el de la culpabilidad.

Con relación a los argumentos de la demanda la Sala expresó:

Reiteradamente se ha señalado la diferencia existente entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio, desde el punto de vista de su finalidad, de sus órbitas de competencia y de su metodología, por lo cual resulta improcedente aplicar la normatividad y demás elementos de interpretación de aquel a éste.

Así en la sentencia de 5 de abril de 1991 (Consejero Ponente, Guillermo Chahín Lizcano, expediente No. 3116) se manifestó que es necesario tener en cuenta que la normatividad propia del derecho administrativo está "(...) regulada por principios propios, autónomos que consultan unas finalidades y procedimientos muy distintos de los del derecho penal (...)".

Además, es necesario reconocer que el principio de culpabilidad resulta esencial al interior del derecho penal, como quiera que allí la pena por lo general es privativa de la libertad.

El Derecho Administrativo sancionatorio, por el contrario, tiene finalidades propias, que en el campo económico, consultan al orden público económico, y por lo mismo utiliza mecanismos para hacer cumplir sus preceptos que en general tienen que ver con sanciones de índole patrimonial. En materia económica, por ejemplo, no se puede sacrificar el superior interés del Estado so pretexto de aplicar principios extraños, que no cumplen utilidad alguna en el ámbito administrativo y sí, entorpecen las actuaciones administrativas, impidiéndoles cumplir con los objetivos para los cuales se adelantan.

No se quiere decir que no existan en común, eventualmente, algunas notas características de ciertos principios, ejemplo de lo cual pueden ser los principios orientadores definidos en el Artículo 3 del C.C.A., entre los cuales está el de contradicción, ligado estrechamente al derecho de defensa, tanto como que es su reflejo en materia administrativa, pero una cosa es advertir tal similitud y otra pretender, a raíz de ella, la plena intromisión de la metodología, técnica y aún la normatividad penal en el campo administrativo.

La Corporación concluye afirmando que "Las anteriores consideraciones determinan el que no se pueda aceptar la confrontación directa con la normatividad penal a fin de fijar la ilegalidad de los actos acusados."

2.2. EN EL DERECHO SANCIONADOR TRIBUTARIO

Corte Constitucional

En la sentencia C-597/96, la Corte Constitucional resuelve la demanda instaurada, entre otros, contra el artículo 659 del Estatuto Tributario, en el cual se expresa que “*Los Contadores Públicos, Auditores o Revisores que lleven o aconsejen llevar contabilidades (...)*” que cometan determinadas infracciones, incurrirán “*(...) en las sanciones de multa suspensión o cancelación de su inscripción profesional de acuerdo con la gravedad de la falta.*”

El demandante considera que el artículo es inconstitucional, como quiera que no exige determinar con “*precisión, claridad y objetividad, si el Contador obró con intención, culpa o dolo*”.

La Corte al declarar exequible la norma señala lo siguiente:

Conforme al principio de dignidad humana y de culpabilidad acogidos por la Carta (Artículos 1º y 29), está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva en materia sancionadora.

Es por ello que la norma debe ser interpretada de conformidad con la Constitución y las normas que regulan la materia sancionadora, por lo cual se entiende que no se puede sancionar a los contadores, revisores o auditores “(...)

por el sólo hecho objetivo de producir el resultado descrito.”, y sin tener en cuenta por ejemplo si la conducta se realizó como consecuencia de un caso fortuito o de una fuerza mayor.

En la misma sentencia la Corte expresa que los principios del derecho penal no se aplican exactamente de la misma forma en todos los ámbitos en donde se manifiesta el poder sancionador del Estado, como quiera mientras el derecho penal afecta el derecho fundamental a la libertad y se dirige a todas las personas, en los demás derechos sancionadores se imponen otro tipo de sanciones y sus normas operan en ámbitos específicos.

“En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal.”.

En la sentencia C-690/96 el cargo de fondo es que las normas acusadas en las que se afirma que “(...) no se entenderá cumplido el deber de presentar la declaración tributaria cuando la declaración no se presente en los lugares señalados para tal efecto, o cuando no se presente firmada por quien deba cumplir el deber formal (...)”³⁶ no establecen el caso fortuito o la fuerza mayor como excusa. con lo cual se consagra una responsabilidad tributaria sin culpa.

³⁶ Estatuto Tributario. Artículo 580, letras a y d

Al respecto, la Corte para terminar concluyendo la exequibilidad de las disposiciones empieza afirmando que la misma Corporación ha declarado de manera absolutamente excepcional la constitucionalidad de ciertas formas de responsabilidad objetiva cuando el Estado ejerce poderes sancionatorios, como quiera que el debido proceso implica la proscripción de la responsabilidad objetiva, toda vez que aquella es "incompatible con el principio de la dignidad humana" y con el principio de culpabilidad.

La pregunta que surge es si el poder sancionador tributario en este caso cae bajo los principios generales que proscriben las formas de responsabilidad objetiva, o es un campo donde podrían ser admisibles esas formas de responsabilidad. Para responder a ese interrogante, procede a analizar los principios constitucionales que rigen el sistema tributario y su relación con debido proceso en este campo.

Al respecto se advierte que los artículos 95-9 y 363 de la Constitución preceptúan que las cargas tributarias deben ceñirse a los principios de equidad, eficiencia y progresividad por lo que no puede pretender privilegios o castigos desproporcionadamente gravosos para situaciones particularizadas, por lo cual castigar al contribuyente que materialmente no puede cumplir con su obligación tributaria, es colocar en condiciones desproporcionadamente gravosas a esa persona obligada a declarar.

Por lo anterior, considera que resulta desproporcionado y violatorio de los principios de equidad y justicia tributarios la consagración de una responsabilidad sin culpa en este campo, como quiera que en este ámbito opera el principio de nulla poena sine culpa como elemento integrante del debido proceso que regula la función punitiva del Estado.

En ese orden de ideas, es indudable que en virtud de la presunción de inocencia, también elemento propio del debido proceso (CP art. 29), corresponde al Estado y, en particular a la administración tributaria, probar que la persona no ha cumplido con su deber de presentar la declaración tributaria para poder imponer las sanciones previstas por la ley.

Ahora bien, probado el incumplimiento de la ley tributaria, ¿el Estado debe probar que la persona efectuó tal conducta omisiva de manera culpable? O, acaso ¿la ruptura del deber constitucional y legal puede constituir una base suficiente que permita a la ley presumir la culpabilidad?

Al respecto recuerda que la sanción administrativa que se impone a quien incumple el deber constitucional de tributar (C.P. art. 95 ord 9º) goza de ciertas prerrogativas en beneficio de la administración, toda vez que esa facultad es un instrumento que permite la realización de la naturaleza misma del Estado, de tal forma que los derechos y garantías de los ciudadanos se atenúan o matizan en relación con las garantías máximas del derecho penal.

Además, no se puede olvidar que uno de los principios que gobiernan el sistema tributario es el de eficiencia³⁷.

Así las cosas, es razonable suponer que ha actuado de manera dolosa o negligente quien ha incumplido un deber tributario tan claro como es la presentación de la declaración tributaria en debida forma, por lo cual resulta natural considerar que la prueba del hecho -esto de la no presentación de la declaración- es un indicio muy grave de la culpabilidad de la persona.

Lo anterior no implica una negación de la presunción de inocencia, la cual sería inconstitucional, pero constituye una disminución de la actividad probatoria exigida al Estado, pues ante la evidencia del incumplimiento del deber de presentar la declaración tributaria, la administración ya tiene la prueba que hace razonable presumir la culpabilidad del contribuyente.

Sin embargo, el principio de culpabilidad quedaría anulado con grave afectación del debido proceso administrativo, y principalmente del derecho a ser oído, si no se le permite al contribuyente presentar elementos de descargo que demuestren que su conducta no ha sido culpable.

³⁷ Según el cual el Estado – recuerda la propia sentencia - debe recaudar los impuestos con el menor costo administrativo posible, a fin de que la cantidad de dinero retirada a los contribuyentes sea casi la misma que la que entra al tesoro del Estado, por lo cual, los procedimientos sancionatorios tributarios deben ser ágiles y lo menos onerosos posibles, con el fin de potenciar el recaudo y disminuir los costos del mismo, ya que sería absurdo que componentes importantes de los ingresos fiscales se destinaran a financiar los costos de los procesos administrativos y judiciales creados para asegurar el cumplimiento de los deberes tributarios.

No obstante, estos descargos no deben ser entonces simples negativas de la evidencia, sino pruebas certeras que demuestran el advenimiento de hechos ajenos a la culpa de la persona obligada a declarar, las cuales deben ser tomadas en consideración por la Administración, particularmente cuando la propia persona ha demostrado que el incumplimiento no le es imputable sino que es consecuencia de un caso fortuito o una fuerza mayor.

En síntesis de todo lo expuesto, el estudio de la responsabilidad del contribuyente en materia tributaria, en cuanto hace referencia al incumplimiento del deber de colaboración con el financiamiento y el gasto público, excluye la imposición de sanciones por el mero resultado, sin atender la conducta ajena a la culpa del contribuyente.

En la sentencia C-160/98 se examina el artículo 651 del Estatuto Tributario³⁸, en el que se expresa que incurrirán en multa las personas obligadas a suministrar información tributaria cuyo contenido presente errores.

El actor estima que la expresión acusada viola el artículo 29 de la Constitución Política, ya que en su criterio sólo puede penalizarse el error inexcusable y la ocultación u omisión dolosa en la información suministrada.

³⁸ Modificado por la ley 6ª de 1992, artículo 55.

Al respecto la Corte expresó lo siguiente:

Si la administración debe demostrar que del error consignado se deduce un beneficio para el obligado, ello es suficiente para relevar a la propia administración de demostrar, igualmente, que la actuación fue dolosa o culposa.

Es decir, existe un desplazamiento de la carga de la prueba, pues corresponderá al contribuyente demostrar que, con su actuar, no hubo la lesión que alega la administración y que no actuó de mala fe. Por tanto, la aplicación del principio de la buena fe, en los términos del artículo 83 de la Constitución, no es de carácter absoluto en esta materia.

Finalmente la Corte declara exequibiles las expresiones “o cuyo contenido presente errores o no corresponda a lo solicitado”, contenida en el inciso primero del artículo 651 del Estatuto Tributario, y “se suministró en forma errónea” contenida en el literal a), del mismo artículo, en el entendido de que la multa procede si el error o la información que no fue suministrada generó algún daño.

En la sentencia C-54/99 la Corte examina el artículo 644 del Estatuto Tributario, en el que se expresa que cuando los contribuyentes corrijan sus declaraciones deberán pagar una sanción equivalente al diez por ciento (10%) del mayor valor a pagar o del menor saldo a su favor que se genere.

Estima el demandante que las disposiciones acusadas son violatorias del artículo 83 de la Constitución Política, en cuanto atentan contra del principio de la buena fe. Afirma que los errores en las declaraciones tributarias no pueden presumirse intencionales, sino que usualmente son “(...) fruto de un olvido involuntario o de alguna deficiencia en la información o por muchas otras causas no imputables al contribuyente.”.

Al respecto la Corte afirma lo siguiente:

Presumir que ha actuado dolosa o negligentemente quien ha incumplido con la obligación de presentar a cabalidad sus declaraciones tributarias y que merece por ello una sanción, no desconoce en manera alguna la presunción de inocencia que se deriva del mencionado principio superior de la buena fe.

La buena fe no consiste simplemente, como equivocadamente lo concibe el demandante, en un actuar desprovisto de dolo, o de intención positiva de irrogar un perjuicio a otro. El concepto involucra también el conducirse sin culpa, esto es, con un mínimo de prudencia, de atención, de cuidado, a fin de evitar tal perjuicio.

En materia civil, como es sabido, la culpa grave se asimila a dolo y es fuente de responsabilidad civil. Y en materia penal, existen delitos que pueden cometerse a título de culpa. De donde se concluye que la carencia de diligencia y cuidado en el cumplimiento de las propias obligaciones y, en general, en el actuar humano,

desvirtúa el principio de buena fe y es fuente de obligaciones y de responsabilidad jurídica.

De otra parte, la exigencia general de este actuar desprovisto de culpa, es fundamento del conocido aforismo que impide a cualquiera alegar la suya propia para obtener efectos jurídicos a su favor. Ello corrobora que la presencia de una acción negligente o imprudente descarta de suyo la protección que, de manera general, la ley otorga a los actos que se llevan a cabo de buena fe. La norma demandada parte de un supuesto implícito comúnmente aceptado en el terreno jurídico, cual es el de descartar la buena fe del contribuyente, responsable o agente retenedor, con fundamento en su actuar negligente o descuidado.

Con fundamento en lo anterior, la Corte resuelve declarar exequibles los apartes de la norma demandada.

En la sentencia **C-506/02** se examina la exequibilidad de aquellas normas del Estatuto Tributario en las que se establece que el contribuyente debe auto-imponerse una sanción por incumplimiento de alguna de sus obligaciones tributarias.

Sobre el tema, el demandante sostiene que en el terreno del Derecho Sancionador tributario no opera el principio de la responsabilidad objetiva civil, por lo que la imposición de las sanciones debe estar precedida de un procedimiento en el que el Estado, respetando el principio de la presunción de inocencia y el derecho de defensa, demuestre la culpabilidad del

contribuyente. Advierte que la sola presentación extemporánea de la declaración tributaria o la comisión de errores en la misma, no son pruebas de la culpabilidad del contribuyente o declarante.

Al respecto la Corte manifestó lo siguiente:

En materia de aplicación de sanciones tributarias, sin llegar a admitir la responsabilidad objetiva, se ha tolerado la disminución de la actividad probatoria de la Administración encaminada a probar la culpa del sancionado, esto es, a partir de ciertas circunstancias debidamente probadas, se ha estimado que puede presumirse la culpa y que corresponde al sancionado demostrar la exonerante de culpabilidad.

Reitera que una vez que está probada la inexactitud o extemporaneidad de las declaraciones tributarias, o su falta absoluta de presentación, la imposición subsiguiente de sanciones administrativas no desconoce la presunción general de inocencia.

La sola demostración de esas circunstancias, constituye un fundamento probatorio sólido para proceder a su aplicación, sin perjuicio del derecho que asiste al sancionado de demostrar las eximentes que, como la fuerza mayor o el caso fortuito, descartan la culpa en el cumplimiento de los deberes tributarios.

Bajo esta interpretación, las referidas normas son declaradas exequibles.

2.3. EN EL DERECHO SANCIONADOR ADUANERO

Corte Constitucional

En la sentencia **C-616/02** se estudia la exequibilidad de la siguiente norma (literal c. del artículo 657 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 41 de la Ley 633 de 2000):

"Sanción de clausura (...) Cuando las materias primas, activos o bienes que forman parte del inventario, o las mercancías recibidas en consignación o en depósito, sean aprehendidas por violación al régimen aduanero vigente (...) En este evento la sanción de clausura será de treinta (30) días calendario y se impondrán sellos oficiales que contengan la leyenda CERRADO POR EVASION Y CONTRABANDO (...)".

El demandante afirma que el artículo 29 de la Carta resulta violado por la norma acusada, debido a que la sanción allí contemplada es aplicable por responsabilidad objetiva. En efecto, *"el hecho que se ordene el decomiso de una mercancía aprehendida en un establecimiento de comercio genera ipso jure la aplicación de sanción de clausura del establecimiento de comercio sin indicar la conducta que debe desplegar el infractor"*.

Al respecto la Corte manifestó:

Corresponde determinar si la sanción de cierre de establecimiento puede fundarse en la responsabilidad objetiva o si, por el contrario, dados su naturaleza y efectos, ésta sólo puede ser el resultado de un proceso donde se pueda abrir un debate jurídico en torno a la existencia de algún elemento de imputación subjetiva.

La imposición de sanciones por responsabilidad objetiva es de carácter excepcional en el régimen constitucional colombiano y se encuentra por ello sujeta a estrictos requisitos, como los siguientes:

- (i) que la sanción no sea de las llamadas 'rescisorias', es decir, las que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros;*
- (ii) tengan un carácter meramente monetario; y*
- (iii) sean de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción o en el caso del decomiso en el que la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el bien cuya permanencia en el territorio es contraria a las normas aduaneras).*

En el caso de la sanción de cierre de establecimiento no se llenan los requisitos anteriormente mencionados para admitir que el literal e. analizado establece una modalidad de responsabilidad objetiva.

Primero, el cierre de establecimiento compromete de manera específica el ejercicio del derecho al trabajo y de la libertad de empresa no sólo por parte del sancionado sino eventualmente de quienes laboran en el establecimiento o tienen relaciones comerciales legítimas con éste.

Segundo, no tiene un carácter meramente monetario, como sucede con las multas.

Tercero, la duración del cierre puede llegar a ser suficientemente prolongada como para que la sanción no sea considerada de menor entidad.

Como del texto de la norma acusada se podría deducir que la sanción de cierre de establecimiento no solo es una consecuencia automática del decomiso sino que además obedece a un sistema de responsabilidad objetiva, se estima necesario excluir del ordenamiento jurídico dicha interpretación.

Por lo tanto, se condiciona la exequibilidad de la norma acusada en el entendido de que la sanción de clausura en ella prevista no es una consecuencia automática del decomiso, no se puede imponer a título de responsabilidad objetiva y requiere de una decisión autónoma respecto de la que decide el decomiso de materias primas, bienes o activos por violación al régimen aduanero vigente.

Ahora, en virtud del artículo 29 de la Constitución, es claro que la imposición de la sanción de clausura ha de estar acompañada de las garantías propias del debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que como quiera que el decomiso de bienes por violación al régimen aduanero y la clausura de establecimiento son sanciones distintas que tienen naturalezas sancionatorias diferentes, la Administración de Impuestos deberá observar ciertos requisitos para preservar la especificidad y la autonomía de la segunda sanción así como para garantizar el derecho de defensa:

- (i) que en la formulación del requerimiento especial aduanero descrito en el artículo 507 del Decreto 2685 de 1999 se señale, que además de la sanción de decomiso, la administración pretende imponer la sanción de clausura de establecimiento contemplada en el literal c. del artículo 657 del E.T.;*
- (ii) que exista la posibilidad de que se soliciten y decreten pruebas respecto de la sanción de clausura, independientemente de las que se soliciten y decreten respecto de los cargos por la comisión de alguna de las infracciones descritas en el artículo 502 del Decreto 2685 de 1999.*

En este orden de ideas, es claro que para la imposición de la sanción de clausura, la DIAN o quien haga sus veces, debe demostrar que el investigado es responsable de la comisión de alguna de las infracciones previstas en el régimen aduanero

respecto de la permanencia de bienes en el territorio nacional aduanero o, al menos, que su comportamiento no fue diligente en la medida en que no adoptó las precauciones y el cuidado que le corresponde, de acuerdo con las normas respecto de las actividades que realiza.

A esta sentencia por su contenido, en la medida en que se refiere a sanciones rescisorias también presentes en el derecho financiero y en cuanto propone una proscripción de la responsabilidad objetiva, resultará imprescindible volver más adelante.

Por ahora resulta pertinente puntualizar el concepto de sanciones rescisorias, a efecto que más adelante se facilite el comprender su trascendencia.

Rescindir – bien sabido es – no es otra cosa que deshacer, anular, o dejar sin efecto. Al respecto la Corte Constitucional tan solo refiere que son aquellas que *comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros.*

Sobre el particular resulta adecuado aludir el artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Mod. Ley 795/03), en el que se expresa que dentro de las sanciones de carácter administrativo que la Superintendencia Financiera puede imponer a las entidades antes vigiladas por la Superintendencia Bancaria se encuentran las de “c) *Suspensión o inhabilitación hasta por cinco (5) años para el ejercicio de aquellos cargos en entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria que requieran para su desempeño la posesión*

ante dicho organismo: d) Remoción de los administradores, directores, representantes legales o de los revisores fiscales de las personas vigiladas por la Superintendencia Bancaria (...)".

En el mismo orden de ideas, en la Ley 964 de 2005 se expresa que dentro de las sanciones de carácter administrativo que la Superintendencia Financiera puede imponer a las entidades antes vigiladas por la Superintendencia de Valores, se encuentran las de "*c) Suspensión o inhabilitación hasta por cinco (5) años para realizar funciones de administración, dirección o control de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia de Valores; d) Remoción de quienes ejercen funciones de administración, dirección o control o del revisor fiscal de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia de Valores; e) Suspensión de la inscripción en cualquiera de los registros a que se refiere la presente ley (...)* f) *Cancelación de la inscripción en cualquiera de los registros a que se refiere la presente ley (...)*".

No cabe duda acerca que las sanciones precedentemente aludidas son rescisorias, en cuanto suponen el abrupto e involuntario abandono del cargo y de esta manera comprometen de manera específica el ejercicio del derecho al trabajo y afectan de manera directa o indirecta a la sociedad comercial a la que estas personas prestan sus servicios. Lo que se deshace, anula, o se deja sin efecto es la capacidad laboral, la preparación profesional, el empleo discernido y la posesión concedida.

2.4. EN OTROS DERECHOS SANCIONADORES

Por vía de tutela

En la sentencia T-490/92 se examina la actuación de un alcalde municipal que impuso a un habitante de su jurisdicción como medida correctiva una multa, o arresto hasta de seis (6) días, por irrespeto a la autoridad.

El afectado negó la ocurrencia de los hechos y cuestionó el valor de las pruebas aportadas para sustentar la sanción.

Al respecto la Corte expresa lo siguiente:

El artículo 29 de la Constitución obliga al respeto del debido proceso en toda clase de actuaciones administrativas. La imposición de penas o medidas correccionales por la autoridad de policía debe sujetarse, por tanto, a las garantías procesales del derecho de defensa y contradicción y, en especial, al principio constitucional de la presunción de inocencia.

Los principios contenidos en el artículo 29 de la Constitución tienen como finalidad preservar el debido proceso como garantía de la libertad del ciudadano. La presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuada mediante una mínima y suficiente actividad probatoria por parte de las autoridades represivas del Estado.

Este derecho fundamental se profana si a la persona se le impone una sanción sin otorgársele la oportunidad para ser oída y ejercer plenamente su defensa. Las garantías materiales que protegen la libertad de la persona priman sobre las meras consideraciones de la eficacia de la administración.

Si al procedimiento judicial, instancia imparcial por excelencia, son aplicables las reglas de un proceso legal justo, a fortiori deben ellas extenderse a las decisiones de las autoridades administrativas, en las cuales el riesgo de arbitrariedad es más alto y mayor la posibilidad de "manipular" - mediante la instrumentación personificada - el ejercicio del poder.

Toda persona tiene derecho a que antes de ser sancionada se lleve a cabo un procedimiento mínimo que incluya la garantía de su defensa. La sola exigencia de una certificación secretarial o de la declaración de dos o más testigos presenciales para sancionar al acusado, prescindiendo de que éste pueda contradecir la veracidad de las pruebas, constituye una acción unilateral de la administración contraria al estado de derecho democrático y participativo y a la vigencia de un orden jurídico justo.

La prevalencia de los derechos inalienables de la persona humana (CP art. 5), entre los que se encuentra la libertad personal, desplaza la antigua situación de privilegio de la administración y la obliga a ejercer las funciones públicas en conformidad con los fines esenciales del Estado, uno de los cuales es

precisamente la garantía de eficacia de los derechos, deberes y principios consagrados en la Constitución (CP art. 2).

En consecuencia, las sanciones administrativas impuestas de plano, por ser contrarias al debido proceso (CP art. 29), están proscritas del ordenamiento constitucional.

En el caso sub-examine es palmario que una autoridad administrativa en ejercicio de la función de policía impuso una multa conmutable en arresto a un particular por la supuesta conducta de irrespeto a la autoridad y, luego, confirmó su decisión, sin abundar en otros argumentos ni dar lugar al ejercicio del derecho de defensa.

La sanción de plano establecida en el mencionado artículo es manifiestamente contraria al artículo 29 de la Constitución. Es así mismo evidente la vulneración de los derechos al debido proceso y al derecho de defensa del petente sancionado, habida cuenta que la norma en que se basó la sanción ni siquiera le otorgaba la posibilidad al ciudadano de controvertir las pruebas aducidas por el presuntamente agraviado.

Lo expuesto en los párrafos anteriores es suficiente para proceder a revocar dicha resolución.

En la sentencia T-145/93 se da cuenta que el Director de Licitaciones y Contratos de un Ministerio canceló la inscripción de una sociedad en el Registro de Constructores de esa entidad, al encontrar una "distorsión" entre los valores que aparecen en las declaraciones de renta de la sociedad, presentadas para la renovación de la inscripción y los valores que reposan en la Administración de Impuestos Nacionales.

En criterio del accionante se violó su derecho al debido proceso, en la medida en que la sociedad no fue vinculada a la actuación administrativa que culminó con la resolución sancionatoria contraria a sus intereses "(...) y de esta forma se le negó la posibilidad de solicitar pruebas y de controvertir aquellas obtenidas (...)". Además, "(...) la resolución acusada fue producto de una actuación unilateral y clandestina del Ministro (...) pues nunca se le notificó (...) la iniciación de investigación alguna ni se le pidieron explicaciones por la presunta adulteración de los documentos (...)".

Al respecto se expresó por parte de la Corporación:

El Constituyente colombiano ha hecho extensivo el derecho al debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (CP 29).

Las garantías mínimas del debido proceso penal son aplicables, con algunas atenuaciones, a las actuaciones administrativas sancionatorias. En materia sancionatoria de la administración, la estimación de los hechos y la interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo

ejercicio legítimo debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos "(...) la proscripción de la responsabilidad objetiva - nulla poena sine culpa - (...)."

La potestad sancionatoria de la administración debe ceñirse a los principios generales que rigen las actuaciones administrativas, máxime si la decisión afecta negativamente al administrado privándolo de un bien o de un derecho: revocación de un acto favorable, imposición de una multa, pérdida de un derecho o de una legítima expectativa, modificación de una situación jurídica de carácter particular y concreto, etc.

En tales casos, la pérdida de la situación jurídico-administrativa de ventaja debe ser consecuencia de una conducta ilegal y culposa cuya sanción sea impuesta al término de un procedimiento en el que esté garantizada la participación del sujeto y el ejercicio efectivo de su derecho de defensa.

La presunción de inocencia no se quiebra por la prueba objetiva de una infracción legal porque ello llevaría a desvirtuar el principio nulla poena sine culpa.

En consecuencia, carece de respaldo constitucional la imposición de sanciones administrativas de plano con fundamento en la comprobación objetiva de una conducta ilegal, en razón del desconocimiento que ello implica de los principios

de contradicción y de presunción de inocencia, los cuales hacen parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso.

Con fundamento en todo ello la Corte ordena al Ministerio oír al representante legal de la sociedad sancionada, con miras al ejercicio oportuno de su derecho de defensa, antes de desatar los recursos interpuestos contra la resolución que canceló su inscripción en el registro de proponentes de dicha entidad.

En la sentencia **T- 457/94** se expresa que una empresa departamental de energía al examinar el contador de un inmueble, estableció que los sellos de plomo de protección del medidor estaban rotos. La tutela está encaminada a que se ordene a la Empresa la suspensión de la sanción impuesta, y a que se adelante, "como debe ser", la investigación tendiente a establecer si en verdad la actora cometió el fraude a que se refieren las resoluciones proferidas.

Al respecto la Corte manifiesta:

El derecho al debido proceso si resultó quebrantado, como quiera que en la etapa investigativa la actora no contó realmente con una oportunidad seria de ser oída. "Por la sencilla razón de que la empresa no tiene previsto un procedimiento para ello."

Adicionalmente, destacó la presunción de dolo o fraude de la que partió la Empresa para sancionar a la actora por la adulteración del aparato de medición.

Esta presunción obedece a que la empresa "(...) automáticamente, sin mención de pruebas -ni siquiera indiciarias-, presumió que la señora (...) fue quien ejecutó la conducta fraudulenta."

"Infortunadamente, este punto de partida de la demandada también desconoce el debido proceso, porque es obvio que hace caso omiso de la presunción de inocencia que, con arreglo al inciso 4o. del artículo 29 de la Constitución, ampara a toda persona.", concluye la Corte

En la sentencia **T-270/04** estudia la corte, la tutela instaurada contra otra electrificadora por razón de las controversias originadas por varios usuarios, suscriptores o clientes del servicio público domiciliario de energía, motivadas por el cobro de sumas de dinero, al haberse establecido irregularidades en las instalaciones eléctricas y equipos de medición de algunos de los inmuebles de los actores, actuaciones en las cuales afirman se les vulneró su derecho de defensa.

Bajo el título *"La aplicación de una presunción de dolo o culpa y la adopción de la decisión con fundamento en la responsabilidad objetiva del administrado."*, la Corte expresa lo siguiente:

La imposición de sanciones por responsabilidad objetiva (presunción de dolo o culpa en cabeza del usuario)³⁹ desconoce la garantía a la presunción de inocencia

³⁹ La Superintendencia de Servicios públicos domiciliarios en su defensa había expresado: "(...) en ninguna forma se sindicó directamente al usuario o suscriptor de haber causado la anomalía sino que por ser el responsable de la custodia y cuid...

y es de carácter excepcional razón por la cual la misma debe estar consagrada de forma expresa por el legislador y no puede ser creada a partir de interpretaciones por parte de las autoridades llamadas a aplicarla.

La sanción impuesta de plano (cuando al interior de la actuación administrativa no existe ninguna posibilidad de defensa y contradicción para el administrado, como también en los eventos en que la intervención del afectado no tiene el grado de efectividad que exige el derecho de defensa) por ser contraria al debido proceso (art. 29 C.P.), está proscritas en el ordenamiento constitucional.

Así, la empresa accionada deberá tener en cuenta lo expuesto en esta sentencia con el fin de que en los casos en que se impute fraude⁴⁰ no se aplique el régimen de responsabilidad objetiva.

Con fundamento en estas apreciaciones, la Corte decide conceder la protección constitucional a los derechos fundamentales de los accionantes al debido proceso, a la defensa y a la presunción de inocencia y ordenar a la citada empresa que deje sin efecto las decisiones sancionatorias proferidas dentro los expedientes y proceda a rehacer toda la actuación.

del medidor debe responder por cualquier daño que se presente en el mismo, y la recuperación de energía o la sanción se impone por su existencia en sí, sin imputar responsabilidades para ninguna persona en particular, pues no se requiere la identificación del autor del mismo, toda vez que se trata de una responsabilidad de tipo objetivo, no subjetivo, requiriéndose por tanto, únicamente la ocurrencia de la anomalía.”

⁴⁰ Toda anomalía técnica en las instalaciones eléctricas y el medidor que afecta la fidelidad de la medida, que provenga de una acción ejecutada por el usuario, o por un tercero, dice la ley.

2.5. EN EL DERECHO SANCIONADOR FINANCIERO

Consejo de Estado

En la sentencia del 30 de noviembre de 1.990⁴¹ la Corporación decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el apoderado de la Superintendencia Bancaria, contra la sentencia proferida en única instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual accedió a la pretensión de un banco de anular la sanción que se le había impuesto por haber incurrido en desencaje.

Dentro de la actuación la Sala procede a examinar la demanda inicial, sus pretensiones y fundamentos y afirma:

Las normas del Código Penal y de Procedimiento Penal – se reitera - no son aplicables en el campo administrativo. Estando las normas penales dirigidas a tipificar y sancionar las conductas delictivas de las personas dentro del concepto del derecho penal moderno de la "culpabilidad", todas las disposiciones del Código Penal obviamente se refieren a los actos cometidos por las personas naturales y no por las jurídicas.

⁴¹Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Cuarta. Consejero Ponente: Jaime Abella Zarate. Expediente No. 1916.

De estas no se puede predicar algunos de los tres grados de culpabilidad que indica el art. 35 del Código Penal: el dolo, la culpa o la preterintención. "Aún no se ha explicado en qué forma una persona jurídica puede tener estas manifestaciones exclusivas de la inteligencia y la voluntad humanas (...)"

Sobre el particular recuerda lo que pretéritamente ha dicho la Sala:

"(...) Ni el tipo de pena imponible al trasgresor del desencaje, ni la naturaleza del procedimiento, ni el control judicial de la medida sancionadora permiten ver en esa materia una cuestión de naturaleza o fundamentalmente penal. La regulación y sanción de las conductas son administrativas y por ello no se ve que el acto acusado revista una conducta penal respecto de la cual se exija intervención del legislador, por no ser sanciones contra conductas lógicamente penales castigadas con medidas restrictivas de la libertad personal (...)" (Exp. 1035 Sentencia del 24 de julio de 1.987, Sección Cuarta, Ponente : Dr. Hernán Guillermo Aldana Duque).

"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 eficiencia 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, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas, como es el caso del manejo del sistema de ahorro de valor constante que solamente puede hacerse a través de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y son ellas las destinatarias de las obligaciones y por consiguiente de las sanciones en que incurran por su incumplimiento, sin que pueda tener cabida el elemento de culpabilidad, en el sentido que lo consagra el estatuto penal respecto de las personas naturales." (Exp. 1028 Sentencia de junio 26 de 1.987 Sección Cuarta. Ponente : Jaime Abella Zárate).

Con fundamento en estas y otras apreciaciones, se declara nula la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo.

En la sentencia del **15 de Julio 1994**⁴² el Consejo de Estado resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia mediante la cual el Tribunal denegó las súplicas de la demanda en el juicio intentado por una entidad financiera contra las Resoluciones en virtud de las cuales la Superintendencia Bancaria le impuso sanción pecuniaria por defectos de encaje.

⁴² Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Consejero Ponente Delio Gómez Leyva. Expediente No. 4846.

Agotada la vía gubernativa, la Corporación demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el acto administrativo sancionatorio, alegando que incurrió en transgresión de los artículos 5º, 18, 35, 40 y 375 del Código Penal y 40 y 247 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre el particular expresó la Sala:

Si bien es cierto que el artículo 375 del Código Penal⁴³ determina la aplicación extensiva de las disposiciones contenidas en el libro primero a las materias penales de que tratan otras leyes, siempre en ellas no se disponga de manera diferente, ellas no se aplican a las sanciones que impone la Superintendencia Bancaria, porque:

- i) Los campos de aplicación de uno u otro ordenamiento están claramente delimitados por razón de la materia en forma expresa por los artículos 36 y 40 del Código de Régimen Político y Municipal, como en el mismo Código Penal artículo 1º., y Código Administrativo, artículo 1º*

⁴³Se refiere al C.P. anterior (Ley 100 de 1980). En esa norma se expresaba lo siguiente: "Las disposiciones contenidas en el libro primero (parte general) de este código se aplicarán también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que éstas no dispongan otra cosa.". Esta disposición fue derogada por el artículo 474 de la Ley 599 de 2000, correspondiente al Código penal vigente al momento de la elaboración de este trabajo. En la actualidad en el artículo 13 de la misma Ley se expresa que las normas rectoras (legalidad favorabilidad, *non bis in idem*, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc.) "(...) constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalen sobre las demás en unforman su interpretación."

- ii) *El sentido teleológico de las sanciones, es diferente en el campo penal y en el campo administrativo, pues mientras en el primero se persigue castigar una falta, o corregir una conducta antisocial, previamente tipificada por la ley, para quien incurra en ella; en el segundo, se trata de lograr un objetivo político del Estado, en casos como el que se analiza, de orden público económico.*

Es en pos de ese objetivo que el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejercen la actividad financiera, y la eficiencia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere de objetividad sin que en manera alguna pueda quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos propios de la conducta humana, como son el dolo o la culpa.

Además, las sanciones que impone la Superintendencia Bancaria al trasgresor de las normas y reglamentos que deben observar las personas cuya actividad tienen por objeto la captación y colocación de recursos del público, son esencialmente de naturaleza administrativa, y por ello no se ve que el acto acusado involucre una conducta penal, a la cual por remisión del artículo 375 del Código Penal deban aplicarse los postulados relativos al elemento culpabilidad y responsabilidad subjetiva que rigen en el derecho penal.

En el derecho administrativo el orden de prelación de normas y principios está perfectamente delimitado por lo que las situaciones y actuaciones administrativas

se regulan de manera general por las normas para ellas establecidas como lo ordena el Decreto No. 1 de 1984, en su artículo 1o., a menos que exista una disposición expresa que las regule de manera especial.

No existiendo dicha reglamentación especial se aplica el Decreto No. 1 de 1984, estatuto que en su artículo 3º consagra en materia administrativa las garantías establecidas por el artículo 26 de la Constitución Nacional (hoy artículo 29), sin que pueda inferirse entonces, que las normas del Código Penal, deban aplicarse obligatoriamente por extensión, al derecho sancionatorio de carácter administrativo financiero por ausencia de normatividad que garantice para las sanciones administrativas el derecho de defensa y del debido proceso consagrado en la Constitución Nacional.

Con fundamento en estas y otras apreciaciones la Corporación confirmó la sentencia apelada.

En la sentencia de **13 de Marzo de 1998**⁴⁴ Se estudia la pretensión del recurrente relativa a la aplicación de la disposición contenida en el artículo 81.7 de la Ley 142 de 1994, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado contra las resoluciones a través de las cuales la Superintendencia Bancaria le impuso y le confirmó una multa.

En el mencionado artículo 81.7 de la Ley 142 de 1994 (por la cual se establece el régimen de

⁴⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Ponente: German Ayala Mantilla. Expediente No. 8570.

servicios públicos) se expresa que *"Las sanciones que se impongan a personas naturales se harán previo el análisis de la culpa del eventual responsable y no podrán fundarse en criterios de responsabilidad objetiva."*

Tres son los argumentos que invoca la Sala para negar esta pretensión del actor:

El primero, consiste en afirmar que las sanciones impuestas a los infractores por contravenciones administrativas, excluyen la prueba de los factores subjetivos propios de la conducta delictiva, como son el dolo y la culpa, como quiera que el derecho administrativo sancionatorio no necesita acudir al derecho penal, toda vez que posee una normatividad guiada por principios propios y autónomos que responden a unas finalidades y procedimientos diferentes a los del derecho penal, al tiempo que recuerda que los sujetos activos en el derecho administrativo pueden corresponder a personas naturales o personas jurídicas, en tanto que los sujetos activos en el derecho penal corresponden estrictamente a las personas naturales, pues solo respecto de ellas puede predicarse la culpa como elemento determinante de responsabilidad.

El segundo argumento consiste en manifestar que el principio de favorabilidad, a que se refiere el inciso primero del artículo 29 de la Constitución Política – reclamado por el actor - resulta inaplicable en materia sancionatoria administrativa, aunque lo sea en derecho penal, ya que con respecto a las normas que establecen sanciones administrativas la ley aplicable debe ser la preexistente

en el momento de la infracción, en virtud de la regla general según la cual la "ley no es retroactiva".

Además, la norma no contiene en sí misma una conducta sancionable ni corresponde a la definición de sanción alguna, luego respecto de su aplicación, por sustracción de materia, resulta estéril la controversia.

El tercer argumento radica en negar la aplicación de la disposición por analogía, como quiera que ésta "(...) está basada en el principio según el cual donde existe una misma razón de hecho, debe existir una misma disposición de derecho", lo cual implica que para la solución del caso objeto de análisis por vía de analogía se requiere demostrar que los supuestos de hecho en que se sustenta la sanción corresponden exactamente a los mismos en que se sustenta la norma cuya aplicación analógica se pretende, y adicionalmente, que no se trata de una norma de carácter excepcional, pues las restricciones legislativas no pueden tener aplicación extensiva o analógica.

La primera hipótesis no aparece satisfecha en el presente caso, porque los supuestos de hecho en que se sustentan las infracciones al régimen financiero, son totalmente distintos a los previstos en el régimen de servicios públicos domiciliarios.

Adicionalmente, se considera que la disposición contenida en el artículo 87.1 inciso 2° de la Ley 142 de 1994, tiene el carácter de excepcional, habida consideración que establece la culpabilidad como elemento determinante de la responsabilidad del posible infractor al régimen de servicios públicos domiciliarios cuando éste corresponda a una persona natural.

En la sentencia de **Julio 24 de 1998**⁴⁵ se estudia la pretensión del recurrente relativa a que en el campo sancionador debe tenerse en cuenta el elemento culpabilidad, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado contra las resoluciones a través de las cuales la Superintendencia Bancaria le impuso y le confirmó una multa.

En relación con el planteamiento señalado, reitera la Sala su posición en el sentido de que si bien es cierto que el artículo 375 del Código Penal⁴⁶ determina la aplicación extensiva de las disposiciones contenidas en el libro primero a las materias penales de que tratan otras leyes, ellas no se aplican a las sanciones que impone la Superintendencia Bancaria, por las siguientes razones:

- i) *las situaciones administrativas se regulan por regla general por las normas para ellas establecidas, como lo ordena el Decreto No. 1 de 1984, en su artículo 1°, en*

⁴⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Ponente: Delio Gómez Leyva. Expediente No. 8805. Solicita la Aseguradora Colseguros S.A. se revoque la sentencia de primera instancia en virtud de la cual se denegaron sus pretensiones, dentro del juicio contra las Resoluciones expedidas por la Superintendencia Bancaria, y por las cuales le impuso una sanción pecuniaria.

⁴⁶ Se refiere al C.P. anterior (Ley 100 de 1980).

tanto que el campo de aplicación del Código Penal está determinado en su artículo 1º;

ii) el Código Contencioso Administrativo en su artículo 3º consagra en materia administrativa las garantías establecidas por el artículo 29 de la Constitución Nacional, sin que pueda inferirse entonces, que las normas del Código Penal deban aplicarse obligatoriamente, por extensión, al derecho sancionatorio de carácter administrativo financiero por ausencia de normatividad que garantice para las sanciones administrativas el derecho de defensa y del debido proceso consagrado en la Constitución Nacional;

i) el sentido teleológico de las sanciones es diferente en el campo penal y en el campo administrativo, pues mientras en el primero se persigue corregir una conducta antisocial previamente tipificada por la ley, el segundo se trata de lograr un objetivo político del Estado, en casos como el que se analiza, de orden público económico, que para que sea oportuno y eficaz, no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos propios de la conducta humana, como son el dolo o la culpa;

ii) la actividad financiera no puede ser ejercida por personas naturales, sino por personas morales o jurídicas, sin que con respecto a ellas pueda tener cabida el elemento culpa o el dolo que consagra el Código Penal para las personas

naturales, como quiera que las circunstancias psicológicas y de intencionalidad que ella envuelve, no pueden evidenciarse en las personas jurídicas;

iii) las sanciones que impone la Superintendencia Bancaria son esencialmente de naturaleza administrativa.

3. RESUMEN TEMÁTICO - CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA

La lectura de las precedentes sentencias permite advertir que en su texto, por regla general, se reiteran determinados argumentos que sirven a las Cortes para sustentar, matizar, explicar o incluso controvertir su posición con respecto a la viabilidad de la responsabilidad objetiva al interior del Derecho Sancionador.

Estas ideas serán expuestas a continuación, temáticamente ordenadas, acompañadas de aquellas críticas que habrán de servir para sustentar nuestra ulterior propuesta.

3.1. El Código Penal no aplica al interior del Derecho Sancionador

La argumentación de los recurrentes en la acción contencioso – administrativa, como también en la de inexequibilidad, está en repetidas ocasiones orientada a solicitar la plena aplicación del Código Penal al interior del Código Penal.⁴⁷ Esta pretensión tiene la ventaja de que en el evento de tener acogida pondría al servicio de los recurrentes y especialmente de los actores pasivos de la acción sancionatoria del Estado la culpabilidad del código penal, es decir, pondría al servidor de la rama ejecutiva en el deber de actuar de manera similar a como lo hace un juez penal al momento de proferir sentencia, absteniéndose de condenar ante la ausencia de dolo o culpa.

⁴⁷ Paul Cahn Speyer Wells en Ob. Cit. Pg. 48. Este escrito es un icono del tema por la época y trascendencia de la tesis, la cual defiende el profesor Dario Laguado Monsalve. Allí se invocan los artículos 5º y 375 del Código Penal de la época, que se refieren a la proscripción de la responsabilidad objetiva y a la aplicación extensiva del Código Penal. En consecuencia, contradice expresamente la tesis de Low Murtra. También se refiere ya a la presunción del dolo en lo tributario.

Es pertinente advertir de una vez que la consecuencia mas relevante de la subordinación del derecho sancionador con respecto al derecho penal consiste en que a aquel sería obligatorio extender un precepto esencial de éste: Que el dolo es la regla general y que la conducta negligente o imprudente es la excepción y por ello debe estar expresamente consagrada en la ley. De hecho, el artículo 21 del Código Penal vigente hoy en Colombia reza: "*Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.*"⁴⁸

Así las cosas, como quiera que no existe norma alguna que al interior del derecho sancionador señale cuales son los comportamientos reprochables a título de culpa, la consecuencia es una, tan clara, como sencilla y relevante: Todas las infracciones al interior del Derecho Sancionador sólo podrían reprocharse a título de dolo y entonces solo habría sanciones cuando hubiera dolo y lo que es su peor corolario, la conducta meramente negligente quedaría obvia e invariablemente impune. Este desolador panorama es tal vez lo que genera mayor preocupación en el operador administrativo cuando se le plantea la responsabilidad subjetiva, pues obviamente teme dejar injustamente desprotegida la función pública al privilegiar el derecho de los ciudadanos.⁴⁹

Sin embargo, por fortuna, las Cortes han mantenido a lo largo de los tiempos una consistente actitud de negativa a la aspiración relativa a que sea acogido el código penal. A continuación

⁴⁸ "En la República Alemana también se recogió, desde 1968, la culpabilidad para decir que 'como ilícito administrativo únicamente puede punirse el hecho doloso, salvo que la ley comine expresamente con una pena pecuniaria administrativa el hecho culposo.'". Recuerda Jaime Ossa Arbeláez en Ob. Cit. Pg. 403.

⁴⁹ Para corroborar esta apreciación basta leer el artículo que bajo el título *Responsabilidad Objetiva* escribieramos en su momento para la Superintendencia Bancaria.

se presentan los principales argumentos que enuncian al respecto, acompañados de nuestras críticas y complementos.

3.1.1. Por las diversas orbitas de competencia

El Consejo de Estado en sus sentencias del 9 de octubre de 1992, 15 de Julio 1994, 13 de marzo y 24 de julio de 1998, invoca la diferencia existente entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio desde el punto de vista de sus órbitas de competencia o campos de aplicación.

En la sentencia C-599 del 10 de diciembre de 1992, la Corte en el mismo sentido manifiesta que existen profundas diferencias de contenido que obligan a concluir que el derecho administrativo sancionatorio cambiario no hace parte del régimen penal.

Este argumento no admite discusión, en la medida en que cada uno de los estatutos en efecto, prevé su propio campo de aplicación.

Quienes avalaban originariamente la pretensión invocaban el artículo 375 de la Ley 100 de 1980, correspondiente al código Penal de la época, el cual rezaba: *“Las disposiciones contenidas en el libro primero (parte general) de este código se aplicarán también a las materias penales de que tratan otras leyes (...)”*.

Pues bien, en nuestro criterio tal disposición no puede entenderse sino como una manifestación del afán del legislador por someter toda otra acción socialmente reprochable, que en el futuro fuera sometida a pena privativa de la libertad por fuera de ese mismo estatuto⁵⁰, a los preceptos de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, pero no como un propósito de extenderse mas allá del derecho propiamente penal.

En realidad, la ciencia jurídico penal nunca tuvo las aspiraciones expansionistas que algunos acuciosos apoderados judiciales quisieron atribuirle para librar a sus atribulados clientes del peso de la sanción administrativa, aunque hoy día resulta imperativo reconocerles el papel de pioneros en el tema de incorporar la responsabilidad subjetiva al interior del Derecho Sancionador.

Que el código penal nunca tuvo un afán expansionista se demuestra poniendo de presente que el aludido artículo 375 no fue reproducido en el subsiguiente estatuto punitivo. En el artículo 13 de la Ley 599 de 2000, correspondiente al Código penal vigente al momento de la elaboración de este trabajo, se expresa que las normas rectoras (legalidad/favorabilidad, *non bis in idem*, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc.) “(...) *constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación.*”.

⁵⁰ Un buen ejemplo de esto es la situación que se presentaba con la consagración en el artículo 43 de la Ley 222 de 1995 del delito de falsedad en estados financieros. Es claro que mientras esa disposición estuvo vigente, aunque estuviera consagrada por fuera del código penal, quedaba sometida a las disposiciones de su parte general y también por supuesto al estatuto procesal penal. Y si nos remontamos mas atrás, en el mismo sentido podría invocarse el Decreto 2920 de 1982 que consagró los delitos financieros por fuera del código penal de la época.

Pues bien, ninguna norma, ni del Código Penal, ni del Código Contencioso Administrativo, ni de ninguna otra ley, se le atribuye al derecho sancionador la categoría de integrante de ese sistema penal. Es verdad que las decisiones en vía gubernativa están sujetas a una revisión judicial. Pero ello acaece ante su propia jurisdicción, la contencioso – administrativa, y no ante la jurisdicción penal, como debería ser si la relación fuera de subordinación.

Hoy en día ya no resulta posible sostener que el Derecho Sancionador es una rama, un apéndice, un elemento accesorio, o un instrumento del derecho penal. Con mas claridad lo afirma Juan Carlos Prias: Aquel no es una “(...) *sub especie mendigante del Derecho Penal (...)*”⁵¹. Al alimón Ángeles De Palma Del Teso acertadamente tercia así: “(...) *la potestad sancionadora anejo de otras facultades es una de las manifestaciones del poder punitivo del Estado. El ius puniendi del Estado se subdivide en: Derecho Penal y Derecho Sancionador Administrativo; ambos comparten una sustancia común, pero son ámbitos distintos, y entre ellos no existe relación de jerarquía o subordinación.*”⁵²

Entonces, resulta forzoso concluir que la relación entre derecho penal y derecho sancionador es filial, de especie a especie, y no de género a especie.

Si se examinan las razones subsiguientes podrá verse que este sólido argumento se mantiene incólume y aunque solitario es suficiente.

⁵¹ Prias, Ob. Cit. Pg. 59

⁵² En su magistral obra “*Principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*”. Editorial Tecnos Madrid. 1996. Pg. 38.

3.1.2. Por la finalidad específica del Derecho Sancionador

El Consejo de Estado en sus sentencias del 9 de octubre de 1992 y 15 de Julio 1994, expresa que mientras en el Derecho Penal se persigue castigar una falta, en el Derecho Sancionador se trata de lograr un objetivo político del Estado, cual es el de la preservación del orden público económico. A estas diferentes finalidades alude también la sentencia C-599 del 10 de diciembre de 1992.

Este argumento jurisprudencial tiene un corolario: La eficiencia de la gestión administrativa exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere de objetividad sin que en manera alguna pueda quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos propios de la conducta humana, como son el dolo o la culpa. (Sentencias del Consejo de Estado del 15 de Julio de 1994 y 24 de julio de 1998 y C-10/03 de la Corte Constitucional).

Ahora bien, comentario especial merece la apreciación relativa a la "*difícil prueba de los factores subjetivos*", la cual debe entenderse en el sentido de que bajo los preceptos esbozados en la jurisprudencia de llegar a imperar la tesis subjetiva en beneficio del individuo quedaría desprotegido el orden público económico colectivo, lo cual a su turno iría en detrimento de la capacidad de la administración pública para cumplir sus cometidos. Por ello, lo que se dice es que aún sin dolo y sin culpa debe haber un responsable.

Como puede advertirse, el argumento jurisprudencial objeto de examen pondera la eficiencia de las garantías administrativas del Estado – como ya se había expresado - por sobre el derecho del ciudadano/individuo al reconocimiento de una responsabilidad subjetiva.

Lo que cabe agregar ahora es que privilegiar al Estado a cualquier costo, siempre abrirá paso a la arbitrariedad.

Para comprender la fortaleza de esta crítica conviene ligarla con lo que viene.

3.1.3. Por la prevalencia del superior interés del Estado

Mención especial merece la argumentación del Consejo de Estado en su sentencia del 9 de octubre de 1992, relativa a que en materia económica no se puede sacrificar el superior interés del Estado so pretexto de aplicar principios extraños, que no cumplen utilidad alguna en el ámbito administrativo y sí entorpecen las actuaciones administrativas, impidiéndoles cumplir con los objetivos para los cuales se adelantan.

Al respecto es menester advertir, al contrario de lo dicho por el Consejo de Estado, que la sentencia T-490/92 había destacado que la prevalencia de los derechos inalienables de la persona humana (CP art. 5), entre los que se encuentra la libertad personal, desplaza la antigua situación de privilegio de la administración y la obliga a ejercer las funciones públicas de conformidad con los fines esenciales del Estado, uno de los cuales es precisamente la garantía de eficacia de los derechos, deberes y principios consagrados en la Constitución (CP art. 2).

Esta nueva actitud es en nuestro medio claro fruto de la preponderancia que con la Constitución de 1991, han llegado a tener los derechos fundamentales de los ciudadanos. Antaño resultaba difícil, cuando no imposible, admitir que el individuo podía estar, así fuera coyuntural o circunstancialmente, por encima del Estado y de sus deberes y prerrogativas. La regla general era una sola, clara e indiscutible: El interés particular debe ceder ante el interés general. *“Pero ahora ocurre que estos ciudadanos son con normalidad titulares de derechos fundamentales, que, por mas que intenten con ellos hacer valer intereses particulares, tienen por sí mismos el carácter de ‘valores superiores del ordenamiento’ (...) con lo que han de prevalecer incluso sobre los intereses de la administración (...)”*⁵³

Así las cosas, hoy en día es otro el cantar: *“(...) la Administración no es señor del Derecho (...) no es un poder soberano (...)”*⁵⁴. *“El significado de la doctrina de los derechos individuales o las libertades públicas es el de determinar la importancia del hombre con respecto al Estado y a la sociedad; es poner de presente que el Estado está al servicio del Hombre y no éste de aquel, y que el hombre posee unos derechos que por anteriores a la aparición del Estado son superiores a él y merecen su respeto (...)”*⁵⁵

El principio *favor libertatis*, en virtud del cual los derechos fundamentales deben interpretarse de la manera mas amplia para que su contenido pueda ser efectivo *“(...) invierte también la*

⁵³ Eduardo García de Enterría. *“Hacia una nueva justicia administrativa”* Editorial Civitas. Primera edición. 1989. Madrid. Pg. 95.

⁵⁴ Eduardo García de Enterría. *“La lucha contra las inmunidades del poder”* Editorial Civitas. Tercera edición. 1983. Madrid. Pgs 47 y 48.

⁵⁵ Jaime Vidal Perdomo. *“Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas”*. Novena Edición. 2005. Página 196.

*presunción tradicional de sumisión del ciudadano como objeto del poder.*⁵⁶ Conforme esta concepción, propia del Estado de Derecho, “(...) los miembros de la colectividad son cives y no subditi (...)”.⁵⁷

Como salta a la vista el argumento jurisprudencial relativo a que *no se puede sacrificar el superior interés del Estado so pretexto de aplicar principios extraños, que no cumplen utilidad alguna en el ámbito administrativo y sí entorpecen las actuaciones administrativas*, no solo carece de calado hoy en día, sino que antes bien los argumentos con los que se le contradice son los que ahora resultan irrefutables. Por ello, resultará indispensable tener éstos en cuenta al momento de proponer una nueva teoría acerca de la procedibilidad de la culpa en el derecho sancionador.

Para cerrar este apartado tomamos como propias las palabras de Andrés García y Gerhard Foerster: “(...) hoy en día, no es posible seguir sacrificando la juridicidad alegando la eficacia del proceso administrativo (...) el proceso sancionador administrativo tiene que cumplir con una serie de ‘ritualidades’ encaminadas a verificar la defensa de los derechos de los administrados. Anteriormente, la eficacia del proceso sancionador radicaba en la posibilidad de ‘ignorar’ los derechos de los individuos y expedían así, actos administrativos sancionatorios. En ese entonces la eficacia radicaba en la rapidez de expedición del acto, argumento hoy superado por la mayoría de los ordenamientos jurídicos.”⁵⁸

⁵⁶ Eduardo García de Enterría. “Hacia una nueva justicia administrativa”. Pg. 18.

⁵⁷ Massimo Severo Giannini. “Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo”. Instituto Nacional de Administración Pública. Primera edición, Diciembre 1980. Milan. Pg. 50.

⁵⁸ En “La sanción administrativa y el derecho penal administrativo”. Tesis de Grado. Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1991. Pgs. 124 y 125.

3.1.4. Por la diferente naturaleza de las sanciones

El Consejo de Estado en sus sentencias del 9 de octubre de 1992, 15 de Julio 1994 y 24 de julio de 1998 expresa que el principio de culpabilidad resulta esencial al interior del derecho penal, como quiera que allí la pena por lo general es privativa de la libertad, mientras que el Derecho Sancionador es de índole patrimonial o de naturaleza administrativa.

En efecto, es precisamente, como bien escribe Juan Carlos Prías, en el contexto de “(...) una emotiva reacción contra los abusos del poder absoluto, dentro de cuyo ámbito la vida y las libertades del hombre eran apenas una brizna en el tornado de la voluntad del soberano (...)”.⁵⁹ que surge la necesidad no sólo de separar los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, sino también la de exigir de éste último un juicio de reproche subjetivo.

Claro. Lo que entonces estaba y aún está de por medio es la libertad, cuando no incluso la propia vida del ciudadano en algunos regímenes, a manos de la justicia.

Por ello, resultaría necesario consentir que en la medida en que en el proceso sancionador no se pone en juego la libertad - y por supuesto tampoco la vida - de las personas, no se requiere que allí impere el principio de culpabilidad.

⁵⁹ Ob. Cit. Pg. 20.

Esta apreciación jurisprudencial resulta evidentemente útil para fortalecer el argumento relativo a que en el derecho sancionador no hace falta el código penal, ni su actor principal, esto es, el dolo.

No obstante, este argumento no puede llegar a ser utilizado para obstaculizar el ingreso al derecho sancionador de otras formas de culpabilidad, como por ejemplo la modalidad de culpa por negligencia. Esto - entre otras razones - considerando que la distancia entre las sanciones penales y las administrativas se ha reducido con el paso del tiempo, por virtud del ingreso al catálogo de penas del Derecho Sancionador de otras adicionales a la simple multa y de mayor entidad por sus efectos, como son la suspensión o inhabilitación hasta por cinco (5) años y la exigencia de remoción de quienes ejercen funciones de administración, por citar tan solo algunas de las más relevantes.

Expresado de una manera más clara: Si bien el dolo se exige sólo para derechos punitivos de los que emanan sanciones de pena capital o privativa de la libertad y resulta innecesario para aquellos en que la sanción apenas es de multa, ello no quiere decir que la negligencia no pueda adoptarse allí donde las sanciones no sean tan graves como la cárcel, pero tampoco tan leves como la multa. Este asunto merecerá de nuevo atención mas adelante.

3.1.5. Por la inaplicabilidad del dolo a las personas jurídicas

Dice el Consejo de Estado en sus sentencias del 13 de Marzo y del 24 de julio de 1998 que la actividad financiera no puede ser ejercida por personas naturales, sino por personas morales o

jurídicas, sin que con respecto a ellas pueda tener cabida el elemento culpa o el dolo que consagra el Código Penal.

La doctrina moderna así lo reconoce: *“Tampoco pueden ser sujetos de acción penalmente relevante (...) las personas jurídicas (...) la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que al derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales.”*⁶⁰

Sin embargo, esta apreciación ya no tiene un carácter absoluto: Al referirse a la Sentencia C-506/02 de la Corte Constitucional, la profesora Marcela Castro de Cifuentes dice que en ésta, la Corte expresa que a las personas jurídicas no es posible hacerles juicio de culpabilidad, porque son ficciones legales que no actúan con dolo o culpa y con acierto agrega: *“Pero aquí valdría la pena preguntarse como ha hecho el derecho civil o el derecho común para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas (...). Entonces la idea de que las personas jurídicas no cometen culpas es discutible por lo menos en cuanto a los planteamientos del derecho común los cuales se han acomodado para establecer que las personas jurídicas si cometen culpas.”*⁶¹

Así las cosas, el argumento jurisprudencial relativo a que al interior del Derecho Sancionador no aplica el Código Penal por razón a que éste no está en capacidad de resolver lo relativo al

⁶⁰ Muñoz Conde. Ob. Cit. Pg.12.

⁶¹ Ob. Cit. Pg. 59.

comportamiento doloso de las personas jurídicas, se mantiene pero se resquebraja cuando se plantea el comportamiento culposo de las mismas.

Como se expresara más atrás, la propuesta relativa a la aplicación del principio de culpabilidad al interior del Derecho Sancionador deberá considerar esta dual situación: Respecto de las personas jurídicas el dolo se torna en imposible, en tanto que la culpa – especialmente en su modalidad negligente – se vislumbra como factible.

3.1.6. Por la existencia de preceptos garantizadores al interior del C.C.A.

El Código Contencioso Administrativo en su artículo 3º - dice el Consejo de Estado - consagra en materia administrativa las garantías establecidas por el artículo 29 de la Constitución Nacional, sin que pueda inferirse entonces, que las normas del Código Penal, deban aplicarse obligatoriamente por extensión, al derecho sancionatorio de carácter administrativo por ausencia de normatividad que garantice el derecho de defensa y del debido proceso consagrado en la Constitución Nacional. (Sentencias del 24 de julio de 1998, del 9 de octubre de 1992 y del 15 de julio de 1994).

Al respecto cabe mencionar que en efecto el Código Contencioso Administrativo consagra un debido proceso, pero también que éste estatuto no considera aquello que es mayor entidad y lo que más interesa para los propósitos de este escrito: el principio de culpabilidad. Por consiguiente, afirmar que el código penal no aplica al interior del Derecho Sancionador por razón de la consagración de los principios del artículo 29 Superior en el Código Contencioso

Administrativo, constituye un argumento jurisprudencial que cuando menos, se queda corto.

Se reitera que para decir que el código penal no regula el Derecho Sancionador, basta decir que entre ellos no existe relación de subordinación. Este argumento por su rigidez no admite discusión y resulta suficiente por si sólo.

3.2. El fortalecimiento del debido proceso

La Corte manifiesta que el derecho al debido proceso resulta quebrantado si la sanción es impuesta de plano, esto es, cuando al interior de la actuación administrativa no existe ninguna posibilidad de defensa y contradicción para el administrado, como también en los eventos en que la intervención del afectado no tiene el grado de efectividad que exige el derecho de defensa. (Sentencias T- 457/94 C-690/96 y T-270/04)

El siguiente apartado jurisprudencial es un excelente resumen de este razonamiento: *La pérdida de la situación jurídico-administrativa de ventaja, debe ser consecuencia de una conducta ilegal y culposa cuya sanción sea impuesta al término de un procedimiento en el que esté garantizada la participación del sujeto y el ejercicio efectivo de su derecho de defensa, pues carece de respaldo constitucional la imposición de sanciones administrativas de plano, esto es con fundamento apenas en la comprobación objetiva de una conducta ilegal.* (Sentencia T-145/93)

Así las cosas, al tiempo que descartan como vía de entrada de la responsabilidad subjetiva al

Código Penal, las Cortes manifiestan su interés para que se reconozca la prevalencia del debido proceso al interior del Derecho Sancionador.

De igual forma, no hay mejores palabras que las de la propia Sentencia C-599/92 para expresar esto: *Lo que supone el artículo 29 de la Carta, en su primer inciso, no es que las reglas del debido proceso penal se apliquen a las actuaciones administrativas. Lo que se propone es que exista un proceso debido, “(...) que impida y erradique la arbitrariedad y el autoritarismo, que haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás fines del Estado, y que asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal y convencional de todas las personas (...)” a efecto que se rodee a la persona de “(...) todas las garantías constitucionales de la libertad y del Derecho de Defensa, como son la preexistencia normativa de la conducta, del procedimiento y de la sanción, las formas propias de cada juicio, la controversia probatoria (...)”.*

Recientemente en la sentencia C-10/03, la Corte Constitucional le ha dado un contenido a ese debido proceso, cuando exige para el proceso administrativo sancionatorio el cumplimiento de los siguientes requisitos, así:

3.2.1. La verificación de la preexistencia de un estatuto normativo

Que – como es obvio – ha de contener un conjunto de disposiciones que con un carácter previo y general consagran unas obligaciones que en el evento de ser desatendidas habrán de generar la comisión de una infracción. Nótese que en el Derecho Sancionador no hay

propriadamente un catálogo de conductas prohibidas. Estas aparecen expresamente consagradas solo por excepción en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Aunque en el artículo 50 de la Ley 964 de 2005 aplicable al mercado de valores se consagran algunas conductas expresamente prohibidas, ello no quiere decir que las mismas sean las únicas susceptibles de generar reproche. De hecho, la disposición culmina invocando como infracción la desatención de las reglas contenidas en la misma ley.

3.2.2. La demostración de que se ha cometido una infracción

En la sentencia T-490/92 ya se había invocado la presunción de inocencia y se había advertido que la misma sólo puede ser desvirtuada mediante una actividad probatoria por parte del Estado.

3.2.3. La formulación de cargos

Que ha de estar plasmado en un oficio que también recibe el nombre de pliego de cargos, o de solicitud de explicaciones. La emisión de este documento de ordinario da inicio al procedimiento reprobatorio. Debe contener una mención de las normas que se estiman infringidas, acompañada de una relación los hechos constitutivos de la infracción y de la mención de la persona natural o jurídica que se estima como probable responsable.⁶²

⁶² Numeral 4º del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, adicionado por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003.

Resulta apenas obvio que en tal virtud ahora queda descartada la imposición de sanciones sin que previamente se hubiera requerido la presentación de explicaciones, posibilidad que avalara anteriormente el Consejo de Estado⁶³, conforme se destacara atrás.

Así por ejemplo, en el Numeral 5° del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, adicionado por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003 se dice en lo esencial lo siguiente: Cuando las entidades vigiladas presenten información financiera y contable a la Superintendencia Financiera, debidamente certificada por el Representante Legal y el Revisor Fiscal, en relación con los informes sobre encaje, niveles adecuados de patrimonio, márgenes de solvencia, posición propia, inversiones obligatorias, máximos y mínimos de inversión y demás controles de ley, dicha información constituye una declaración sobre su eventual incumplimiento. Una vez quede en firme, la entidad vigilada deberá proceder a consignar a favor del Tesoro Nacional dentro de los diez (10) días siguientes el valor de la sanción autoliquidable contemplada en la norma que así lo predetermine.

Bajo los parámetros aquí aludidos, salta a la vista que esta disposición vulnera el principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

⁶³ Sentencia No. 542 del 12 de abril de 1991. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Jaime Abella Zarate.

3.2.4. La notificación del citado pliego al presunto infractor

Este acto procesal formal le abre la oportunidad al ciudadano vinculado de ejercer su derecho de defensa, como quiera que le da oportunidad de conocer el sustento del reproche que el Estado le hace, y de presentar sus explicaciones y aportar o solicitar la práctica de pruebas.

3.2.5. La presentación de explicaciones

Esta presentación es ni más ni menos que la materialización de la oportunidad para ser oído y ejercer plenamente su defensa, que a su turno es la materialización de la garantía de "*presunción de inocencia*". En la sentencia T-490/92 se advierte que a la persona no se le puede imponer una sanción sin otorgársele la oportunidad para ser oída y ejercer plenamente su defensa.

Con esto ya se hace posible vislumbrar la forma en que el debido proceso garantiza el cumplimiento del principio de culpabilidad y se hace necesario reconocer el esfuerzo realizado por la Corte Constitucional. Sin embargo, ya se verá como en un espacio más amplio la relevancia de la propuesta cobrará su verdadera dimensión.

3.2.6. La procedencia de causales de absolución

El aporte más relevante resulta ser entonces el de la exigencia que puedan ser argüidas causales de exculpación y - por supuesto - que las mismas sean atendidas. Sin embargo, hasta

ahora la jurisprudencia casi unánimemente –y con mucha timidez – únicamente admite el advenimiento del caso fortuito o fuerza mayor.

Es tan importante para la Corte este elemento, que en la sentencia C-597/96 afirma que desconocerlo atenta contra el principio de dignidad humana consagrado en el artículo 1º de la Constitución Política. Similares apreciaciones aparecen consagradas en la sentencia C-690/96.

Ya se verá como este ingrediente del debido proceso llega a convertirse en el gozne que permite el ingreso de la responsabilidad subjetiva al Derecho Sancionador.

3.3. La presunción del dolo

En la sentencia C-690/96 la Corte afirma que en el poder sancionador tributario no es posible llegar a la imposición de sanciones por el mero resultado, sino que allí opera el principio *nulla poena sine culpa*.

No obstante, sobre la base del principio de eficiencia, la Corte considera “natural” estimar que la prueba del hecho que materializa la infracción es un indicio muy grave de la culpabilidad de la persona que permite suponer razonablemente, o presumir la culpabilidad, esto es, que la persona ha actuado de manera dolosa o negligente. Un elemento esencial para que esta presunción sea posible es que la obligación sea “elemental”, o como lo dice la Corte, que el deber sea “claro”. En el mismo orden de ideas en la sentencia T- 457 de 1994 la Corte a

contrario sensu admite la presunción de dolo o fraude cuando las pruebas son *siquiera* *indiciarias*.

Posteriormente en la sentencia C-160/98 la Corte le agrega un nuevo requisito a la aludida presunción: Que la administración demuestre que del error consignado en la información tributaria se deduce un beneficio para el obligado o lo que es lo mismo, una lesión para la administración. En la sentencia C-54/99 la Corte ratifica su postura y afirma que una acción negligente o imprudente descarta de suyo la protección que, de manera general, la ley otorga a los actos que se llevan a cabo de buena fe.

Por el contrario, en la sentencia T-270/04 se expresa con absoluta claridad que la imposición de sanciones por responsabilidad objetiva, entendida ésta como presunción de dolo o culpa en cabeza del usuario, desconoce la presunción de inocencia. Sin embargo, se acepta que en forma excepcional puede existir esta presunción, cuando esté consagrada de forma expresa por el legislador, ya que no puede ser creada a partir de interpretaciones por parte de las autoridades llamadas a aplicarla.

En nuestro criterio ni el principio de eficiencia, ni el que la obligación sea “elemental”; ni la existencia de pruebas de la infracción; ni que ésta determine un beneficio para el obligado; ni la acción negligente de éste, justifican tal presunción, pues como la propia Corte lo dice, con ello se desconoce la presunción de inocencia.

Con toda razón la profesora Marcela Castro de Cifuentes ha manifestado que “(...) *estas presunciones en materia sancionatoria, pero especialmente la del dolo, son contrarias al principio consagrado a favor de los particulares por el artículo 83 de la Constitución con arreglo al cual al buena fe se presume*”.⁶⁴ Por lo mismo, su *consagración de forma expresa por el legislador* tampoco resulta admisible.

Además, si presumir el dolo ya es contrario a la propia Constitución, presumir el dolo o la culpa como se hace en la sentencia C-690/96 constituye un exceso que coloca al ciudadano en una situación de indefensión, como quiera el precepto del debido proceso incluye el deber a cargo de la administración de informarle al ciudadano de una manera precisa los cargos que sobre él pesan. Obviamente una sola infracción cometida con un solo hecho no puede haberse cometido dolosa y culposamente al mismo tiempo y, como puede advertirse, muy distinto resulta defenderse de una infracción a título de dolo, que de una infracción a título de culpa.

Además y para culminar este apartado, reiteremos ahora lo expresado en el marco teórico: Si las personas jurídicas no pueden comportarse *dolosamente*, cómo, con qué sustento, podría presumirse que han actuado dolosamente? Al final sería necesario desvirtuar la presunción por razón de esta esencial circunstancia. Recuérdese que la inmensa mayoría de actores en lo financiero y bursátil son personas jurídicas.

Por fortuna, esta dificultad se atenúa o incluso desaparece, cuando de lo que se trata es de examinar el actuar *negligente* de la persona jurídica.

⁶⁴ Ob. Cit. Pg. 58.

3.4. La responsabilidad subjetiva es imperativa en determinadas circunstancias

De acuerdo con lo que se expresa en la sentencia C-616/02 la imposición de sanciones con responsabilidad subjetiva es imperativa cuando:

- Las sanciones son 'rescisorias', esto es, cuando comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afecten de manera directa o indirecta a terceros;
- no tienen un carácter meramente monetario; y
- no son de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción).

Esto se reitera luego en la Sentencia C-10/03.

En la misma sentencia C-616/02 se expresa que la sanción de cierre de establecimiento no cumple los requisitos anteriormente mencionados, como quiera que – primero - el cierre de establecimiento compromete de manera específica el ejercicio del derecho al trabajo y de la libertad de empresa no sólo por parte del sancionado, sino eventualmente de quienes laboran en el establecimiento o tienen relaciones comerciales legítimas con éste; Segundo, no tiene un carácter meramente monetario, como sucede con las multas y Tercero, la duración del cierre puede llegar a ser suficientemente prolongada como para que la sanción no sea considerada de menor entidad.

Por lo tanto, concluye, la sanción de clausura no se puede imponer a título de responsabilidad objetiva, esto es, *ipso iure*, es decir como consecuencia automática del decomiso de la mercancía de contrabando encontrada en el mismo local y no como fruto de una decisión autónoma.

En este orden de ideas, la Corte considera que debe demostrarse “(...) *que el investigado es responsable de la comisión de alguna de las infracciones previstas en el régimen aduanero respecto de la permanencia de bienes en el territorio nacional aduanero o, al menos, que su comportamiento no fue diligente en la medida en que no adoptó las precauciones y el cuidado que le corresponde, de acuerdo con las normas respecto de las actividades que realiza.*”.

En nuestro criterio los precedentes planteamientos de la Corte no merecen observación o contradicción alguna. Resta tan solo denotar su alcances y matices, lo cual seguramente será posible con el ejercicio de analogización que mas adelante se realiza.

4. LA ANALOGIZACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS

4.1. PRESUPUESTOS

4.1.1. El valor normativo de la jurisprudencia

“El Tribunal Constitucional desde su primera Sentencia de inconstitucionalidad (...) afirmó con absoluta resolución que la Constitución era una norma que no era un programa, que no era un documento retórico, que no era un manifiesto, sino un conjunto de preceptos jurídicos, y además del máximo valor.”⁶⁵

El presente texto no pretende controvertir, ni siquiera someter a análisis – pues hoy no admite contradicción en mi criterio - la afirmación relativa a que las decisiones de las Altas Cortes no son simples auxiliares, instrumentos secundarios, o elementos complementarios del derecho, que solo sirven para complementar, ilustrar, o darle mayor respaldo a las decisiones judiciales basadas únicamente en la ley, sino que - mucho mas allá - constituyen verdadero derecho.

Este parecer por supuesto es un desarrollo de aquel que anuncia a la Constitución Política - como bien lo expresa García de Enterría – como un verdadero conjunto de preceptos jurídicos de carácter imperativo y no como una guía o - para expresarlo coloquialmente – como un menú del que se toma esto o aquello a gusto, capricho, parecer, necesidad, o conveniencia de ciudadanos y autoridades, mientras se desecha, pospone, olvida, o descarta aquello que resulta coyunturalmente inconveniente.

⁶⁵ García de Enterría. “Hacia una nueva justicia administrativa”. Pg. 40.

Considerar que la jurisprudencia es verdadero derecho y no convidado de piedra es una consecuencia de estimar que la Constitución no es estática, sino que es un manifiesto palpante que se expresa por sí misma, pero también a través de las decisiones de su juez natural.

En este sentido – por supuesto - el trabajo de Diego López⁶⁶ constituye el fundamento del presente estudio. Huelga decir que aunque explícitamente allí no se prevé, sus conclusiones esenciales resultan fácilmente aplicables a un escenario diferente al propiamente judicial, esto es, al de la labor que realiza el que bien puede denominarse *juez administrativo*, es decir, aquel servidor público integrante de la rama ejecutiva del poder público que preside actuaciones y decide de manera muy similar a como lo hace un juez, al interior de lo que en derecho contencioso administrativo se denomina *vía gubernativa*.

Para saber que el trabajo de un juez y el de un servidor en la *vía gubernativa* son similares (en un grado de semejanza que así sea mínimo resulta suficiente para los propósitos de este escrito), basta recordar que ambos están en la obligación de valorar pruebas, contestar alegatos (o explicaciones), atender los preceptos del debido proceso y el derecho de defensa y conceder y resolver recursos contra sus decisiones. Los dos deciden conforme a derecho, con fundamento en la ley, reforzando sus criterios con notas doctrinales y también con jurisprudencia de las altas cortes, aunque apenas – hasta ahora – para reforzar sus criterios, pero no para fundar sus decisiones. Estas afectan a las personas y de manera particular, en sus derechos, incluso en algunos de carácter fundamental.

⁶⁶ “El derecho de los jueces”. Editorial Legis. Universidad de los Andes. Segunda edición. 2006.

Acorde con esta línea de pensamiento Merkl afirma que *“La palabra jurisdicción significa una actividad por cuya mediación se dice o se declara el derecho (...) semejante actividad se ejercita dentro del derecho positivo, no solo por órganos judiciales, sino también por administrativos (...)”*.⁶⁷ En el mismo sentido, Dromi afirma que el órgano ejecutivo cuando *“(...) aplica sanciones administrativas contravencionales (...) se rige por un régimen jurídico similar al jurisdiccional, entendiendo que se trata de una jurisdicción administrativa, muy próxima a jurisdicción judicial.”*⁶⁸ Finalmente, para Aguado la administración *“Actúa en forma parecida a un órgano jurisdiccional en cuanto puede imponer sanciones administrativas después de la realización de un procedimiento.”*⁶⁹

Ahora, en lo que hace a las diferencias entre ambos regímenes pueden destacarse las siguientes: a) A la actuación administrativa le faltan los elementos propios de la actividad jurisdiccional: carácter definitivo de la resolución⁷⁰, y pronunciamiento hecho por un órgano independiente.⁷¹; b) A la actuación administrativa le resta imparcialidad⁷² el hecho de que su objetivo se reduzca a la autoprotección⁷³, en cuanto persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública a los que alude el artículo 209 de la Carta

⁶⁷ Adolfo Merkl en *“Teoría General del Derecho Administrativo”*, Editora Nacional, México, 1975, Página 34.

⁶⁸ Dromi, Ob. Cit. Pg. 822.

⁶⁹ Vicenc Aguado I Cudolá en *“La presunción de certeza en el derecho administrativo sancionador”*, Ed. Civitas Madrid, 1994, pg. 76

⁷⁰ En cuanto está sujeta a control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se precisa en la sentencia C-506/92, citada por Julio César Rodas Monsalve a propósito del mismo tema en *“Responsabilidad penal y administrativa en derecho ambiental colombiano”*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2005, Pg. 45.

⁷¹ José Roberto Dromi en *“Derecho Administrativo”*, Editorial Astrea Buenos Aires 1992, Pg. 81. En el mismo sentido Merkl, Ob. Cit. Pg. 54.

⁷² Vicenc Aguado I Cudolá, Ob. Cit. Pg. 76

⁷³ Eduardo García de Enterría y Tomás- Ramón Fernández, *“Curso de Derecho Administrativo”*, Pg. 152.

(igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad)⁷⁴; c) en la vía gubernativa no hay partes enfrentadas entre sí.

Estas diferencias justifican la existencia de ambas *jurisdicciones*, pero no impiden extender las conclusiones de *El Derecho de los Jueces* al Derecho Sancionador.

Probablemente el término *jurisprudencia* resulta por lo menos inusual al momento de nominar los actos administrativos que dan lugar al agotamiento de la vía gubernativa; no obstante, lo novedoso del concepto no impide su adopción, ni la asunción de las consecuencias que de ello derivan, esto es, que a la luz de los preceptos constitucionales de la seguridad y la igualdad, los citados fallos administrativos también deben guardar coherencia entre sí a lo largo del tiempo.

Baste decir que - en principio - sería totalmente inadmisibles que dos eventos constitutivos de infracción administrativa y de naturaleza semejante fueran objeto de decisiones divergentes, a no ser que mediase un cambio normativo o a lo menos una *verdadera evolución* que de una manera debidamente sustentada justifique el cambio. En efecto, la jurisprudencia - y ello en nuestro sistema es muy claro - no es rígida, perenne, incólume, inmune o impermeable y en tal virtud puede ser objeto de variación en el futuro, siempre que la novedad aparezca debidamente justificada y lo que es más importante - en nuestro criterio - que conlleve un avance y no un retroceso, por ejemplo, en lo que hace a la salvaguardia de los derechos fundamentales.

⁷⁴ Sentencia C- 506/92 Citada por Rodas.

Así las cosas, resulta pertinente y válido parafrasear las conclusiones del *maese* López diciendo que“(…) *la doctrina del precedente en Colombia obliga a los jueces (y a los funcionarios administrativos agregamos nosotros) a que respeten el precedente tanto horizontal (sus propios fallos) como vertical (los fallos de la jurisprudencia de las altas cortes)*”.⁷⁵ y que la obediencia se erige como la “*primera técnica legítima de interpretación del precedente*”, en cuya virtud el juez (y a los funcionarios administrativos agregamos nosotros) debe, por regla general, aplicar la regla constitucional vigente al caso análogo que le haya sido presentado (...).”⁷⁶

Se reitera que una de las mas trascendentales consecuencias del nuevo papel de la jurisprudencia como derecho, radica en que *los precedentes verticales deben ser aplicados a aquellos casos en que los funcionarios administrativos deben resolver y que sean análogos a otro ya fallado. donde se establezca doctrina constitucional vigente.*⁷⁷ Este es tal vez el asunto de mayor relevancia aquí y corresponde al ejercicio que en la siguiente parte de este trabajo se propone.

4.1.2. La *ratio decidendi*

Ahora bien, este novedoso tratamiento del precedente para que cumpla sus propósitos de salvaguardia de la seguridad y la igualdad, exige que el intérprete siga un método, aplique

⁷⁵ López Medina. Ob. Cit. Pg. 206

⁷⁶ López Medina. Ob. Cit. Pg. 213

⁷⁷ López Medina. Ob. Cit. Pg. 214 (paráfrasis).

unas reglas, que no por ser sencillas en su comprensión dejan de corresponder a un proceso verdaderamente científico.

En tal virtud, es menester distinguir al interior del cuerpo de la parte motiva de la jurisprudencia en cuestión a aquella porción que corresponde; a lo que se denomina la *ratio decidendi*, la cual – parafraseando siempre a López Medina - no es otra cosa que el principio, regla o razón general que constituye la base de la decisión.

Esta *ratio decidendi* es por su naturaleza distinta de la porción que aparece designada como *obiter dictum*, en cuyo seno reposan aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión.

4.1.3. La trascendencia de los hechos

Adicionalmente, es necesario identificar los hechos relevantes del caso, como quiera que “(...) es por los hechos por donde se trazan los puentes de analogía con casos futuros (...)”, o expresado en otras palabras, es así como se logra “(...) que casos similares sean tratados de manera similar (...)”.⁷⁸

⁷⁸ López Medina. *Ob. Cit.* Pg. 237. En el sistema del *common law* la comparación entre los hechos reales materia del actual litigio y los hechos reales contemplados en una sentencia pretérita determina de manera esencial la posibilidad de la aplicación ultractiva de ésta. Rigurosamente, en las sentencias de exequibilidad no hay propiamente hechos reales que sean susceptibles de estudio. Los hechos son entonces simulados o supuestos cuando hace falta aludirlos. Es así como por consiguiente – en mi entender – cobran especial relevancia para los propósitos de hacer posible la analogización la comparación entre los argumentos de la demanda de inconstitucionalidad y los argumentos o razones que se predicarían en el supuesto fáctico objeto de comparación. Esto se verá con más claridad en el contexto mas adelante.

Por consiguiente, la aplicación analógica de una jurisprudencia resulta válida en virtud de la relación que existe entre los hechos que ella examina y los hechos a los que pretende extenderse. Así es como la *ratio decidendi* se transforma en norma jurídica imperativa dentro de otro caso.⁷⁹

Y a *contrario sensu*, la aplicación analógica de una jurisprudencia resultará imposible cuando no existe relación entre los hechos que ella examina y los hechos a los que pretende extenderse. En este evento, la *ratio decidendi* podría tener el valor auxiliar, meramente ilustrativo, que en la práctica se le ha atribuido.⁸⁰

En tal virtud, hoy en día resulta del todo inadmisibles aplicar de manera extensiva o analógica una jurisprudencia a otro evento ajeno a la misma, si se omite la lectura de los hechos, se hace caso omiso del sustento y de la decisión del caso y tan solo se busca en la parte motiva los párrafos cuya redacción resulta mas conveniente para respaldar la tesis que el abogado arguye.⁸¹

⁷⁹ López Medina. Ob. Cit. Pg. 113.

⁸⁰ López Medina. Ob. Cit. Pg. 214.

⁸¹ López Medina. Ob. Cit. pg. pg. 237, nota 53.

4.2. DOS EJERCICIOS DE ANALOGIZACIÓN

4.2.1. Sobre la norma que consagra la responsabilidad objetiva

En este momento del estudio, y teniendo presentes estos parámetros, procede someter a análisis lo expresado en el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, que estableció en el artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el régimen sancionatorio administrativo aplicable a las entidades vigiladas por la entonces Superintendencia Bancaria y de manera particular aquella disposición (Número 4, letra k) en la que se expresa que las pruebas deben valorarse atendiendo la “(...) índole objetiva de la responsabilidad (...)”.⁸²

Antes de continuar, es necesario hacer un paréntesis para poner de presente siguiendo a Georges Dellis, que para la Superintendencia Financiera de Colombia, el deber de valorar las pruebas atendiendo la índole objetiva de la responsabilidad, se traduce en que para este Organismo de Control es suficiente establecer la prueba concerniente al elemento material de la infracción. Obrando de esta forma, no se le podría reprochar su acto por ausencia de motivación. En cambio, si la responsabilidad fuera subjetiva, adicionalmente debería probar el elemento psicológico de la infracción, lo cual constituye el otro motivo de la infracción.⁸³

⁸² No debe olvidarse que por virtud de lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 964 de 2005 (Ley marco del mercado de valores), las actuaciones administrativas que requería adelantar la entonces Superintendencia de Valores deben sujetarse al procedimiento determinado en el numeral 4 del artículo 208 del ya citado Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Así las cosas hoy en día en la Superintendencia Financiera rige un solo régimen sancionatorio administrativo.

⁸³ Georges Dellis “*Droit Penal et droit administratif – l’influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*”. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence – L.G.D.J. Paris. 1997. Página 355.

Valga decir que bajo este régimen subjetivo al interior del acto administrativo sancionatorio debería haber un acápite destinado específicamente a poner de presente ese elemento subjetivo, su naturaleza específica (si el reproche se hace a título de dolo o culpa), su modalidad (si el dolo eventual o si la culpa es con representación, por ejemplo), su manifestación en el comportamiento de la persona sancionada y al interior del hecho reprochado, y por supuesto los medios de prueba que llevan al funcionario a la convicción de que la persona actuó culpablemente. Esto no puede ser objeto de tratamiento tácito.

Volviendo al propósito central de este apartado debemos decir que, como se recordará, en el régimen administrativo sancionatorio cambiario también han regido sendas normas de idéntico contenido al que se somete a examen en este momento en el régimen administrativo sancionatorio financiero. En efecto, en el Decreto-Ley 1746 de 1991 y posteriormente en el Decreto 1092 de 1996 se ha expresado que en el régimen administrativo sancionatorio administrativo cambiario, al igual que lo aludido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las pruebas deben valorarse conforme a la “(...) *índole objetiva de la responsabilidad (...)*”.

Conforme se expresara, estas normas han sido han sido objeto de análisis en las sentencias C-599/92 y C-10/03.

Por consiguiente lo que procede es examinar cómo debe leerse la disposición en la que se expresa que al interior del régimen administrativo sancionatorio financiero las pruebas deben valorarse atendiendo la “(...) *índole objetiva de la responsabilidad (...)*” teniendo en cuenta lo

que sobre idénticas disposiciones ha manifestado en estas dos sentencias la Corte Constitucional.

Planteemos esto en otras palabras: Este ejercicio pretende hacer un juego de simulación suponiendo que la Superintendencia Financiera se auto - plantea (o se le solicita con ocasión de la presentación de explicaciones o de un recurso) la inaplicabilidad de la norma que le obliga a estimar que la responsabilidad es objetiva, es decir, que podría sentirse estimulada a decidir que a partir de determinado momento solo habrá de sancionar a los administradores de los sectores bancario y bursátil si previamente prueba su actuar con culpabilidad.

En defensa de su posición, podría acudir a la aplicación directa del artículo 29 de la Constitución Política, en el que se expresa que *“Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”*. Mas aún, podría invocar en respaldo de sus tesis el artículo 12 del Código Penal actual (Ley 599 de 2000, vigente a partir de julio 24 de 2001), en el que se expresa: *“Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”*.

Pero es válido invocar el código penal y acudir a la aplicación directa del artículo 29 de la Constitución Política, en el que se expresa que *“Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”*? Sin tener en cuenta lo que al respecto haya dicho la jurisprudencia?. Es decir, podría afianzar su posición separándose de lo expresado en las mencionadas sentencias C-599/92 y C-10/03? ignorando su resolución y especialmente su *ratio decidendi*?

Para poder dar inicio a este examen y determinar si las sentencias C-599/92 y C-10/03 son aplicables a la norma propuesta como objeto de estudio, debemos preguntarnos si sus preceptos son *analogizables*, esto es, es si las consecuencias establecidas respecto de la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionatorio cambiario son aplicables al derecho administrativo sancionatorio financiero y bursátil.

Ahora bien, cada paso que se avance en adelante debe ser muy cuidadoso, como quiera que es nuestro deber evitar a ultranza caer en el error de análisis del precedente que el profesor López Medina denomina "*teoría tradicional*", en virtud de la cual se estima que todas las consideraciones de la Corte son importantes, incluso si no tienen relación con los hechos o el *decisum* del caso.

Al respecto debe estimarse lo siguiente:

En primer lugar, debe reiterarse lo que ya se ha puesto de presente, esto es, que las normas examinadas en precedencia por la Corte tienen un contenido idéntico a la norma que ahora se somete a escrutinio a la luz del precedente.

En el mismo orden de ideas, debe ponerse de presente que las normas examinadas en precedencia por la Corte, al igual que la que ahora se somete a escrutinio, están inscritas dentro de sendos procesos sancionatorios de carácter administrativo, esto es, las dos corresponden a propósitos sancionatorios de la rama ejecutiva del poder público.

Adicionalmente, tanto lo concerniente a la actividad cambiaria como a la actividad financiera tienen un mismo rango constitucional de carácter especial, en cuanto ambas requieren de una ley marco a través de la cual el Congreso debe señalar los objetivos y criterios a los que – a su turno - debe sujetarse el Gobierno con ocasión de su regulación (Art. 150 No. 19, letras b y d). En desarrollo de esto tanto la Ley 35 de 1993 (Por la cual se dictan normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para regular la actividad financiera), como la Ley 9 de 1991 (Por la cual se dictan normas a las que deberá sujetarse el Gobierno para regular los cambios internacionales), señalan propósitos superiores para su ejercicio. En efecto, la primera dice que el ejercicio de la actividad financiera debe estar “(...) *en concordancia con el interés público (...)*”(art. 1º lit. a), en tanto que la segunda advierte que el régimen cambiario tiene por objeto “(...) *promover el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario (...)*”. (Art. 2º).

Por supuesto que el propósito del desarrollo económico no es exclusivo de la actividad cambiaria, también lo es de la bancaria: “*Ha dicho la Corte (...) que (...) La democratización del crédito es objetivo constitucionalmente definido (C.P art. 335) y la orientación del ahorro público hacia determinado propósito común se halla justificada como mecanismo de intervención del Estado en la economía (C.P. art. 334), para lograr la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo.*”⁸⁴

⁸⁴ Sentencia SU-157/99. En la sentencia C-122/99 en el mismo sentido se expresa que por ser la actividad bancaria un servicio público la misma está ligada directamente al interés de la comunidad.

Estas similitudes por su ostensible categoría esencial resultan suficientes para que sea posible concluir aquello que es tal vez el prerrequisito más relevante para los propósitos de este ejercicio: No es descabellado asimilar el derecho administrativo sancionatorio cambiario al derecho administrativo sancionatorio financiero para los propósitos requeridos. No existen razones poderosas que induzcan a pensar que es, imposible, ilógico, o inconveniente aplicar lo dicho por la Corte acerca del primero al segundo por extensión analógica.

Valga decir que lo expresado respecto de la naturaleza del derecho sancionador financiero y su analogía al derecho sancionador cambiario resulta posible extenderlo al derecho sancionador bursátil, no solo por la unidad de ente supervisor y de proceso, sino especialmente por el tratamiento unívoco que las actividades financiera y bursátil reciben en los artículos 150 letra d, 189 número 24 y 335. Para este propósito bastará aludir la siguiente apreciación del Consejo de Estado: *“Acorde con las jurisprudencias transcritas, es el carácter de interés público de la actividad bursátil se concreta en la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Valores, quien debe intervenir para mantener el mercado debidamente organizado, debe velar porque quienes participan en él, desarrollen su actividad en condiciones de igualdad, transparencia y que no se ponga en peligro ni se lesione el interés público y específicamente el interés de los inversionistas.”*⁸⁵

Ahora bien, el proceso de analogización sólo será posible si, además, el ataque supuesto o simulado contra el contenido de la letra k del numeral 4 del artículo 208 del Estatuto

⁸⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Germán Ayala Mantilla. 16 de marzo de 2001. Radicación número: 25000-23-24-000-1997-9755-01(10668,

Orgánico, se sustenta con los mismos argumentos con que los demandantes atacaron las disposiciones contenidas en el Decreto-Ley 1746 de 1991 y en el Decreto 1092 de 1996.⁸⁶

Entonces, recordemos lo alegado por los demandantes:

La responsabilidad objetiva contrasta con el debido proceso, la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad que ella implica consagrado en el artículo 29 de la Carta, lo cual no significa cosa distinta a que los principios del derecho penal resultan aplicables a toda manifestación del *ius puniendi*. Adicionalmente, al interior de los preceptos de la responsabilidad objetiva no es aceptable ninguna eximente de culpabilidad, tales como la fuerza mayor, el caso fortuito, la insuperable coacción ajena y el error invencible.

Consideran también los demandantes que las normas objeto de examen, infringen el artículo 83 Superior, por cuanto este precepto constitucional al consagrar la presunción de la buena fe, asigna la carga de la prueba en cabeza del ente administrativo sancionador; en contra de ello, la responsabilidad objetiva supone culpable al infractor por el solo hecho de incurrir en la conducta reprochada.

⁸⁶ "El Decreto Ley 1746 de 1991 definió el régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario a seguir por la Superintendencia de Cambios, organismo encargado de establecer la comisión de infracciones cambiarias e imponer las sanciones correspondientes. Dicha Superintendencia fue suprimida a través del Decreto 2116 de 1992 (expedido en desarrollo del artículo transitorio constitucional 20) y sus funciones de inspección y vigilancia fueron asignadas a las entidades señaladas en dicho decreto, como se describe a continuación. El artículo 2 del mencionado decreto establece que la Superintendencia Bancaria ejercerá privativamente el control y vigilancia sobre las instituciones financieras autorizadas por el régimen cambiario para actuar como intermediarios del mercado cambiario y sobre las casas de cambio. En relación con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el artículo 3 del Decreto 2116 de 1992 establece que la misma será la encargada del control y la vigilancia sobre el cumplimiento del Régimen Cambiario en materia de importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las operaciones de comercio exterior y financiación de importaciones y exportaciones. Finalmente, el artículo 5 del Decreto 2116 establece que la Superintendencia de Sociedades ejercerá el control y vigilancia en materia de inversión extranjera realizada en Colombia y de inversión realizada por sociedades colombianas en el exterior, así como las operaciones de endeudamiento en moneda extranjera realizadas por sociedades domiciliadas en Colombia. (Sentencia C-343/06).

Ahora, repasemos lo que en estas dos sentencias argumentó la Corte, en lo que resulta relevante para el presente ejercicio:

El derecho administrativo sancionatorio cambiario no hace parte del régimen penal ordinario“(...) ni se informa de sus orientaciones, ya que existen profundas diferencias de contenido u objeto y de finalidad, que no obligan en ningún modo ni al intérprete ni al legislador, para hacer extensivas las orientaciones, los principios y las reglas de uno al otro, mucho menos en el ámbito de la determinación de la responsabilidad por su aspecto subjetivo o de la culpabilidad.”.

Lo que supone el artículo 29 de la Carta, en su primer inciso, no es que las reglas del debido proceso penal se apliquen a las actuaciones administrativas. Lo que se propone es que exista un proceso debido, “(...) que impida y erradique la arbitrariedad y el autoritarismo, que haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás fines del Estado, y que asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal y convencional de todas las personas (...)” a efecto que se rodee a la persona de “(...) todas las garantías constitucionales de la libertad y del Derecho de Defensa, como son la preexistencia normativa de la conducta, del procedimiento y de la sanción, las formas propias de cada juicio, la controversia probatoria, la favorabilidad y el NON BIS IN IDEM (...)”

De todas formas debe aplicarse el principio general de que la fuerza mayor o caso fortuito operan como factores eximentes de responsabilidad pues nadie está obligado a lo imposible.

Así las cosas, la Superintendencia no podría apoyarse en el artículo 29 de la Constitución Política en su aparte en el que se expresa que: “*Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable*” para pregonar la responsabilidad subjetiva, como quiera que para la Corte la aplicación *Mutatis Mutandi* de este canon se traduce apenas en la entronización del debido proceso.

Salta a la vista que a la luz de la jurisprudencia estudiada, la Superintendencia Financiera tampoco puede acudir a la aplicación directa del artículo 12 del Código Penal, en el que se expresa que “*Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva*”, pues para la Corte existe una clara separación entre ambos ordenamientos.

Por lo tanto, no puede inclinarse por la inaplicabilidad de la norma que le obliga a estimar que la responsabilidad es objetiva, es decir, no podría decidir que a partir de determinado momento sólo habrá de sancionar a los administradores de los sectores bancario y bursátil si previamente prueba su actuar doloso o negligente.

Y mas todavía debe invocar la parte resolutive de las sentencias C – 599/92 y C – 10/03 en las que se declaró la exequibilidad de la norma de responsabilidad objetiva en el derecho

cambiario y su *ratio decidendi*, estimando que su contenido (que el derecho sancionador no hace parte del penal; que a su interior debe existir un proceso debido, y que la fuerza mayor o caso fortuito operan como eximentes de responsabilidad) es analogizable al Derecho Sancionador Financiero y al Derecho Sancionador Bursátil por las razones expresadas y sólo por ello, y para concluir en igual sentido que *señalar que la responsabilidad por la comisión de la infracción bancaria o bursátil es de indole objetiva, no desconoce ninguna norma constitucional*.⁸⁷

Se reitera que en la actualidad es imposible leer el artículo 29 Superior, sin acudir a su interprete autorizado; que es imposible acudir al código penal para desatender una norma vigente del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pero también que es imposible tomar aisladamente la parte resolutive de una sentencia sin haber identificado su *ratio decidendi* y sin haberla analogizado de la forma estudiada.

En adición a lo anterior, debe recordarse que otras sentencias invocadas a lo largo del presente estudio también invocan la inaplicabilidad del código penal al Derecho Sancionador, el imperio

⁸⁷ En las sentencias estudiadas la Corte también manifiesta *ratio decidendi* que para que el control ejercido por el Gobierno sobre las personas que ejecutan actos, contratos y operaciones en el mercado cambiario sea oportuno y eficaz, se requiere de "(...) total objetividad por parte de la administración, lo cual no se lograría si la efectividad del régimen sancionatorio en esta materia dependiera de la demostración de factores subjetivos como el dolo y la culpa." Así pues, *in limine* podría afirmarse analógicamente que para que el control ejercido por el Gobierno sobre las personas que ejecutan actos, contratos y operaciones en el mercado bancario sea oportuno y eficaz, se requiere de "(...) total objetividad por parte de la administración, lo cual no se lograría si la efectividad del régimen sancionatorio en esta materia dependiera de la demostración de factores subjetivos como el dolo y la culpa." No obstante recordemos que esta argumentación jurisprudencial ya no resulta convincente, como quiera que - conforme se expresara atrás - hoy en día la administración ya "(...) no es un poder soberano (...)". Eduardo García de Enterría. "La lucha contra las inmunidades del poder" Editorial Civitas. Tercera edición, 1983. Madrid. Páginas 47 y 48), sino que "(...) el Estado está al servicio del Hombre (...)". (Jaime Vidal Perdomo. "Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas". Novena Edición. 2005. Página 196). Por lo tanto, en nuestro criterio ya no es del caso acoger este argumento. De esta forma, puede evidenciarse que el ejercicio de analogización cuando se integra en el universo doctrinal y jurisprudencial no necesariamente conduce a una adopción ciega de todo de lo que él emana, sino que es posible discernir sustentadamente incluso algunos apartes que pueden resultar inaplicables a la nueva situación

del debido proceso y la procedencia de la aplicabilidad de la fuerza mayor o caso fortuito, las cuales tampoco pueden ser ignoradas.

Claro está que también es posible desatender las sentencias C- 599/92 y C- 10/03 siempre que se demuestre que no resultan analogizables, o bien aceptando que si lo son, sí se invocan razones que contradigan y superen las invocadas por la Corte Constitucional (y también por el Consejo de Estado).

No obstante, debe considerarse que con este primer ejercicio no culmina el análisis.

Todavía resta precisar, si también es analogizable la sentencia C-616/02, en la que se expresa que el cierre de establecimiento no puede ser impuesto a título de responsabilidad objetiva, en la medida en que compromete el ejercicio de los derechos al trabajo y a la libertad de empresa.

4.2.2. Sobre la norma que consagra las sanciones rescisorias

Este otro ejercicio de analogización se hace necesario considerando que en el artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Mod. Ley 795/03) y en la Ley 964 de 2005 conforme se expresara atrás al aludir a las sanciones rescisorias, se faculta a la Superintendencia Financiera para imponer sanciones de *suspensión o inhabilitación hasta por cinco (5) años para el ejercicio de aquellos cargos que requieran posesión y de remoción de administradores, directores, representantes legales o revisores fiscales.*

Así las cosas, lo que procede es verificar si por virtud de la extensión analógica de lo dispuesto en la sentencia C-616/02, la Superintendencia Financiera está obligada a abstenerse de imponer sanciones rescisorias como las precedentemente citadas a título de responsabilidad objetiva y en caso afirmativo que implica ello. Recuérdese que la norma demandada en esta sentencia, dice que *en el acto administrativo de decomiso de mercancías de contrabando, se debe aplicar la sanción de clausura del correspondiente local*⁸⁸ y que en criterio de la Corte ésta sanción compromete de manera específica el ejercicio del derecho al trabajo y de la libertad de empresa; no tiene un carácter meramente monetario y puede llegar a ser suficientemente prolongada como para que no sea considerada de menor entidad, por lo cual objeta su imposición a título de responsabilidad objetiva y en el mismo acto de decomiso.

Para proceder a determinar si la aludida sentencia es homogenizable, en primer lugar es menester hallar elementos comunes entre sus contenidos y los mencionados preceptos de las Leyes 795 de 2003 y 964 de 2005 y su entorno.

Lo primero que salta a la vista, es que en ambos casos las sanciones son impuestas a los ciudadanos por la rama ejecutiva del poder público y que la naturaleza de las sanciones es semejante, como quiera que lo predicado por la Corte respecto de que la sanción de cierre compromete de manera específica el ejercicio del derecho al trabajo y de la libertad de empresa, no tiene un carácter meramente monetario y puede llegar a ser suficientemente prolongada como para que no sea considerada de menor entidad, puede predicarse también respecto de las mencionadas sanciones de suspensión y exigencia de remoción.

⁸⁸ Artículo 41 de la Ley 633 de 2000 que adicionó el artículo 657 del Estatuto Tributario con el literal c).

Llama la atención y resulta útil para los propósitos del presente trabajo, que la Corte en la aludida sentencia C-616/02 se refiera en términos generales a la *potestad sancionadora de la administración*, para decir que con ella se busca garantizar la organización y el funcionamiento de las diferentes actividades sociales y que es un medio necesario para alcanzar los objetivos que ella se ha trazado en el ejercicio de sus funciones, en cuanto “(...) *la habilitan para imponer a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos y a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas.*”. De esta forma quedan en un pie de igualdad lo aduanero y lo bancario, lo cual facilita la analogización propuesta.

Complementariamente, como se expresara en el anterior ejercicio de analogización con ocasión de la comparación entre la actividad cambiaria y la actividad financiera, debe decirse que la actividad aduanera también tiene un rango constitucional de carácter especial, en cuanto requiere de una ley marco a través de la cual el Congreso debe señalar los objetivos y criterios a los que – a su turno - debe sujetarse el Gobierno con ocasión de su regulación (Art. 150 No. 19, letra c). En concordancia con ello, el artículo 189 de la misma Constitución en su numeral 25, al paso que señala que corresponde al Presidente de la República intervenir en la actividad financiera y bursátil, dice que también tiene el deber de modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas y regular el comercio exterior. Este otro factor permite asimilar lo aduanero y lo bancario.

A su turno, el Congreso al dictar las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para regular el comercio exterior, indicó que dentro de los principios a los cuales debe

someterse el Gobierno, está el de *"Impulsar la internacionalización de la economía colombiana para lograr un ritmo creciente y sostenido de desarrollo."* (Artículo 2º de la Ley 7ª de 1991). Ahora, es pertinente recordar que el arancel de aduanas tiene una doble función: Fiscal en cuanto es un instrumento de recaudo público. Económico – como se ha expresado - en cuanto es un instrumento de desarrollo y estabilidad económica que busca favorecer la producción nacional.⁸⁹

No obstante, el Gobierno por no estar habilitado para señalar impuestos, no puede adoptar medidas aduaneras con criterios o finalidades impositivas y antes bien, debe *"(...) estimular el crecimiento económico, proteger la industria nacional, promover la inversión, controlar los precios domésticos, defender a los consumidores e incentivar la competitividad de los productos nacionales."*⁹⁰

Pues bien, estos propósitos de bienestar colectivo también están presentes en la intervención del Estado en la actividad financiera, cuando se expresa que ésta debe propender por *"(...) lograr la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo."*⁹¹ Así pues, estas materias se hermanan no solo por su naturaleza, sino también por su origen superior y por sus propósitos últimos.

Estas similitudes por su ostensible categoría esencial también resultan suficientes para que sea posible concluir aquello que es tal vez el prerrequisito más relevante para los propósitos de

⁸⁹ Ponencia sobre la función legislativa en la Asamblea Nacional Constituyente, citada en la sentencia C-798/04.

⁹⁰ Sentencia C-798/04.

⁹¹ Sentencia SU-157/99. Subrayado extratextual. En la sentencia C-122/99 en el mismo sentido se expresa que por ser la actividad bancaria un servicio público la misma está ligada directamente al interés de la comunidad.

este ejercicio: No es descabellado asimilar el Derecho Sancionador aduanero al Derecho Sancionador financiero para los propósitos requeridos. No existen razones poderosas que induzcan a pensar que es, imposible, ilógico, o inconveniente aplicar lo dicho por la Corte acerca del primero al segundo por extensión analógica.

No obstante, no es posible con estos elementos proceder a la analogización, sin conocer más en detalle los argumentos del demandante y - por supuesto - la *ratio decidendi* de la H. Corte.

El demandante sostiene que el artículo 29 de la Carta resulta violado por la norma acusada, como quiera que el decomiso de la mercancía genera *ipso jure* la aplicación de sanción de clausura. Además, argumenta que la norma no tiene un procedimiento propio para la aplicación de esta sanción.

En respuesta a ello la Corte afirma que el procedimiento para el cierre de establecimiento es el correspondiente a la sanción concurrente, es decir, a la de decomiso y concluye que la sanción de decomiso por violación al régimen aduanero no debe conllevar la imposición *ipso iure* de la clausura de establecimiento, como quiera que se exige que la sanción de cierre tenga como condición la imposición del decomiso, pero que sea autónoma y que exista la posibilidad de demostrar que los bienes aprehendidos no se encuentran en una situación contraria a las normas aduaneras y que el investigado pueda pedir la práctica de pruebas.

Situación similar a la que aduce el demandante y resuelve la Corte, se presenta al interior del Derecho Sancionador financiero y bursátil, cuando quiera que la autoría de una infracción se

atribuye a la persona jurídica (responsabilidad institucional), al tiempo que por los mismos hechos se predica la responsabilidad personal por ejemplo del presidente del correspondiente banco o comisionista de bolsa. En este evento también podría afirmarse, siguiendo los preceptos jurisprudenciales, que la sanción institucional no conlleva la imposición *ipso iure* de la sanción personal, como quiera que se exige que ésta sea autónoma (esto es que una y otra se resuelvan bajo consideraciones separadas y con base en motivaciones independientes) y que exista la posibilidad por parte del mencionado presidente de pedir que se decreten pruebas relativas a su responsabilidad personal con independencia de la institucional.

Así las cosas, bien puede afirmarse que por analogía jurisprudencial las normas de las leyes 795 de 2003 y 964 de 2005 que establecen la suspensión o remoción de administradores se entienden exequibles en el entendido que no se pueden imponer a título de responsabilidad objetiva como consecuencia de la sanción institucional.

Pero el que la Superintendencia Financiera deba abstenerse de imponer estas sanciones personales a título de responsabilidad objetiva, quiere decir que ¿sólo procede en un ambiente de responsabilidad subjetiva, esto es, probando el dolo o la negligencia del banquero?

Lo que está claro - si se examina cuidadosamente la sentencia como exige el procedimiento de analogización - es que la sanción personal no puede ser consecuencia inmediata o automática de la sanción institucional, que no se pueden imponer ambas en una misma resolución y que por ello la de carácter personal debe estar imbuida de un proceso propio (en cuyo inicio la administración debe advertir que se pretende imponer la sanción de suspensión, remoción o

cancelación). En fin, un proceso que le garantice al banquero su derecho de defensa con un periodo probatorio y la posibilidad de impugnación, y que debe culminar con la prueba de que el investigado es personalmente responsable por falta de diligencia de la comisión de la infracción.

4.3. LAS CONSECUENCIAS

4.3.1. Inmediatas

Examinemos ahora si acaso es posible armonizar las consecuencias que emanan de los ejercicios de analogización realizados.

Por una parte, sería menester concluir que al interior del Derecho Sancionador no aplica el principio de culpabilidad consagrado en el artículo el artículo 29 de la Constitución, y que por ende, allí la responsabilidad sigue siendo objetiva, en la medida en que debe entenderse como exequible la norma del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en la que se expresa que las pruebas deben valorarse atendiendo la“(...) *indole objetiva de la responsabilidad (...)*”. Esta – en principio - sería la regla general.

Por otra parte, debe considerarse que en aquellos eventos en que se impone una sanción relevante como las de *suspensión o inhabilitación hasta por cinco (5) años o exigencia de remoción* la responsabilidad debe ser subjetiva. Esta – en principio - sería una excepción a la regla general.

Lamentablemente, la sentencia objeto de examen no precisa con el grado requerido para un asunto de tanta trascendencia, el alcance o contenido de la justificación que podría invocar el banquero para obtener su absolución, ni la Corte pronuncia en esta sentencia la palabra dolo.

Tan solo expresa que debe ser posible probar que se ha actuado de buena fe y menciona la diligencia, concepto que regularmente se entiende como opuesto a la negligencia constitutiva de la culpa.

4.3.2. La propuesta central y su sustento

La propuesta esencial que se hace en este trabajo, radica en afirmar que al interior del Derecho Sancionador aplicable por la Superintendencia Financiera no es posible atribuir responsabilidad a título de responsabilidad objetiva y que por el contrario invariablemente debe predicarse la responsabilidad subjetiva, pero no a título de dolo, sino de culpa cuando menos por negligencia.

Veamos los argumentos que sustentan esta aspiración:

En la sentencia C-616/02 que viene de analogizarse, se expresa que debe existir prueba de que el comportamiento del investigado “(...) *no fue diligente en la medida en que no adoptó las precauciones y el cuidado que le corresponde, de acuerdo con las normas respecto de las actividades que realiza.*”.

Pues bien, al respecto debe recordarse que el comportamiento con culpa puede realizarse de una de las siguientes tres maneras⁹²:

Por imprudencia, que no es otra cosa que una manera de actuar sin la precaución o cautela que la experiencia indica debe emplearse en las actividades que ponen en peligro derechos ajenos.

Por impericia, la cual consiste en no acreditar la aptitud requerida para el ejercicio de una profesión u oficio.

Por negligencia, consecuencia de obrar de manera descuidada, lenta, indolente, con desidia, desatención, incuria, pereza, de manera superficial o incompleta. Esto, precisamente, es lo contrario a la diligencia que pregona la sentencia C-616/02.

De esta manera es posible colegir que el principal aporte de esta providencia cuando afirma que la sanción *no se puede imponer a título de responsabilidad objetiva*, no está tanto en imposibilitar que la misma sea consecuencia “automática” de otra infracción (el decomiso en la sentencia/la sanción institucional en la analogización); ni en la imposición de *garantías propias del debido proceso que posibilite que se soliciten y decreten pruebas*; sino más bien, en la exigencia de que *debe demostrarse que el comportamiento del investigado no fue diligente en la medida en que no adoptó las precauciones y el cuidado que le corresponde*.

⁹² Alfonso Reyes Echandía, en “*Culpabilidad*”, Tercera edición. Editorial Temis 1988. Pgs. 96 y siguientes.

Esto último, no es otra cosa que la exigencia de prueba relativa a que el investigado actuó negligentemente, esto es, con culpa, es decir, de que el mismo es subjetiva – y no objetivamente – responsable.

En verdad el aporte de la jurisprudencia al Derecho Sancionador en el sentido de imponer para el mismo un completo proceso ha sido de mucha utilidad útil, en cuanto incluye la verificación de la preexistencia de un estatuto normativo; la demostración de que se ha cometido una infracción; la formulación de cargos; la notificación del citado pliego al presunto infractor; la presentación de explicaciones y particularmente la acreditación de causales de absolución.

Todo esto en nuestro criterio no es suficiente para darle adecuado cumplimiento, aunque sea *mutatis mutandi*, al artículo 29 de la Constitución Política, cuando expresa que “*Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable*”. Sin embargo, es necesario reconocer la trascendencia que ello ha llegado a tener.

En cambio, la exigencia de que *debe demostrarse que el comportamiento del investigado no fue diligente en la medida en que no adoptó las precauciones y el cuidado que le corresponde* (sin dejar de lado claro el debido proceso), sí es la forma apropiada de darle adecuado cumplimiento, *mutatis mutandi*, al mencionado apartado del artículo 29 de la Constitución Política.

Ya se verá como este aporte va de la mano con la posibilidad de argüir casuales de exculpación, al tiempo que se desliga del código penal. Ahora, importa poner de presente que

este requisito de negligencia o de ausencia de diligencia no es nuevo, ni aislado en la jurisprudencia.

- En la sentencia del 8 de marzo de 1996 el Consejo de Estado afirma: *“El patrimonio negativo que presentó la Corporación Financiera tuvo origen (...) en la propia negligencia, al no observar un especial cuidado en el desarrollo de sus propias actividades financieras (...). Una vez ocurrió el desencaje, la actora no utilizó los medios a su alcance para corregir el defecto (...) si la actora hubiese empleado diligentemente los mecanismos descritos hubiera superado la crisis.”*⁹³
- En la sentencia C-54/99 de la Corte Constitucional se expresa que la carencia de diligencia y cuidado en el cumplimiento de las propias obligaciones y, en general, en el actuar humano, desvirtúa el principio de buena fe y es fuente de obligaciones y de responsabilidad jurídica.
- En la sentencia No. 9558 de 2000 (Expediente No. 9445) el Consejo de Estado al evaluar la forma de cumplimiento de las normas inherentes a la prevención del lavado de activos, destacó que la labor de la entidad vigilada es fundamental teniendo en cuenta su vulnerabilidad de ser utilizada en dichas actividades delictivas y precisó que ésta *“(...) por lo tanto debe ser diligente en la verificación del cumplimiento de los mecanismos de control adoptados (...)”*.

⁹³ Sentencia del Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta), citada por Álvaro Andrés González Briceño, ob. Cit. Pg. 146.

Para la doctrina tampoco es un requisito nuevo, ni aislado, la prueba de ausencia de diligencia.

- Efraín Gómez Cardona expresa: *“Por supuesto que no es posible exigir a la administración la misma exhaustividad que se espera del juez en orden a desentrañar los aspectos subjetivos de la responsabilidad, pero sí debe precisarse que cuando sea evidente que el agente no obró siquiera con negligencia no puede haber lugar a sanción.”*⁹⁴
- Jaime Ossa Arbeláez al citar el artículo 130.1 de la Ley española No. 30 de 1992 relativa al Régimen jurídico de las administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo común en el que se expresa que *“Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”*, dice que esta simple inobservancia es lo mismo que negligencia y que de esta forma *“(…) lo que está estableciendo es un grado mínimo de culpa, para que realmente surja la infracción sancionable.”* Y con toda razón concluye: *“Esto implica algo bien diferente a consagrar la responsabilidad objetiva.”*⁹⁵
- Por su parte Ángeles De Palma Del Teso manifiesta: *“Al asimilar la voluntariedad de acción con el dolo se pasaba por alto la comisión imprudente de infracciones.”*⁹⁶. *“En*

⁹⁴ En Ob. Cit. Pg. 275.

⁹⁵ Ob. Cit. Pg. 451.

⁹⁶ Ob. Cit. Pg. 121.

*definitiva, para la existencia de una infracción administrativa debe al menos concurrir culpa en cualquiera de sus grados*⁹⁷

Nuestra legislación por su parte también ha hecho su aporte al tema, aunque apenas referido a las personas naturales.

Es así como en el artículo 81 de la Ley 142 de 1.994 se expresa que las sanciones que imponga la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a las personas naturales debe proferirse únicamente mediando “(...) *previo el análisis de la culpa del eventual responsable y no podrán fundarse en criterios de responsabilidad objetiva.*”

De esta manera, con fundamento en la doctrina y la jurisprudencia examinadas, contando con el parámetro de comparación de una norma legal y teniendo siempre un pie de apoyo puesto en la sentencia C-616/02 analogizada, se ratifica que en nuestro criterio al interior del Derecho Sancionador no es posible atribuir responsabilidad a título de responsabilidad objetiva y que por el contrario invariablemente debe predicarse la responsabilidad subjetiva, pero no a título de dolo, sino de culpa, cuando menos en su forma de negligencia.

Por consiguiente, la que es la regla general derivada de la analogización de las sentencias C-599/92 y C-10/03, esto es que al interior del Derecho Sancionador no aplica el principio de culpabilidad, debe desaparecer.

⁹⁷ En su obra “*Principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*”. Citada por Ossa. Ob. Cit. Pg. 409.

Y por lo mismo, lo que era una excepción a la regla general, derivada de la analogización de la sentencia C-616/02, esto es, que la responsabilidad subjetiva procede únicamente para determinadas sanciones rescisorias, debe convertirse en regla general y sin su limitante.

Veamos ahora las ventajas que todo esto entraña.

4.3.2.1. Problemas que se solucionan al adoptar la tesis de la negligencia (y al hacerlo sin las exigencias del código penal)

Lo primero que es necesario advertir es que esta propuesta parte de la base de considerar que el Código Penal no aplica al interior del Derecho Sancionador. Suficientemente se han sustentado las razones que permiten arribar a esta separación, y cuáles son las que se estiman realmente válidas, por lo cual no es necesario volver sobre ellas.

Baste agregar por ahora, que si se optara por la adopción del señalado estatuto sería necesario acogerlo en su integridad, con todos sus preceptos – no solo el de culpabilidad – con su preponderancia del dolo, sino también v.gr. el de favorabilidad tan discutido en la jurisdicción contencioso administrativa, al igual que los preceptos del Código Procesal Penal. Entonces, sería por lo menos dificultoso saber donde debería trazarse la línea divisoria para separar aquello que no podría resultar imperativamente aplicable por razón de la naturaleza diferente de ambos procedimientos.

Sin embargo, esto no significa que deje de acudirse a los aportes de la teoría o de la doctrina penal. Por el contrario, esta construcción doctrinal sigue teniendo como modelo tales aportes.

Este parecer que a primera vista luciría improcedente, ya tiene seguidores. En efecto, Ossa Arbeláez al respecto expresa: “(...) *no cabe duda que el auxilio de esta rama del derecho (la penal) resulta imprescindible, como forzoso resulta utilizar las mismas expresiones penalistas y, en general, el entorno jurídico de sus figuras afines, comunes, similares y relacionadas.*”⁹⁸

Por su parte Ángeles De Palma Del Teso sobre el particular con precisas palabras dice lo siguiente: “(...) *la potestad sancionadora anejo de otras facultades, es una de las manifestaciones del poder punitivo del Estado. El ius puniendi del Estado se subdivide en: Derecho Penal y Derecho Sancionador Administrativo; ambos comparten una sustancia común, pero son ámbitos distintos, y entre ellos no existe relación de jerarquía o subordinación.*” y agrega que esto “(...) *no significa que no sea preciso acudir al Derecho Penal, pues el gran desarrollo dogmático de este y la ausencia de elaboración de una ‘parte general’ en el Derecho Sancionador Administrativo hace obligado el recurso a aquel (...).*”⁹⁹

- **El imperio del dolo dejaba desprotegido el orden público económico**

Ya se expresó atrás que una de las mayores preocupaciones del operador administrativo radica en que de aceptar la adopción plena del Código Penal, se vería obligado a dejar injustamente

⁹⁸ Ob. Cit. Pg. 385

⁹⁹ Ob. Cit. Pg. 391

desprotegida la función pública, al privilegiar el derecho del ciudadano a que se le absuelva en ausencia de un comportamiento claramente doloso, y ello aunque estuviera claramente demostrada la infracción, la desidia, e incluso el daño.

Al acogerse una tesis separada del código penal, en virtud de la cual ya no prevalece el dolo, sino que se privilegia el examen de la culpa a título de negligencia, esta preocupación necesariamente desaparece.

Otra ventaja que tiene esta proposición radica en que ese mismo operador administrativo no necesita adentrarse en los vericuetos de las novedosas tesis acerca del dolo y de la culpa que hoy en día están relacionadas con la libertad del individuo para actuar conforme a la ley y que necesariamente conllevan mayores dificultades probatorias. Recuérdese que la H. Corte Constitucional omite hacer referencia o considerar este movimiento doctrinal y su reflejo normativo, y sigue interpretando la *culpa* del artículo 29 como sinónimo de culpabilidad, lo cual resulta armónico con una tesis de culpabilidad que sigue los preceptos de la doctrina penal pero que no se sumerge en los imperativos del código penal.

- **La culpa ahora deja de ser excepcional**

En el artículo 21 del Código Penal se indica que las conductas culposas sólo son punibles en los casos expresamente determinados en la ley. Pues bien, si todavía se pretendiera que se atiende al interior del derecho administrativo sancionatorio el precepto principal del código

penal relativo a la responsabilidad subjetiva, con mayor razón habría de extenderse a este otro accesorio al mismo.

Esto significaría que al no estar consagrado en el Derecho Sancionador caso alguno de responsabilidad a título de culpa, sería necesario examinar todo comportamiento infractor exclusivamente a la luz de la responsabilidad dolosa, con lo cual como ya se dijo, aunque estuviera claramente demostrada la infracción, la desidia, e incluso el daño, debería absolverse al infractor en ausencia de dolo.

Al adoptarse una tesis de responsabilidad subjetiva en la que - separándose del Código Penal - se privilegia la culpa, obviamente desaparece esta problemática.

Acerca de la viabilidad de adoptar esta tesis a contrapelo de lo que la ley penal promulga, resulta útil recordar que la misma resulta plenamente armónica con lo que se ha venido sosteniendo categóricamente: Qué el Código Penal no regula al Derecho Sancionador.

Y para mayor refuerzo nuevamente es pertinente acudir a lo ilustrativamente manifestado por Ángeles De Palma Del Teso:

“El Derecho Penal es el reino del dolo, la imprudencia en este ámbito tiene un carácter excepcional. Por el contrario, en el Derecho Sancionador Administrativo la imprudencia es la protagonista y el dolo tiene atribuido un papel secundario (...) se reduce al de simple agravante (...).”¹⁰⁰

¹⁰⁰ Ob. Cit. Pg. 127 y agrega: “En este ámbito el papel del dolo es secundario, se reduce al de simple agravante (...)”. Pg.128. Ossa en el mismo sentido manifiesta: “(...) la culpa es la que tiene protagonismo en el Derecho Sancionador de la

En el mismo orden de ideas Merkl expresa:

“El derecho positivo posee plena libertad para fijar como condición previa de la trasgresión administrativa la culpa; puede exigirla para ciertas figuras y excluirla para otras, puede aceptar las formas de culpabilidad del derecho penal ‘judicial’ o crear formas especiales para el derecho penal administrativo.”¹⁰¹.

Huelga decir que en nuestro sistema precisamente la ausencia de norma positiva es lo que obliga a hacer el presente estudio jurisprudencial y a formular una tesis doctrinal que llene el vacío y resuelva los problemas que el mismo plantea.

- **Las personas jurídicas sí son responsabilizables a título de culpa**

Como se expresara atrás, el Consejo de Estado en sus sentencias del 13 de Marzo y 24 de julio de 1998 dijo que la actividad financiera no puede ser ejercida por personas naturales, sino por personas morales o jurídicas, sin que con respecto a ellas pueda tener cabida el elemento culpa o el dolo que consagra el Código Penal.

Bien sabido es que el examen de la culpabilidad conlleva un examen de la voluntad de la que estaba imbuido el sujeto al momento de actuar u omitir, y que tal voluntad está ausente del todo en las personas jurídicas, en virtud de la ficción jurídica de la que derivan su existencia y personalidad.

Administración, distinto a lo que ocurre en el derecho penal en donde el dolo es el personaje central y la imprudencia la circunstancia accidental.”. Ob. Cit. Pg. 388.

¹⁰¹ Ob. Cit. Pg. 359.

Sin embargo, resulta oportuno darle un nuevo matiz a estas apreciaciones.

Es verdad, la persona jurídica no es susceptible de un actuar doloso, pero sí puede actuar negligentemente, esto es, con culpa. Recordemos que el Consejo de Estado no vaciló en atribuirle negligencia a la persona jurídica cuando expresó lo siguiente: *“El patrimonio negativo que presentó la Corporación Financiera tuvo origen (...) en la propia negligencia, al no observar un especial cuidado en el desarrollo de sus propias actividades financieras (...). Una vez ocurrió el desencaje, la actora no utilizó los medios a su alcance para corregir el defecto (...) si la actora hubiese empleado diligentemente los mecanismos descritos hubiera superado la crisis.”*¹⁰²

Complementariamente recordemos que por su parte Ossa Arbeláez al citar el artículo de la ley española relativa al Procedimiento Administrativo, dice que la simple inobservancia es lo mismo que negligencia y que de esta forma lo que está estableciendo es un grado mínimo de culpa,¹⁰³ para las personas físicas y – por supuesto - para las personas jurídicas que son el objeto de nuestro actual interés.

Ángeles De Palma Del Teso, referente obligado, dice admitiendo implícitamente la tesis de la responsabilidad por culpa de la forma societaria: *“(...) podría exigirse responsabilidad a la empresa si ésta, en el desarrollo de la actividad que le es propia, ha omitido adoptar las medidas de precaución necesarias para evitar la comisión de los hechos constitutivos de*

¹⁰² Sentencia del Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta) del 8 de marzo de 1996, citada por Álvaro Andrés González Briceño. Ob. Cit. Pg. 146.

¹⁰³ Ob. Cit. Pg. 451.

infracción.” “(...) en definitiva, la persona jurídica no habría actuado con la diligencia que le es exigible.”¹⁰⁴

De esta forma, no cabe duda respecto de que la teoría de la culpa por negligencia es predicable tanto para las personas naturales, como para las personas jurídicas.

- **Se armoniza la diligencia mencionada en las Leyes**

En el artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹⁰⁵ se expresa que uno de los criterios para la graduación de las sanciones es *“El grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes.* Evidentemente la redacción no es muy afortunada. En realidad - si estamos ante una infracción - de lo que se trata es de examinar el grado de imprudencia y de negligencia con el que se desatendió los deberes, o se dejó de aplicar las normas legales pertinentes.

Nuevamente es necesario decir que si aquí se propugnara por defender la tesis de la responsabilidad objetiva resultaría complejo - por decir lo menos - aplicar al tiempo las normas que obligan por una parte a valorar las pruebas atendiendo la índole objetiva de la responsabilidad, y por otra a valorar factores claramente subjetivos al momento de tasar la multa.

¹⁰⁴ Ob. Cit. Pg. 203.

¹⁰⁵ No. 2, letra f. Sustituido por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003. Precepto aplicable también para el mercado de valores, conforme lo expresado en la letra h del artículo 52 de la Ley 964 de 2005.

En cambio, si se pone de presente que la tesis primordial está orientada a propugnar por la adopción de la responsabilidad a título de culpa por negligencia, podrá advertirse que ésta encaja a la perfección con la norma que pide graduar las sanciones atendiendo *el grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes*. Lo uno y lo otro armonizan íntegramente.

Sobre el particular resulta oportuno agregar que al estar de por medio el manejo de recursos ajenos en la actividad bancaria, la exigencia de diligencia y cuidado es más rigurosa que en el ejercicio de otras profesiones.

Así, en criterio de Georges Ripert *“En verdad la responsabilidad del banquero tiene un carácter profesional. La cualificación de la profesión bancaria, que es sustento de la confianza de la clientela y del público, impone a sus miembros un grado de diligencia de un nivel elevado.”*¹⁰⁶. Por su parte la infaltable Ángeles De Palma Del Teso sobre este tema dice: *“(…) en este ámbito punitivo se incrimina la imprudencia en toda su extensión, esto es desde la culpa levisima hasta la imprudencia temeraria.”*¹⁰⁷

4.3.2.2. Las causales de inculpabilidad

Bajo los preceptos de la culpa ya no será posible que el catálogo de causales de exculpación siga reducido a las tradicionales *“Caso fortuito, fuerza mayor”*.

¹⁰⁶ En *Traité élémentaire de droit commercial*. Neuvième édition. Tomo II. par René Roblot. Librairie Générale de droit et de jurisprudence. Paris. 1981. Página 284. (traducción libre)

¹⁰⁷ Ob. Cit., Pg. 128.

La culpa abre espacio a otras más propias de un régimen de inculpabilidad: Entre ellas, la insuperable coacción ajena y el error invencible. La insuperable coacción podría presentarse en el futuro – hasta ahora nunca ha sido aducida – si un banquero resulta sometido por un tercero en contra de su voluntad para que haga u omita algo. Ese algo seguramente redundará en un beneficio para ese tercero. Al mismo tiempo, ese algo debe constituirse en el hecho constitutivo de una infracción financiera.

El banquero autor de esta infracción, bajo los planteamientos que aquí se esbozan, entonces resultaría inculpable. Por su parte, la persona jurídica, esto es el correspondiente banco, no podrá aducir en su favor la mentada coacción, pues ella por su naturaleza no es susceptible de apremio, compulsión, imposición, exigencia o violencia moral alguna y para excusarse tendrá que probar que el evento acaeció a pesar de su máxima diligencia debida.

Fácil es imaginar, para ilustrar la causal examinada, un caso en el que un socio ejerce coacción sobre los integrantes de la junta directiva de un banco, para que se le beneficie con el desembolso de un crédito, que a su turno excede el correspondiente cupo autorizado por la ley.

Obsérvese que este evento al ser examinado en sede penal (pues al mismo tiempo es constitutivo del delito de autopréstamos) y siempre que la coacción cumpla los requisitos de veracidad e insuperabilidad, también podría concluir con la declaración de inculpabilidad en favor del banquero coaccionado.

En este nuevo escenario es fácil apreciar lo injusto que sería sancionar administrativamente al banquero coaccionado, con una multa, o peor aún, con una suspensión o exigencia de remoción, sin tener en cuenta su actuar exento de culpa.

Una observación complementaria: La coacción debe ser insuperable. En ese sentido el mero temor reverencial no es aceptable como constitutivo del hecho excusable.

Por su parte, el error como causal de inculpabilidad al interior de la doctrina penal llega a tener la siguiente dimensión: “(...) *quien (...) cree tomar la cosa suya, o entrar en la propia casa, no cometerán (sic) (...) hurto o allanamiento de morada.*”¹⁰⁸

Para complementar este apartado, resulta útil traer a colación lo manifestado por Catalina Escuin Palop en el sentido que *resulta inadmisibles en el Derecho Administrativo sancionador la imposición de una sanción a un ciudadano que ha incurrido en la acción u omisión por un error invencible.*¹⁰⁹ Esta - la del error - es una de las teorías cuyo desarrollo puede llegar a hacer los más interesantes aportes a la evolución del Derecho Sancionador. Así por ejemplo para Ángeles De Palma Del Teso una manifestación de la teoría del error es la “(...) *interpretación razonable de la norma que la Administración entiende vulnerada.*”¹¹⁰

De hecho, en reciente pasado la Superintendencia Bancaria estimó factible absolver a una entidad vigilada que mediando sesudo estudio jurídico, con sólido aporte doctrinal, e incluso

¹⁰⁸ Fernando Díaz Palos “*Dolo Penal*” Editorial Bosch Barcelona. Texto anterior a 1970. Páginas 41 y 42.

¹⁰⁹ En “*Curso de derecho administrativo*”. Ed. Tirant lo blanch Valencia. 2003. Pg. 552.

¹¹⁰ Ob. Cit. Pg. 169.

con aparente apoyo jurisprudencial, llegó a una *interpretación razonable de la norma que la Administración entendía vulnerada*.

*“Si en cambio, el error existió pero fue fruto de negligencia, descuido o desatención; si el agente debió y pudo haberlo superado habida cuenta de su condición personal y de las circunstancias en que actuó (...) se abre la perspectiva de una culpabilidad culposa en cuanto incumplió reprochablemente el deber de cuidado que le era exigible para evitar la producción del resultado (...)”.*¹¹¹

Las razones invocables citadas en precedencia ostensiblemente provienen del aporte de la doctrina penal. A éstas, es dable agregar otras que aunque no hacen parte rigurosamente de un catálogo formal de causales de inculpabilidad, también contribuyen a disipar todo vestigio de negligencia, desidia o incuria en el incumplimiento normativo que da lugar a la infracción imputada, y permiten descartar la responsabilidad objetiva, particularmente su modalidad “automática” aludida atrás.

Entre éstas podemos citar *hecho ajeno a las propias responsabilidades*, como cuando se le reprocha a un Gerente de Cartera el inadecuado registro contable de unos créditos, incumplimiento que hace parte de los deberes propios del Contador, e *imposibilidad de haber conocido en su momento de la ocurrencia del hecho*, como cuando la gerente de la oficina en la que está radicada la cuenta corriente no acredita, ni da razón acerca de las causas del no

¹¹¹ Auto del 24 de mayo de 1983 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, citado en el Régimen Penal Colombiano de Editorial Legis. Envío No. 60, abril de 2000, página 27.

diligenciamiento de los formularios de registro de transacciones en efectivo (Art. 103 EOSF), correspondientes al cambio de cheques, por haber sido realizados estos cambios en oficinas distintas a la suya.

Ahora bien, la principal causal de exculpación es ésta: Diligencia debida y máxima debidamente probada, a efecto que sea posible alcanzar la absolución, aunque el hecho se haya producido, éste probada la infracción y a pesar de estar demostrada la responsabilidad funcional.

Para ilustrar el concepto de diligencia debida resulta oportuno traer a colación lo que con relación a la responsabilidad profesional expresa el profesor Jorge Santos Balletesteros.¹¹²

El citado autor destaca que ante la insuficiencia del patrón “buen padre de familia” en eventos que involucren una actividad profesional, se debe acudir a una valoración *in concreto* del comportamiento, para evitar “(...) construcciones relacionadas con actuaciones ideales”. Para este propósito propone tomar en cuenta “(...) factores como la especialización, la técnica y la competencia, aplicables al caso concreto y con observancia de lo que en este campo se denomina la *lex artis ad hoc*.”. Con relación a ésta, el profesor Santos Ballesteros, con apoyo en lo expresado por el Tribunal Supremo¹¹³, agrega que corresponde a aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto ejecutado por el profesional, que tiene en cuenta las características de su autor, de la profesión y otros factores relacionados, para calificar dicho

¹¹² En “*Instituciones de responsabilidad civil*”. Colección Profesores No. 21. Universidad Javeriana. 2005. Pgs. 295 y 296. Si bien en este capítulo el autor se refiere a la responsabilidad civil de los médicos, nada obsta para llevar al derecho sancionador tan pertinentes criterios.

¹¹³ Sentencia del 11 de marzo de 1991.

acto como conforme o no a la técnica requerida, esto es, a sus propios principios, normas o procedimientos que se proyectan al exterior.

Evidentemente la *diligencia debida* no es un concepto abstracto, general e ideal. No es lo mismo la *diligencia debida* de un médico que la *diligencia debida* de un banquero. Incluso, dentro de un mismo banco es distinta la *diligencia debida* del Oficial de Cumplimiento y la del Vicepresidente de Crédito. Obsérvese, además, que este parámetro es útil, o mejor resulta indispensable, para medir en adecuada forma - en concreto y no idealmente - la diligencia o negligencia que determinan si el actuar reprochado y constitutivo de la correspondiente infracción es o no culpable.

Este índice habrá de ser especialmente pertinente para evaluar la diligencia de los banqueros en el nuevo sistema de administración de riesgos, dentro del cual se destacan el Sistema de Administración del Riesgo Crediticio – SARC, el Sistema de Administración del Riesgo Operativo – SARO y el Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de Financiamiento de Actividades Delictivas – SARLAFAD. Esto, en razón a que las Circulares Externas proferidas por la Superintendencia Financiera que regulan estos Sistemas de Administración de Riesgo ya no señalan de una manera precisa comportamientos definidos, sino que proponen unas pautas generales, conforme las cuales el banquero, como mejor conocedor de su riesgo de cartera, operativo y de lavado debe obrar.

En efecto, por ejemplo, cuando se expidió por la entonces Superintendencia Bancaria la Circular Externa No. 61 de 1996, en la que se estableció el Sistema Integral para la Prevención

del Lavado de Activos – SIPLA, la infracción a la misma se media en términos de desatención, a lo que ésta igualmente la regulaba de manera precisa. En el año 2007 la Superintendencia Financiera le ha propuesto a los banqueros que adopten algún modelo de administración de riesgos. De esta manera – en la práctica – se ha pasado de decirles concretamente cómo deben obrar, a decirles que deben obrar de la mejor manera posible. Obviamente hemos arribado a un concepto completamente nuevo del principio de legalidad.

Dentro del cumplimiento debido de los propios deberes como causal de exculpación cobra especial relevancia lo inherente a las funciones de auditores internos, contadores y revisores fiscales, a quienes de conformidad con los estándares internacionales para la presentación de información financiera, no se les puede exigir que hayan realizado en el desarrollo de sus funciones una cobertura total sobre los bienes o cuentas auditadas, sino tan solo que hayan abarcado una base razonable para poder expresar su opinión. Así por ejemplo, no se les podría reprochar la existencia de una cuenta PUC mal clasificada, salvo que ésta – claro está – tenga por sí sola una relevancia determinante dentro de los estados financieros.

En lo que refiere al rol relativo de vigilar el comportamiento de los subalternos, esa diligencia debida se manifiesta en el cumplimiento de los deberes *in eligendo; in vigilando, e in instruire*. Este último incluye la divulgación de la normatividad legal; el diseño, expedición y distribución de manuales internos que hace propia aquella legislación en el lenguaje, cultura y en relación con los negocios propios de la sociedad; la realización de jornadas intensivas de capacitación con apoyo en expertos externos a la entidad vigilada, tan necesarias en los sistemas de administración del riesgo ya citados.

También será factible invocar otras mas novedosas y sofisticadas, como la actuación basada en la asignación de roles, en la ausencia de posición de garante, diversidad sociocultural y en el principio de confianza.¹¹⁴

Por supuesto que en este escenario todavía resta decantación y tendrá que ser la denominada por nosotros *jurisprudencia administrativa*, a la que en primer lugar le corresponda sentar las razones valederas con sus notas características y desechar aquellas que repugnen con la naturaleza propia del proceso sancionador.

Para este propósito, el operador administrativo deberá tener una actitud receptiva, evitando caer en el error pretérito de leerlas sin atenderlas¹¹⁵ como lo recuerda la profesora Marcela Castro de Cifuentes:¹¹⁶ y sobre todo teniendo en cuenta que el asunto es tan novedoso como trascendental, en la medida en que debe contribuir a un ponderado equilibrio entre derechos fundamentales del infractor y protección del orden público económico y en la medida también en que debe contribuir a evitar que el ciudadano se sienta avasallado, al tiempo que debe prevenir que ese orden quede indebidamente desprotegido, teniendo presente que aquí la

¹¹⁴ "(...) cuando el comportamiento de los seres humanos queda entrelazado, no forma parte del rol del ciudadano controlar permanentemente a todos los demás; de otro modo, no podría haber reparto del trabajo. Existe un principio de confianza.", dice Gunther Jakobs en "La imputación objetiva en derecho penal". Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. 1ª edición. Bogotá, 1994., página 28. "(...) el punto de partida debe estar formado por el principio de que básicamente una persona sólo es responsable por su propia conducta y no por la de terceros (...). Si no tiene una especial posición de garante tendiente a evitar estos daños, puede confiar en que los demás se comportarán cumpliendo su deber.", dice Claudia López Díaz en "Introducción a la imputación objetiva". Universidad Externado de Colombia. 3ª reimpresión. Bogotá, 2000. página 192. Esto tiene íntima relación con lo que la profesora Marcela Castro denomina *hecho de un tercero*. Ob. Cit. Pg. 61

¹¹⁵ Cuando bastaba aludir a ellas en el apartado de argumentos del demandante, al paso que se les daba respuesta en la parte motiva de la resolución sancionatoria afirmando llanamente que las mismas "no son de recibo".

¹¹⁶ Ob. Cit. Pg. 52.

exigencia de diligencia y cuidado es rigurosa, de un nivel elevado, en fin – como se expresara atrás con apoyo doctrinal - que arranca desde la culpa levísima.

Hemos dicho que el ingrediente del debido proceso es el gozne que ha permitido el ingreso de la responsabilidad subjetiva al Derecho Sancionador, en la medida en que fue ponderando éste que por primera vez la Corte dio paso a un tímido matiz de responsabilidad subjetiva, pero también –bajo los nuevos lineamientos aquí propuestos - porque éste es el que le permite al presunto infractor ejercer su derecho de defensa, argüir causales de exculpación, demostrar su actuar diligente y lograr una absolución basada en la ausencia de responsabilidad. Obsérvese que sin debido proceso y sin la exhibición de las causales de exculpación que este permite, no sería posible la absolución dentro del marco de la responsabilidad subjetiva.

Otra de las consecuencias es aquella destacada atrás, concerniente al deber que recae sobre la Superintendencia de valorar las pruebas, atendiendo – ahora - la *indole subjetiva de la responsabilidad*. Esto, como se recordará, se traduce en que para el Organismo de Control ya no es suficiente establecer la prueba concerniente al elemento material de la infracción, sino que además debe probar el elemento psicológico de la infracción. En tal virtud, debe haber un acápite en la resolución, destinado específicamente a poner de presente ese elemento subjetivo, su naturaleza específica (que el reproche se hace a título de culpa), su modalidad (si el dolo eventual o si la culpa es con representación, por ejemplo), su manifestación en el comportamiento de la persona sancionada y al interior del hecho reprochado y por supuesto los medios de prueba que llevan al funcionario a la convicción de que la persona actuó culpablemente.

4.4. LA REALIDAD ACTUAL EN EL PROCESO SANCIONADOR BURSÁTIL Y FINANCIERO

4.4.1. Un caso reciente

En Resolución del 30 de septiembre de 2005 la Superintendencia de Valores impuso una sanción de multa por ciento sesenta y cinco millones de pesos (\$165.000.000,00) a una administradora del sector bursátil.

En lo que hace a la responsabilidad subjetiva en este acto administrativo se invoca la sentencia de la Corte Constitucional T -145/93 para sustentar el hecho de que a la sancionada se le hubiera imputado *la comisión de conductas desplegadas con conocimiento y voluntad, esto es, teniendo en cuenta el factor subjetivo.*¹¹⁷

En particular respecto del comportamiento de la persona sancionada se manifiesta que la infracción acaeció *por su participación activa en los hechos y por su negligencia en la adopción de medidas tendientes a que se cumplieran las correspondientes normas.*¹¹⁸

Y en lo que hace al eventual acaecimiento de causales de exculpación, se manifiesta que *no se observa que la administradora hubiera sido inducida por actuación dolosa de un tercero y menos aún Que hubiera actuado por caso fortuito o fuerza mayor.*¹¹⁹

¹¹⁷ Pg. 125.

¹¹⁸ Pgs. 103. Aunque mas adelante contradictoriamente se expresa que (...) *no fue precisamente su conducta omisiva o negligente lo que llevo lo que llevo a la firma comisionista a infringir el ordenamiento jurídico (...)*". Página 113.

Al resolverse el 9 de diciembre de 2005 el recurso de apelación se confirmó integralmente la multa, diciendo que la sanción nunca estuvo basada en *un supuesto de responsabilidad objetiva basado en que la investigada era representante legal de la firma, pues ella bien por acción, ya por omisión había incurrido en conductas reprochables “(...) dolosa o negligentemente (...)”*.¹²⁰

4.4.2. Comentarios

En primer lugar debe recordarse que la aludida sentencia de la Corte Constitucional T - 145/93 se refiere a la capacidad sancionatoria del Ministerio de Obras Públicas. Con relación a ella el tutelante alegó que en determinado caso se le desconoció su derecho al debido proceso, en la medida en que se le negó la posibilidad de solicitar pruebas y de controvertir las aducidas en su contra, amén de que nunca se le notificó la iniciación de la investigación, ni se le pidieron explicaciones.

Ahora bien, es verdad que la Corte en la parte motiva de esta sentencia la Corte expresó que *“(...) carece de respaldo constitucional la imposición de sanciones administrativas de plano con fundamento en la comprobación objetiva de una conducta ilegal.”*

No obstante, en esta providencia la Corporación jurisprudencial en ningún momento se refiere a la necesidad de acudir a los preceptos de la responsabilidad subjetiva imbuida de

¹¹⁹ Pg. 126.

¹²⁰ Pg. 14.

dolo o culpa. Allí la Corte se concreta a ordenar al Ministerio *oír* al representante legal de la sociedad sancionada, con miras al ejercicio oportuno de su derecho de defensa.

Resulta ostensible que el Organismo de Control aplicó de manera extensiva la jurisprudencia a un evento ajeno a la misma, omitiendo la lectura de los hechos, haciendo caso omiso del sustento y de la decisión del caso y tan solo buscando en la parte motiva los párrafos cuya redacción le resultaba más conveniente para respaldar su tesis.¹²¹ Por consiguiente, no parece que el sustento invocado por la Superintendencia sea adecuado y por ello queda sin piso la responsabilidad “por dolo o culpa” que el acto administrativo trae a colación.

De otro lado, se echa de menos la invocación y analogización de la sentencia C-616/02 que exige la demostración de un comportamiento cuando menos ausente de diligencia como requisito *sine qua non* para la imposición de sanciones de mayor entidad como la de este caso, al igual que un pronunciamiento respecto de la eventual inaplicabilidad de la norma que por virtud de lo dispuesto en la Ley 964 del 8 de julio de 2005 (por lo tanto vigente para la fecha de expedición de la resolución sancionatoria) ya exigía valorar las pruebas conforme a la “(...) *índole objetiva de la responsabilidad* (...)” y de las sentencias C-599/92 y C-10/03 que declararon exequibles idénticas disposiciones.

Igualmente, el acto examinado carece del acápite relativo a la prueba del elemento psicológico, su naturaleza y manifestación y por consiguiente de un fundamento claro y preciso para la responsabilidad subjetiva que se pregona.

¹²¹ Contra lo que precisamente advierte López Medina. Ob. Cit. Pg. 237, nota 53.

La ausencia de estos análisis, es lo que lleva a situaciones singulares, como aquella relativa a calificar el comportamiento como doloso o culposo, lo cual evidentemente genera incertidumbre y dificulta la defensa.

Finalmente procede decir que la propuesta exculpación *por inducida actuación dolosa de un tercero*, es en realidad del todo improcedente. Baste recordar que inducir es sinónimo de incitar, estimular y no de constreñir. Esto por consiguiente realmente conduce a figuras distintas, como la de coparticipación, coautoría, determinación, o autoría intelectual, pero no a la exculpación.

Con respecto a la Superintendencia Bancaria, podemos decir con holgado conocimiento de causa que este Organismo de Control nunca sostuvo – cuando menos hasta el 31 de diciembre de 2005- tesis alguna a relativa a una responsabilidad claramente subjetiva culposa¹²² y mucho menos dolosa; que nunca hasta esa fecha absolvió a banquero alguno por el hecho de no haberle podido probar un comportamiento doloso, ni tampoco sancionó a ninguno con fundamento en un actuar calificado de esta manera.

Lo que sí hizo esta Superintendencia, particularmente en los años que abarcan el lustro que se ancla en el cambio de Siglo, fue privilegiar el debido proceso, particularmente en lo que hace a la práctica de pruebas, aunque también es un hecho cierto, que durante esos mismos años

¹²² Admitamos como posible – para darle juego a las probabilidades – que ello si hubiera sucedido en algún caso aislado. Sin embargo de haber acaecido, tal propuesta no tuvo trascendencia, no hizo carrera...

nunca pronunció la palabra dolo y en cambio sí estampó cientos de veces la palabra n e g l i g e n t e al momento de evaluar comportamientos tanto personales como institucionales.

5. LA PROPUESTA RELATIVA AL FALLO DE EXEQUIBILIDAD

En realidad la propuesta adicional que ahora se propone, tiene dos manifestaciones posibles. Una repetiría lo dicho por la propia Corte; otra, debería acoger la que en este texto se formula.

Adviértase que esta propuesta está basada en los fundamentos científicos que emanan de los ejercicios de analogización ya realizados, los cuales a su turno son fruto de la aplicación del trabajo de Diego López, en tanto que éste a su turno encuentra sus raíces en la propuesta de la propia Corte Constitucional y - si vamos mas atrás - en la forma de lectura de los precedentes que desde hace Siglos impera en el sistema de derecho anglosajón. Esto se enriquece con la crítica que con nuestro propio parecer aquí le hacemos a algunos apartes de la jurisprudencia, con el respaldo de a lo menos diez años de decantación doctrinal.

5.1. La eventual decisión sobre la índole objetiva de la responsabilidad

De lo que se trata ahora, es de proponer cómo podría pronunciarse la Corte si se le planteara el examen de exequibilidad del artículo 45 de la Ley 795 de 2003, que estableció en el artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el régimen sancionatorio administrativo, aplicable a las entidades vigiladas por la entonces Superintendencia Bancaria y ahora por la Superintendencia Financiera y de manera particular de aquella disposición (Numero 4, letra k)

en la que se expresa que las pruebas deben valorarse atendiendo la "(...) índole objetiva de la responsabilidad (...)".¹²³

5.1.1. Si se sigue la línea jurisprudencial

Recordemos que en las sentencias C – 599/92 y C – 10/03 se estudió la exequibilidad de sendas normas de idéntico contenido a la precedentemente transcrita.

Siguiendo los lineamientos de estas providencias y reiterando rápidamente los ejercicios de analogización ya realizados, debe decirse que de estudiar la exequibilidad del artículo que propone la responsabilidad objetiva al interior del Derecho Sancionador Bancario y Bursátil, seguramente la Corte Constitucional insistiría en el que el Código Penal no aplica en el Derecho Sancionador; continuaría dándole preponderancia al debido proceso - pues su ausencia invariablemente torna en indigna la actuación seguida contra la persona -; seguiría admitiendo tímidamente apenas el principio general de que la fuerza mayor o caso fortuito operan como factores eximentes de responsabilidad; pero no pediría fallos con dolo o culpa.

En este orden de ideas, concluiría que *"Señalar que la responsabilidad por la comisión de la infracciones bancarias o bursátiles es de índole objetiva, no desconoce ninguna norma constitucional (...)".*

¹²³ Por virtud de lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 964 de 2005 (Ley marco del mercado de valores), las actuaciones administrativas que requiera adelantar la entonces Superintendencia de Valores deben sujetarse al procedimiento determinado en el numeral 4 del artículo 208 del ya citado Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Así las cosas hoy en día por razón de la fusión en la Superintendencia Financiera rige un solo régimen sancionatorio administrativo y por ende en los procesos relativos a la responsabilidad de agentes bursátiles también aplica la citada norma de responsabilidad objetiva.

En armonía con estas apreciaciones, debería fallar el Consejo de Estado dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y conforme la órbita de su competencia.

5.1.2. Si se adopta la tesis de la culpa en el derecho sancionador

Por el contrario, si la Corte acogiera la fórmula de la responsabilidad subjetiva, debería concluir que *señalar que la responsabilidad por la comisión de la infracciones bancarias o bursátiles es de índole objetiva, desconoce el principio de culpabilidad consagrado en el artículo 29 constitucional, por lo cual se impone su aplicación mutatis mutandi en el derecho sancionador financiero, esto es, exigiendo que invariablemente los fallos estén basados cuando menos en la conducta culposo/negligente de las personas.*

En tal caso, aunque la Corte debería seguir insistiendo en el que el Código Penal no aplica en el Derecho Sancionador y continuara dándole preponderancia al debido proceso, necesariamente – obrando en consecuencia - debería proponer otros factores eximentes de responsabilidad adicionales a la fuerza mayor o caso fortuito.

Por otra parte, sería de esperar que ya no se estime como útil o necesario el argumento relativo a la necesidad de conceder preponderancia a la eficacia de la actuación administrativa, el cual como se expresara anteriormente tiene el doble defecto que pasa por encima de los derechos individuales y abre paso a la arbitrariedad.

En este punto, cabe preguntarse cual sería el efecto que este eventual cambio de posición jurisprudencial podría producir sobre lo preteridamente dicho en las sentencias C – 599/92 y C – 10/03. Acaso podría pensarse que las disposiciones allí examinadas serían susceptibles de una nueva demanda de exequibilidad? Creemos que si.

Veámoslo en primer lugar a través de un ejemplo comparativo. Si el artículo 29 de la Constitución Política fuera modificado por virtud de lo dispuesto en un Acto Legislativo en el que – por ejemplo - se estableciera categóricamente que *“El debido proceso y el principio de culpabilidad se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”* y de manera particular que *“Ninguna persona podrá ser sancionada en actuaciones judiciales y administrativas sino en virtud de la comprobación de su actuar doloso o culposo”*, es apenas obvio que las normas sobre responsabilidad objetiva que hubieran sido declaradas exequibles por virtud de lo dispuesto en el “anterior” artículo 29 podrían ser objeto de nuevo examen, sin que pudiera la Corte anteponer la excepción de cosa juzgada, y en tal caso es apenas obvio que en la segunda oportunidad serían declaradas como inconstitucionales.

Por lo tanto, en el mismo orden de ideas, si se reconoce que la jurisprudencia crea verdadero derecho y que una norma constitucional no puede leerse sin la interpretación autorizada que hace la Corte, y si estimamos que una nueva lectura por parte de la Corte Constitucional cambia en sí misma la propia sustancia de la norma, entonces habrá que concluir que el cambio en la lectura del artículo citado, debe conducir a la posibilidad de un nuevo examen de la disposición legal, sin que pueda la Corte anteponer la excepción de cosa juzgada y en tal caso es apenas obvio que en la segunda oportunidad la decisión sobre la norma que consagra

para el derecho cambiario la “(...) índole objetiva de la responsabilidad (...)” sería de inconstitucionalidad.

5.2. La eventual decisión sobre las sanciones rescisorias

Recordemos que en la Ley 795 de 2003 (que modificó el artículo 208 EOSF) se expresa que dentro de las sanciones de carácter administrativo que la Superintendencia Financiera puede imponer a las entidades entonces vigiladas por la Superintendencia Bancaria se encuentran las de “c) *Suspensión o inhabilitación hasta por cinco (5) años para el ejercicio de aquellos cargos en entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria que requieran para su desempeño la posesión ante dicho organismo;* d) *Remoción de los administradores, directores, representantes legales o de los revisores fiscales de las personas vigiladas por la Superintendencia Bancaria (...)*”¹²⁴.

5.2.1. Si se sigue la línea jurisprudencial

Si la Corte siguiera su propia línea jurisprudencial (sentencia C-616/02) entonces diría que estas sanciones comprometen de manera específica el ejercicio del derecho al trabajo y de la libertad de empresa; no tienen un carácter meramente monetario y no pueden ser consideradas como de menor entidad.

¹²⁴ Similares sanciones se predicán en la Ley 964 de 2005 para el Mercado de Valores.

Por lo tanto, agregaría que las normas que consagran estas sanciones son exequibles, pero que no pueden imponerse como consecuencia “automática” de la sanción institucional, deben ir acompañadas de las garantías propias del debido proceso y que debe demostrarse que el investigado es responsable de la comisión de alguna infracción “(...) o, al menos, que su comportamiento no fue diligente en la medida en que no adoptó las precauciones y el cuidado que le corresponde, de acuerdo con las normas respecto de las actividades que realiza.”.

5.2.2. Si se adopta la tesis de la culpa en el Derecho Sancionador

En este evento, la Corte debería decir que al interior del Derecho Sancionador no es posible atribuir responsabilidad a título de responsabilidad objetiva y que por el contrario invariablemente debe predicarse la responsabilidad subjetiva, pero no a título de dolo, sino de culpa cuando menos por negligencia.

De esta manera, el principal aporte de esta providencia no estaría tanto en afirmar que las señaladas sanciones no pueden sea consecuencia “automática” de la infracción institucional, ni en la imposición de garantías propias del debido proceso que posibilite que se soliciten y decreten pruebas; sino mas bien en la exigencia de demostrar que el comportamiento del investigado fue a lo menos culposo, en la medida en que no adoptó las precauciones y el cuidado que le correspondía.

Sin embargo, esta decisión – si se atiende lo señalado en el numeral 5.1.2 precedente - no debería abarcar únicamente las sanciones de suspensión o exigencia de remoción, sino todas las señaladas en el régimen financiero.

CONCLUSIÓN GENERAL

*“Es en el enfrentamiento entre estas potestades de la Administración y la posición del ciudadano, como sujeto de derecho y de libertades, lo que ha hecho surgir el Derecho Sancionador”.*¹²⁵

La actuación administrativa para determinar la comisión de infracciones puede iniciarse de oficio, mediante la práctica de visitas y, en general, por cualquier medio que ofrezca credibilidad, dice el artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

La misma disposición agrega, que si el funcionario competente considera que los hechos investigados constituyen una posible infracción, debe formular los cargos correspondientes a los presuntos infractores mediante acto motivado que debe contener una síntesis de los hechos constitutivos de las posibles infracciones, de las pruebas allegadas hasta ese momento y de las normas que se estiman infringidas.

Por lo tanto, no puede haber formulación de cargos a una persona natural sino se cumplen al menos dos requisitos: Primero, si no se demuestra que se ha infringido una norma; segundo si no se demuestra que hay una persona específicamente responsable del cumplimiento del correspondiente deber. Establecido esto, procede la formulación de cargos.

¹²⁵ García de Enterría. “Hacia una nueva justicia administrativa”. Pg. 37.

El siguiente es otro aspecto que nos interesa relevar aquí: Durante el término de traslado, el expediente respectivo queda a disposición del presunto infractor para que presente las explicaciones que consideren pertinentes y solicite la práctica de pruebas. Ya hemos dicho que el ingrediente del debido proceso es el gozne que ha permitido el ingreso de la responsabilidad subjetiva al Derecho Sancionador, en la medida en que fue ponderando éste que por primera vez la Corte dio paso a un tímido matiz de responsabilidad subjetiva, pero también porque éste le permite al presunto infractor ejercer su derecho de defensa.

Puede argüir, por ejemplo que el hecho no ocurrió, o que no era infracción. Recuérdese que lo establecido por el Organismo de Control en su inspección no es una verdad inmodificable, que el contenido del Informe de Visita es desvirtuable. También puede argumentar que el asunto no estaba bajo su responsabilidad, o que actuó con total diligencia.

La Superintendencia una vez vencido el término de traslado procede a evaluar las explicaciones, contrastándolas con el contenido del Informe de Visita y valora las pruebas que hayan sido recaudadas. Si no encuentran razonables las explicaciones, ni probada causal alguna de exculpación, puede y debe concluir que la infracción acaeció como consecuencia de un actuar a lo menos negligente, por desidia o descuido de la persona acusada. El debido proceso garantiza que a ésta conclusión no sea posible arribar por el camino de las suposiciones. En nuestra propuesta no hay lugar para presunciones.

El asunto no es puramente sustantivo, de denominación, o meramente nominativo. El efecto más trascendental que tiene la adopción de la responsabilidad subjetiva por culpa en modo de

negligencia radica en la posibilidad de que sean (no meramente aducidas), sino realmente acogidas o mejor aún *aceptadas*, aquellas causales de exculpación que impiden exigir un comportamiento heroico del banquero, o imponerle la carga de asumir obligaciones imposibles de cumplir, sin olvidar –claro está– que la exigencia que se hace al banquero se haya en el escenario de la máxima diligencia.

En el mismo orden de ideas, debe entenderse que la principal causal de exculpación que emana de nuestra propuesta es ésta: Diligencia debida y máxima debidamente probada, a efecto que sea posible alcanzar la absolución, aunque el hecho que haya producido éste, probada la infracción y a pesar de estar demostrada la responsabilidad funcional.

Valga recordar aquí que la palabra negligencia fue mencionada cientos de veces en estos últimos años por la Superintendencia Bancaria en sus actos sancionatorios personales e institucionales.

Por supuesto que nada se opone a que en un determinado caso se logre demostrar que la infracción *acaeció* por un comportamiento doloso. Si ello está probado mucho mejor. Cosa distinta es que se impusiera una responsabilidad subjetiva tipo Código Penal, basada en la prevalencia del dolo. Ello abriría la puerta a la injusta desprotección del orden público económico – financiero, como quiera que en tal caso le bastaría a las personas naturales probar su actuar negligente, para – absurdamente – por ausencia de reproche en modo de culpa, resultar fácilmente absueltas. Por su parte, las personas jurídicas encontrarían viable que se les declarara algo así como inimputables para estos efectos.

Digámoslo claramente: En estos términos absolver a un presunto infractor por la circunstancia que no se ha podido probar su actuar doloso, y sobre todo haciendo caso omiso de la prueba de su proceder negligente, traería consecuencias tan indeseables como la relatada y otras más de efectos impredecibles.

Si no fuese procesalmente posible acreditar una causal de exculpación, o si ésta fuera invariablemente desatendida; si el Informe de Visita gozara de una presunción diamantina¹²⁶ de veracidad; si los cargos no fueran desvirtuables, o si no se pudiera probar un comportamiento diligente, y si pasando por encima e ignorando todo ello se impusiera una sanción basada en responsabilidad objetiva, entonces – se reitera - se estaría exigiendo de las entidades vigiladas y de sus administradores un comportamiento heroico, violatorio de un aforismo tan sencillo como universal: *Nadie está obligado a lo imposible*.

Así las cosas, la exigencia a que no haya fallos sin prueba de la culpa en el derecho sancionador resulta útil – nada más, nada menos – que para quitarle injusticia a las decisiones administrativas de sanción.

Hasta ahora la Corte Constitucional se ha propuesto resolver lo relativo a la procedencia de la responsabilidad subjetiva en el derecho sancionador caso por caso. Ello sin duda ha contribuido a generar un proceso más rico y garantizador, pero también ha provocado soluciones disímiles. Sería mejor adoptar una regla general:

¹²⁶ Adjetivo aplicable en este caso no en su acepción de brillo, sino haciendo referencia a su eventualmente pretendida solidez.

Que en ningún caso en el Derecho Sancionador aplica el código penal; que el debido proceso supone el ejercicio pleno del derecho a ser oído y sobre todo a exponer – y probar - causales de exculpación mas allá del caso fortuito o fuerza mayor; que al administrador bancario y a su pares se les exige una actitud profesional cuyo recto ejercicio tiene un alto grado de rigurosidad; que por consiguiente su principal causal de exculpación es la prueba de la máxima diligencia debida; que ésta causal y otras más deben ser aceptadas como factores de exculpación por la autoridad administrativa; y lo que es nuestra principal propuesta: **que para dar correcta aplicación al principio de culpabilidad del artículo 29 Superior en el Derecho Sancionador no es posible sancionar a las personas naturales, ni a las personas jurídicas, sin que se les haya probado a lo menos su responsabilidad subjetiva en grado de culpa y en modalidad de negligencia.**

Antes “Se temía que el reconocimiento de límites al ejercicio de la potestad de sancionar, o de garantías al ciudadano frente al poder represor de la administración desvirtuaba la anhelada eficacia administrativa.”¹²⁷. ahora, creemos que al proponer una lectura mas rigurosa del artículo 29 se contribuye a hacer mas seguro el procedimiento sancionatorio financiero, para que las solicitudes de explicaciones, las decisiones de sanción, o de archivo y los actos que resuelven los recursos, tengan una sustentación – al menos en lo que a esta materia se refiere – mas coherente, mas predecible y sobre todo mas justa, o - mejor aún – que alcancen sintonía con las mas modernas y garantizadoras tesis jurídicas.

¹²⁷ Angeles De Palma del Teso. Ob. Cit. Pg. 114.

BIBLIOGRAFÍA

Vicenc Aguado I Cudolá. *“La presunción de certeza en el derecho administrativo sancionador”*. Editorial Civitas Madrid. 1994.

Hernando Barreto Ardila. *“Principios y Normas de la Ley Disciplinaria”*. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Imprenta Nacional de Colombia, Octubre de 1999.

Marcela Castro de Cifuentes. *“Responsabilidad administrativa de los administradores de entidades financieras y del mercado de valores: Una evaluación jurisprudencial desde la óptica de lo contencioso administrativo”*. Memorias del II Congreso Uniandino de derecho financiero y del mercado de capitales. Ediciones Uniandes. Facultad de Derecho. Primera edición. Marzo de 2005.

Georges Dellis. *“Droit Penal et droit administratif – l’influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif”*. Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1997.

Ángeles De Palma Del Teso. *“Principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador”*. Editorial Tecnos Madrid. 1996.

Fernando Díaz Palos. *“Dolo Penal”* Editorial Bosch Barcelona. Texto anterior a 1970.

José Roberto Dromi. *"Instituciones de Derecho administrativo"*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1983. 2ª reimpresión.

José Roberto Dromi. *"Derecho Administrativo"*. Editorial Astrea Buenos Aires 1992.

Catalina Escuin Palop. *"Curso de derecho administrativo"*. Editorial Tirant lo blanch Valencia. 2003.

Francisco Ferrería Delgado. *"Teoría General del Delito"*. Editorial Temis, Bogotá 1988.

Eduardo García de Enterría. *"La lucha contra las inmunidades del poder"* Editorial Civitas. Tercera edición, 1983. Madrid.

Eduardo García de Enterría. *"Hacia una nueva justicia administrativa"* Editorial Civitas. Primera edición, 1989. Madrid.

Eduardo García de Enterría/Tomas-Ramón Fernández *"Curso de Derecho Administrativo II"* Editorial Civitas. Madrid Octava edición 2002.

Bernardo Gaitán Mahecha. *"Principios Fundamentales del Derecho Penal"*. Revista Universitas de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. No. 60. Junio de 1981.

Andres Garcia Florez/ Gerhard Alexander Foerster M. *“La sanción administrativa y el derecho penal administrativo”*. Tesis de Grado. Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1991.

Jaime Giraldo Ángel. *“Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica”*. Editorial Temis. Segunda Edición. Bogotá, 1980.

Massimo Severo Giannini. *“Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo”*. Instituto Nacional de Administración Pública. Primera edición. Milan. Diciembre de 1980.

Efraín Gómez Cardona. *“Nuevo derecho administrativo colombiano General y Especial”*. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín 1995.

Álvaro Andrés González Briceño. *“Responsabilidad civil y administrativa por el ejercicio de la función de intermediación financiera”*, artículo publicado en la Revista de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. No. 24. Abril de 2000.

Gunther Jakobs *La imputación objetiva en derecho penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. 1ª edición. Bogotá, 1994.

Günther Jakobs *“Culpabilidad en derecho penal Dos cuestiones fundamentales”* Traducción de Manuel Cancio Meliá Marcelo A Sancinetti. Universidad Externado de Colombia. Centro

de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Primera edición. Bogotá, septiembre de 1998.

Daniel Fernando Jiménez Jiménez. *“Responsabilidad Objetiva* en:
<http://www.superfinanciera.gov.co/ComunicadosyPublicaciones/80web>

Claudia López Díaz. *“Introducción a la Imputación Objetiva”*. Universidad Externado de Colombia Colección de estudios No. 5. del Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. 3ª reimpresión. Bogotá, 2000.

Diego Eduardo López Medina. *“El derecho de los jueces”*. Ediciones Uniandes. Legis. Primera Edición. Bogotá. Año 2000. Segunda Edición. Bogotá. Año 2006.

Diego Eduardo López Medina. *“Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia”*. Revista de Derecho Público Uniandes N. 15. Bogotá, 2002.

Adolfo Merkl. *“Teoría General del Derecho Administrativo”*. Editora Nacional. México. 1975.

Francisco Muñoz Conde. *“Teoría General del Delito”* Segunda Edición Temis. Bogotá, 2005.

Jaime Ossa Arbelaéz. *"Derecho Administrativo Sancionador"* Editorial Legis. Primera Edición 2000. Bogotá

Nilson Pinilla Pinilla. *"Fundamentos de Derecho Administrativo Sancionatorio"*, Revista del Banco de la República, Bogotá, Julio de 1989.

Juan Carlos Prías. *"El tipo subjetivo o la erradicación de la responsabilidad objetiva"*. Ensayo elaborado para optar como Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá, agosto de 2002.

Alfonso Reyes Echandía. *"Culpabilidad"*. Editorial Temis. Tercera edición. Bogotá 1988.

Georges Ripert. *Traité élémentaire de droit commercial.* Neuvième édition. Tomo II, par René Roblot. Librairie Générale de droit et de jurisprudence. Paris. 1981.

Julio César Rodas Monsalve. *"Responsabilidad penal y administrativa en derecho ambiental colombiano"*. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2005.

Mariana Sacher de Köster. *"Evolución del tipo subjetivo"*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Primera edición. Bogotá, septiembre de 1998.

Jorge Santos Ballesteros. *“Instituciones de responsabilidad civil”*. Colección Profesores No. 21. Universidad Javeriana. 2005.

Paul Cahn Speyer Wells. *“La culpabilidad en el régimen sancionatorio tributario y administrativo general”* Revista de Derecho Económico. Año V, No. 9-10. Bogotá, Editorial Legis. Enero – diciembre de 1987.

Jaime Vidal Perdomo. *“Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas”*. Novena Edición. 2005.

Emilio Wills Cervantes. *“La responsabilidad objetiva en las infracciones cambiarias”*. Ámbito Jurídico. Editorial Legis. Bogotá, 10 al 23 de marzo de 2003. Página 14 A.

Guido Zanobini. *“Corso de Diritto amministrativo”*. Volume primo. Principi generali. Ottava edizione. Ed. Guiffré. Milano. 1958.

Páginas WEB:

<http://juriscol.banrep.gov.co>

<http://www.ramajudicial.gov.co>

A. M. D. G.