

Derecho administrativo sancionador

Entre el
control social
y la protección
de los
derechos
fundamentales

Juan Gabriel Rojas López

Universidad
Externado
de Colombia

Derecho administrativo sancionador

Entre el
control social
y la protección
de los
derechos
fundamentales

Juan Gabriel Rojas López

Universidad
Externado
de Colombia

Juan Gabriel Rojas López

Es doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas y magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, además de especialista en Derecho Público con énfasis en Derecho Administrativo. Abogado en ejercicio y socio director de la firma Litigio Administrativo S. A. S. Docente del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

Derecho administrativo sancionador

Juan Gabriel Rojas López

**Derecho administrativo
sancionador**
**Entre el control social y la
protección de los derechos
fundamentales**

Universidad Externado de Colombia

Rojas López, Juan Gabriel

Derecho administrativo sancionador entre el control social y la protección de los derechos fundamentales / Juan Gabriel Rojas López. – Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020.

473 páginas ; 21 cm.

Incluye referencias bibliográficas (páginas 413-447)

ISBN: 9789587902891

1. Procedimiento administrativo 2. Sanciones administrativas 3. Administración pública -- Aspectos jurídicos 4. Protección de los derechos fundamentales 5. Derecho administrativo 6. Derecho administrativo disciplinario I. Universidad Externado de Colombia II. Título

344 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia.
Biblioteca. EAP.

Febrero de 2020

ISBN 978-958-790-289-1

© 2020, JUAN GABRIEL ROJAS LÓPEZ

© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: abril de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Néstor Clavijo

Composición: Álvaro Rodríguez

Impresión: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra sin autorización expresa y por escrito del Departamento de

Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

Diseño epub:

[Hipertexto – Netizen Digital Solutions](#)

A Elizabeth, Isabel, Santiago y a mi padre, Gabriel José

CONTENIDO

PROEMIO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

Fundamentos de la potestad sancionadora de la Administración

Introducción

Sección I. De la justificación y finalidad de la potestad sancionadora del Estado

Sección II. Los fines de la sanción punitiva

Sección III. La potestad sancionadora de la Administración. Noción conceptual, características y finalidades

Sección IV. Fundamentos constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración

CAPÍTULO SEGUNDO

Análisis sobre las diferencias y semejanzas entre la infracción penal y la administrativa

Introducción

Sección I. Aproximaciones a la noción conceptual de la sanción administrativa

Sección II. Análisis sobre las diferencias y semejanzas entre la infracción penal y la infracción administrativa

Sección III. Concepciones teóricas en torno a la distinción entre la infracción administrativa y el delito

CAPÍTULO TERCERO

Principios orientadores de la potestad sancionadora de la Administración

Introducción

Sección I. El principio de legalidad

Sección II. El principio de culpabilidad

Sección III. El principio de presunción de inocencia

Sección IV. El principio de non bis in idem

Sección V. El principio de proporcionalidad

Sección VI. El principio del debido proceso

CAPÍTULO CUARTO

El derecho administrativo sancionador y las garantías históricas del derecho punitivo estatal. Una reflexión crítica al derecho sancionador colombiano

Introducción

Sección I. Reflexiones sobre el non bis in idem y su interpretación y aplicación en el derecho colombiano

Sección II. De la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad como conquistas históricas en el derecho punitivo estatal y su aplicación matizada en Colombia

Sección III. La huida del derecho penal o el doble ámbito sancionador

Sección IV. El derecho administrativo sancionador garantista. Una propuesta para Colombia

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ÍNDICE GENERAL

NOTAS AL PIE

PROEMIO

Este libro es el resultado una investigación adelantada durante varios años que ha continuado alimentándose de los incesantes acontecimientos que a diario se presentan en los ámbitos académicos y jurisprudenciales.

Ahora hemos decidido que es momento de hacer la publicación y poner este libro a consideración de la comunidad académica, pues algunas de las reformas legales que se veían venir¹ o por las cuales se clamaba, como por ejemplo la definición clara de la responsabilidad subjetiva en materia de pérdida de investidura, hoy constituyen una realidad normativa². De igual forma se han emitido trascendentales decisiones judiciales que han contribuido a la evolución del tema desarrollado, por lo que ha valido la pena la espera para que este trabajo sea difundido con la esperanza de que sirva para decantar las instituciones y garantías en el campo de las crecientes potestades sancionadoras de la Administración.

Es momento de reconocer que sin el apoyo de tantas personas que de una u otra forma contribuyeron a la terminación del trabajo de investigación con sus aportes, recomendaciones bibliográficas, revisiones y observaciones, no habría llegado este trabajo investigativo a buen puerto. En especial, infinitos agradecimientos al doctor Juan Carlos Henao, quien con erudición revisó y orientó la investigación desarrollada.

Igualmente debemos agradecer a los profesores Alberto Montaña Plata, Carlos Bernal Pulido, Alexánder Sánchez, Jaime Ossa Arbeláez y Hugo Marín, por sus pertinentes observaciones; al profesor José Fernando Botero Bernal, por sus recomendaciones bibliográficas y su disposición; a los doctores Édgar Cortés y Julia Rodríguez, por el apoyo recibido; y a Gabriel José Rojas Orrego, por su dedicación.

Por último, nuestros agradecimientos a la Coordinación de los programas de doctorado y al Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, por el apoyo constante.

INTRODUCCIÓN

I. LAS RAZONES QUE CONDUJERON A LA ELABORACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN QUE SIRVE DE SOPORTE A ESTA OBRA

El observar con estupefacción el crecimiento casi desmedido de las potestades punitivas de la Administración, las cuales se ramifican en todos los sectores de la sociedad y de la actividad económica, y que ha venido acompañado de una tendencia a una mayor drasticidad de las sanciones administrativas, en la misma forma en que se abre paso un discurso teórico afín a la admisión pacífica de la “matización” de las garantías históricas del derecho punitivo en el ámbito del derecho administrativo sancionador, ha sido la razón primordial para realizar este trabajo, que pretende plantear la necesidad de llegar a un punto de equilibrio entre la necesidad de la realización del control social, por la vía punitiva administrativa, y la protección de los derechos fundamentales.

Por ello se ha tenido la intención de trascender el análisis estrictamente disciplinar del derecho, con el propósito de dar una mirada desde el punto de vista de una disciplina tan cercana como lo es la sociología jurídica. Desde esta perspectiva se mira el derecho tanto en su conjunto como en sus partes, para dar lugar al análisis de las instituciones que han surgido con el paso de los siglos³, como el delito y su represión, los derechos subjetivos⁴ y, valdría agregar, la infracción administrativa y su sanción.

Por tanto, y tal como lo plantea el profesor Vincenzo Ferrari, la sociología del derecho se ocupa entre otras cosas, “de la relación entre previsiones normativas jurídicas, acciones y comportamientos, así como de los procesos decisorios que conducen a definir socialmente acciones y comportamientos como lícitos o ilícitos”⁵. Además, desde un ángulo de la sociología jurídica se concibe al derecho como un instrumento de control social, por ser fundamentalmente una “actividad dirigida a orientar a los individuos en la

observación de comportamientos conformes a finalidades generales de orden y paz social, según la visión de quienes detentan el poder”⁶.

Desde este punto de vista es claro que el derecho en general y el derecho sancionador en particular constituyen instrumentos de control social⁷, pues sirven para garantizar la conformidad de los individuos con las exigencias conductuales que les son impuestas por el sistema social, lo que se refuerza con el establecimiento de un sistema de sanciones encaminadas a garantizar el funcionamiento de dicho orden⁸.

En efecto, dentro de la sociología jurídica existe una ramificación que lleva a un mayor nivel de detalle el objeto de estudio, la cual se conoce como sociología del castigo, que tiene entre sus objetivos analizar las diferentes teorías sobre el delito, que es desde donde de manera tradicional se hacen los análisis en esta materia⁹, pero que sin duda puede hacerse extensiva hacia todos los ámbitos punitivos estatales.

Ahora bien, partiendo de la base de que el objeto primordial de estudio lo constituye la potestad punitiva de la Administración y el derecho encargado de regularla, analizada esta como un instrumento de control social que debe estar sometido a claros límites que permitan la salvaguarda de los derechos individuales frente a la permanente tensión generada por la necesidad de hacer prevalecer el interés general, se cree que se aborda uno de los capítulos fundamentales de la disciplina sociojurídica con un tinte de novedad, cual es el análisis desde el punto de vista del derecho administrativo y no solo desde el derecho penal.

Por otra parte, y desde la perspectiva de las instituciones políticas, es claro que el ius puniendi del Estado surge como consecuencia lógica de la posesión del poder político de parte del Estado, de la necesidad de justificar y de mantener el monopolio de la violencia¹⁰ legítima, lo cual se pretende lograr primero por la vía de la norma y después por la habilitación con el uso de la fuerza¹¹, incluso como coacción directa¹², si fuere del caso.

El derecho surge como producto de los acuerdos sociales y políticos. Es, si se quiere, la política con otro ropaje, lo que es apenas lógico si se parte de la base de que los fenómenos sociales, económicos y políticos terminan incidiendo en la modelación del derecho. Ello se observa de manera prístina

por ejemplo en el hecho de que es el legislador, en el contexto de su ejercicio político natural, el que define lo que habrá de ser considerado como delito o infracción administrativa.

¿Qué puede tener más estirpe política que la expresión del poder punitivo de un Estado? Por eso, y parafraseando a Robert Dahl, a la política pertenecen las relaciones de gobierno, autoridad y poder¹³, y siendo el ius puniendi del Estado una emanación del poder político de este, quizá el rostro más connatural al poder constituya una de las instituciones políticas por esencia.

II. UNA CONCEPCIÓN DEMOLIBERAL Y GARANTISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. PUNTO DE PARTIDA PARA LAS IDEAS EXPRESADAS

Se reconoce que la prevalencia del interés general es un elemento fundamental de toda organización política, pero ello no tiene por qué significar el sacrificio desproporcionado de los derechos individuales y mucho menos la anulación de las libertades. De allí el título de este libro, que pretende evidenciar la tensión presentada y que ha justificado la investigación adelantada (el control social y la protección de los derechos fundamentales).

Sin embargo, el autor reconoce que una propuesta de esta estirpe, que puede en realidad ser calificada como garantista, implica, en los tiempos actuales, nadar en contracorriente, pues cada día son mayores las voces que abogan por un sistema de control social punitivo más eficaz y menos garantista apoyado en la lógica de las políticas de seguridad para enfrentar los tiempos de la sociedad del riesgo, en la cual se justifican en ocasiones los medios, con tal de alcanzar los fines propuestos.

En ese contexto, hasta las conquistas históricas del derecho penal se ponen en tela de juicio, estableciendo categorías que desconocen los fundamentos filosóficos que le sirvieron de base al desarrollo de esta disciplina, y se pasa

por ejemplo de hablar de ciudadano a enemigo, con toda la carga simbólica que de ello se desprende y, sobre todo, las consecuencias que desde el punto de vista práctico puede acarrear tal transformación del lenguaje en la garantía de los derechos.

Si dichas tensiones se presentan en el contexto del derecho penal, qué decir de lo que ocurre en el marco del derecho administrativo sancionador, subsistema normativo que es tratado como un derecho punitivo de poca relevancia o un derecho poco invasivo, hasta tal punto que se suele admitir sin controversia que los principios históricos del derecho penal no se tienen que aplicar con el mismo rigor en el ámbito del derecho administrativo sancionador y, en ocasiones, hasta se pueden omitir en este ámbito del derecho punitivo.

Por esa razón las ideas aquí expresadas se erigen para propugnar la reivindicación de los derechos de quienes se ven enfrentados a la potestad punitiva de la Administración, no para abogar por la eliminación de tal facultad estatal, sino para tomar partido por el establecimiento de un sistema más riguroso que permita garantizar controles efectivos al poder, de suerte que la imposición de las sanciones administrativas esté siempre precedida de las correspondientes garantías que deben ser inherentes al ejercicio del ius puniendi del Estado.

En síntesis, se le dice sí a la potestad punitiva de la Administración, pero sometida a límites; se le dice sí a la utilización del derecho punitivo como mecanismo de control social, pero no al uso desmedido, desproporcionado y arbitrario que implique una doble sanción y el desconocimiento de los derechos del supuesto infractor; se le dice sí a la utilización del derecho administrativo en vez del derecho penal para garantizar el interés general, pero en tanto no se haga a costa del sacrificio o vulneración de los derechos individuales; se le dice sí a la potestad sancionadora de la Administración, pero también se les dice sí a las libertades individuales y a los derechos fundamentales.

III. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO SUPONE UN

EQUILIBRIO ENTRE EL CONTROL SOCIAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La posición demoliberal desde la cual se ha enfocado este libro no se opone a los postulados del Estado social de derecho, pues en este la reivindicación de los derechos fundamentales hasta el punto de la exaltación de los derechos sociales a ese nivel es la razón de ser de la organización política, pues el interés por alcanzar los cometidos sociales del Estado no tiene por qué significar la aminoración del valor del individuo. Por ello, Estado social de derecho no es lo mismo que Estado de anulación individual; si así fuera, tendría que reconocérsele a Hayek que sus temores más profundos expresados en “camino de servidumbre” terminaron convertidos en una realidad.

La potestad sancionadora de la Administración representa una importante pero poderosa herramienta con la que se dota al Estado para ampliar el espectro de su capacidad punitiva, en aras de garantizar el control social, de guiar las conductas humanas individuales y sociales hacia ciertos objetivos políticamente propuestos, justificada por lo demás ante la evidente insuficiencia del derecho penal para cumplir su función preventiva, y sobre todo, porque este tiene un papel de intervención de ultima ratio.

Precisamente por lo que significa dotar a la Administración de esta prerrogativa punitiva es necesario establecer límites claros que eviten, o cuando menos disminuyan, la posibilidad de su ejercicio de manera arbitraria, y tales límites se encuentran relacionados precisamente con el respeto de los derechos fundamentales de quien se encuentre sometido al rigor de dicha potestad pública.

IV. LA POTESAD PUNITIVA DE LA ADMINISTRACIÓN, AL IGUAL QUE LA POTESAD PUNITIVA PENAL, EMANA DE UN FUNDAMENTO COMÚN: EL IUS PUNIENDI DEL ESTADO

Entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador existe un fundamento común, el ius puniendi del Estado, que es aquella facultad que recae sobre todos los Estados de determinar las conductas que serán objeto de reproche punitivo y establecer las correspondientes sanciones.

Por tal razón, y partiendo de la base de que el ius puniendi es uno solo, se plantea en este trabajo que tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador son instrumentos de control social encaminados a garantizar la adecuación de las conductas a ciertos objetivos políticamente definidos por el legislador, que es al que en el Estado le corresponde la labor de determinar las infracciones y sanciones para procurar garantizar un orden social determinado, lo que implica que con estos dos campos derivados de la facultad de punir se busquen los mismos objetivos, utilizando métodos formal o cuantitativamente diferentes.

V. ENTRE LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA Y EL DELITO NO EXISTEN DIFERENCIAS SUSTANCIALES, PERO PUEDEN ESTABLECERSE DIFERENCIAS ADJETIVAS A PARTIR DE LA NORMA

El derecho es producto de la sociedad, es consecuencia de ella y por ende refleja lo que cultural o políticamente cada sociedad es, desea o aspira a ser. Allí resulta fundamental comprender que ni el derecho ni la norma son preexistentes al hombre, y por tal razón no existen conductas que ontológicamente hablando puedan ser consideradas delito o infracción administrativa, pues es en últimas el legislador, en el contexto de la libertad de configuración legislativa, el que se encarga de definir si un comportamiento merece ser reprochado y, en caso de que así sea, de establecer el tipo de intervención estatal para determinar si se eleva a la categoría de delito o de infracción administrativa, lo que implicaría utilizar esa facultad punitiva para garantizar el control social.

Ahora bien, tal libertad de configuración legislativa no es ilimitada, puesto que en el contexto del Estado de derecho existen límites definidos

políticamente para procurar controles al poder, como por ejemplo la Constitución Política, los derechos fundamentales, la dignidad humana y los tratados internacionales.

Con todo, la determinación de lo que habrá de ser considerado delito o infracción administrativa es un asunto de definición política, y por ello entre estas dos categorías jurídicas no existen diferencias sustanciales, pues en últimas, tal como se ha dicho, quien define el nivel de reproche y de intervención estatal en un caso dado frente a una conducta es el legislador.

Sin embargo, afirmar que entre el delito y la infracción administrativa no existen diferencias sustanciales no significa que no se puedan considerar diferencias a partir de la norma, puesto que así como el legislador tiene la facultad de calificar y situar la conducta en un ámbito punitivo determinado, también puede establecer diferencias desde otras perspectivas, como por ejemplo, según el tipo de sanciones que se pueden imponer, las autoridades competentes para su imposición, los procedimientos correspondientes, etc.

VI. CON EL ESTABLECIMIENTO DE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS Y DELITOS SE BUSCA LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

La infracción administrativa y el delito no solo tienen en común su fundamento político, el ius puniendi del Estado, y representar instrumentos de control social, sino los objetivos que con ellos se persiguen, puesto que de manera inmediata lo que se pretende por medio del establecimiento de estas conductas objeto de reproche punitivo es la protección de ciertos bienes jurídicos.

El bien jurídico es el elemento que legitima la imposición de una sanción, que de una u otra manera implicará para un sujeto la restricción de sus derechos, y por ende es fundamental justificar las razones por las cuales los derechos e intereses de un sujeto deben ceder cuando de la imposición de

una sanción se trata, y tal justificación debe estar relacionada con la pretensión de amparo del Estado de bienes jurídicos de especial relevancia que justifican este tipo de protección.

VII. TANTO POR LA VÍA DEL DERECHO PENAL COMO POR LA VÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SE PUEDEN AFECTAR PROFUNDAMENTE LOS DERECHOS DE QUIEN SE ENCUENTRE SOMETIDO A LA FACETA PUNITIVA DEL ESTADO

En el derecho colombiano es común que se afirme que el derecho penal tiene unas consecuencias más lesivas que el derecho administrativo sancionador para quien resulta sancionado, entre otras cosas porque en el derecho penal se puede afectar la libertad del individuo, mientras se considera que en el marco de la sanción administrativa solo es posible hacer una restricción patrimonial.

En principio tal consideración es aceptable, pero se considera, sin embargo, que esa percepción es relativa porque en primer término la única sanción prevista como consecuencia del delito no es la pena privativa de la libertad, puesto que existen también sanciones pecuniarias como la multa, para citar un ejemplo, en la que la libertad corporal del individuo no se limita.

En segundo término, se considera que en el marco de la sanción administrativa también se puede afectar la libertad del sujeto, entendida no en un sentido restringido solo a la libertad corporal del individuo, sino a la libertad de actuar en un contexto determinado, por ejemplo, de ejercer una actividad productiva, un empleo público, ser elegido a un cargo público, etc. Estas restricciones son limitativas de la libertad del sujeto en sentido amplio.

En tercer lugar, la definición de lo que es más grave en un momento dado es subjetiva, pues cada individuo, teniendo en cuenta sus expectativas frente a su vida, su escala de valores e intereses, podrá definir o valorar si para él es

más importante su libertad personal o su patrimonio, de lo cual deriva la manutención de su familia.

Es este un tema relativo que debe ser manejado con sumo cuidado, y por tal razón no puede simplemente afirmarse que las consecuencias del delito son más graves que las que se derivan de la infracción administrativa. Prima facie ello parece ser verdad, pero no se puede generalizar o plantear como una verdad absoluta.

VIII. COMO LOS EFECTOS DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA PUEDEN SER TAN RESTRICTIVOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE QUIEN RESULTA SANCIONADO, SE DEBE GARANTIZAR LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS HISTÓRICOS DEL DERECHO PUNITIVO ESTATAL

Como la potestad sancionadora de la Administración no es poca cosa, así como no son irrelevantes los efectos que se pueden derivar de la imposición de una sanción administrativa, se tienen que garantizar los derechos fundamentales del supuesto infractor para evitar que la Administración camine por la senda de la arbitrariedad y del abuso.

La potestad sancionadora de la Administración se justifica en los tiempos actuales como un importante instrumento de control social para garantizar la prevalencia de los intereses generales mediante la protección de los bienes jurídicos cuya definición determine el legislador. Pero ello no significa que por muy justificados que sean los fines que le sirven de fundamento se puedan utilizar todos los medios, en especial cuando estos medios restringen de manera desproporcionada los derechos fundamentales del supuesto infractor sometido al rigor punitivo de la Administración, con tal de obtener los resultados perseguidos.

Es allí donde debe entenderse que la sanción administrativa debe estar precedida de la observancia rigurosa de los principios históricos del derecho punitivo estatal, que fundamentalmente se han decantado en la disciplina

jurídico-penal y que serían aplicables en el ámbito del derecho administrativo sancionador por tener un mismo fundamento político y una misma finalidad.

La observancia de tales principios, entre los que se encuentran los principios de legalidad, culpabilidad, non bis in idem, presunción de inocencia y debido proceso, entre otros, es lo que termina dándole la legitimidad a la sanción eventualmente impuesta, pues solo en un caso de respeto de los derechos fundamentales del supuesto infractor se hace tolerable la restricción de sus derechos en el contexto de un Estado democrático.

IX. EN ESTE LIBRO SE ABOGA POR UN MODELO GARANTISTA DE LOS DERECHOS DEL ADMINISTRADO EN EL MARCO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

En un Estado democrático y constitucional de derecho, la restricción de las libertades y derechos debe estar sometida a claros límites y parámetros que eviten que lo excepcional se termine convirtiendo en la regla general. Lo excepcional es la restricción de los derechos y las libertades. Solo poderosas razones deben servir de justificación a tales limitaciones.

El Estado ya es titular de la potestad sancionadora, es decir, ya sobre él recae el poder para determinar qué justifica ser elevado a la categoría de conducta punible o infracción administrativa y para imponer las sanciones correspondientes. Lo que corresponde ahora es establecer límites a esa potestad, pues como se advirtió, el poder ya recae en él.

El derecho administrativo sancionador debe concebirse como un instrumento que sirva de cauce al ejercicio de tal potestad, que establezca las barreras que permitan garantizar un equilibrio entre las finalidades que justifican esta extraordinaria prerrogativa, que terminan siendo los móviles relacionados con el control social y la protección de los derechos fundamentales, pues cuando estos últimos deben ceder, se debe procurar

garantizar el cumplimiento de los principios históricos del derecho punitivo estatal, que tienen como fin último defender al ciudadano, al individuo, del ímpetu del poder estatal. Por esas razones se aboga por la aplicación de un modelo garantista del derecho administrativo sancionador en el cual la imposición de la sanción administrativa tenga que estar precedida del respeto de los principios históricos del derecho punitivo estatal y de los derechos fundamentales del supuesto infractor.

X. JUSTIFICACIÓN DEL PLAN DE TRABAJO

En la elaboración del libro se quiso partir de una fundamentación teórica que permitiera entender la potestad sancionadora de la Administración desde diversos puntos de vista. Por tal razón, el primer capítulo, titulado “Fundamentos de la potestad sancionadora de la Administración”, permite dar una mirada a su justificación y finalidad, partiendo de un análisis histórico encaminado a reflexionar sobre el origen de esta institución y su fundamento en el ius puniendi del Estado, para proceder en un segundo momento a identificar los fines que esta potestad está llamada a alcanzar. Para tal propósito, se estudiaron las más emblemáticas teorías que han pretendido identificar y exponer los fines de la sanción punitiva, específicamente en el ámbito del derecho penal.

Cumplido el propósito de explicar sus fines, se procuró realizar una aproximación conceptual de la potestad sancionadora de la Administración e identificar sus características y sus fundamentos jurídicos a partir del texto constitucional, todo lo cual contribuyó a una adecuada caracterización del objeto de estudio.

En el segundo capítulo, titulado “Análisis sobre las diferencias y semejanzas entre la infracción penal y la administrativa”, se comienza por realizar una aproximación conceptual a la sanción administrativa, como punto de partida para el posterior análisis sobre las diferencias o semejanzas entre la infracción penal y administrativa. En este punto se pretendió establecer la diferencia entre el vocablo sanción, entendido en sentido

amplio, y la palabra sanción, concebida desde la perspectiva del derecho punitivo del Estado.

Realizada tal precisión conceptual, se expusieron las posiciones que sobre el tema se suelen expresar en el derecho colombiano y se analizaron las diferentes concepciones teóricas que se han preocupado por sostener la existencia de diferencias sustanciales u ontológicas entre la infracción administrativa y el delito, para dar paso en un segundo momento a la exposición de las tesis contrarias que no reconocen la existencia de tales distinciones. En todo caso, con posterioridad al análisis detallado de tales corrientes teóricas, se tomó partido por una tesis que niega la existencia de diferencias sustanciales pero reconoce diferencias normativas, para lo cual se subraya que en última instancia es un criterio fundamentalmente político el que permite el establecimiento de las diferencias entre la infracción administrativa y el delito y que tal fundamento se soporta sobre la libertad de configuración legislativa del Congreso; pero se expuso, sin embargo, que tal facultad se halla sometida a límites desde distintas perspectivas, siendo el surgimiento del concepto de bien jurídico uno de los más importantes.

Por su parte, el tercer capítulo, denominado “Principios orientadores de la potestad sancionadora de la Administración”, pretende evidenciar la importancia nuclear que tienen los principios para el ejercicio de la actividad pública, y en especial para el desarrollo de la potestad punitiva del Estado, pues se parte de la base de que tales principios constituyen conquistas históricas en favor del respeto de las libertades de quienes se pueden ver enfrentados al rostro más hostil de la Administración, el derecho punitivo del Estado.

Precisamente en este capítulo se procura dar cuenta de la importancia que tiene para todo el derecho punitivo estatal la aplicación rigurosa de los principios decantados en la disciplina jurídico-penal al ámbito del derecho administrativo sancionador, admitiendo, en ciertas circunstancias, la existencia de matizaciones en la aplicación de tales principios en el campo del derecho administrativo sancionador, justificadas suficientemente pero concebidas como algo excepcional.

A partir del análisis de los principios del derecho punitivo del Estado se puede evidenciar la tensión que existe entre la utilización de la potestad

punitiva de la Administración como instrumento de control social y la protección de los derechos fundamentales del supuesto infractor.

Por último, el cuarto capítulo, titulado “El derecho administrativo sancionador y las garantías históricas del derecho punitivo estatal. Una reflexión crítica al derecho sancionador colombiano”, parte de un análisis crítico sobre la forma como se viene interpretando y aplicando el principio de non bis in idem en el derecho colombiano, en el cual se formula un reproche al admitirse pacíficamente el establecimiento de un doble esquema sancionador, tanto penal como administrativo, a partir de la realización de una misma conducta, para proceder en un segundo momento a la formulación de propuestas que permitan reivindicar los derechos fundamentales de quienes se vean enfrentados al ejercicio de la potestad punitiva de la Administración.

Después se estudia la aplicación del principio de presunción de inocencia y de culpabilidad y la forma como se viene interpretando en Colombia, para evidenciar la continuidad de la tensión entre la herramienta de control social y la protección de los derechos fundamentales, para continuar con un análisis que parte de la pregunta sobre la huida del derecho penal o el doble ámbito sancionador, y por último se toma partido por una propuesta garantista que abogue por un equilibrio entre el control social y la protección de los derechos fundamentales en el derecho colombiano.

XI. ORGANIZACIÓN INTERNA DEL LIBRO

Como el lector podrá apreciarlo, el libro está conformado por cuatro capítulos, cada uno de los cuales se encuentra dividido en secciones temáticas y párrafos numerados que tienen el propósito de facilitar la referencia interna de los temas abordados y de la futura actualización de esta obra. Se ha optado por el sistema de citación en nota de pie de página, para facilitarle al lector la consulta de las fuentes bibliográficas o jurisprudenciales utilizadas y para hacer comentarios o ampliaciones que se estiman de interés. De igual modo, en la tabla de contenido general al

comienzo de la obra aparece la división del trabajo en capítulos y secciones, y al final del libro aparece la tabla de contenido específica, que incluye también los párrafos que conforman las secciones.

CAPÍTULO PRIMERO

FUNDAMENTOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

INTRODUCCIÓN

1. La potestad sancionadora de la Administración es un instrumento del control social y representa una prerrogativa del poder del Estado. La potestad sancionadora de la Administración constituye una de las principales construcciones teóricas desarrolladas con el propósito de ampliar las posibilidades de ejercicio del control social por fuera del ámbito de influencia del derecho penal, encaminada a la consecución de la convivencia social en un marco de respeto de la normativa jurídica y la prevención de riesgos que atenten contra la seguridad y el bienestar individual y colectivo.

Así mismo, la potestad sancionadora de la Administración representa una prerrogativa pública extraordinaria que refleja el poder estatal, y por ello debe estar sometida a claros límites jurídicos que garanticen el cumplimiento de los cometidos estatales por medio de cauces legítimos y respetuosos de los derechos fundamentales de quienes se vean enfrentados al ejercicio de tal facultad.

Por esa razón, partiendo de la importancia que tiene el entendimiento de esta figura, se considera necesario analizar en este capítulo sus orígenes históricos y filosóficos para explicar su justificación, sus características, fundamentos jurídico-políticos y su relación de principio con el derecho penal, todo lo cual servirá de soporte teórico a los planteamientos expresados en los capítulos posteriores.

SECCIÓN I. DE LA JUSTIFICACIÓN Y FINALIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO

2. El derecho administrativo sancionador como expresión del ius puniendi del Estado. Hablar sobre el derecho administrativo sancionador obliga de manera necesaria a referirse al ejercicio de una potestad de la Administración que tiene como fundamento habilitante una construcción teórica según la cual toda autoridad estatal, para sancionar a los ciudadanos como consecuencia de una infracción administrativa o la realización de una conducta punible, emana de su ius puniendi o poder punitivo del Estado¹⁴.

El ius puniendi o poder punitivo del Estado es, en sentido subjetivo, la facultad de la cual el Estado se encuentra investido para determinar qué conductas contrarían o perturban el orden social y para establecer e imponer las consecuencias sancionadoras penales, o en todo caso, jurisdiccionales¹⁵ y administrativas, derivadas de su transgresión¹⁶. Por esa razón, el sistema normativo del derecho administrativo sancionador, del cual se derivan las potestades sancionadoras de la Administración, constituye una expresión del ius puniendi del Estado. En sentido objetivo, el ius puniendi es el conjunto de normas sancionadoras previstas por el ordenamiento jurídico¹⁷.

Al respecto, se considera importante recordar algunos de los comentarios emitidos por la Corte Suprema de Justicia en providencia del año 1983, respecto de la materia comprensiva del derecho punitivo del Estado, pues en aquella oportunidad señaló la citada corporación judicial que este “es una disciplina del orden jurídico que absorbe o recubre como género cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo (reato), el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política (impeachment)”¹⁸.

Los argumentos esbozados en la providencia en mención han sido citados y reiterados en un número significativo de decisiones judiciales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, y se le reconoce su gran valor por determinar en ellos con toda claridad que el poder punitivo del

Estado es uno solo, pero que admite variadas manifestaciones, como explícitamente se menciona¹⁹.

3. El ius puniendi es inherente a la existencia del Estado. El poder o la facultad que tienen los Estados de establecer las conductas que serán objeto de reproche punitivo constituye una de las formas de concreción del poder público, es decir, representa una de las facetas del poder del Estado, y por consiguiente, es inherente a su existencia, pues no podría concebirse un Estado que careciera de tal facultad, necesaria por lo demás, para garantizar el control social y por ende, la convivencia pacífica entre los ciudadanos, lo cual constituye uno de los principales propósitos estatales²⁰, o como lo afirma García Amado, el Estado, en su total concepto y en su plenitud efectiva, posee el poder fáctico para forzar las conductas de sus ciudadanos y castigar al reticente a sus órdenes²¹.

Ahora bien, la afirmación de que el ius puniendi es inherente a la existencia del Estado no significa que se plantee que en todos los Estados se asuma de la misma forma, porque una cosa es su concepción desde la lógica de un modelo liberal (encaminado al control del poder punitivo del Estado y a la garantía de las libertades públicas) y otra bien distinta, la que se funda en modelos proclives a la limitación de las libertades públicas, sustentados en la estrecha vinculación del derecho penal con ciertas concepciones morales, como es el caso de los sistemas teocráticos, para citar un ejemplo²².

4. El ius puniendi del Estado se materializa mediante las diversas funciones públicas. El poder punitivo del Estado se refleja en prácticamente todas las funciones públicas, de lo que se deriva que el ius puniendi no sea una función pública, sino una potestad del poder público y, por ende, del Estado mismo, que se concreta mediante las diversas funciones públicas²³.

Así ocurre, por ejemplo, con la función constituyente, la legislativa, la administrativa, la jurisdiccional, la de control y en general en todas o casi todas las funciones públicas, que de una u otra forma participan en la concreción del poder público.

5. El ius puniendi del Estado es normativo. El ius puniendi del Estado en el contexto del Estado de derecho es normativo porque, sin excepción, las funciones públicas se encuentran sometidas al imperio de la ley²⁴, y su forma de realización, en consecuencia, se lleva a cabo por los cauces del derecho, arrojando como resultado en el específico caso del poder punitivo del Estado que todas las actuaciones que tengan por objeto su ejercicio deban estar representadas en disposiciones jurídicas, bien sea abstractas de facultad o concretas de aplicación, pero en todo caso el derecho será el lenguaje natural de tal potestad²⁵, y en efecto, será la ley el fundamento habilitante para su ejercicio²⁶.

Por esa razón, es importante precisar que la potestad punitiva del Estado puede darse en tres momentos esenciales a saber: 1) el establecimiento, referido al momento de la creación normativa general y desarrollado en el marco de la función legislativa de manera principal²⁷; 2) la imposición, relacionado con la actividad de las autoridades competentes para imponer la sanción como consecuencia de la verificación de la infracción; y 3) la ejecución, derivada de la imposición y radicada en cabeza de las autoridades que impusieron la sanción o en aquellas determinadas por el ordenamiento jurídico, cuyo propósito es garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas en virtud de las potestades sancionadoras²⁸.

Dicho poder debe ser jurídicamente regulado y ejercerse con respeto de ciertas barreras valorativas para que pueda ser considerado poder jurídico y al mismo tiempo legítimo, puesto que el poder no es jurídico sino en tanto sea normativamente controlado, pero el control no solo puede ser lógico-formal, sino también valorativo²⁹, para que sea compatible con los postulados axiológicos de la Constitución Política, o dicho en otras palabras, el poder punitivo del Estado está sometido a límites³⁰.

6. La potestad punitiva del Estado tiene varias manifestaciones. El poder punitivo del Estado puede concebirse de diversas formas según el sistema político y la especial visión que se tenga sobre él en un Estado determinado. Por ejemplo, en algunos sistemas se consideró de manera tradicional que el ius puniendi solo podía ser admitido en la esfera de la actividad judicial, lo que implicaba una dimensión única del poder punitivo del Estado desde la perspectiva del derecho penal³¹, mientras

que en otros se ha admitido de manera adicional la potestad punitiva de la Administración, generando así un sistema paralelo de control punitivo estatal.

7. Originalmente se creyó que la potestad punitiva del Estado debía estar concentrada en los jueces. Durante mucho tiempo se consideró en muchos Estados que era conveniente que la potestad punitiva del Estado se radicara de manera exclusiva en los jueces³² —al menos en lo que a su aplicación se refería—, para evitar la concentración del poder en el Ejecutivo. La consecuencia lógica de esta consideración fue la radicación del ejercicio de la facultad sancionadora en los jueces y tribunales, los cuales tenían el monopolio sobre la imposición de todo tipo de penas y castigos, como ocurría por ejemplo en Inglaterra, Estados Unidos y en general en todos aquellos Estados de influencia de la tradición jurídica del common law³³, en los cuales, tal como lo recuerda Parada, con fundamento en el principio consignado en el artículo 2.º de la Carta Magna de 1215^[34], se consideró la incapacidad represiva del monarca y del Ejecutivo³⁵.

Sin embargo, y no obstante esa tradición, la tendencia actual en aquellos Estados es la del reconocimiento de potestades sancionadoras a ciertas autoridades administrativas, lo que evidencia que hoy por hoy es difícil encontrar un Estado con un sistema punitivo concentrado de manera exclusiva en los jueces y tribunales como antaño llegó a presentarse³⁶.

Prueba de tal tendencia es la aprobación de la Ley del Parlamento del Reino Unido (Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008), que ha venido a configurar, por primera vez en ese Estado, un derecho administrativo sancionador ad hoc³⁷, pues se trata de una ley que tiene por objetivo mejorar la calidad de la aplicación de las leyes de parte de las administraciones públicas locales estatales del Reino Unido, dotándolas, además, de una auténtica potestad sancionadora general de carácter administrativo, de la que carecían³⁸.

8. En Francia también se consideró durante mucho tiempo que la Administración debía estar desprovista de facultades sancionadoras. De igual manera, Francia se caracterizó por atribuir el monopolio de la

aplicación de las sanciones y de los castigos a los jueces y tribunales³⁹, pero por razones muy propias de su proceso histórico y por ende, distintas de las de Inglaterra, pues su fundamento se hallaba en la clásica noción de la división tripartita del poder público y en “la tradición liberal que prohíbe al Ejecutivo entrar en el campo de la represión”⁴⁰, surgida a partir de la superación del Antiguo Régimen. Empero, en la actualidad ya son muchos los campos en los cuales se ha revertido esa tradición y desde los años setenta⁴¹ ha proliferado el reconocimiento de competencias sancionadoras directas a la Administración⁴², bien sea como consecuencia del fenómeno de la despenalización, o por la utilización de los mecanismos administrativos para la regulación de sectores nuevos de la vida económica o social⁴³.

El fenómeno de la “avanzada” del derecho administrativo sancionador en Francia se ha visto fortalecido por una serie de decisiones adoptadas por el Consejo Constitucional. Entre ellas destacan la del 17 de enero de 1989^[44] y en especial la del 28 de julio de 1989^[45], en las cuales se admitió la constitucionalidad de la institución de las sanciones administrativas, siempre que se respete un régimen de garantías formales y materiales configurado prevalentemente siguiendo el modelo penal⁴⁶.

Sobre este particular resulta importante señalar los comentarios de Georges Dellis, que afirma que las garantías revolucionarias del derecho penal son, en últimas, principios comunes a la actividad represiva y por ende aplicables a la actividad administrativa sancionadora. Al respecto, plantea:

Ces garanties sont alors applicables à tout exercice de la répression étatique, indépendamment de la forme pénale ou administrative qui sera empruntée. Par conséquent, les garanties révolutionnaires du droit pénal sont en réalité des principes communs de la répression, transposables aussi en matière administrative. Cette affirmation a encore plus d'intérêt aujourd'hui, en raison de l'importance accrue du système répressif extra pénal⁴⁷.

Lo antedicho evidencia la tendencia al crecimiento de la potestad sancionadora de la Administración en Francia⁴⁸, donde se pueden imponer dos categorías de sanciones administrativas, a saber: las de carácter disciplinario⁴⁹ y las de carácter económico⁵⁰, que se ven aumentadas por la expansión de las sanciones de carácter comunitario europeo⁵¹.

9. Otros Estados europeos también aceptaron de forma paulatina la radicación de competencias sancionadoras en la Administración. En el mismo sentido, Italia⁵² y Alemania⁵³ hicieron tránsito de un sistema punitivo inicialmente concentrado en los jueces, para dar paso a uno que reconoce la existencia de la potestad sancionadora de la Administración mediante operaciones legislativas de despenalización, que convirtieron en infracciones administrativas conductas anteriormente catalogadas como delitos⁵⁴.

En otros Estados, como en el caso español, se ha admitido la doble dimensión de la potestad sancionadora del Estado. Allí, a más del ámbito penal y su aplicación por los jueces, se reconoce de vieja data la esfera de la potestad sancionadora de la Administración pública⁵⁵, que en realidad tiene fundamento explícito en el texto constitucional⁵⁶.

10. Origen histórico del ius puniendi del Estado. El ius puniendi, institución que le sirve de fundamento a la potestad sancionadora de la Administración⁵⁷, es el resultado de un proceso histórico que tiene sus orígenes en el “régimen de confusión de poderes característico del Estado absoluto, en el cual autoridades que hoy han devenido puramente administrativas ostentaban simultáneamente funciones judiciales de orden penal”⁵⁸, lo cual permite aseverar desde esta perspectiva que el origen histórico de esta institución se halla en una fase previa a la consolidación del Estado de derecho en la que no se había configurado la división funcional del poder público⁵⁹ y mucho menos, el establecimiento de parámetros legales que permitieran establecer garantías para quienes se vieran involucrados en asuntos de naturaleza punitiva o sancionadora⁶⁰.

11. El origen jurídico del derecho administrativo sancionador es posterior a su origen histórico. Es fundamental recordar que el origen

histórico de la actividad punitiva, y por ende de la pena simple y llanamente considerada, difiere de su origen jurídico⁶¹, pues este, que le sigue por muchos siglos al origen histórico, solo viene a decantarse en la modernidad, cuando se concibe el derecho a castigar como el ejercicio de un derecho⁶² que tiene la autoridad del Estado⁶³, lo cual representa cuando menos la garantía de que tal facultad no podrá ser ejercida lícitamente por cualquier persona que se sienta lesionada en un derecho suyo y que desee utilizar la venganza como medio de solución de un conflicto⁶⁴.

12. El ius puniendi del Estado en las primeras fases de la modernidad. El absolutismo. Los fundamentos más significativos sobre la potestad punitiva del Estado comienzan a esbozarse en la primera etapa del desarrollo del Estado moderno —el absolutismo—, en la cual se concibe que el ius puniendi constituye una potestad inherente a la soberanía del Estado y que su fundamento, tal como lo describe Hobbes, no está en el hecho de que los súbditos den al soberano el derecho de castigar, sino en haberse despojado de los suyos (derechos) para conformar el Estado, y en consecuencia este queda facultado para usar este derecho que le es propio de la forma que le parezca adecuada para la conservación de todos aquellos, siendo en consecuencia no un derecho dado, sino “dejado a él”⁶⁵.

En el contexto descrito el poder se hallaba concentrado en el monarca, en quien convergían todas las atribuciones propias de la soberanía y por lo cual, ante la falta de distinción y separación de funciones, ostentaba el ius puniendi sin mayores restricciones y de una única manera, es decir, sin discriminar el ámbito penal o administrativo en el que aquel se materializara y sin más límites que los establecidos por su propia voluntad. En palabras de Carbasse:

la confusion organique des compétences administratives et juridictionnelles correspond á la confusion matérielle des fonctions de prévenir et de réprimer. A part dans l’Empire romain, cette situation se rencontre couramment sous l’Ancien Régime. Ceci est tout a fait normal pour la

justice “retenue” par le roi; celui-ci réunit en sa personne toutes les composantes du pouvoir étatique⁶⁶.

En ese contexto, el ejercicio de la potestad sancionadora se presentaba generalmente en la órbita del derecho penal, y allí la justificación y la finalidad de la pena eran entendidos en términos descritos por Foucault como:

Un aspecto del derecho del soberano a hacer la guerra a sus enemigos: castigar pertenece a ese “derecho de guerra”, a ese poder absoluto de vida y muerte de que habla el derecho romano con el nombre de *merum imperium*, derecho en virtud del cual el príncipe hace ejecutar su ley ordenando el castigo del crimen. Pero el castigo es también una manera de procurar una venganza que es a la vez personal y pública, ya que en la ley se encuentra presente de cierto modo la fuerza físico-política del soberano⁶⁷.

Así, la pena era considerada una venganza, como la justa equivalencia al mal causado por el delito⁶⁸. En síntesis, en esta etapa se identifica el derecho de castigar con el poder personal del soberano⁶⁹, pero debe tenerse en cuenta que este no era el único que ejercía la función de juzgar los delitos, pues a más de sus agentes directos, “por motivos de tesorería, se atribuye el derecho de vender oficios de justicia que le ‘pertenece’, es por lo que encuentra frente a él a unos magistrados, propietarios de sus cargos”⁷⁰, lo cual es la causa de una infinidad de conflictos de poder y jurisdicción, por la utilización excesiva de este recurso de “tesorería”⁷¹.

Era normal que los magistrados con su poder casi discrecional y con su tendencia a la arbitrariedad dispusieran que los castigos se materializaran en agresiones corporales o en afrentas a la dignidad de las personas, y por ello se recurría con frecuencia al suplicio para castigar los crímenes más graves, aunque también se apelaba a la privación de la libertad, el destierro y la multa⁷².

De igual forma era evidente el tratamiento punitivo diferenciado según las clases sociales⁷³, lo que en no pocas ocasiones generó descontentos populares que, aunados a las críticas y protestas contra los suplicios, fueron generando las condiciones para el establecimiento de límites al ejercicio del poder punitivo del gobernante, hasta tal punto que en 1789 se planteó: “Que las penas sean moderadas y proporcionadas a los delitos, que la muerte no se pronuncie ya sino contra los culpables de asesinato, y que los suplicios que indignan a la humanidad sean abolidos”⁷⁴.

13. La primera distinción sobre la dualidad del poder punitivo del Estado es anterior a la consolidación del Estado de derecho. El Estado absolutista no permaneció estático en su evolución, y por ello, bajo la variante ilustrada apoyada en las ideas iluministas del siglo XVIII, dio pie para el desarrollo de la llamada ciencia de la policía⁷⁵, que determinará la doctrina del gobierno y de la administración dentro del Estado, encaminada a la atención de asuntos de interés colectivo tales como la salubridad pública, el orden moral, religioso y el orden público⁷⁶, dando paso así a un primer bosquejo de distinción funcional previo a la consolidación del Estado de derecho propiamente dicho y estableciendo por primera vez la dualidad en el ejercicio del ius puniendi del Estado⁷⁷, en la que se discriminaba entre los asuntos criminales (ius puniendi penal) y otros asuntos de interés general (ius puniendi administrativo).

14. Los aportes del contractualismo y de la filosofía de la Ilustración resultaron fundamentales para la modelación de la noción conceptual moderna del ius puniendi del Estado. En medio del absolutismo y como reacción en su contra, Locke esboza que el cuerpo político solo puede ser el resultado del consentimiento de las personas, que siendo libres, iguales e independientes, convienen en unirse en sociedad para su conservación y seguridad mutua⁷⁸, de lo cual se desprende que el Estado deriva su potestad punitiva no de que se le “hubiese dejado el derecho de castigar”, sino de la decisión consciente y voluntaria de los asociados de habilitarlo para que de acuerdo con las leyes se castigue a quienes las infrinjan. Al respecto, plantea:

Mas aunque todo hombre que ha entrado a formar parte de cualquier sociedad civil y se ha convertido en miembro de un Estado ha renunciado a su poder de castigar las ofensas contra la ley de la naturaleza según le dicte su juicio personal, ocurre que, junto con la entrega de ese poder de juzgar que él ha cedido a la legislatura en todos aquellos casos en los que le fue posible recurrir a un magistrado, también ha dado al Estado el derecho de emplear su propia fuerza personal para que se pongan en ejecución los juicios de dicho Estado. Y estos juicios formulados por el Estado son, ciertamente, juicios suyos tanto si son hechos por él mismo como si los formula su representante. Y ahí tenemos el origen del poder legislativo y ejecutivo de la sociedad civil, poder que consiste en juzgar, mediante las leyes, hasta qué punto deben castigarse las ofensas cuando son cometidas dentro del Estado⁷⁹.

En Rousseau puede leerse que el poder punitivo radica en el pacto social, que tiene por finalidad la conservación de los contratantes, y en el reconocimiento que se le hace al Estado de la facultad que tiene para sancionar a quienes infringen el contrato social⁸⁰, puesto que todos, según este autor, han de enajenar totalmente sus derechos a favor de toda la comunidad⁸¹, bajo la dirección de la voluntad general, y esta, adoptando la forma de cuerpo político, soberano o Estado⁸², determinará los “dones”⁸³ o los derechos que cada individuo habrá de tener, así como las consecuencias derivadas de las transgresiones al derecho social y a las cuales se harán acreedores.

Beccaria plantea que el soberano sustenta su derecho a castigar los delitos en la necesidad de “defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones”⁸⁴, y que la facultad para la determinación de las penas de los delitos “debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social”⁸⁵. Anselm V. Feuerbach, por su parte, sostenía:

El derecho penal del soberano debe agradecer su existencia jurídica a la concesión especial de los ciudadanos, tanto cuando le transfirieron su derecho penal como medio para preservar sus derechos contra los atentados

ajenos, como cuando le dieron el derecho de elegir todos los medios para sostener el Estado, entre los que está comprendido el derecho de amenazar con penas y ejecutarlas⁸⁶.

De esta forma, las teorías contractualistas superaron las tesis según las cuales el Estado, y con él, el poder, provenían de Dios⁸⁷, dando paso a la explicación del acuerdo pactado entre los ciudadanos, que querían asegurar su libertad y una convivencia pacífica imponiendo para ello un orden jurídico y por ende coactivo⁸⁸.

15. Los grandes cambios presentados en los siglos XVIII y XIX incidieron en el establecimiento de garantías ciudadanas frente al ejercicio del poder punitivo del Estado. Fue precisamente en la transición del siglo XVIII al XIX, con el advenimiento de los grandes cambios políticos y socioeconómicos presentados en el mundo occidental, en especial en Francia con la Revolución francesa, en Inglaterra⁸⁹ con la Revolución industrial y en América con el proceso independista norteamericano, enmarcados todos en el contexto de la filosofía de la Ilustración, como comenzó el desarrollo de una nueva etapa en la concepción del ius puniendi del Estado, en la cual se establecían ya algunos límites para el ejercicio de la potestad punitiva y garantías para la defensa de los derechos ciudadanos evidenciadas, por ejemplo, en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano⁹⁰.

Esta declaración, proclamada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789, constituyó uno de los primeros y principales instrumentos de protección de los derechos del hombre, representando el fin del Antiguo Régimen, dando lugar a un nuevo modelo inspirado en el respeto de la libertad⁹¹ y en el sometimiento de las autoridades a la ley.

De todo ese movimiento enmarcado en la filosofía de la Ilustración y en la teoría del contrato social se derivaron importantes consecuencias en la concesión del poder punitivo del Estado, relacionadas con el hecho de que en adelante este solo podría concebir como punibles aquellas conductas que resultaran lesivas de los derechos de otros o contrarios a la sociedad y no cualquier tipo de conductas consideradas simplemente reprochables por el

ejercicio de la fuerza⁹², inmorales o simplemente pecaminosas⁹³, y lo más importante, que la potestad para la determinación de las conductas que podían ser catalogadas como punibles debía obedecer a la decisión que el propio cuerpo social, mediante la representación popular en los órganos legislativos, adoptara sobre tal propósito, quedando superada la etapa de la decisión unilateral y arbitraria del soberano sobre la determinación de las conductas que podían ser objeto de reproche punitivo⁹⁴.

Precisamente sobre la base de los aportes del contractualismo, de la filosofía de la Ilustración y de esas transformaciones sociopolíticas enunciadas, se pudo entender que la misión del Estado está orientada a la búsqueda de la coexistencia ciudadana, pacífica convivencia y garantía de los derechos individuales y colectivos, lo cual constituye la principal justificación para el otorgamiento de la potestad punitiva del Estado.

16. La potestad punitiva del Estado es producto del acuerdo de los miembros de la sociedad. Existe un punto de encuentro entre quienes desde las variadas perspectivas del contractualismo se preocuparon por justificar el ius puniendi del Estado a partir de la identificación de su característica fundamental, como es el hecho de que se conciba que la potestad punitiva del Estado, de una u otra forma, deriva de la autorización o del acuerdo de los miembros de la sociedad, que siendo conscientes de la necesidad de establecer mecanismos para garantizar su convivencia y coexistencia, aceptan y reconocen tal facultad como consecuencia lógica de la organización política y como fundamento para el mantenimiento de un orden social, que tiene como presupuesto necesario la conformación de un orden jurídico que lo garantice⁹⁵.

Solo en esa medida el ius puniendi del Estado puede ser justificado a la luz de los modelos políticos actuales, en los cuales la ciudadanía en ejercicio de la soberanía popular es la que se encuentra habilitada para delegar en el Estado el ejercicio de la facultad sancionadora⁹⁶.

17. Existen otras concepciones teóricas que difieren de la idea de la única potestad punitiva del Estado. Un sector de la doctrina ha planteado, en oposición a la tesis de la única potestad sancionadora del Estado, que más bien lo que se presenta es “la coexistencia paralela de

dos potestades sancionadoras, la penal y la administrativa”⁹⁷, y que esta última se encuentra relacionada con el concepto de gestión o intervención, más que a una tesis policial⁹⁸.

Esa consideración que vincula la potestad punitiva del Estado con un modelo de intervención es importante para reflexionar sobre cuál es el auténtico propósito de dicha potestad, puesto que esta puede ser entendida como un simple instrumento de represión social, aproximándose a la cuestionada tesis policial expresada por autores como Alejandro Nieto, o por el contrario, una forma de intervención del Estado en procura de garantizar el alcance de sus fines, proveyendo los medios para el adecuado desenvolvimiento social.

Lo anterior, sin embargo, no significa que dicha intervención deje de representarse por medio del ejercicio de una potestad en últimas sancionadora, que no puede ser concebida en la actualidad como un simple instrumento de represión, dado que es claro que ha sido conferida con el propósito de la consecución de unos fines tales como: la prevención de riesgos, la seguridad, salubridad pública, el respeto del orden jurídico y, claro está, la protección de ciertos bienes jurídicos, pero que de todas formas, como mecanismo de control social busca disuadir las conductas que puedan entorpecer el logro de dichos cometidos estatales, y para ello la amenaza de sanción es una importante herramienta en la evitación de la transgresión de la norma.

Es claro que la potestad punitiva de la Administración evidencia una nueva faceta de intervención del Estado, precisamente en momentos en que por razones de crecimiento de las actividades estatales, atribuible por ejemplo a la adopción de cierto modelo de Estado, o de descrédito e ineficacia del derecho penal, se acude a la potestad sancionadora de la Administración como alternativa viable que permita en mejores términos el ejercicio del control social, puesto que es aquí donde radica su peculiar forma de intervención.

Tanto la potestad sancionadora de la Administración como la potestad punitiva desde el punto de vista penal son, a su manera, formas de intervención y de control social, y ello en sí mismo no supone un argumento que haga rodar por el piso la consideración de que la potestad punitiva del

Estado sea una sola pero que de ella emanan sus dos ramificaciones, la penal y la administrativa.

18. En la actualidad existe una tendencia hacia la consolidación de un ius puniendi supraestatal. Hay quienes consideran que el ius puniendi no es un atributo exclusivo del Estado y que por tal razón no resulta plausible el argumento tradicional que así lo considera.

Al respecto, y para apoyar tal consideración, Alejandro Nieto expone como ejemplo la potestad punitiva de la comunidad europea, que sin ser un Estado, se halla facultada para ejercerla y que le aporta, según su lectura, argumentos que “superan por los cuatro costados ese ius puniendi del Estado que en la dogmática convencional califica con ingenuo estatocentrismo de único”⁹⁹.

Sin desconocer la agudeza de tal observación, en este trabajo se considera que el hecho de la existencia de organismos supranacionales o internacionales que en algún momento puedan estar dotados de ese poder punitivo supraestatal no mengua el valor teórico y dogmático de la consideración del ius puniendi como atribución del Estado, porque dicha aseveración halla su fundamento no solo en el reconocimiento de que en cuanto a su origen el ius puniendi es de creación estatal y no supraestatal, sino en que cuando se alude a tal concepción —el ius puniendi—, suele hacerse referencia a la innegable facultad que tiene el Estado en abstracto para penar y sancionar a los infractores de la normativa penal y administrativa, y que en el contexto de un Estado determinado solo a él le está dada tal potestad punitiva.

Es válido entonces hablar del ius puniendi como atribución estatal, pues por lo general a este nivel opera el ejercicio de esa facultad, pero por obvias razones el poder punitivo del Estado está sometido a los límites de su propia soberanía territorial, lo que implica que si bien es cierto el ius puniendi es una noción conceptual abstracta referida al Estado, también lo es que su concreción se radica en cuanto el Estado existe, de lo que resulta que individualmente considerados, todos los Estados son titulares del poder punitivo, pero ninguno tiene la facultad legítima de ejercerlo por fuera de sus límites territoriales y mucho menos de imponerlo a otros Estados sin su consentimiento.

Ahora bien, resulta apenas obvio que ante la necesidad de interacción interestatal y del aumento de las relaciones internacionales de toda índole, se requiere la creación de una nueva nomenclatura jurídica para establecer las condiciones que las regirán. En este punto, los tratados, las instituciones y organismos internacionales y supraestatales se dan como resultado de los acuerdos entre Estados que deciden libremente reconocer en ocasiones ese poder punitivo a organismos supraestatales¹⁰⁰.

Es precisamente el surgimiento de la potestad sancionadora administrativa de la Unión Europea, por ejemplo, o el establecimiento de tribunales internacionales de justicia, como la Corte Penal Internacional, la circunstancia que obliga a reflexionar sobre la potestad sancionadora supraestatal, que materializada en normativas jurídicas actualmente vigentes, da actualidad al tema expresado por Nieto¹⁰¹.

Sin embargo, y profundizando un poco más los argumentos de Nieto, valdría la pena aclarar que en el caso de la Comunidad Europea la incorporación y la aplicación del derecho comunitario son competencia de los Estados parte. Con la excepción del artículo 81-86 CE sobre las reglas de competencia, porque el tratado CE no provee explícitamente de poderes de supervisión, control o sanción penal o administrativa de alcance comunitario¹⁰², lo cual significa ni más ni menos que por regla general la Comunidad Europea depende de las estructuras administrativas nacionales de aplicación y cumplimiento no solo en cuanto a la incorporación del derecho comunitario, sino también en lo que respecta a su supervisión, control y sanción¹⁰³.

Pero es claro que el reconocimiento eventual de la potestad punitiva a organismos supranacionales no tiene por qué significar oposición entre el reconocimiento del ius puniendi como atribución estatal y la existencia de un ius puniendi de carácter supraestatal, que si existe es gracias a la decisión de los Estados parte o miembros de dicha organización de reconocer esa facultad¹⁰⁴.

Por ello, a pesar de la existencia de una tendencia hacia la “internacionalización” del ius puniendi, en el sentido de la proliferación de acuerdos o tratados internacionales que cada vez más reconocen tal facultad

a organismos internacionales, se considera que sigue vigente la idea de la potestad punitiva del Estado, en la medida en que son estos los que habilitan a tales organismos para que puedan desarrollar dicha función, de lo que resulta que en la actualidad el ius puniendi como potestad tenga este nuevo contexto para el ejercicio del control social, ahora desde la perspectiva internacional.

En consecuencia, el ius puniendi aún es una atribución del Estado, sin perjuicio de que se reconozca que tal facultad pueda estar radicada en organismos internacionales.

SECCIÓN II. LOS FINES DE LA SANCIÓN PUNITIVA

19. No existe un criterio unívoco sobre los fines de la imposición de la sanción punitiva. A lo largo de la historia, el tema de los fines de la sanción punitiva ha generado profundas confrontaciones doctrinarias que se han visto reflejadas en las múltiples concepciones que desde las más variadas aristas han procurado la justificación y la definición sobre la finalidad de la sanción punitiva¹⁰⁵.

En ese contexto, la pena, considerada por algunos autores como la legítima consecuencia del derecho penal¹⁰⁶ y como máxima expresión del derecho punitivo del Estado, concebida como mecanismo para la protección de los intereses de la vida humana¹⁰⁷, no ha sido asumida de manera pacífica en cuanto a sus funciones dentro del desarrollo de la disciplina jurídico-penal, a causa de esa variedad de criterios¹⁰⁸.

Ejemplo de lo anterior es la existencia de múltiples teorías sobre la pena, que agrupadas en dos corrientes fundamentales, han servido de epicentro de algunas de las más importantes discusiones jurídicas en el ámbito del derecho punitivo estatal, y que deberán ser tenidas en cuenta a la hora de tratar de hacer una aproximación a la justificación de la sanción desde el punto de vista administrativo, pues debe reconocerse que en cuanto a desarrollo y maduración teórica se refiere, el derecho penal se ha decantado mucho más que el derecho administrativo sancionador, y sin duda, le sirve a este como punto de referencia y, en efecto, como fuente nutricia en cuanto a instituciones y principios.

20. Las teorías absolutas de la pena son un punto de partida para analizar la justificación de la sanción punitiva como medida de control social. La primera de las corrientes teóricas sobre los fines y la justificación de la pena agrupa a las denominadas teorías absolutas de la pena (Nemo prudens punit quia peccatum est, sed non peccetur)¹⁰⁹, diferenciadas en la tesis de la expiación y de la retribución¹¹⁰.

La teoría de la expiación explica que la pena se justifica como mecanismo de reconciliación del delincuente consigo mismo y con el ordenamiento quebrantado¹¹¹. Corresponde a una concepción metafísica en la cual el culpable se libera de su culpa y alcanza con ello de nuevo la plena posesión de su dignidad personal¹¹². Desde esta perspectiva se concibe la expiación como comprensión de parte del autor del injusto realizado, así como de la necesidad de la pena, con la consecuencia de una reconciliación con la sociedad¹¹³.

En palabras de Goldschmidt, el fundamento de la pena, visto según esta teoría, descansa en la fuerza de la expiación y purificación del dolor¹¹⁴. En la actualidad, la expiación no representa una justificación de la pena dentro del contexto social y jurídico¹¹⁵.

La teoría de la retribución o de la justicia, por su parte, en su versión moderna¹¹⁶, considera que la pena —y en consecuencia, el *ius puniendi*—, tiene como propósito fundamental imponer al delincuente un mal que corresponda al grado de su culpabilidad¹¹⁷, y esta no está justificada en virtud de la utilidad social, sino solo por la idea de la justicia¹¹⁸, razón por la cual no se pena para alcanzar una determinada finalidad en el campo empíricamente demostrable, sino porque tiene un valor intrínseco que es el de ocasionar un sufrimiento a alguien que ha quebrantado el derecho¹¹⁹. Al respecto, Kant, que puede considerarse uno de los precursores de tal posición en torno al papel de la pena, planteaba:

La pena judicial, por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo, sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele solo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real¹²⁰.

De acuerdo con Kant, la retribución concebida como igualdad constituye el fundamento y el grado de castigo¹²¹, razón por la cual su modelo se

estructura sobre una premisa básica: la pena no puede tener jamás la finalidad de mejorar o corregir al hombre, ya que un fin utilitario sería ilegítimo desde su perspectiva¹²². La pena según Kant es, en síntesis, la retribución a la culpabilidad del sujeto; ese es su único fin¹²³, pues la pena tiene un valor en sí misma¹²⁴. Hegel, que también fue partidario de esta postura, expresó:

La lesión que afecta al delincuente no es solo justa en sí: por ser justa es al mismo tiempo su voluntad existente en sí, una existencia de su libertad, su derecho [...]. La eliminación del delito es una compensación en la medida en que, según su concepto, es la lesión de una lesión¹²⁵.

De acuerdo con Hegel, la pena es la negación de la negación del derecho, cumple entonces un papel restaurador o retributivo y, por tanto, según sea el quantum o intensidad de la negación del derecho, así también será el quantum o intensidad de la nueva negación que es la pena. Ningún otro factor influye sobre ella¹²⁶.

En similar sentido se expresaron algunos de los máximos exponentes de la escuela clásica italiana, entre los que vale la pena señalar a Francesco Carrara, en cuya opinión la pena es un contenido necesario del derecho, su fin primario es el restablecimiento del orden externo de la sociedad¹²⁷.

En sentir de Carrara, el fin de la pena no es ni que se aplique justicia, ni que el ofendido sea vengado, ni que sea resarcido el daño padecido por él, ni que se amedrenten los ciudadanos, ni que el delincuente expíe su delito, ni que se obtenga su enmienda. Todas esas pueden ser consecuencias accesorias de la pena, y algunas de ellas ser deseables; pero la pena continuaría siendo un acto no criticable, aun cuando todos esos resultados faltaran¹²⁸.

En Alemania, Binding señala que la pena es retribución de mal con mal¹²⁹. Pues según la lectura de Bustos, este autor plantea que de lo que se trata es justamente de confirmar simplemente el poder del derecho, y para ello es

necesario el sometimiento, aun por la fuerza, del culpable. Luego cualquier otro fin no tiene sentido¹³⁰.

Por su parte, Welzel concibe que la pena se funda en el postulado de la retribución justa, que “cada uno sufra lo que sus hechos valen”, esto es, según explica, el postulado de la armonía entre merecimiento de felicidad y felicidad, merecimiento de pena y sufrimiento de la pena¹³¹. Vistas así las cosas, la pena se justifica como retribución adecuada a la medida de la culpabilidad.

En síntesis, desde la perspectiva de las teorías absolutas (retributivas), la pena se concibe como un castigo merecido que recae sobre un sujeto que ha cometido un mal desde el punto de vista jurídico, y su papel se ve limitado en ese sentido.

21. La versión contemporánea de la teoría de la retribución aboga por su defensa como límite a los excesos de las teorías apoyadas en la prevención. Como lo advierte Bazzani, existen otras corrientes más recientes que defienden la retribución como límite a los excesos a que puedan conducir las teorías que miran hacia la prevención. Así, independientemente de las consecuencias que en el futuro pueda representar la imposición de una pena, lo cierto es que esta no puede ir más allá de la aflicción necesaria que debe causarse al delincuente. Es, en últimas, la justificación de la proporcionalidad entre delito y sanción¹³².

22. Las teorías relativas sobre la pena representan un avance en la concepción de la finalidad de la sanción punitiva. La segunda corriente teórica tiene otra visión sobre los fines de la pena, que corresponde a las denominadas teorías relativas, justificadas en la utilidad de su imposición para la prevención del delito hacia el futuro, bien sea desde la perspectiva del delincuente o de la sociedad en general¹³³. En últimas, surgen de una concepción funcional del derecho penal, y tienden a responder a la pregunta ¿para qué sirve la pena?

En la modernidad destacan como precursores de la concepción preventiva o intimidatoria, Beccaria en Italia y Feuerbach en Alemania. Beccaria consideró en su célebre obra De los delitos y las penas que el fin de las

penas no era atormentar y afligir a un ente sensible ni deshacer el delito ya cometido, pues no era otro que impedirle al reo causar nuevos daños a los ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales¹³⁴.

Por su parte, Feuerbach diferenciaba entre el fin de la amenaza de la pena y el fin de la ejecución de esta (y en ello representa una diferencia con sus antecesores), ya que sostenía que el fin de la amenaza de la pena era la intimidación¹³⁵, en tanto el fin de la ejecución de la pena era la efectividad de la amenaza misma¹³⁶. Por esa razón sostenía que mediante la pena se tenía que conseguir que el sujeto lograra un contrapeso frente a los impulsos que lo invitaran a delinquir. Este autor se considera un clásico exponente de la teoría de la prevención general negativa porque según su postura, el papel fundamental de la pena es servir de amenaza para disuadir a otros de delinquir¹³⁷.

La concepción de la prevención general negativa considera que el fin de la pena no es ni la retribución ni la actuación sobre el delincuente, sino la incidencia sobre la comunidad, que mediante la amenaza y la ejecución de la pena aprende a respetar las prohibiciones legales y es intimidada para que se abstenga de infringirlas¹³⁸, logrando así la prevención general como mecanismo de control social.

La prevención general positiva, conocida también como prevención-integración, parte de una prevención prospectiva del delito, de futuro, por medio de un efecto de aprendizaje motivado de forma pedagógico-social, un aprendizaje que no se adquiere con la intimidación o el temor, sino mediante un tomar de conciencia¹³⁹, un reforzamiento de la conciencia colectiva, de los valores éticos de la convicción jurídica¹⁴⁰.

La pena tiene como tarea fundamental la estabilización social orientada al mantenimiento del sistema, mediante el ejercicio de la fidelidad del derecho, tal como lo concibe la versión de la teoría de la prevención general positiva defendida por Jakobs¹⁴¹, quien con su visión funcionalista del derecho penal ha atribuido nuevas funciones a la pena, como es la búsqueda de la afirmación de la estructura social vigente más allá de la defensa de cualquier bien jurídico¹⁴².

Otra vertiente de las teorías relativas es la denominada teoría de la prevención especial, que parte de la base de que la pena, como consecuencia del delito, servirá para prevenir que el delincuente reincida ante la disuasión generada por el daño o la lesión que la pena le infringe, y por ello dicha prevención especial se encuentra referida al delincuente en particular y no al conglomerado social en general¹⁴³.

De esta corriente se distinguen, como lo recuerda Lesch¹⁴⁴, y según la concepción de von Liszt, tres formas de actuar y concepciones diferentes de la prevención especial: la primera es la denominada concepción de la prevención especial negativa, que se funda en la idea del aseguramiento de la sociedad mediante la reclusión de los autores de la conducta penal. La segunda se apoya en la idea de la intimidación al autor mediante la pena, para que no cometa en el futuro nuevos delitos. La tercera se conoce como la prevención especial positiva, que ha encontrado en la resocialización el elemento legitimador del derecho penal¹⁴⁵. Al respecto, Silva Sánchez manifiesta que esta propuesta no se limita, como la intimidación individual o la inocuización, a la intervención negativa sobre el delincuente, sino que pretende proporcionarle los medios que lo capaciten para una vida futura en libertad dentro de la sociedad¹⁴⁶, convirtiéndose así en una auténtica tesis humanitarista del derecho penal en la cual el propósito de la pena no es ni el castigo ni la amenaza general simple y llanamente considerada, sino la resocialización del delincuente, pues con ella se pretenden transformar estructuras sociales con objeto de lograr una sociedad mejor y eliminar sus disfuncionalidades¹⁴⁷.

23. Las teorías mixtas pretenden dar una mirada integral y sistémica a la justificación de la pena a partir de las críticas formuladas a cada una de las concepciones teóricas clásicas. Más allá de las dos corrientes tradicionales (absolutas y relativas) surgen otras teorías que desde las más variadas perspectivas pretenden justificar la existencia de las penas y con ello la razón misma de ser del ius puniendi del Estado, retomando algunos de los principales aspectos de las corrientes teóricas tradicionales.

Entre ellas sobresalen las teorías mixtas, eclécticas o de la unión, justificadas en la necesidad de integrar visiones pluridimensionales en torno

al papel de la pena, para integrar aspectos de la prevención general y de la prevención especial¹⁴⁸, y en efecto, en algunos eventos, de la teoría de la retribución.

Como lo anota Bustos Ramírez, las posiciones más simples son todas aquellas que trataron de combinar junto al criterio fundamental retributivo criterios preventivos especiales. Otros procuraron combinar la retribución con la prevención general¹⁴⁹, y también han estado presentes quienes han vinculado las posiciones de prevención general con prevención especial¹⁵⁰.

24. Las teorías de Roxin tratan de superar las teorías mixtas que tan solo yuxtaponen unos criterios a otros. Según Claus Roxin, podría hablarse de una teoría unificadora preventiva dialéctica, apoyándose en el entendimiento de que la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivo-especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivo-generales¹⁵¹.

La teoría de Roxin diferencia los distintos momentos en que actúa el derecho penal (la pena aparece en tres momentos diferentes y en cada uno tiene una función). Su primer momento es el de la creación de la ley penal (conminación penal), en el que aparece en primer plano la prevención general; el segundo momento es la imposición y medición de la pena, que sería el de la realización de la justicia; y el tercer momento es el de la ejecución de la pena, que sería el de la prevención especial, el de la reinserción o resocialización del delincuente¹⁵².

25. Según Ferrajoli, el derecho penal y la pena, en el contexto de un derecho penal mínimo, cumplen una función preventiva en un doble sentido. Expresa Luigi Ferrajoli que el derecho penal asume como fin una doble función preventiva, en ambos casos de signo negativo, pues por una parte se busca la prevención general de los delitos, y por la otra, la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. Empero, este autor, de manera categórica, se inclina por acentuar la especial importancia del segundo de los fines indicados ante la evidente ineficacia del derecho penal para cumplir su

función preventiva general (disuasión), al considerar que podría decirse que el fin del derecho penal no es otro que impedir que los individuos se tomen justicia por sus propias manos, o dicho en otros términos, la contribución a la minimización de la violencia en la sociedad¹⁵³.

26. Desde el punto de vista de la sociología, también se ha estudiado la función del castigo en la sociedad. Algunos de los más renombrados sociólogos han realizado importantes contribuciones a lo que se conoce como la “sociología del castigo”. Entre ellos destacan Émile Durkheim, Max Weber, Niklas Luhmann y David Garland.

Émile Durkheim, expositor de lo que podría llamarse la teoría funcionalista del delito y la pena, parte de la identificación y conceptualización de los hechos sociales¹⁵⁴, para dar paso a la distinción entre lo que puede ser considerado normal (hechos sociales normales) y aquellos que podrían ser calificados como patológicos, explicando que si existe algo en la sociedad que pueda encajar dentro del concepto de hecho social normal, es precisamente el delito¹⁵⁵.

Según Durkheim, el delito no tiene entidad ontológica, ya que es producto de las normas y convenciones sociales, y en oposición a Garofalo, niega que pueda existir una naturaleza criminal del acto delictivo¹⁵⁶, pues además es consciente de que el delito, o más bien, lo que puede ser considerado delito, puede variar dependiendo del lugar y del tiempo¹⁵⁷.

Este autor considera que el delito cumple una importante función de evolución de la moral y el derecho, pues el crimen desempeña una función social muy precisa: provoca una reacción social que estabiliza a la sociedad y mantiene vivo el sentimiento colectivo de conformidad con las normas. Es un factor de cohesión social. El delito y la pena refuerzan la adhesión de la colectividad a los valores dominantes¹⁵⁸.

Max Weber, con su sociología comprensiva y la elaborada teoría de la estructura burocrática¹⁵⁹, concibe que esta, la burocracia, constituye el principal instrumento de dominación moderna en la sociedad de masas, que pasa a servir de regla administradora de cuerpos y de almas a ser un modelo

para un nuevo concepto fundamental, la disciplina¹⁶⁰, crucial en el entendimiento de lo que permitirá el establecimiento de consecuencias para quien quebrante el orden jurídico.

Niklas Luhmann, célebre exponente del funcionalismo europeo de la segunda mitad del siglo pasado, desarrolló todo un entramado teórico de la sociedad, la teoría sistémica, con el propósito de explicar todos los fenómenos sociales presentados en la sociedad, entre ellos el fenómeno jurídico (sociología jurídica), aplicando la teoría de sistemas al subsistema jurídico¹⁶¹.

De acuerdo con Luhmann, la sanción es un elemento fundamental para el mantenimiento de las normas, pues el derecho debe tener cómo hacerse exigible, y por eso la sanción es un elemento esencial del derecho, porque solo de este modo es posible el mantenimiento de la función del derecho como pautador de conductas¹⁶².

David Garland considera el castigo como una compleja institución social que tiene tanto elementos culturales como estratégicos, que es, además, un ámbito de expresión de los valores y las emociones, así como un proceso de control social de un profundo contenido simbólico vinculado con las propias raíces del orden social. El castigo es, de esta manera, un signo de la autoridad y constituye la materialización final de su fuerza, indispensable por lo demás para la existencia de cualquier sociedad¹⁶³. Expresamente plantea:

Hoy por hoy el castigo es un aparato para hacer frente a los delincuentes, una entidad administrativa circunscrita, discreta, legal. Sin embargo, también es la expresión del poder del Estado, la afirmación de la moralidad colectiva, un vehículo de la expresión emocional, una política social condicionada por motivos económicos, la representación de la sensibilidad vigente y un conjunto de símbolos que despliega un ethos cultural y ayuda a crear una identidad social¹⁶⁴.

En opinión de Garland, las instituciones penales son parte de la estructura de acción social y un sistema de poder, al mismo tiempo que un elemento significativo dentro de un ámbito simbólico¹⁶⁵, y afirma que los castigos se determinan en parte por la estructura específica de nuestras sensibilidades y que, a su vez, dichas sensibilidades están sujetas a cambios y evoluciones¹⁶⁶.

27. Las concepciones teóricas sobre los fines de la pena son un punto de partida para reflexionar sobre los fines de la sanción administrativa. Si se parte del reconocimiento de la existencia de algunas diferencias —no sustanciales— entre la infracción administrativa y el delito¹⁶⁷, se entenderá que los discursos contruidos durante los últimos siglos para justificar la imposición de las penas también constituyen referentes necesarios que tributan teóricamente para la justificación de la imposición de las sanciones administrativas, pues desde la perspectiva del Estado de derecho, sería inconcebible la aceptación del otorgamiento de competencias punitivas a las autoridades administrativas sin que existiera una finalidad que justificara de manera suficiente la titularidad de tan extraordinarias prerrogativas públicas.

Allí, la reflexión sobre la función preventiva de la infracción administrativa y su amenaza de sanción, así como el carácter resocializador de esta, tienen que desempeñar un papel clave que desvirtúe el otorgamiento de potestades a la Administración sin miramiento de los fines que le deben servir de fundamento. Por esa razón, el estudio de las teorías que a lo largo de la historia han procurado justificar las penas son un punto de partida que de manera necesaria debe tenerse en cuenta en la construcción de la dogmática en materia sancionadora administrativa.

SECCIÓN III. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN. NOCIÓN CONCEPTUAL, CARACTERÍSTICAS Y FINALIDADES

28. El concepto de la palabra potestad. El punto de partida. Planteada y aceptada la tesis de la potestad punitiva del Estado en su doble dimensión, corresponde ahora ahondar el estudio de la potestad sancionadora de la Administración, tema central del libro.

Se ha dicho que una sociedad cualquiera no podría subsistir sin un poder social destinado a asegurar su funcionamiento¹⁶⁸, y que dicho poder, radicado en el Estado, constituye la nota esencial de este¹⁶⁹. De dicho poder surge la expresión potestad, entendida como manifestación del poder, y en ocasiones como un concepto equivalente al de soberanía¹⁷⁰, pero que se concibe como una forma de manifestación de la legalidad en virtud de la cual se otorgan facultades de actuación, es decir, poderes jurídicos que permiten la actuación estatal¹⁷¹.

La potestad del Estado o potestad pública implica la posibilidad que tienen las autoridades públicas de ejercer actividades dotadas de prerrogativas extraordinarias ajenas a los particulares y que constituyen, como ya se ha dicho, un reflejo del poder del Estado¹⁷².

Según el Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española, el término potestad significa ‘dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo’¹⁷³, y desde la lectura del derecho administrativo el vocablo potestad se entiende también como una especie del término genérico de poder, porque se parte de la base de que este es un atributo del Estado, en tanto la potestad se concibe como una prerrogativa inherente al ejercicio de una función¹⁷⁴, que en este caso es pública, pues todas las actividades públicas tienen origen necesario en una potestad, parten de un ordenamiento¹⁷⁵ y son en consecuencia de una u otra forma manifestaciones del poder público instituido, ya que la autoridad para el ejercicio de una

función proviene del derecho, toda vez que quien tiene la autoridad para el ejercicio de la función está habilitado para ejercer el poder del Estado¹⁷⁶.

29. La potestad sancionadora de la Administración constituye una prerrogativa pública. Entendiendo la potestad sancionadora de la Administración como la prerrogativa pública¹⁷⁷ que la faculta para establecer por sí misma, con la previa observancia del procedimiento debido y en consecuencia en atención a la ley, si una persona infringió la normativa establecida, y por ende es merecedora de las sanciones administrativas correspondientes derivadas de su transgresión, se concluye que tal potestad constituye una posibilidad extraña a las facultades o derechos reconocidos a los ciudadanos en el desarrollo de sus relaciones sociales y privadas, siendo pertinente precisar que en consecuencia, el origen de la potestad en abstracto no procede del tráfico jurídico de la creación o innovación de relaciones jurídicas mediante negocios, actos o hechos jurídicos, sino directamente del ordenamiento¹⁷⁸.

30. En la creación de la potestad sancionadora de la Administración intervienen todas las funciones públicas. La potestad sancionadora de la Administración está encaminada a su desarrollo práctico en el contexto del ejercicio de la función administrativa, y como tal representa una prerrogativa pública que le es inherente a esta función, haciendo la aclaración de que, en todo caso, en su creación intervienen casi todas las funciones públicas, bien sea otorgándola dentro del contexto del ordenamiento jurídico, o ejerciéndola según el principio de legalidad.

31. La potestad sancionadora administrativa es reglada. Esta potestad sancionadora de la Administración es de carácter reglado¹⁷⁹, lo que se constituye en la primera garantía para evitar el ejercicio arbitrario del poder que en ella se encuentra representado, pues su ejercicio está condicionado por una serie de parámetros normativos encaminados a evitar el abuso y la arbitrariedad, orientados, en últimas, a la consecución del interés general que le sirve de fundamento¹⁸⁰, pues tal como lo sostiene el profesor Alberto Montaña Plata, el difícil papel del derecho está orientado, entre otras cosas, a limitar el poder¹⁸¹, lo que

resulta de especial relevancia frente a la potestad sancionadora de la Administración. Sin embargo, debe reconocerse que no existen potestades absolutamente regladas, y en ese contexto aparecen importantes márgenes de discrecionalidad administrativa de sumo cuidado en el ámbito punitivo.

32. Con la potestad sancionadora de la Administración se busca el bienestar general. El propósito de la potestad sancionadora de la Administración no puede ser otro que el bienestar general, el bien común, pero es claro que dentro del contexto del Estado social de derecho debe ejercerse con plena observancia de las garantías constitucionales y legales, buscando siempre la consecución de los fines del Estado, sin que ello implique la habilitación para la vulneración de los derechos fundamentales de quienes se encuentren involucrados en un procedimiento sancionador, sino, por el contrario, se erige como un mecanismo para su defensa.

La forma específica de intervención estatal por medio de la utilización de la potestad sancionadora administrativa se ve reflejada no solo en la regulación de los asuntos internos de la actividad de los organismos del Estado, como ocurre por ejemplo con el derecho disciplinario, sino también en la intervención estatal en las actividades sociales y económicas de la comunidad, encaminadas siempre a evitar la exposición a riesgos, infracciones y a daños que puedan llegar a la afectación de los derechos e intereses individuales, sociales o colectivos y en últimas, a la vulneración del ordenamiento jurídico.

En este contexto, el derecho administrativo sancionador se debe presentar como un derecho garantista que permita un perfecto equilibrio entre el control social y el amparo de los derechos fundamentales. Lo anterior sirve de fundamento para plantear que la potestad sancionadora de la Administración es la facultad jurídica que la habilita para la imposición de sanciones administrativas a los particulares, a los servidores públicos e incluso a las propias entidades u organismos del Estado, que han incurrido en infracciones determinadas que afectan de una u otra forma el orden social y que representan una vulneración de la normativa jurídica¹⁸².

33. La potestad sancionadora de la Administración no es autónoma. Debe precisarse que esa prerrogativa de la Administración representada en la potestad sancionadora no es autónoma, sino delegada, porque la facultad para su ejercicio no emana de la voluntad de la propia Administración, sino que en el contexto del Estado democrático y de derecho, tiene que ser otorgada por los órganos de representación popular o por el soberano directamente, mediante el ejercicio de la función constituyente o de la función legislativa, para determinar de esa manera el conglomerado jurídico de funciones y competencias estrictamente sometidas al principio de legalidad que permitirán su ejercicio.

34. La potestad sancionadora de la Administración no tiene una finalidad represiva. La potestad sancionadora de la Administración no tiene una finalidad represiva, sino más bien preventiva, en el sentido de disuasión o persuasión de las conductas, porque la sanción administrativa se erige como la ultima ratio de la actividad pública administrativa, y la eficacia de tal potestad debe ser vista paradójicamente no en función de la sanción impuesta, sino de la inexistencia de la necesidad de tener que imponerla, lo cual constituye el fundamento central de justificación de tan extraordinaria prerrogativa pública.

SECCIÓN IV. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

35. La Constitución Política de Colombia no contiene una disposición explícita que aluda a la potestad sancionadora de la Administración en general. En el derecho colombiano no existe explícitamente una disposición constitucional que confiera la potestad sancionadora de la Administración de manera general como ocurre en España, para traer un ejemplo, pero sí existen múltiples disposiciones constitucionales que implícitamente permiten entenderla conferida o explícitamente la refieren para aspectos particulares¹⁸³.

36. El artículo 2.º de la Constitución constituye el primer fundamento constitucional implícito de la potestad sancionadora de la Administración. El primer fundamento constitucional se halla en el propio artículo 2.º, que establece como fines esenciales del Estado, entre otros, el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo¹⁸⁴.

Lo anterior implica que el Estado en general y la Administración en particular deban propender al mantenimiento de unas condiciones que permitan el disfrute pacífico de los derechos de las personas, para lo cual deberá utilizar, si es del caso, las facultades sancionadoras inherentes al ejercicio del poder público, porque para eso fueron instituidas las autoridades de la República, tal como reza el aparte final de la norma en mención¹⁸⁵.

Esta última consideración es importante porque el Estado en general, y la Administración en particular, se habilitarán para el ejercicio de la potestad sancionadora, donde quiera que se presenten lesiones o amenazas a los distintos tipos de derechos (individuales, sociales o colectivos) que pongan en peligro la pacífica convivencia y la coexistencia dentro del grupo social y que puedan afectar la consecución de los fines del Estado.

Por ello, frente a la consideración de que Colombia es un Estado social de derecho y, por ende, de que el compromiso del Estado va más allá de la garantía de los derechos fundamentales, el Estado está llamado a realizar una labor de intervención constante en los diversos frentes sociales y económicos en procura de lograr la realización de sus fines. Así, de esa forma, el artículo 150, numeral 8, de la carta, consagra que el Congreso por medio de las leyes expedirá las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que señala la Constitución¹⁸⁶. De la mano de dicha intervención estará implícita la posibilidad de que el Estado ejerza su potestad sancionadora penal o administrativa.

37. El cumplimiento de su función constitucional de control y vigilancia de los servicios públicos constituye también fundamento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración. Ejemplo de lo anterior puede observarse con las facultades de la Administración que se desprenden de la actividad relativa a la prestación de servicios públicos.

En el artículo 67 superior se dispone que corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación de los educandos, lo cual pone de presente que para el logro de estos propósitos las autoridades educativas estarán dotadas de ciertas prerrogativas encaminadas a garantizar su concreción, las cuales estarán acompañadas de facultades sancionadoras como herramientas de disuasión o persuasión de quienes deban acatar las disposiciones legales y reglamentarias en materia educativa¹⁸⁷. En efecto, este fundamento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración ha sido reconocido por la Corte Constitucional¹⁸⁸.

Por su parte, el artículo 365 prevé que en torno a los servicios públicos el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios¹⁸⁹, y el artículo 370 estipula, en armonía con la anterior disposición, que corresponde al presidente de la República ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios dicho control, inspección y vigilancia de las entidades que los presten¹⁹⁰.

38. El artículo 29 constitucional, que consagra el debido proceso, también es fundamento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración. La consagración constitucional prevista en el artículo 29, referente al debido proceso, y que señala que este se aplicará a toda serie de actuaciones judiciales y administrativas, constituye otro soporte constitucional implícito al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, en la medida en que esta necesariamente tendrá que observar con rigor todos los postulados de ese derecho fundamental y macroprincipio, en especial cuando ejercite la extraordinaria potestad punitiva de la que se encuentra investida. Sobre este particular aspecto, ha señalado la Corte Constitucional:

También se tiene el artículo 29 constitucional, el cual consagra el derecho al debido proceso como garantía fundamental de todas las personas. En relación con esta norma y la forma en que ella le sirve de fundamento a la potestad administrativa sancionadora, esta corporación ha señalado: “[...] el artículo 29 de la Constitución expresa que ‘el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas’. El debido proceso comporta una serie de garantías como la publicidad y celeridad del procedimiento, el derecho de defensa y contradicción, el principio de legalidad del ilícito y de la pena, la garantía del juez competente, etc., que solo tienen sentido referidas a la actividad sancionadora del Estado. Es decir, son garantías aplicables al proceso de imposición de sanciones. De esta manera, cuando la carta habla del debido proceso administrativo, implícitamente reconoce la facultad que incumbe a la Administración de imponer sanciones, es decir, la potestad sancionadora de la Administración¹⁹¹.

39. El artículo 80 superior también es fundamento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración en materia ambiental. El artículo 80 constitucional, por su parte, considera una habilitación constitucional explícita para ejercer la potestad punitiva del Estado, al establecer que a este le corresponde prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la

reparación de los daños. Claro está que entre las posibilidades punitivas derivadas de esta disposición constitucional se encuentra la administrativa, reflejada por ejemplo en la expedición de la Ley 1333 de 2009, por medio de la cual se fijó el procedimiento sancionador ambiental¹⁹².

40. El artículo 92 contiene una referencia explícita en materia sancionadora disciplinaria. Este artículo dispone que cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar a la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas, lo cual constituye una consagración de la existencia de tal facultad administrativa¹⁹³.

41. El artículo 118 trae una fundamentación constitucional específica en materia disciplinaria. En el artículo 118 puede leerse que entre las funciones asignadas al ministerio público se encuentra la de vigilar la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas¹⁹⁴, lo cual, más lo dispuesto en el artículo 277 superior, numeral 6, y en el 278, numeral 1, relativo a las funciones del procurador general de la Nación, que dan cuenta de las atribuciones conferidas expresamente en materia sancionadora administrativa, no dejan duda de su fundamento constitucional¹⁹⁵.

42. El artículo 334 contiene un importante fundamento constitucional implícito de la potestad sancionadora de la Administración en términos generales. También está presente el artículo 334 de la Constitución Política, el cual establece que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado y, en tal razón, este tiene el deber de intervenir por mandato de la ley en “la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”. De esta manera, correlativamente a la expedición de normas de intervención, es necesario que el Estado cuente con las herramientas necesarias para hacerlas cumplir¹⁹⁶.

43. Los artículos relacionados con el ejercicio de la función de policía representan otro fundamento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración. De igual forma, están relacionados los artículos constitucionales referidos a la función de policía administrativa, por virtud de la cual el Estado tiene la atribución de regular el ejercicio de las libertades individuales con el fin de garantizar el orden público, entre ellos, el artículo 150, numeral 8, y el artículo 189, numerales 21, 22, 24 y 26^[197], de los cuales deriva el fundamento constitucional de tal potestad de la Administración.

44. El significado del fundamento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración es complejo. Sostener que la potestad sancionadora de la Administración tiene fundamento constitucional significa que esta se encuentra consagrada en el texto superior —de manera explícita o implícita— como uno de los mecanismos que puede utilizar el Estado para garantizar el control social por vías menos invasivas de los derechos fundamentales, si se compara con la utilización del derecho penal para tal propósito¹⁹⁸.

Pero también significa que la potestad sancionadora de la Administración es un instrumento diseñado para contribuir al logro de los cometidos estatales, razón por la cual su ejercicio debe estar enmarcado en el contexto teleológico de la Constitución y del Estado, lo que implica que necesariamente tal potestad estará sometida a claras barreras tendentes a garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, pues el objetivo de lograr el control social en un modelo de Estado como el colombiano debe darse sobre la base del respeto de tales derechos y no sobre su sacrificio, porque el fin no justifica los medios.

Por tal razón, estas referencias normativas de la Constitución Política son un claro ejemplo de algunos de los fundamentos constitucionales que la potestad sancionadora de la Administración tiene en el derecho colombiano, y por ello, pese a no existir una disposición constitucional que de manera explícita la reconozca con carácter general¹⁹⁹, no queda duda sobre la existencia de suficientes argumentos constitucionales que le sirven de sustento normativo y que la convierten en una de las más importantes medidas con las que puede contar el Estado en procura de alcanzar el

control social y, por ende, encaminadas al logro del interés general y a la realización de los principios y valores previstos en la propia Constitución Política.

CAPÍTULO SEGUNDO

ANÁLISIS SOBRE LAS DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LA INFRACCIÓN PENAL Y LA ADMINISTRATIVA

INTRODUCCIÓN

45. En el derecho colombiano se suele creer que existen diferencias sustanciales entre la infracción administrativa y el delito. El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia prevé que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y pese a que los siguientes apartados de dicha norma parecen hacer referencia expresa al ámbito exclusivamente penal, lo cierto del caso es que una interpretación sistemática e integral de la disposición lleva a concluir, como en efecto lo ha hecho la Corte Constitucional en numerosas oportunidades²⁰⁰, que su aplicación cobija todos los ámbitos del ejercicio del poder punitivo del Estado, precisamente porque se consagran los elementos integrantes del debido proceso, entre los cuales destacan el principio de contradicción o derecho de defensa, el principio de non bis in idem, el de presunción de inocencia, el de legalidad y el de culpabilidad.

La precisión anterior es de la mayor importancia, puesto que pese a la claridad del enunciado constitucional de que el debido proceso se aplicará a toda serie de actuaciones judiciales y administrativas, en la legislación colombiana y en la interpretación del ordenamiento jurídico realizada por los jueces se presentan profundas diferencias en cuanto al tratamiento que se les da a tales principios cuando se está frente a la imposición de sanciones penales, ámbito en el cual se interpretan y aplican con el mayor rigor, y a la imposición de sanciones administrativas, contexto en el que “flexibiliza” o matiza su aplicación, pese a que del texto constitucional no se desprenden excepciones ni matices respecto a la aplicación del debido proceso y sus implicaciones frente al control del ejercicio del poder punitivo del Estado.

A causa de ese tratamiento diferenciador, que parte en gran medida de la idea generalizada de la existencia de diferencias cualitativas entre las infracciones penales y administrativas, es necesario analizar y reflexionar sobre las diferencias o semejanzas que existen entre dichas infracciones, pues en el derecho colombiano los principios que deben servir de guía para

el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado se vienen interpretando de manera diferente en ambos campos sancionadores, con la consecuente aplicación distinta del régimen de garantías y derechos para quienes se ven enfrentados al ejercicio del poder punitivo del Estado en uno u otro sector.

Estas consideraciones evidencian la necesidad de reflexionar en este capítulo sobre si en efecto existen diferencias sustanciales entre las infracciones penales y administrativas en el derecho colombiano, o si, por el contrario, a pesar de la opinión mayoritaria en el medio local, lo que existe es una identidad ontológica o sustantiva entre estas dos manifestaciones punitivas estatales.

Por esa razón, y para procurar generar elementos de discusión que permitan esclarecer el panorama frente a este aspecto en particular, se comenzará por realizar una aproximación a la noción conceptual de la sanción administrativa, se estudiarán las diversas concepciones teóricas que fundamentan las diferencias o semejanzas entre el delito y la infracción administrativa, se analizarán los argumentos que suelen expresarse en procura de justificar las diversas doctrinas sobre la materia y, por último, se tomará partido por la posición defendida en este trabajo, que podría denominarse “tesis de la identidad ontológica y la diferencia normativa”.

SECCIÓN I. APROXIMACIONES A LA NOCIÓN CONCEPTUAL DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA

46. El vocablo sanción tiene varias significaciones en el campo del derecho. Antes de abordar el estudio sobre las diferencias o semejanzas que existen entre la infracción penal y la administrativa, se considera fundamental precisar el sentido que la expresión “sanción” adquiere como consecuencia del ejercicio del ius puniendi del Estado, porque en sentido estricto corresponde a una noción conceptual diferente de otras significaciones que al vocablo sanción se le suelen dar en el campo del derecho, pues precisamente la característica esencial de la norma jurídica es su carácter coactivo, es decir, la amenaza de sanción tras su incumplimiento, por lo que en sentido amplio, la transgresión de cualquier norma jurídica acarrearía la imposición de la sanción descrita en el ordenamiento jurídico²⁰¹, pues para que la sanción aparezca es preciso que se dé la violación de la norma, que esta sufra menoscabo²⁰²; o en palabras de Kelsen, la sanción es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho²⁰³.

47. La nulidad de los actos y contratos se considera un tipo de sanción. Así, por ejemplo, en materia civil, tras la configuración de alguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil colombiano, se debe derivar la sanción de nulidad absoluta de los actos o contratos, y se sancionará con nulidad relativa la presentación de otra especie de vicio que implique la falta de los demás requisitos prescritos por la ley para el valor de la actuación jurídica privada²⁰⁴.

48. No toda consecuencia desfavorable derivada del incumplimiento de la ley implica la imposición de una sanción punitiva. Por ello, y como lo anota García Gómez de Mercado, no constituye sanción, en sentido estricto, desde el punto de vista punitivo, cualquier consecuencia desfavorable para el interesado que se derive del incumplimiento de la ley, lo que bien podría considerarse sanción en sentido amplio²⁰⁵.

Por ello se comparte la apreciación de que toda norma jurídica impone de una u otra forma un deber jurídico de cumplimiento u observancia de la previsión establecida por ella²⁰⁶, de tal suerte que por ejemplo, frente a la realización de actos contrarios a lo ordenado por la norma podría decirse que representarían una infracción de ella, y en consecuencia podrían estar viciados, lo cual debería tener ciertas consecuencias que por lo general se conciben como sanciones, como ocurre con la nulidad de los actos o los contratos en materia civil o administrativa, pero que se diferencian de la sanción punitiva propiamente dicha por cuanto no se imponen como consecuencia del ejercicio del ius puniendi del Estado²⁰⁷, y por ende, tan solo corresponderían a la normal consecuencia jurídica prevista ante el incumplimiento de la ley.

Lo anterior obliga a precisar que no siempre que se presente una violación a una disposición jurídica, con independencia de que esta acarree efectos desfavorables al infractor, se estará en presencia del poder punitivo del Estado, por lo que será imprescindible realizar una labor de interpretación²⁰⁸.

49. La sanción punitiva tiene una connotación muy concreta que la distingue de los otros usos del vocablo sanción en el campo del derecho. Por otra parte, cuando se alude a la expresión “sanción” —penal o administrativa— se está haciendo referencia a la consecuencia negativa que puede generarse para un sujeto con fundamento en un antecedente conductual suyo que ha causado una infracción al orden jurídico y que, por ende, implica el deber de enfrentarse a tal consecuencia como resultado del ejercicio de la potestad punitiva del Estado²⁰⁹.

En particular, cuando se hable de sanción administrativa se estará aludiendo a un mal infligido por la Administración a un administrado²¹⁰ o a un agente suyo, como consecuencia de la infracción a la normativa expedida en desarrollo del ius puniendi del Estado, o como lo sostiene el profesor Franck Moderne, es el poder represivo concedido a la Administración para castigar comportamientos sociales considerados infracciones de la reglamentación²¹¹.

50. La sanción punitiva es consecuencia del ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Esta última consideración constituye precisamente la característica diferenciadora que existe entre la sanción penal o la administrativa y la sanción en sentido amplio, como consecuencia de la transgresión de otra norma que no haya sido expedida en ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, o como bien lo anota Martín-Retortillo Baquer, la sanción administrativa se caracteriza por su aspecto punitivo²¹², o en términos de Santamaría Pastor, sanción, en sentido técnico, existe solo cuando a la conducta ilícita se anuda la imposición de una privación de derechos con una finalidad represiva (de castigo) de la infracción, y preventiva o disuasoria de conductas similares²¹³.

51. La sanción administrativa se presenta en el contexto de la función administrativa. A lo antedicho se debe sumar el hecho de que la sanción administrativa, por ejemplo, se impone en el seno del ejercicio de la función administrativa²¹⁴, en tanto las “otras” tipologías de sanciones legales, en el contexto del ejercicio de la función jurisdiccional, eso sí, reiterando que no son fruto de la potestad punitiva del Estado, a excepción de la sanción impuesta en aplicación del derecho penal²¹⁵, y claro está, de la disciplinaria impuesta por la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, así como la pérdida de investidura o del cargo²¹⁶, que también son jurisdiccionales, no penales.

52. No toda decisión administrativa desfavorable a los intereses de un sujeto implica la imposición de una sanción punitiva. En realidad, existen medidas adoptadas por la propia Administración, que no obstante representar una consecuencia desfavorable para los intereses del administrado, no suponen la imposición de una sanción administrativa propiamente dicha, por no ser la concreción del poder punitivo del Estado. Tal es el caso de la revocatoria de un acto administrativo favorable al ciudadano²¹⁷ o la medida de toque de queda y la restricción a la venta de bebidas alcohólicas (ley seca) durante ciertos periodos, o la declaratoria de vacancia del empleo público en caso de abandono del cargo²¹⁸, la expropiación por vía administrativa o la emisión de un fallo con responsabilidad fiscal. También podrían

citarse como ejemplos algunas medidas de policía²¹⁹ y la pérdida de la condición de funcionario²²⁰ por la declaratoria de insubsistencia del nombramiento. Todo lo anterior evidencia que el término “sanción” es polisémico, y que por ello se justifica la precisión conceptual que se ha intentado realizar.

Ahora, cumplido el propósito de determinar el sentido en el que se toma el vocablo sanción, se procederá a realizar el análisis en torno a las supuestas diferencias que existen entre la infracción penal y la administrativa.

SECCIÓN II. ANÁLISIS SOBRE LAS DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LA INFRACCIÓN PENAL Y LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

53. En Colombia se suele afirmar que existen diferencias sustanciales entre la infracción penal y la administrativa. En el derecho colombiano²²¹ se tiene la tendencia a dar por sentada la existencia de diferencias sustanciales entre la infracción penal y la administrativa, partiendo para ello de elaboraciones teóricas fundamentadas en las opiniones o ideas expuestas por un sector de la doctrina del derecho comparado que así lo ha afirmado desde hace largo tiempo.

54. La doctrina y la jurisprudencia colombianas han sido proclives a la pacífica aceptación de que en el ámbito del derecho administrativo sancionador es legítimo que se flexibilice el rigor de las garantías del derecho penal. Sobre la base del establecimiento de dichas diferencias, ha venido haciendo carrera, especialmente en el ámbito jurisdiccional y en el doctrinal, la idea de que es incuestionable la legitimidad de la flexibilización del rigor de las garantías propias del derecho penal en el ámbito del derecho administrativo sancionador, hecho evidenciado por ejemplo en la aceptación en algunos eventos, de casos sancionatorios administrativos regidos por un esquema de responsabilidad objetiva, y también en la permisividad del establecimiento de un doble sistema punitivo —penal y administrativo— a partir de unos mismos hechos, a pesar de que en el sistema jurídico colombiano se prevé como garantía del debido proceso en materia sancionatoria estatal, tanto el principio del non bis in idem como el principio de culpabilidad y de presunción de inocencia²²².

55. El derecho administrativo sancionador no es una rama del derecho penal, pues existen diferencias entre ambos sistemas normativos. Se ha afirmado que la potestad sancionadora de la Administración representa una de las facetas del ius puniendi del Estado, lo cual, sin embargo, no significa que el derecho administrativo sancionador —instrumento con el cual se concreta tal facultad— sea una rama del derecho penal, por

lo que debe tenerse presente que en Colombia, a diferencia de lo que sucede en otras latitudes, no resulta adecuado referirse a este subsistema normativo como “derecho penal administrativo”²²³, pues tal denominación, sustentada en la idea de que el derecho administrativo también podría concebirse como una faceta del derecho penal cuando este implicara la imposición de sanciones penales²²⁴, es ajena a la realidad jurídica del país.

El concepto de lo punitivo —en la lógica del *ius puniendi*— se relaciona con la facultad sancionatoria del Estado, más que con el concepto de pena desde el punto de vista penal, como medida que tiende a la privación de la libertad, y si bien es cierto que tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador son derivaciones de la misma construcción teórica facultativa de la sanción, también lo es que obedecen a una naturaleza jurídica que solo es distinta desde un punto de vista formal²²⁵ o normativo, como quiera que en primer término, el derecho penal tiene como ámbito de aplicación, al menos en Colombia, el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, en tanto que el derecho administrativo sancionador, por su parte, se presenta en el marco del ejercicio de la función administrativa, lo cual constituye una primera diferencia fundamental al menos desde el punto de vista adjetivo en el derecho colombiano.

56. El derecho penal es un instrumento de ultima ratio. En un Estado apoyado en la protección de los derechos fundamentales, solo debe acudir a él cuando no existan otros mecanismos menos radicales de control social. El derecho penal como intervención estatal más radical solo debe imponerse donde no sean suficientes otros medios menos radicales para combatir o impedir fenómenos de perturbación social²²⁶ que impliquen un daño efectivo o un grave riesgo a los derechos o bienes jurídicos tutelados en beneficio del conglomerado social; es decir, el derecho penal es el último recurso al cual hay que acudir en el control social²²⁷, en tanto que el derecho administrativo sancionador, por su parte, debe entrar a operar donde no se considere estrictamente necesario acudir a la intervención penal para prevenir los riesgos o garantizar el amparo de los derechos individuales, sociales y colectivos, en últimas, la afectación de los bienes jurídicos tutelados, tal como debe ocurrir en un Estado de derecho fundado en el respeto a la libertad.

57. Es común la creencia de que las consecuencias de la transgresión de la normativa penal sean más graves que las que se derivan de la transgresión de la normativa administrativa. Por regla general, se considera que la consecuencia de la transgresión de la normativa penal es mucho más grave que las consecuencias de la transgresión de la normativa administrativa, lo cual, en términos generales, podría resultar cierto porque la manifestación tradicional de la pena, concebida desde la mirada del derecho penal, apunta de manera frecuente a la restricción del derecho de la libertad personal, y la restricción a este derecho fundamental puede representar el más drástico de los castigos²²⁸.

Así, por ejemplo, en la Sentencia C-595 de 2010, la Corte Constitucional se refirió a la delimitación del contenido de la potestad sancionadora de la Administración y a la distinción de la potestad sancionadora por la vía penal en los siguientes términos:

En ese contexto y habida cuenta de que las normas demandadas aluden a la sanción de las infracciones ambientales, la Corte entró a delimitar el contenido de la potestad sancionadora de la administración, que se distingue del poder punitivo por la vía judicial penal en los objetivos, particularmente, en los bienes jurídicos materia de protección. La potestad sancionatoria penal propende por [sic] la garantía del orden social en abstracto —bienes sociales más amplios—, la consecución de fines retributivos, preventivos y resocializadores y presenta un mayor grado de afectación de los intereses jurídicamente protegidos que daría lugar a la privación de la libertad. No ocurre lo mismo con la potestad sancionatoria administrativa, que busca primordialmente garantizar la organización y el funcionamiento de la administración y cumplir los cometidos estatales; cuestionar el incumplimiento de los deberes, prohibiciones y los mandatos consignados, que descartan la imposición de sanciones privativas de la libertad. Si bien se ejercita a partir del desconocimiento de reglas preestablecidas, tiene una cierta finalidad preventiva, al proponer un cuadro sancionador como consecuencia del incumplimiento de las prescripciones

normativas. Al mismo tiempo, contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas²²⁹.

En esa providencia, uno de los argumentos centrales de la Corte Constitucional sobre los cuales fundamenta la distinción entre la potestad sancionadora de la Administración y la potestad punitiva penal se sustenta en el tipo de consecuencias que podría acarrear la violación de ambas normativas, pues se afirma que la potestad punitiva penal daría lugar a la privación de la libertad, mientras que en la potestad sancionadora de la Administración se descarta la imposición de sanciones restrictivas de tal derecho²³⁰.

58. No es cierto que la privación de la libertad sea la única consecuencia de la transgresión de la normativa penal. A diferencia de lo sostenido por la Corte Constitucional en la decisión arriba referenciada y en muchas otras en las que se ha acudido al mismo argumento²³¹, la pena privativa de la libertad no es la única manifestación punitiva en el campo del derecho penal, puesto que junto a ella se erigen a categoría de sanciones penales otras consecuencias menos radicales como la multa y las penas accesorias de restricción domiciliaria, pérdida del empleo público u oficial, interdicción de derechos y funciones públicas; prohibición de ejercer un arte, profesión u oficio, industria o comercio; suspensión de la patria potestad, expulsión del territorio nacional para los extranjeros y prohibición de consumir bebidas alcohólicas, lo cual pone de presente que no siempre la pena estará representada por la privación de la libertad, lo que implica que este aspecto no sea el elemento que por excelencia permita la distinción²³².

59. Es posible que las sanciones administrativas sean en realidad más graves que las propias sanciones penales. En ocasiones puede llegar a ocurrir que la sanción administrativa sea igual o incluso más grave que la propia consecuencia penal²³³.

El ejemplo de esta afirmación podría estar dado por el hecho de que una persona puede llegar a preferir una pena privativa de la libertad no muy

prolongada a una sanción administrativa pecuniaria sumamente costosa que podría llegar a significar la inviabilidad financiera de su empresa o negocio, del cual deriva el sustento de su familia, o de manera específica, pueden enunciarse algunas sanciones administrativas de multa, como las previstas en la Ley 1340 de 2009^[234], 1438 de 2011^[235], en la Ley 1333 de 2009^[236], en el Decreto 2245 de 2011^[237], o en el propio Estatuto Tributario²³⁸, que respaldan la posibilidad de que las sanciones administrativas pueden llegar a ser más graves que algunas de las sanciones penales.

Por esa razón, el tema de la gravedad de la consecuencia de la infracción penal o administrativa, como parámetro diferenciador entre los tipos de sanciones a las cuales se puede hacer acreedora una persona, debe ser mirado con cautela para evitar caer en el equívoco y en la simplicidad de las apreciaciones que consideran que inevitablemente la intervención penal es más grave que la intervención administrativa, lo cual por regla general podría resultar cierto, pero debe reconocerse la posibilidad de que ello no suceda así²³⁹. Sobre este particular aspecto, un sector de la doctrina foránea ha expresado:

Como es sabido, entre esos otros medios menos aflictivos figura el derecho administrativo sancionador. Y además —hay que añadir— suele ser el medio menos aflictivo más frecuentemente abogado a sustituir al derecho penal en las iniciativas despenalizadoras.

Sin embargo, se detecta que esa diferencia en aflicción es, en muchos casos, válida solo en la teoría, pues la práctica demuestra con meridiana claridad que el derecho administrativo sancionador puede ser mucho más aflictivo que el derecho penal. En estos casos, decir que se acude al primero porque es menos expeditivo que el segundo, en una aplicación del principio de subsidiariedad, constituye un auténtico fraude de etiquetas²⁴⁰.

60. Hay quienes fincan la diferencia entre la sanción penal y la administrativa en el tipo de reproche de culpabilidad. Se ha sostenido que es también factor diferenciador entre ambos sistemas sancionadores el hecho de que en las sanciones administrativas “el reproche de culpabilidad no es ético-social por el ataque o la lesión a un bien jurídico o derecho subjetivo de los individuos o del Estado, sino casi meramente legal, por la desobediencia o falta de cooperación con la actividad administrativa en la consecución de los intereses socioeconómicos de la Administración”²⁴¹, lo cual constituye una apreciación bastante limitada en torno al papel que la sanción administrativa está llamada a cumplir dentro del contexto social, pues resulta claro que por lo general la única diferencia entre la infracción penal y la administrativa es la discrecionalidad legislativa; el reproche que representa la sanción administrativa consecuencial a la infracción de la misma naturaleza no se queda en el ámbito de la simple desobediencia del administrado, porque también lleva implícito un reproche ético-social.

61. Otros encuentran la diferencia en la finalidad de la sanción. Algún sector de la doctrina, y en realidad de la propia judicatura²⁴², encuentra la diferencia en la consideración según la cual las condenas penales tienen un marcado acento retributivo, mientras que la sanción administrativa tan solo busca el orden y la tranquilidad²⁴³, desconociendo con ello el hecho de que las teorías de la pena, hoy por hoy, no se conciben desde esa perspectiva, y por el contrario, se fundamentan en las teorías de la prevención general, prevención especial positiva y la resocialización del delincuente, o se aproximan más a estas²⁴⁴.

También hay quienes encuentran una diferencia en el hecho de que los punibles de carácter criminal estén dirigidos, a más de la privación de la libertad, a la reinserción del delincuente a la vida social, mientras se considera que las de carácter administrativo no cumplen la función de reconducir la conducta del infractor²⁴⁵. Esta apreciación no puede ser de recibo porque la privación de la libertad no es la única sanción penal existente²⁴⁶, y además, porque se considera que la sanción administrativa tiene entre sus propósitos una finalidad pedagógica que en efecto busca

reconducir la conducta del infractor, a más de ser preventiva, pues en el contexto del Estado social de derecho no podría concebirse como una simple herramienta de represión social, y además porque la sanción administrativa también busca prevenir la infracción.

Por último, la consideración sustentada en la idea de que “La potestad sancionatoria penal propende por [sic] la garantía del orden social en abstracto —bienes sociales más amplios—, la consecución de fines retributivos, preventivos y resocializadores²⁴⁷”, mientras que la potestad sancionadora administrativa se “ejercita a partir del desconocimiento de reglas preestablecidas, tiene una cierta finalidad preventiva, al proponer un cuadro sancionador como consecuencia del incumplimiento de las prescripciones normativas. Al mismo tiempo, contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas”²⁴⁸, demuestra la forma confusa como se ha abordado el tema, al omitir considerar que la potestad sancionadora de la Administración también propende a la garantía de un orden social en abstracto y que no solo busca asegurar el cumplimiento de decisiones administrativas, puesto que casi siempre lo que pretende exigirse es el cumplimiento de disposiciones legales, como por ejemplo las previstas en el Código Nacional de Tránsito, el Código Único Disciplinario y el Estatuto Tributario, entre otras, lo cual evidencia que, por el contrario, más que una diferencia, lo que existe es una semejanza en el hecho de que en ambos ámbitos sancionadores se aplica por regla general el principio de reserva de ley para determinar las conductas que serán objeto de reproche punitivo²⁴⁹.

62. Las relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador son estrechas, pero por lo general la diferencia entre la infracción administrativa y el delito es política. Los lazos de origen y de fundamento entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador son estrechos, y suele ocurrir que la diferencia entre la infracción penal y la administrativa tan solo radique en la voluntad política del legislador²⁵⁰, representada en la política criminal del Estado y en su mayor o menor grado de interés en la intervención de la sociedad, por lo que desde el punto de vista ontológico no existen diferencias sustanciales, y las formales encuentran como limitante el ámbito de referencia territorial del Estado²⁵¹.

Todo lo anterior evidencia la necesidad de abordar en este estudio el análisis sobre las concepciones teóricas que en torno a la distinción entre la infracción administrativa y el delito se han esbozado.

SECCIÓN III. CONCEPCIONES TEÓRICAS EN TORNO A LA DISTINCIÓN ENTRE LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA Y EL DELITO

63. Existen múltiples criterios para establecer la distinción entre las infracciones penales y las administrativas. Sea lo primero advertir sobre este particular que los esfuerzos teóricos por encontrar y explicar las diferencias ontológicas entre la infracción administrativa y el delito han sido el reto de un grupo significativo de tratadistas solo superado en número por los que consideran que no existen diferencias sustanciales entre las dos instituciones. A más de ellos están quienes con su eclecticismo encuentran tanto puntos de convergencia como puntos de divergencia entre la infracción administrativa y la penal.

A propósito de ello, en el derecho colombiano tanto la judicatura como buena parte de la doctrina han acogido casi de manera pacífica la teoría de las diferencias ontológicas o cualitativas entre la infracción penal y la administrativa. Esto se puede apreciar por ejemplo en el significativo número de providencias judiciales emitidas por la Corte Constitucional desde 1992 hasta hoy, en las que ha afirmado de manera reiterada la existencia de tales diferencias sustanciales entre los dos tipos de infracciones²⁵².

Por esa razón, en este apartado se procurará analizar cada una de las corrientes teóricas en torno a la existencia de la identidad o diferencia ontológica entre las infracciones penales y administrativas, teniendo como punto de referencia el derecho comparado y reflexionando críticamente sobre la solidez de cada una de las tesis.

64. Los defensores de las teorías cualitativas o diferenciadoras consideran que existen diferencias ontológicas entre la infracción administrativa y el delito. La primera posición, denominada en la literatura administrativa teoría cualitativa o diferenciadora²⁵³, supone la existencia de diferencias sustanciales o cualitativas entre la infracción administrativa y la penal; es decir, según sus defensores,

existirían conductas que por su naturaleza intrínseca serían, o bien infracciones administrativas, o bien delitos o infracciones penales²⁵⁴.

65. Las concepciones que reconocen la existencia de diferencias sustanciales entre el ilícito penal y el administrativo datan de la modernidad. Como bien se deduce de la lectura de la investigación del profesor Heinz Mattes, publicada de manera póstuma con el título de Problemas de derecho penal administrativo, historia y derecho comparado, el problema sobre el establecimiento de diferencias sustanciales entre el ilícito penal y el administrativo es de vieja data y ha generado importantes reflexiones desde los mismos inicios de la Edad Moderna. Al respecto, plantea Mattes lo siguiente:

La exposición de la evolución histórica del derecho penal de policía, en su caso de la Administración, ha mostrado que no hubo desde el punto de vista jurídico material una diferencia histórica entre derecho penal de policía y derecho penal criminal o judicial (infracciones administrativas e injusto criminal). El derecho penal de policía, nacido con el Estado absoluto en la Edad Moderna, era un derecho penal de los órganos (administrativos) de policía y no estaba separado del resto del derecho penal por caracteres (sic) materiales, de índole diferencial. Solo la doctrina, siguiendo a la teoría iusnaturalista de la Ilustración, intentó demostrar una diferencia de esta clase entre ambos ámbitos de derecho penal²⁵⁵.

Y es que retomando los hallazgos del estudio del profesor Mattes, se comienzan a encontrar los cimientos en que se apoyan algunos de los defensores de la tesis cualitativa en Colombia, pues como se presentará a continuación, los argumentos que aún hoy suelen ser utilizados para la defensa de esta tesis se apoyan en las propuestas esbozadas siglos atrás.

66. El primer argumento diferenciador se apoyaba en la idea de que los delitos generaban un daño a un derecho individual, en tanto las infracciones administrativas tan solo buscaban prevenir conductas peligrosas. Al respecto, uno de los primeros argumentos expuestos para

justificar la diferencia sustancial u ontológica entre el delito y la infracción administrativa partía de la diferenciación sustentada en la teoría del derecho natural de que los delitos naturales eran un ataque a los derechos subjetivos, un daño o lesión a un derecho individual, mientras que las infracciones administrativas (injusto policial) solo eran creadas por el Estado para evitar la concreción de conductas de peligrosidad general, que por no haber desencadenado daño alguno, no eran consideradas un genuino injusto criminal²⁵⁶.

Entre los referentes de imperiosa citación que planteaban tal argumento se encuentra Feuerbach²⁵⁷, quien desde principios del siglo XIX expresaba que la esencia del delito era la lesión de derechos estatales o privados, por consiguiente individuales, que eran asegurados por las leyes penales y que servían de fundamento al concepto de crimen en sentido estricto, mientras que los delitos de policía serían esencialmente (por su naturaleza) distintos de esos genuinos crímenes, en tanto el Estado está autorizado a realizar mediatamente sus fines, y mediante leyes de policía podría prohibir acciones que no son en sí antijurídicas²⁵⁸.

De igual forma, Feuerbach pretendió justificar tal diferencia sustancial señalando que los delitos o contravenciones de policía contenían la mayoría de las veces acciones que no eran ni contrarias a derecho ni inmorales, o lo que es lo mismo, que serían moral y jurídicamente irrelevantes, mientras que el auténtico derecho penal criminal, en cambio, en efecto representaría un atentado contra la moral²⁵⁹.

Pero antes de Feuerbach, von Globig y Huster, a finales del siglo XVIII, ya habían procurado el establecimiento de diferencias entre los delitos de policía y los “verdaderos crímenes”, fundando tal distinción en la consideración de que los primeros estaban relacionados con el mantenimiento de las buenas costumbres y el orden, es decir, con la perturbación de las relaciones civiles. Afirmaban que su punición servía para prevenir los verdaderos delitos, que eran los que constituían verdaderas lesiones del contrato social, es decir, que atacaban de inmediato la seguridad civil²⁶⁰.

67. Otros teóricos de renombre encontraron las diferencias en que la infracción administrativa solo constituía una infracción a la norma. En el siglo XX Goldschmidt desarrolló todo un entramado dogmático encaminado a establecer las diferencias entre el ilícito administrativo y el injusto penal. Según él, el delito administrativo (infracción administrativa) constituye la infracción de un mandato administrativo dictado sobre la base de una autorización legal; es tan solo un injusto administrativo que representa la lesión o puesta en peligro de un interés administrativo, en especial la perturbación o puesta en peligro de la seguridad o el orden público²⁶¹.

Según Erik Wolf, la diferencia entre la infracción administrativa y la penal es una diferencia valorativa que reside en la distinta referencia valorativa de los hechos jurídicos de la norma, pues de acuerdo con este doctrinante, el contenido del sentido de la pena administrativa es el de una medida disciplinaria, no contiene una desaprobación de un enemigo de la sociedad, pues el autor no es socialmente dañoso, sino socialmente descuidado²⁶².

68. Constituye argumento adicional aquel según el cual la diferencia se halla en que las infracciones administrativas no implican un juicio de valor ético, mientras el delito sí. Otros, por su parte, centraron sus esfuerzos diferenciadores en expresar que los delitos implican un especial juicio de desvalor ético, mientras que lo ilícito administrativo se agota en la mera desobediencia a las normas administrativas. Se sostiene allí que los delitos serían mala in se y que las infracciones administrativas se castigarían porque están prohibidas, son mala quia prohibita²⁶³.

También se sostuvo que las contravenciones policiales (administrativas) estaban encaminadas a garantizar el cumplimiento de preceptos administrativos, en tanto que el delito busca la evitación de lesiones a las esferas jurídicas y al orden público²⁶⁴.

69. En Colombia, muchos de esos argumentos han sido utilizados por las altas cortes de justicia. Estos, entre otros argumentos usados de tiempo atrás, han servido de base para que aún se afirme que en efecto existen diferencias sustanciales entre la infracción penal y la infracción

administrativa, como por ejemplo se sostuvo en las providencias que se citan a continuación. En la Sentencia T-145 de 1993, manifestó la Corte Constitucional:

La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la Administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías —quedando a salvo su núcleo esencial— en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido²⁶⁵.

Como podrá observarse, en esta oportunidad el argumento para justificar la aplicación no total de las garantías del derecho penal al campo administrativo sancionador se fundamenta en la identificación tácita de unas diferencias sustanciales entre estos dos ámbitos punitivos. Tal diferencia se finca en la consideración de que el derecho penal protege el orden social en abstracto, lo que sería su objeto, y en su finalidad, que según se dice, está orientada a perseguir fines retributivos, preventivos y resocializadores, en tanto que se sostiene que la potestad sancionadora, y con ella la infracción administrativa, se orienta más a la protección y funcionamiento de la propia Administración. Este argumento retoma algunos de los clásicos elementos de la teórica de la tesis diferenciadora, entre los que se encuentran los de Feuerbach y Goldschmidt. En la Sentencia C-214 de 1994 se sostuvo:

La potestad sancionadora administrativa se diferencia cualitativamente y por sus fines de la potestad punitiva penal: en esta se protege el orden social colectivo, y su aplicación persigue esencialmente (sin perjuicio de la concurrencia de otros fines difusos) un fin retributivo abstracto, expiatorio, eventualmente correctivo o resocializador, en la persona del delincuente. La potestad sancionadora de la administración sería, por el contrario, una

potestad doméstica, en el sentido de vocada (sic) a la propia protección más que a otros fines sociales generales, con efecto solo de quienes están directamente en relación con su organización o funcionamiento, y no contra los ciudadanos en abstracto²⁶⁶.

Puede apreciarse que en este apartado de la sentencia la Corte Constitucional fundamenta la identificación de la diferencia entre la infracción administrativa y el delito en el mismo argumento de la sentencia citada anteriormente. Según se dice, la diferencia está en sus fines, pues mientras la potestad sancionadora penal busca proteger el orden social colectivo, la potestad sancionadora de la Administración tendría una finalidad “doméstica”, es decir, encaminada solo a quienes tienen relación con la organización o funcionamiento de la Administración y no con los ciudadanos en abstracto. En las sentencias C-597 de 1996 y C-827 de 2001 se plantearon unos argumentos comunes en los siguientes términos:

En ese orden de ideas, la Corte ha expresado que “entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no solo afecta un derecho tan fundamental como la libertad, sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no solo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial —como los servidores públicos— o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. 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.

”Así, se ha expresado, en forma reiterada, que i) la potestad sancionadora como potestad propia de la Administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues ii) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la Administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos y iii) constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas”²⁶⁷.

Aquí, los argumentos para sustentar las diferencias entre el ámbito penal y el sancionador administrativo se apoyaron, en primer término, en el tipo de sanción para imponer, es decir, en la consideración de que el derecho penal puede afectar la libertad de las personas, en tanto el derecho administrativo sancionador no puede afectar la libertad física.

En segundo término, se fundamentaron en que el derecho penal está dirigido a todas las personas, mientras que el derecho administrativo sancionador, por su parte, opera en ámbitos específicos, ya que se aplica a personas que están sometidas a una relación de sujeción especial, y por último, se sostuvo que el derecho administrativo sancionador está dirigido a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas. En la Sentencia C-506 de 2002 se planteó:

Para la Corte es claro que la imposición por la Administración de sanciones por el incumplimiento de deberes tributarios es actividad típicamente administrativa y no jurisdiccional. Aunque desde un punto de vista conceptual pueda parecer difícil distinguir entre la actividad sancionatoria en cabeza de la Administración y la actividad sancionatoria jurisdiccional, lo cierto es que una y otra acusan diferencias no solo normativas, sino también sustanciales: en cuanto a las primeras, puede decirse que en el proceso sancionatorio administrativo se juzga el desconocimiento de normas relativas a deberes para con la Administración y no de estatutos

penales propiamente tales, y que en él está descartada la imposición de sanciones privativas de la libertad. Además, la decisión sancionatoria adoptada por la Administración está sujeta a control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Ahora bien, la jurisprudencia también ha establecido diferencias sustanciales con base en los distintos fines que se persiguen en cada caso: la actividad sancionadora de la Administración persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública a los que alude el artículo 209 de la carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), al paso que la actividad jurisdiccional en lo penal se orienta a la preservación de bienes sociales más amplios y a la consecución de fines de tipo retributivo, preventivo o resocializador²⁶⁸.

En esta oportunidad la Corte Constitucional reiteró que el fundamento de las diferencias sustanciales entre las infracciones penales y administrativas se hallaba en los fines perseguidos, pues se sostuvo que la actividad sancionadora administrativa procuraba la realización de los principios constitucionales que gobernaban la función pública a los que aludía el artículo 209 de la Constitución, mientras la actividad sancionadora penal se orientaba a la preservación de bienes sociales más amplios y a la consecución de fines retributivos, preventivos o resocializadores. En esta providencia se intenta hacer una distinción entre las diferencias normativas y las sustanciales en los dos ámbitos sancionadores. En la Sentencia C-616 de 2002 se afirmó:

La potestad sancionadora administrativa se diferencia cualitativamente de la potestad punitiva penal. Con la potestad punitiva penal, además de cumplirse una función preventiva, se protege “el orden social colectivo, y su aplicación persigue esencialmente (sin perjuicio de la concurrencia de otros fines difusos) un fin retributivo abstracto, expiatorio, eventualmente correctivo o resocializador, en la persona del delincuente”, mientras que con la potestad administrativa sancionatoria se busca garantizar la organización y el funcionamiento de las diferentes actividades sociales. La Corte ha resaltado que la potestad sancionadora de la Administración es un medio

necesario para alcanzar los objetivos que ella se ha trazado en el ejercicio de sus funciones²⁶⁹.

Puede observarse cómo en esta providencia se retoman los argumentos que parten de la identificación de las diferencias sustentadas en la función preventiva para la protección del orden social colectivo, de la potestad punitiva penal, mientras que se considera que la potestad administrativa sancionadora tan solo busca garantizar la organización y funcionamiento de las diferentes actividades sociales y que la Administración es un medio para alcanzar los objetivos que ella se ha trazado. Por su parte, en la Sentencia C-530 de 2003 se expresó:

[...] entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias importantes. Así, el derecho penal no solo afecta un derecho tan fundamental como la libertad, sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no solo no afectan la libertad física u otros valores de tal entidad, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, actividades o profesiones que tienen determinados deberes especiales. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero operan con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal²⁷⁰.

Se da cuenta en esta providencia de la reiteración de los mismos argumentos expresados en las providencias anteriores. Por su parte, en la Sentencia C-595 de 2010, la Corte Constitucional compiló gran parte de los fundamentos teóricos en los cuales ha apoyado su doctrina al respecto. Allí se expresó:

El ejercicio del poder punitivo del Estado se manifiesta generalmente por la vía administrativa y la vía judicial penal. Las distinciones entre una y otra radican en los objetivos, particularmente en los bienes jurídicos materia de protección.

La potestad sancionatoria penal propende por [sic] la garantía del orden social en abstracto —bienes sociales más amplios—; la consecución de fines retributivos, preventivos y resocializadores; y presenta un mayor grado de afectación de los intereses jurídicamente protegidos que daría lugar a la privación de la libertad. No ocurre lo mismo con la potestad sancionatoria administrativa al buscar primordialmente garantizar la organización y el funcionamiento de la Administración, y cumplir los cometidos estatales; cuestionar el incumplimiento de los deberes, prohibiciones y los mandatos consignados que descartan la imposición de sanciones privativas de la libertad²⁷¹.

En esta providencia la Corte reitera el argumento de la existencia de diferencias sustanciales entre la infracción administrativa y el delito a partir de los bienes jurídicos objeto de protección, y sobre todo, de la finalidad buscada con el ejercicio de la potestad punitiva en cada ámbito.

70. Otro de los argumentos aducidos parte de la idea de que los delitos implican la violación o afectación de derechos privados o estatales, en tanto que la infracción administrativa no requiere ser antijurídica, por no estar vinculada al concepto de lesión. Frente a esta tesis, puede discutirse que en efecto los delitos implican la afectación de derechos de esa naturaleza pero que las infracciones administrativas no son ajenas a tal posibilidad, pues en realidad, con su establecimiento se busca la protección de auténticos bienes jurídicos, como ocurre con los derechos colectivos, que en gran medida pretenden ser protegidos en el campo del derecho administrativo sancionador, tal como sucede con el tema ambiental. De igual forma, ciertas infracciones de tránsito protegen bienes jurídicos de carácter individual, como la disposición que exige la utilización del cinturón de seguridad o el casco protector para los

motociclistas, disposiciones que sin duda buscan la protección del bien jurídico de la vida por medio del derecho administrativo sancionador.

71. También suele apoyarse tal concepción en la idea de que los delitos implican un especial juicio de desvalor ético, mientras que lo ilícito administrativo se agota en la mera desobediencia a las normas administrativas. Los delitos son mala in se; las infracciones administrativas son mala quia prohibita. La debilidad de esta tesis²⁷² radica en el hecho de considerar que las conductas reprochables desde el punto de vista administrativo no pueden llegar a merecer un juicio de valor ético-social, lo cual constituye, cuando menos, una limitada visión del problema, pues como advierte Roxin, “las contravenciones al derecho de la circulación, en gran parte y aunque sean infracciones de peligro abstracto, protegen la vida y la salud, por lo que quien excede la velocidad máxima o circula por la izquierda no está realizando una acción irreprochable éticamente”²⁷³, o como lo expone Gómez Tomillo, la vulneración de normas de seguridad e higiene en el trabajo en sectores como el farmacéutico, alimentario, laboral o ambiental no puede considerarse un comportamiento éticamente neutro²⁷⁴, ni tampoco lo es la realización de una infracción de tránsito como conducir bajo los efectos del licor²⁷⁵. Por ello, en este último ejemplo no podría decirse que desde el punto de vista penal existe un reproche ético-social y desde el punto de vista administrativo sancionador no.

Por otra parte, y como lo hace ver García Amado, esta termina por ser la justificación perfecta para que un Estado se superponga a los ciudadanos y castigue su comportamiento como le plazca²⁷⁶, lo cual sin duda se convierte en una justificación arbitraria, solo explicable en el contexto histórico en el que se presentó en los siglos XVIII y XIX, pero de inadmisibles presentación en la actualidad. Sobre este particular aspecto, expresa Zaffaroni:

Cuando se volvió confusa la distinción entre el derecho penal y el administrativo, con la intención de hacer avanzar el segundo sobre el primero, se apeló a la existencia de un injusto penal cualitativamente diferente del contravencional, echando mano de todos los autores que

habían pretendido establecer diferencias ónticas entre delito y contravención, aunque no postulasen la naturaleza administrativa de las últimas, en definitiva, la consecuencia práctica de esta discusión terminaba en la potestad jurisdiccional de la policía y de funcionarios y de tribunales administrativos, es decir, en la asignación de competencia jurisdiccional al poder ejecutivo y a sus funcionarios. Es curioso que para ellos se pretendiese incluso invocar a Feuerbach, que consideraba contravenciones a los que hoy son delitos de peligro. En este enorme esfuerzo doctrinario para legitimar institutos monárquicos dentro de un marco republicano no se ahorró la apelación a autores clásicos y, en definitiva, se sostuvo que las infracciones al orden administrativo son un injusto éticamente indiferente, o bien que son delitos de creación política, es decir, choques contra puras leyes positivas²⁷⁷.

Se subraya que este autor reprocha con contundencia las tesis que con argumentos como los citados sostienen la existencia de diferencias cualitativas entre la infracción administrativa y el delito, expresando que la única diferencia es de tipo cuantitativo²⁷⁸.

72. También se fundamenta la diferencia en que la infracción penal da lugar a la intervención de la función pública jurisdiccional; por su parte, la infracción administrativa daría lugar a la intervención de la función pública administrativa. Esta diferenciación resulta apenas obvia e indiscutible, pero claro está, no es de carácter sustancial, puesto que en últimas dependerá de la ley y no de la naturaleza intrínseca de la infracción si el tratamiento que se le llega a dar al infractor es de naturaleza penal y por ende se desarrolla en el marco de la función jurisdiccional, o por el contrario, si es calificada como administrativa, y será la función administrativa, en consecuencia, el campo en el que se desarrolle el tratamiento para el infractor.

73. También se dice que la transgresión de la infracción penal es mucho más grave que la transgresión de la infracción administrativa, de lo que se derivaría también que la sanción penal fuera más grave que la sanción administrativa. En términos generales podría considerarse válida tal afirmación, pues cierto resulta que por norma general la

transgresión de la normativa penal es mucho más grave que la transgresión de la normativa administrativa, no solo por el tipo de sanción que podría imponerse, sino por los efectos que desde el punto de vista social le puede acarrear al infractor.

Empero, este tema debe ser mirado con cautela por tres razones fundamentales: la primera es que esta diferencia no es sustancial u ontológica, pues se finca en la consecuencia de la infracción y no en la infracción misma, lo que se justifica por cuanto en últimas le corresponde al legislador determinar la calificación de la infracción como administrativa o penal, y en consecuencia, la determinación de la sanción que habrá de imponerse. Es decir, esta diferencia no es sustancial, sino normativa.

La segunda consideración se relaciona con el hecho de que la gravedad o levedad de la transgresión de la norma implica una valoración subjetiva, lo que conduce a un contexto de posibilidades en el cual puede darse que para algunos, en ciertas circunstancias, sea más grave la sanción desde el punto de vista administrativo que desde la perspectiva penal.

Ahora, frente a la gravedad de las conductas que son objeto de reproche punitivo, se reitera que en últimas será el legislador quien definirá de acuerdo con los tiempos y los cambios sociales a qué conductas les dará tratamiento penal y a cuáles no. De lo que se deriva que esta diferenciación no es sustancial.

74. Se ha dicho que la potestad sancionadora penal propende a la garantía del orden social en abstracto —bienes sociales más amplios—, la búsqueda de fines retributivos, preventivos y resocializadores, mientras que la potestad sancionatoria administrativa busca garantizar la organización y el funcionamiento de la Administración y cumplir los cometidos estatales, así como cuestionar el incumplimiento de los deberes, prohibiciones y los mandatos consignados en la norma. Este argumento resulta bastante ambiguo: ¿qué es eso de bienes sociales más amplios? La respuesta resulta compleja porque partiría de la aceptación de la existencia de bienes sociales menos amplios o restringidos. ¿Acaso tal consideración se relaciona con derechos o intereses colectivos? ¿Con derechos regulados en normas de carácter general? ¿Con bienes jurídicos tutelados en beneficio del Estado?

¿Cuál sería la frontera entre bienes sociales más amplios y bienes sociales menos amplios?

Todas esas interrogantes denotan la complejidad del tema y la falta de claridad en los argumentos, puesto que por regla general el derecho administrativo sancionador también propende a la garantía del orden social en abstracto ya que, en la mayoría de los casos, los destinatarios de dicha normativa son las personas en abstracto y no un grupo de ellas, como ocurriría con los eventos en los que aplican las relaciones de sujeción especial. ¿Acaso la normativa de tránsito no está dirigida a garantizar el orden social en abstracto al igual que la normativa ambiental o la urbanística?

El segundo argumento esbozado parte de una diferencia teleológica, que según se concluye, utiliza como contexto de comparación el derecho disciplinario pero no el derecho administrativo sancionador en abstracto, porque considera que la potestad sancionatoria administrativa busca primordialmente garantizar la organización y el funcionamiento de la Administración, olvidando que en abstracto tal potestad lo que busca en últimas es garantizar el control social para la convivencia y coexistencia pacífica y segura.

75. Hay quienes aseguran que la diferencia radica en el hecho de que los punibles de carácter criminal estén dirigidos a la reinserción del delincuente a la vida social, mientras se considera que las de carácter administrativo no cumplen la función de buscar reconducir la conducta del infractor. Según este argumento, la función punitiva desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador sería solamente retributiva, olvidando, como ya se advirtió, que tiene entre sus propósitos generales la prevención de la conducta infractora y también de manera eventual la “reinserción” del infractor en la vida social, claro está, de otra manera, porque en este campo él no fue excluido del contexto social desde el punto de vista físico, como ocurre cuando es privado de la libertad, dimensión desde la cual se suele abordar el tema de la resocialización.

O acaso ¿qué es la pedagogía en materia contravencional de tránsito y qué papel cumple? La respuesta obvia es que se tratará de reconducir la

conducta del infractor para que no vuelva a infringir la normativa, para realizar una labor educativa, si se quiere, que no será en estricto sentido resocialización o reinserción en la sociedad, puesto que como se dijo, no ha sido aislado de ella, pero que se le parece mucho en cuanto a sus fines.

Tampoco puede ser de recibo tal argumento porque no es cierto que en el campo penal, en todos los eventos, la resocialización sea una finalidad de la pena. Ejemplo de ello es la imposición de la pena de multa, donde no existe prácticamente ninguna diferencia con la sanción administrativa pecuniaria, y donde quizá resulte difícil encontrar su carácter resocializador.

76. También se suele afirmar que la potestad sancionadora de la Administración está enfocada en sectores específicos de la población, sometidos a relaciones de sujeción especial, mientras que el derecho penal no, lo que implicaría que este último daría lugar al sometimiento de relaciones de sujeción general. Esta distinción no resulta ser del todo cierta, y cuando lo es, constituye una diferencia normativa, mas no sustancial.

No resulta ser del todo cierta porque el derecho administrativo sancionador no se agota en el derecho disciplinario, pues este es tan solo una faceta de aquel, y tradicionalmente se afirma que en el derecho disciplinario la relación especial de sujeción implica que los destinatarios de la norma disciplinaria sean fundamentalmente los servidores públicos, que son quienes se encuentran regulados por los especiales vínculos que tienen con el Estado y por su sometimiento al estatuto disciplinario²⁷⁹ y una normativa especial. De allí que se diga que la sanción disciplinaria se imponga como consecuencia de una relación de especial supremacía del Estado frente a su funcionario²⁸⁰, a quien le corresponde asumir sus deberes públicos con sumisión y, por ende, con sujeción a esa supremacía estatal²⁸¹.

El argumento de la relación especial de sujeción supone el reconocimiento de la existencia de las relaciones generales de sujeción²⁸², dentro de las cuales, según se dice, se encontraría el derecho penal, puesto que este tiene como destinatarios a todas las personas sujetas a la ley colombiana²⁸³.

Sin embargo, y a pesar de que en principio esta última aseveración parece resultar incontrovertible, bien vale la pena reflexionar sobre el hecho de que

múltiples tipos penales están fundamentalmente dirigidos a los servidores públicos, de la misma forma que ocurre con las normas disciplinarias. Tal es el caso de los delitos previstos en los artículos 174^[284], 175^[285], 176^[286], 177^[287], 397^[288], 398^[289], 399^[290], 400^[291], 403^[292], 404^[293], 405^[294], 406^[295], 407^[296], 408^[297], 409^[298], 410^[299], 411^[300], 412^[301], 413^[302], 414^[303], 416^[304], 417^[305], 418^[306], 419^[307], 420^[308], 421^[309], 422^[310], 423^[311], 424^[312], 428^[313], 434^[314] y 449^[315] del Código Penal colombiano³¹⁶, que evidencian que no es del todo cierto que las normas penales estén dirigidas en todos los casos a la totalidad de las personas sometidas a la ley colombiana en sentido abstracto, puesto que para cometer tales ilícitos, en principio, será menester estar sometido a las relaciones especiales de sujeción, es decir, tener la calidad de servidor público, sin la cual, por regla general, no se podrá incurrir en la comisión de los delitos enunciados.

Por otra parte, no podría afirmarse que el derecho administrativo sancionador se desarrolla en el marco de las especiales relaciones de sujeción en todos los ámbitos, puesto que al igual que ocurre con el derecho penal, en la mayoría de los casos los destinatarios de la normativa punitiva desde el punto de vista administrativo son las personas en abstracto a quienes se les aplica la ley colombiana. Tal es el caso de las normas de tránsito, ambientales, tributarias, cambiarias y de salubridad, entre otras.

Por esa razón no resulta correcto sostener que el conductor del vehículo automotor se encuentra sometido a un régimen especial de sujeción cuando se aplica una sanción de tránsito por la transgresión de la normativa que regula la circulación vehicular. Es más, las relaciones especiales de sujeción terminan siendo en la práctica una excepción y no la regla general. Los casos más emblemáticos de este tipo de relaciones así lo demuestran. Ellas son: las que operan frente a los servidores públicos (disciplinario) y las que operan sobre los particulares integrados de forma transitoria en una organización administrativa, como ocurre con los internos de los establecimientos penitenciarios³¹⁷, y en realidad con algunos profesionales que tienen ciertos deberes especiales³¹⁸. Así lo ha reconocido el derecho colombiano en múltiples sentencias de la Corte Constitucional, entre las que se pueden citar la Sentencia T-572 de 2005^[319], la T-133 de 2006 y la T-286 de 2011, que lo corroboran. En la Sentencia T-133 de 2006, se afirmó:

“[...] De esta forma, cuando una persona privada de la libertad es internada en un establecimiento carcelario, se establece entre ella y el Estado (por medio de las autoridades penitenciarias) una relación que la jurisprudencia constitucional ha calificado como de ‘especial sujeción’”³²⁰. De igual forma, mediante la Sentencia T-714 de 1996 se planteó al respecto:

El ingreso de una persona a la cárcel, en condición de detenido o condenado, significa el nacimiento a la vida jurídica de una relación de especial sujeción entre la Administración y el interno, en cuya virtud esta queda enteramente cobijada por la organización administrativa carcelaria o penitenciaria. En esta relación, la Administración adquiere una serie de poderes excepcionales que le permiten modular y restringir el ejercicio de algunos de los derechos fundamentales de los internos. Sin embargo, las limitaciones a los derechos deben orientarse, en todos y cada uno de los casos, al cumplimiento de la finalidad específica para la cual fue establecida por el ordenamiento legal esa relación de especial sujeción, vale decir, la resocialización del delincuente y el mantenimiento del orden y la seguridad en la prisión³²¹.

Lo cual evidencia que si bien es cierto el tema de las relaciones especiales de sujeción puede constituir un elemento muy importante para tratar de caracterizar la función sancionadora de la Administración, no es de su esencia y por tanto no puede ser el parámetro para generar la distinción ontológica o sustancial entre la infracción penal y la administrativa.

77. Quienes han defendido las tesis de las diferencias sustanciales entre la infracción administrativa y el delito han incurrido en imprecisiones metodológicas. Por todas las razones expuestas, se considera que quienes han defendido la tesis de las diferencias sustanciales entre la infracción administrativa y el delito han incurrido en imprecisiones metodológicas a la hora de realizar sus argumentaciones, en algunos casos confundiendo diferencias normativas con diferencias ontológicas (metanormativas), y en otros, acudiendo a la simple presentación de generalizaciones sin respaldo teórico o sin realizar un análisis suficiente

de las instituciones jurídicas, simplemente dando por sentado lo que se ha dicho en el pasado.

78. En la tesis unitaria no existe diferencia ontológica o sustancial entre la infracción administrativa y el delito. La tesis unitaria, de mayor acogida en la actualidad en el derecho comparado³²², parte del entendimiento de que no existe diferencia sustancial u ontológica entre el ilícito penal y el administrativo³²³, por lo que comparten no solo un mismo fundamento filosófico-político e histórico —el ius puniendi—, sino una misma naturaleza.

79. Tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador buscan la tutela de bienes jurídicos. Algunos de sus exponentes parten de la idea de que tanto la finalidad del derecho penal como del derecho administrativo sancionador es la tutela de bienes jurídicos. Así lo han planteado, por ejemplo, Gómez Tomillo, Rodríguez Mourullo, Navarro Cardoso, Lascuráin Sánchez, Feijoo Sánchez, Rebollo Puig y Suay Rincón, entre muchos otros, que en la doctrina penal y del derecho administrativo han asumido tal posición.

Y es que como lo sostiene Gómez Tomillo, entender que la potestad sancionadora del Estado puede construirse sin la referencia a los bienes jurídicos puede conducir a la arbitrariedad sancionadora³²⁴ sin limitante alguno, porque representaría una patente de corso para que se interviniera en el contexto social desde el punto de vista sancionador sin ninguna limitación.

Por esta razón, se considera relevante analizar el tema de la tutela de los bienes jurídicos, puesto que en él se centran gran parte de los argumentos tanto de quienes niegan la identidad ontológica entre la infracción penal y el delito como de los que defienden tal tesis.

80. El concepto de bien jurídico no ha sido aceptado universalmente por los dogmáticos del derecho penal. Sobre el concepto de bien jurídico se ha construido toda una teoría que ha surgido de las mismas entrañas del derecho penal, y que si bien es cierto ha sido acogida con entusiasmo en el derecho colombiano y en buena parte del mundo occidental³²⁵, no ha estado libre de ataques y controversias de profunda

significación dogmática que obligan a reflexionar tanto sobre su concepto e influencia en el derecho punitivo como en su verdadera importancia actual³²⁶.

81. Quienes defienden la existencia del bien jurídico lo justifican como un parámetro para delimitar el poder de intervención punitiva estatal. Tal como lo relata Roxin, uno de los principales exponentes y defensores de la teoría del bien jurídico desde el punto de vista personal, la justificación de esta construcción teórica parte de la necesidad de establecer una delimitación al poder de intervención punitiva, encaminada a garantizar que el derecho penal solo intervenga para la protección de bienes jurídicos concretos y no para penalizar creencias políticas, ideológicas, morales o doctrinas religiosas³²⁷. Con respecto a su definición, sostiene el renombrado autor lo siguiente:

Se pueden definir los bienes jurídicos como realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin. La distinción entre realidades y fines apunta a que los bienes jurídicos no necesariamente le vienen dados al legislador, como ocurre por ejemplo con la vida humana, sino que también puede ocurrir que sean creados por él, como sucede por ejemplo en el caso de los impuestos³²⁸.

Pero tal definición es aclarada por el mismo autor en el sentido de que el concepto de bien jurídico no puede limitarse a una dimensión individual, sino que debe incluir los bienes jurídicos de la comunidad³²⁹.

Sin embargo, podrá notarse que la definición del autor en comento es en exceso ambigua y compleja. Podría afirmarse que en ella cabría prácticamente cualquier cosa y se pone en tela de juicio que con fundamento en tal definición se pueda afirmar de un solo tajo que la diferencia sustancial entre la infracción penal y la administrativa sea la inexistencia del bien jurídico en el campo sancionador administrativo.

Otros han definido el bien jurídico como el vínculo real posibilitador de la libertad externa de una persona que por ello es valioso, constituido a partir de un actuar intersubjetivo³³⁰.

82. El bien jurídico es un concepto protector de la libertad humana.

Winfried Hassemer, otro célebre defensor de la teoría del bien jurídico, sostiene, por su parte, que este por sus orígenes es un principio negativo limitador del derecho penal y en consecuencia un concepto protector de la libertad humana y que por tanto resulta inadmisibile el establecimiento de conductas penales que no pudieran remitirse al concepto de bien jurídico³³¹.

83. El bien jurídico se encuentra presente aun frente a delitos de peligro abstracto. Sternberg-Lieben analiza que aun cuando se trate de delitos de peligro abstracto, el concepto de bien jurídico estará presente. Sostiene al respecto que con este tipo de delitos se protegen bienes jurídicos en el ámbito previo a la verdadera lesión de bienes jurídicos.

84. El bien jurídico puede concebirse desde una perspectiva colectiva.

Roland Hefendehl, por su parte, da cuenta de la relevancia de la diferenciación entre los bienes jurídicos que generan ámbitos de libertad para los asociados y de bienes jurídicos protectores de las condiciones marco del Estado³³², expresando de esta manera una sistematización del concepto del bien jurídico colectivo y llevando la posibilidad conceptual hasta nuevos ámbitos que superan el concepto de la individualidad tradicional del bien jurídico protegido, dando pie al nuevo contexto conceptual de la institución desde el punto de vista colectivo.

Knut Amelung propone una importante reflexión que afirma que el concepto de bien jurídico no debe estar ligado necesariamente a la protección de la persona, en una concepción individualista, pues bien puede definirse como objeto de protección un bien jurídico colectivo, o en efecto, un bien jurídico de difícil encasillamiento, como ocurriría con el ejemplo de la protección de los animales, que en Alemania constituiría en sí mismo un bien jurídico protegido³³³.

Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend también son partidarios de la teoría del bien jurídico como fundamento del derecho penal, y al respecto plantean que todas las normas jurídico-penales se fundamentan en un juicio de valor positivo sobre bienes vitales que son imprescindibles para la convivencia de las personas en la comunidad y que por ello deben ser protegidos con la coacción estatal mediante el recurso de la pena pública³³⁴.

85. La existencia de los bienes jurídicos protegidos penalmente es variable. De igual forma, estos autores reconocen que la existencia de bienes jurídicos protegidos penalmente es variable, en ocasiones por el proceso criminalizador del Estado, y otras veces por el proceso de descriminalización³³⁵, lo que supone que un bien jurídico puede dejar de tener la tutela desde el punto de vista penal, pero ello no significa que deje de tener, en todos los casos, la tutela desde el punto de vista estatal, como ocurriría con los bienes jurídicos tutelados desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador.

86. Un sector de la doctrina no cree que el bien jurídico sea la piedra angular del derecho penal. Las referencias doctrinarias anteriores son un ejemplo de la forma como algunos de los más destacados exponentes del derecho penal asumen la existencia del bien jurídico como fundamento mismo de tal sistema normativo, pero debe subrayarse que existe en la actualidad una corriente de penalistas muy importante que no cree que el concepto del bien jurídico sea en efecto la piedra angular del derecho penal, como se ha sostenido de vieja data.

87. La complejidad para conceptualizar el bien jurídico ha fundamentado en gran medida la justificación para atacarlo. Precisamente la dificultad para fijar los contornos del concepto de bien jurídico ha constituido en parte su talón de Aquiles, y como lo expresa Seher, el debate sobre el bien jurídico muestra la variedad contradictoria de contenidos que se atribuyen a la noción de tal concepción³³⁶. Al respecto, expresa:

El ancho de banda va desde la fijación en lo individual preconizada por Hassemer hasta la apertura a las condiciones vitales de la humanidad

(Schunemann) pasando por posturas que pretenden restringir la aplicabilidad del concepto ya sea en su amplitud (Stratenwerth), ya sea de su profundidad (Wohlers). Y ello suele venir acompañado de un extendido escepticismo acerca de la posibilidad de que con los medios del debate hasta ahora mantenido pueda llegarse a un concepto de bien jurídico susceptible de consenso. Solo cuando sepamos por qué el debate sobre la legitimación se halla en un callejón sin salida podrá ponerse remedio a esa situación. Desde luego, lo que es seguro es que ello no se debe a la insuficiencia en la argumentación. Aunque sí puede deberse a algún problema en su estructura semántica³³⁷.

Entre los críticos de mayor renombre se encuentran Jakobs, Hirsch y Stratenwerth, quienes niegan en mayor o menor medida, como lo anota Gimbernat Ordeig, que la finalidad del derecho penal sea la de proteger bienes jurídicos³³⁸.

88. Un sector importante de la doctrina penal contemporánea afirma que el derecho penal no tiene como fin la protección de bienes jurídicos. De acuerdo con Jakobs, el derecho penal no tiene como fin la protección de bienes jurídicos, sino impedir la pérdida de vigencia de la norma. Desde esta perspectiva, la ejecución de la pena supone siempre el cumplimiento de su fin³³⁹.

Wohlers formula sus críticas a tal concepto analizando las modernas formas de regulación, como por ejemplo los delitos de peligro abstracto, dado que la lesión del bien jurídico no es requisito típico para la configuración de tales delitos, por lo que propone que debe desvincularse la legitimación de la pena del dogma del bien jurídico³⁴⁰.

Hirsch entiende que el concepto de bien jurídico como entidad preexistente a la labor del legislador no existe³⁴¹, mientras que Stratenwerth, tal como lo anota Roxin, remite a las múltiples y diversas definiciones de bien jurídico que existen en la literatura, de lo que concluye que conseguir una completa definición material del bien jurídico se parece a lograr la cuadratura del

círculo, y plantea además que la razón por la que se crea un tipo penal no es la protección de bienes jurídicos, sino lo indeseable de la conducta³⁴².

Las anteriores referencias doctrinarias demuestran que aun en el campo de la disciplina jurídica penal el concepto de bien jurídico dista de ser universalmente aceptado y claramente definido, y es sin duda uno de los aspectos teóricos más complejos del derecho penal.

89. A pesar de no ser universalmente aceptado, el concepto del bien jurídico constituye una garantía para proteger al ciudadano de los ímpetus punitivos del Estado. Tanto en el derecho comparado como en ámbito nacional, el concepto de bien jurídico constituye uno de los elementos legitimadores de la facultad punitiva del Estado, muy a pesar de la existencia de opiniones —en todo caso minoritarias— que no creen en el papel que dicha figura desempeña en la modelación de las instituciones punitivas, tal como se evidenció en los apartados anteriores.

La teoría del bien jurídico, en efecto, está llamada a servir de instrumento de legitimación del poder punitivo del Estado, puesto que esta extraordinaria facultad no puede ejercerse de manera caprichosa o arbitraria, aun cuando se reconoce que se realiza en el contexto de un entorno político de creación normativa, como suele ser el legislativo, pero orientado a la consecución de unos fines que permitan justificar la restricción de los derechos de quienes se vean obligados a enfrentar la cara más hostil del Estado, su faceta sancionadora.

Por tal razón, en este libro se acoge la teoría del bien jurídico no solo para sustentar la facultad punitiva del Estado desde el punto de vista del derecho penal, sino, y de manera fundamental, para justificar la facultad punitiva del Estado desde la perspectiva administrativa, puesto que no se concibe que la potestad sancionadora de la Administración se encuentre privada de la presencia de una institución que más que servirle de finalidad constituye su fundamento, en la medida en que no podría admitirse que se utilizara la potestad sancionadora sin que se buscara la protección de un bien jurídico que justificara la restricción de los derechos de las personas mediante la sanción. Es decir, el castigo por el castigo sería ilegítimo.

De esta manera, el concepto de bien jurídico es fundamental para entender que tanto en el campo del derecho penal como en el del derecho administrativo sancionador, la protección de bienes jurídicos representa el objetivo primordial que habilita al Estado para la consagración de las infracciones —penales o administrativas— y la imposición de las sanciones, lo cual evidencia que desde este punto de vista es mayor la aproximación que el distanciamiento entre los dos ámbitos sancionadores estatales.

90. En el campo del derecho administrativo sancionador no se ha estudiado a fondo el tema del bien jurídico. Ahora, en el campo del derecho administrativo el tema del bien jurídico ha pasado de soslayo en la doctrina y, podría decirse, en la jurisprudencia, pues los autores en este campo, o dan por cierta y aplicable la institución en el derecho administrativo sancionador, o simplemente se niegan a reconocer tal posibilidad sin mayor argumentación.

Es decir, se encuentran autores que reconocen en el bien jurídico el fundamento para el establecimiento de la infracción administrativa, como ocurre en el campo penal, dando de hecho algunos ejemplos para su justificación, pero debe reconocerse que la mayor parte de la producción dogmática y teórica en torno a tal institución ha sido elaborada en el ámbito del derecho penal, por lo que de nuevo el derecho administrativo sancionador debe nutrirse de él para generar la reflexión sobre si en efecto el bien jurídico contribuye a su conformación y le sirve de elemento de legitimación, o si, por el contrario, debe ser desechado de manera definitiva.

En efecto, algunas de las reflexiones más profundas sobre el tema del bien jurídico administrativo no provienen propiamente de un administrativista, sino de un filósofo del derecho, como lo es Juan Antonio García Amado, quien al respecto ha manifestado:

Es curioso, resaltémoslo de nuevo, que la teoría penal del bien jurídico y las correspondientes discusiones hayan tenido y tengan tan escaso eco en la doctrina administrativista. Parece como si hubiera un tácito reparto de papeles, de modo que los penalistas disponen qué es un bien jurídico

merecedor de tutela penal y los administrativistas parten de asumir una especie de consecuencia a contrario sensu: todos los demás bienes o intereses pueden ser objeto de tutela administrativa mediante sanciones. Esto es, la sanción administrativa puede aplicarse para la protección y defensa de bienes que no sean bienes jurídico-penales. Pero, como no se ha desarrollado, hasta donde tenemos conocimiento, una teoría paralela del bien jurídico-administrativo, parece que elimina todo obstáculo para llegar a una preocupante conclusión: la Administración puede sancionar cualquier comportamiento que no atente contra un bien jurídico-penal. Se trata, al menos a primera vista, de no invadir el campo propio y específico del derecho penal y de los penalistas. Para él y para ellos la defensa de los bienes jurídico-penales, y para el derecho administrativo sancionador, lo demás, aunque se dé la paradoja de que la sanción del atentado contra algún bien no jurídico-penal pueda ser más grave o costosa para el sancionado que la que le correspondería si hubiera atacado ciertos bienes jurídico-penales. Mas se podría manejar la hipótesis de que en el fondo late lo que podríamos denominar la pinza coactiva que atenaza al ciudadano. Por una parte, aquel derecho penal que pone énfasis en los bienes jurídicos acaba colocando el derecho penal al servicio de una moral colectiva sustantiva. Por otra parte, en mucha de la doctrina administrativista subyace y subyace un fuerte estatismo, por lo que no le repugna seguir pensando que el administrativo sancionador sirve para respaldar la obediencia a unas normas, las de la propia administración, cuya justicia o legitimidad no se cuestiona porque a la Administración la bondad se le supone. La suma de mala in se y mala quia prohibita termina por ser la justificación perfecta para que un Estado superpuesto a sus ciudadanos castigue el comportamiento de estos que le dé la gana, pues si no daña un bien (jurídico-penal), dañará otro (la conveniencia de una Administración que por definición busca siempre el interés de los propios ciudadanos-súbditos a los que amenaza y somete)³⁴³.

91. Es importante reflexionar sobre la influencia del concepto del bien jurídico en el derecho administrativo sancionador. Por esa razón y pese a la complejidad que representa el tema, se procurará generar una

reflexión en torno al concepto de bien jurídico y su influencia en el derecho administrativo sancionador en Colombia.

Para tal propósito es menester recordar que el Estado no es un fin en sí mismo; el Estado es un medio para alcanzar unos fines, precisamente los que justifican su existencia y que tienden a beneficiar o satisfacer las necesidades de la población.

Las herramientas que utiliza el Estado para lograr tales propósitos son, en primer término, la herramienta funcional y en segundo término, la orgánica. De la funcional puede decirse que se trata de la identificación de las actividades que habrá de asumir el Estado a partir del análisis de las necesidades sociales y políticas de la población. De ello resulta la diversificación funcional a su cargo (las funciones públicas). Pero ¿de qué servirían las funciones del Estado o las funciones públicas si no existiera un órgano material que les diera músculo ejecutor? La respuesta necesariamente sería que de nada.

Allí entra en escena la dimensión orgánica del Estado para ejecutar las funciones encaminadas a la satisfacción de las necesidades sociales. Funciones y órganos constituyen el binomio que le da vida al Estado y que tienen como propósito permitirle a este alcanzar sus fines.

Ahora bien, ¿de qué manera se articulan las funciones y los órganos en procura de la consecución de los cometidos estatales? Estableciendo un sistema jurídico, sistema del que en efecto emanan tanto los ámbitos funcionales como orgánicos del Estado y que tiene entre sus objetivos establecer claros límites al ejercicio del poder, pero a su vez busca la conducción del poder para unos fines, porque si así no fuera, entonces ¿para qué el poder?

Desde la mirada de la limitación al poder del Estado, el sistema jurídico reconoce la existencia de derechos a las personas, que constituyen límites a su actuación; es decir, existen derechos que restringen el ámbito de intervención del Estado en la sociedad y frente a los individuos, mientras que desde la perspectiva de la conducción del poder para unos fines, al Estado le correspondería ser garante de la realización de derechos, o lo que

es lo mismo, implicaría su necesaria intervención en la vida social para procurar la realización de derechos.

En ese contexto, los derechos de no intervención del Estado, los relacionados precisamente con las libertades ciudadanas, tan solo requieren fundamento normativo y, claro está, respeto de las autoridades públicas, y de manera excepcional, el sistema jurídico prevé la posibilidad de intervención como ultima ratio por medio del derecho penal. Es decir, el ciudadano requiere, para el disfrute de tales derechos, simplemente que el Estado no intervenga; por esa razón, en este campo se considera que solo de manera subsidiaria y extrema se habilite la intervención estatal, cuando el ciudadano quebrante el orden establecido para el ejercicio de su libertad, pero no de cualquier forma, sino afectando bienes jurídicos tutelados por la norma penal.

Y ¿cuáles serían esos bienes jurídicos tutelados por la norma penal? Aquellas acciones que siendo socialmente reprochables afectaran de manera grave los intereses de la convivencia pacífica, que por tanto fueran tutelados de manera especial por el ordenamiento jurídico penal cuando no hubieran podido ser tutelados mediante otro mecanismo de intervención menos radical.

Por otra parte, desde el punto de vista de la conducción del poder para unos fines, el Estado debe procurar la garantía de los derechos tanto en su esfera individual como colectiva, de lo que resulta que el ejercicio de las funciones públicas debe estar encaminado a favorecer esa posibilidad, por medio de las diversas acciones estatales que en la propia Constitución Política se dirigen a lograrlo. Allí, el establecimiento de los derechos fundamentales, de los derechos sociales y de los mecanismos previstos para su protección son un vivo ejemplo de la forma como el Estado pretende intervenir positivamente en la sociedad.

92. El concepto de bien jurídico se relaciona con los derechos que deben ser jurídicamente tutelados. En ese contexto, el concepto de bien jurídico se relaciona con los derechos o los intereses que deben ser jurídicamente tutelados por el Estado, y que lo son porque desde el punto de vista político, social, económico y jurídico así se ha determinado³⁴⁴.

Ello pone de presente que el concepto de bien jurídico es mutable en el tiempo, avanza de la mano de las transformaciones sociales, pues cambia la noción del interés y en efecto del derecho, o más bien, de lo que debe ser considerado derecho en un espacio-tiempo determinado.

Puede notarse que se advirtió que intervienen en la modelación del concepto de bien jurídico tanto elementos jurídicos como extrajurídicos, porque este complejo concepto es el resultado de la interacción social (requerimientos sociales, económicos, políticos, etc.).

De igual forma es importante precisar que se trata de un concepto jurídico indeterminado, que solo se llena de contenido cuando se analiza el caso concreto en el cual se define si algo tiene el carácter de bien jurídico y, por ende, de bien tutelado o susceptible de tutela.

93. Para hablar del bien jurídico debe existir un fundamento normativo. Ahora, para que un bien adquiera el carácter de bien jurídico tutelado es menester que exista un fundamento normativo que así lo determine, es decir, que ese interés efectivamente trascienda de la mera especulación subjetiva y pueda hacerse exigible mediante la institucionalidad del derecho, bien sea porque así se determinó en la Constitución Política, incluyendo el bloque de constitucionalidad, o porque la ley o en todo caso la norma jurídica le ha dado ese carácter³⁴⁵.

94. Los principios constitucionales y los principios del derecho también sirven de soporte para la idea de bien jurídico. Aquí es importante anotar que los principios³⁴⁶ en que se funda el sistema jurídico también tienen un contenido normativo, y por ende, pueden ser el punto de apoyo para el reconocimiento de un bien jurídicamente tutelado³⁴⁷, pero cuando se habla de bienes jurídicos tutelados desde la normativa punitiva, el principio de reserva de ley obliga a que su fundamento normativo sea expreso.

95. El derecho es producto de una construcción social. Si se parte de la idea de que el derecho es un producto cultural, una construcción social que solo tiene valor en la medida en que se entienda su desarrollo en un contexto de relaciones intersubjetivas, de lo que se deriva que para que

un sujeto pueda en efecto ser titular de un derecho, requiere el reconocimiento social que así lo determine. Claro está que ese reconocimiento social tendrá que darse por medio de los mecanismos institucionales dispuestos por el grupo social para tal fin. Esos mecanismos son las vías de configuración del sistema jurídico, puesto que este emana precisamente del grupo social.

96. Los bienes jurídicos pueden ser de distinta naturaleza, así como variados son los mecanismos para su protección. Los bienes jurídicos pueden ser de diversa naturaleza y estar dirigidos a fines distintos. Corresponde advertir que los mecanismos utilizados para su protección, de igual forma, serán diferentes.

En unos eventos, los bienes jurídicos serán protegidos mediante políticas públicas, de medidas institucionales administrativas para la garantía de los derechos sociales y fundamentales; en otros, por medio del ámbito judicial cuando se requiera dicha intervención institucional. A veces serán previstos para ser tutelados mediante el derecho administrativo sancionador, y por último, se espera que sean protegidos por medio del derecho penal como ultima ratio³⁴⁸.

97. El derecho penal no es el único instrumento de protección de los bienes jurídicos. Todo lo anterior supone que si se acepta como válido que el bien jurídico es el elemento legitimante del derecho penal, no quiere ello significar que solo por medio de este se puedan tutelar los bienes jurídicos, pues debe recordarse que este sistema normativo se halla sometido a los principios de ultima ratio y de subsidiariedad³⁴⁹, lo que implica que este campo no es el único espacio para el surgimiento del concepto de bien jurídico³⁵⁰.

Es decir, el derecho penal es el ambiente natural para la elaboración del concepto de bien jurídico penal, pero este concepto no se agota allí, ya que puede surgir en otros contextos como en el campo del derecho administrativo, lo que supone que en este último sea posible hablar del bien jurídico desde el punto de vista de la tutela administrativa³⁵¹, o también podría hablarse de tal noción desde la perspectiva constitucional, en cuyo caso se hablará de bien jurídico constitucionalmente tutelado³⁵², porque

precisamente la relevancia de que un interés se eleve a la categoría de bien jurídico es su consecuente tutela o protección, que obviamente se realizará de diversas maneras según sea el tipo de bien jurídico del que se trate³⁵³.

98. El concepto de bien jurídico no es extraño al derecho administrativo sancionador. El concepto de bien jurídico no es exclusivo del derecho penal, pues como ya se anotó en los párrafos precedentes, con el derecho administrativo sancionador se busca la tutela de bienes jurídicos desde la perspectiva administrativa, puesto que no resultaría admisible la posibilidad de restringir los derechos ciudadanos mediante la sanción administrativa, por la simple transgresión de la norma que la acarrearía, si con ello no se buscara la tutela de un bien jurídico, es decir, si no se tuviera una finalidad que justificara la intervención punitiva³⁵⁴.

99. El concepto de bien jurídico es el elemento legitimador de la infracción y de la sanción administrativa. Por la razón expuesta, se debe aceptar que el concepto de bien jurídico también aparece como elemento legitimador de la infracción y de la sanción administrativa, en ocasiones para proteger de manera diferente bienes jurídicos que son intervenidos por el Estado mediante múltiples vías, como ocurre con el bien jurídico tutelado de la vida, o en otras oportunidades, para amparar bienes que solo son tutelados desde la dimensión normativa del derecho administrativo sancionador³⁵⁵.

En el primer caso, relativo al bien jurídico de la vida, se tiene que, desde el punto de vista penal, tipos penales como el delito de homicidio buscan su amparo, pero de igual forma desde la perspectiva del derecho administrativo sancionador, infracciones como la prohibición de conducir vehículos automotores bajo influjo de bebidas embriagantes o sustancias psicotrópicas, así como la obligación de utilizar el cinturón de seguridad, también protegen dicho bien jurídico.

Pero ¿quién podría negar que medidas legislativas y administrativas encaminadas a garantizar la adecuada atención médica de los pacientes tienen como propósito la tutela del bien jurídico de la vida? La respuesta es que en efecto es innegable que dicho bien jurídico justifique, precisamente

por su importancia, una protección integral desde los diversos frentes de la actuación estatal y que cuando el Estado adopta medidas para la protección de la salud humana, en últimas se encuentra tras la protección del bien jurídico de la vida.

En otros casos se busca proteger el bien jurídico solo desde el ámbito del derecho administrativo sancionador, como ocurre con varios de los ejemplos ofrecidos por el derecho disciplinario, donde a diferencia de lo que sostiene un sector de la doctrina nacional, es perfectamente posible compatibilizar el concepto de bien jurídico con tal sistema sancionador³⁵⁶.

100. En la infracción administrativa disciplinaria también se encuentra presente el concepto de bien jurídico. Al respecto, téngase en cuenta que en materia disciplinaria la infracción tiene unas características muy propias que se encuentran ligadas a la noción del deber funcional. En algunos casos el tipo disciplinario se describe en la ley con toda precisión, tal como se exige en los otros ámbitos sancionadores, pero en otros —y así se admite y por su naturaleza no se discute— la infracción surge a partir de la conjugación de diversos elementos tales como la ley, las funciones del empleo, los manuales de funciones y las órdenes o instrucciones impartidas por el superior (tipos abiertos), pero ello no significa que el concepto de bien jurídico se encuentre ausente de la definición normativa³⁵⁷.

Por ejemplo, constituye un bien jurídico en sí mismo el respeto del ordenamiento jurídico en sentido abstracto. En efecto, existe un derecho colectivo al mantenimiento del orden jurídico que habilitaría a cualquier persona para su tutela judicial. También puede decirse que los principios constitucionales de la función administrativa constituyen a su vez bienes jurídicos susceptibles de protección jurídica o que de ellos emanan bienes jurídicos tutelables jurídicamente.

De lo anterior resulta que cuando un servidor público se abstiene de hacer lo que le corresponde hacer, hace lo que no tiene permitido hacer, se extralimita en lo que tiene que hacer, o en términos generales incurre en un evento constitutivo de infracción disciplinaria, está entrando en el ámbito de la vulneración de un bien jurídico tutelado de carácter colectivo, cual puede ser, por ejemplo, el del respeto al orden jurídico en sentido abstracto o el

desconocimiento de los principios constitucionales del artículo 209, y por ello, tal irrespeto, que es así mismo una falta a su deber funcional, constituye motivo de la infracción disciplinaria. Claro que el tema de la especial relación de sujeción es el fundamento habilitante para que se le pueda exigir al servidor el cumplimiento normativo en el caso en concreto.

En otras palabras: el incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad disciplinaria³⁵⁸ no se opone a la noción conceptual de bien jurídico tutelado, porque en sí mismo tal incumplimiento implica la vulneración de un bien jurídico tutelado por el Estado, que es, precisamente, lo que constituye el motivo de protección y del reproche normativo. En efecto, así ha sido reconocido por la Corte Constitucional en reiteradas providencias, entre las que destaca la Sentencia C-708 de 1999, donde se afirmó:

Sea lo primero señalar que el ejercicio del derecho del Estado a sancionar (ius puniendi) las faltas disciplinarias que cometan sus servidores para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, lesivas de los bienes jurídicos protegidos con ellas, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas constitucional y legalmente para los regímenes sancionatorios, particularmente, en lo que hace al derecho penal, en la medida en que ambos participan de elementos comunes. Sin embargo, la remisión a los institutos de ese derecho solo es viable en el evento de una inexistencia de regulación específica y suficiente, habida cuenta [de] que el derecho disciplinario constituye una disciplina autónoma e independiente de orden jurídico³⁵⁹.

Y la Sentencia C-769 de 1998, en la cual se sostuvo:

Diferentes disposiciones de la Constitución sirven de base para sostener cierto grado de independencia o autonomía del derecho disciplinario frente

al derecho penal, en razón de las especificidades que presenta, en atención a su contenido sustancial y a las reglas y principios procesales que deben observarse en el juzgamiento de las faltas disciplinarias (art. 1, 2, 6, 29, 123, 124, 125 inciso 4.º y 209 de la Constitución), especificidades que surgen de la naturaleza operativa y realizadora de la administración que demanda respuestas urgentes e inmediatas a la satisfacción de los intereses públicos o sociales, los bienes jurídicos protegidos, como son el patrimonio público, la moralidad, la transparencia, la eficiencia y la eficacia administrativas, la especial sujeción frente al Estado en que se encuentra el servidor público, en razón de la relación jurídica que con este surge al ser investido de la función pública, y de la idea de que dicha función adquiere un carácter instrumental en la medida en que traduce la realización de derechos, valores y principios constitucionales³⁶⁰.

Estas providencias señalan que no tiene por qué existir incompatibilidad entre el concepto de bien jurídico y el deber funcional del servidor público, como en algunos entornos se ha venido planteando³⁶¹.

Así también, sobre este particular aspecto la doctrina nacional, en cabeza del profesor Juan Carlos Henao Pérez, ha planteado que en últimas lo que es objeto de protección por medio del derecho administrativo disciplinario son los derechos colectivos tutelados por la norma disciplinaria³⁶², lo que implícitamente implica, según este autor, el reconocimiento de que el fundamento de tal potestad sancionadora se halla en el concepto de bienes jurídicos tutelados.

En el derecho comparado puede citarse a Emilio Octavio de Toledo, que afirma que tanto en la infracción penal como en la administrativa se lesionan bienes jurídicos³⁶³, mientras que en criterio de Cerezo Mir, entre lo ilícito disciplinario y lo ilícito penal no hay sino una diferencia de grado, y la sanción disciplinaria y la pena no se diferencian en esencia³⁶⁴.

101. El concepto de bien jurídico limita el poder punitivo del Estado. Por todas las razones expuestas, se considera que el concepto de bien jurídico no solo tiene aplicabilidad en el ámbito del derecho penal, sino en el campo del derecho administrativo sancionador, y en ambos

espacios punitivos representa una barrera que limita el ejercicio del poder punitivo del Estado y es prenda de garantía para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas, lo cual da cuenta de su utilidad desde el punto de vista práctico³⁶⁵, en la medida en que solo la protección de un bien jurídico podría justificar la restricción de los derechos mediante la imposición de una sanción administrativa.

102. Existen otros argumentos aducidos por la doctrina para propugnar la identidad sustancial entre la infracción administrativa y el delito. A más de la existencia de la noción de bien jurídico como fundamento legitimante tanto del derecho penal como del derecho administrativo sancionador, se han planteado otros argumentos que propugnan la identidad sustancial u ontológica entre la infracción administrativa y el delito. Terradillos Basoco plantea al respecto: “La distinción entre infracción penal y administrativa es puramente cuantitativa, y el límite diferenciador responde a una decisión más o menos artificiosa, aunque no carente de significado político del legislador”³⁶⁶. Igualmente, Bajo Fernández expresa: “La pretensión doctrinal de encontrar una diferencia sustancial entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, es decir, entre el delito y la contravención administrativa, ha de considerarse totalmente fracasada”³⁶⁷.

Según García Gómez de Mercado, tampoco existen diferencias ontológicas entre la infracción penal y la administrativa, pues considera que la potestad sancionadora de la Administración no es sino una manifestación específica de la genérica potestad punitiva del Estado³⁶⁸.

En el ámbito colombiano sobresale la posición asumida por Ossa Arbeláez, que deja sentada su posición al respecto planteando:

Tal como puede comprobarse con el respaldo doctrinario y jurisprudencial que acaba de hacerse, la discusión de la disparidad ingénita entre el delito y la contravención pierde entidad jurídica, imponiéndose la tesis de la homogeneidad ontológica de carácter normativo que ofrece la gran ventaja de facilitar la aplicación de las garantías propias del derecho penal a toda el área contravencional administrativa³⁶⁹.

Las razones en las que se apoya esta consideración tienen varios fundamentos, como se verá en los siguientes párrafos.

103. Existe similitud entre la finalidad del derecho penal y del derecho administrativo sancionador. En primer lugar, en lo que respecta a la finalidad del derecho penal y del derecho administrativo sancionador, puede decirse que ambos sistemas normativos persiguen la tutela de bienes jurídicos³⁷⁰, tal como ya se ha expuesto, por lo que no es aceptable la tesis según la cual el derecho penal apunta a la protección de bienes jurídicos centrales, en tanto el derecho administrativo sancionador busca la protección de bienes jurídicos de carácter periférico, y mucho menos, la que considera que el derecho administrativo sancionador no tiene como propósito la tutela de bienes jurídicos³⁷¹, sino que simplemente pretende garantizar la organización y el funcionamiento de la Administración pública³⁷².

¿Cómo podría justificarse, por ejemplo, la afirmación de que la disposición jurídica contenida en el Código Nacional de Tránsito que prevé la obligación de utilizar casco protector para los motociclistas, so pena de hacerse merecedor a una sanción administrativa, no tiene como propósito la protección de un bien jurídico fundamental como resulta ser la vida? O ¿cómo explicar en el derecho colombiano, tan proclive a la cuestionable práctica de establecer consecuencias punitivas penales y administrativas a raíz de una misma conducta, que las disposiciones penales sí pretenden amparar bienes jurídicos en tanto las administrativas no?

De igual forma, en la hipótesis en la cual una conducta otrora catalogada como delito, que por decisión del legislador se despenaliza y se convierte en una simple infracción administrativa, no podría dar lugar a sostener que su propósito solo estaba encaminado a buscar la protección de un bien jurídico mientras ostentaba la calidad de delito, pero que dejó de serlo cuando se convirtió en infracción administrativa.

Por ello se sostiene que independientemente de que en un momento dado se considere más relevante proteger un bien jurídico por la vía penal que por la administrativa, ello no tiene por qué significar que en el caso en que se

escoja la segunda vía se desvanezca la pretensión de amparo de los bienes jurídicos.

104. La determinación de lo que se ha de considerar delito o infracción administrativa corresponde a una decisión política. En segundo lugar, el hecho de que en últimas la determinación de lo que se habrá de denominar delito o infracción administrativa corresponde a una decisión política, que si bien es cierto se encuentra limitada por los contornos fijados por el texto constitucional, no deja de ser un criterio que da cuenta de que en el fondo no existen diferencias sustanciales que permitan establecer que una conducta bien puede llegar a ser considerada delito o infracción administrativa, pues corresponde al legislador en ejercicio de la cláusula general de competencia determinar si la vía más adecuada para ejercer el control social es la penal o la administrativa, eso sí, teniendo presente el modelo de Estado, el respeto de los derechos fundamentales, la dignidad humana, el principio de proporcionalidad y el carácter de ultima ratio del derecho penal³⁷³.

105. La tesis ecléctica o mixta reconoce la inexistencia de diferencias sustanciales entre la infracción penal y la administrativa, pero reconoce diferencias cuantitativas entre ellas. La tercera posición, denominada ecléctica o mixta, es la defendida por quienes parten de la negativa de la existencia de diferencias sustanciales entre la infracción penal y la administrativa, pero que consideran la existencia de diferencias cuantitativas entre la gravedad de las conductas en las cuales se ocupan el derecho penal y el derecho administrativo sancionador³⁷⁴, lo cual, sin embargo, no tiene por qué traducirse en una diferente naturaleza jurídica entre los ilícitos penales y administrativos, máxime cuando en ocasiones la normativa administrativa regula comportamientos más graves y perturbadores que muchos de los consagrados por la legislación penal³⁷⁵.

Uno de los exponentes que de manera más profunda ha abordado el tema y en consecuencia constituye referente de obligatoria consideración es el doctrinante Claus Roxin, que al respecto ha afirmado que en vista de que los hechos punibles y las contravenciones no se distinguen por la presencia

o falta de lesión a un bien jurídico³⁷⁶, y tras el reconocimiento explícito de que no existen diferencias cualitativas entre los dos tipos de manifestaciones punitivas³⁷⁷, su distinción es exclusivamente de tipo cuantitativo³⁷⁸, referido a la aplicación del principio de subsidiariedad relacionado con el tipo de sanciones para imponer, pero que de todas formas queda sometida en un amplio terreno fronterizo al arbitrio del legislador³⁷⁹.

Sin embargo, Roxin matiza que entre infracciones administrativas y delitos graves se debería hablar más bien no de una consideración exclusivamente cuantitativa, sino de una consideración mixta³⁸⁰, cualitativo-cuantitativa, dando con ello pie a críticas que acusan de que en el fondo su tesis termina siendo cualitativa o diferenciadora³⁸¹.

Gómez Tomillo explica que dentro del mismo derecho penal también se puede establecer una gradación entre diversos bienes jurídicos, lo cual no cambia la naturaleza jurídica de la infracción, puesto que no tiene la misma significación la vida que la propiedad privada, y ello se verá reflejado en el marco de la pena que se ha de imponer³⁸², y termina con una contundente reflexión frente a la tesis de Roxin, afirmando que en efecto, en el evento de que pudiera estar constitucionalmente prohibido que el ordenamiento jurídico reaccionara frente a graves delitos como el homicidio, la violación, etc., con infracciones administrativas no se deduce la diferente naturaleza jurídica de unos y otros. Sencillamente se estaría ante un problema de proporcionalidad, no de identidad³⁸³. También ha sido un defensor de esta concepción el tratadista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, que solo encuentra diferencias cuantitativas entre el delito y la contravención³⁸⁴.

106. No existen distinciones ontológicas o sustanciales entre la infracción administrativa y el delito, pero sí de carácter normativo. La posición que se defiende en este trabajo es la que podría denominarse la tesis de la identidad ontológica y la diferencia normativa, que parte del reconocimiento de que desde el punto de vista sustancial o cualitativo no existe ninguna diferencia entre la infracción penal y la administrativa, pero que reconoce que el ordenamiento jurídico puede prever distinciones que serán en todo caso de carácter normativo.

Si se acepta que el derecho es un producto de la cultura del hombre, de la interrelación social, y que en consecuencia es una construcción humana, difícil resultará afirmar que existen comportamientos que por naturaleza sean delitos o infracciones administrativos.

107. Cada sociedad tiene el derecho a determinar los valores y bienes que esté interesada en proteger jurídicamente. La consideración de lo que habrá de ser calificado como delito dependerá de lo que se pacte políticamente en cada grupo social, pues cada sociedad tendrá el derecho a determinar los valores y los bienes que en un momento dado esté interesada en proteger jurídicamente, y en caso de decidir hacerlo, de igual forma podrá optar por los mecanismos o medios para su tutela.

Claro está que el modelo del Estado de derecho, por ejemplo, lleva implícitos unos valores sin los cuales no podría entenderse configurado, relacionados con la igualdad, la participación política y democrática, el control al poder, el reconocimiento y respeto de unos derechos fundamentales, etc., pero ello en sí mismo no marca el derrotero para determinar lo que habrá de ser objeto de reproche punitivo desde el punto de vista penal, de manera concreta.

Por esa razón, y a pesar de la existencia actual de múltiples tratados internacionales de derechos humanos, los Estados siguen conservando en gran medida la libertad política para la configuración normativa en el campo de las infracciones penales y administrativas, lo que repercutirá, por ejemplo, en que no en todas partes se consideren delitos los mismos comportamientos, y mucho menos, que se establezcan las mismas infracciones administrativas, porque, como se dijo al comienzo, cada sociedad tiene su propia escala de valores, sus propias costumbres y cultura, a pesar de los embates homogeneizadores de los modelos políticos occidentales.

108. Cada tiempo trae sus propias preocupaciones sobre lo que será objeto de reproche jurídico. De la misma forma, cada tiempo ha traído sus propias preocupaciones en torno a las conductas que son objeto de reproche social y jurídico. Por ejemplo, en el pasado próximo, el respeto del honor de la mujer joven constituía un valor que justificaba

desde el punto de vista social una especial protección, y por ello delitos como el estupro respondían a las necesidades de su época³⁸⁵.

Otras conductas como la bigamia³⁸⁶, la homosexualidad³⁸⁷, la vagancia y la mendicidad³⁸⁸ y el irrespeto a los símbolos patrios³⁸⁹, entre muchas otras, llegaron a merecer el reproche punitivo de la sociedad y, en consecuencia, del legislador de su tiempo. Hoy resultaría inadmisibile desde todo punto de vista pretender darles tratamiento punitivo a estas conductas.

Si se va más atrás en el tiempo, se encontrará que la muerte generada en un duelo no siempre constituyó delito o era aceptada socialmente³⁹⁰. En la actualidad, dicho comportamiento no sería excusable desde el punto de vista social, y mucho menos penal, lo que la encajaría dentro del concepto típico de homicidio.

El homicidio, aun en el presente, no siempre dará lugar a la configuración del delito. Piénsese por ejemplo en las causales de exclusión de la responsabilidad penal por legítima defensa o estado de necesidad, y qué decir de la muerte en combate del contrincante en el ámbito del conflicto armado. En realidad, el homicidio tiene gradaciones en la legislación colombiana, pues dependiendo de los móviles de la conducta o del grado de culpabilidad, se determinará un mayor o menor juicio de reproche punitivo.

109. No existe ninguna conducta que en sí misma represente delito o infracción administrativa. No hay conducta que en sí misma constituya delito, pues este no es un objeto natural, sino una creación humana, y lo que convierte en delito una conducta es la decisión del hombre mediante la norma. Igual consideración puede hacerse respecto de la infracción administrativa. De allí la importancia del principio de que no hay delito ni pena sin ley escrita, estricta, cierta y previa que así lo determine. Ello sin duda constituye un dogma del derecho punitivo del Estado³⁹¹.

110. La libertad de configuración normativa del legislador es el punto de partida para la caracterización del delito o la infracción administrativa. Así como la sociedad de cada tiempo tiene en principio la libertad para determinar lo que habrá de considerarse delito, tiene de igual forma la facultad para definir qué conductas serán objeto de

reproche del derecho administrativo sancionador, y no existiendo entre las conductas prohibidas diferencias de tipo ontológico o sustancial que indiquen en qué casos el tratamiento deberá ser penal o administrativo, no queda más que acudir a los fundamentos mismos del origen del derecho, que están fundamentados en la creación humana, en los consensos sociales y políticos y, en consecuencia, en lo que se conoce como la libertad de configuración normativa del legislador.

111. La libertad de configuración normativa del legislador no es ilimitada. Se advierte, eso sí, que tal libertad de configuración normativa no es ilimitada, pues el propio sistema político y jurídico establece criterios que se han de tener en cuenta, tales como el carácter subsidiario y de ultima ratio del derecho penal, con lo que se busca en el modelo de Estado de derecho que no se procure elevar a la categoría de delitos todo tipo de infracciones al orden social o al sistema jurídico y que solo por vía de excepción se llegue a tal decisión.

112. La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en múltiples oportunidades sobre los criterios que tiene el legislador a la hora de configurar el ordenamiento punitivo. A propósito del tema de los criterios y límites que tiene el órgano legislativo para determinar qué conductas pueden llegar a considerarse punibles, la Corte Constitucional ha tenido en reiteradas ocasiones la oportunidad de expresarse definiendo unos patrones claros que permiten observar que la libertad de configuración legislativa tiene que desarrollarse en el marco de unos cauces legítimos y respetuosos de la Constitución, del bloque de constitucionalidad, y claro está, de los derechos fundamentales³⁹².

113. Según la Corte Constitucional, una conducta solo puede ser catalogada como punible cuando interfiere en el ámbito de acción de otras personas. Así, en la Sentencia C-221 de 1994, proferida con motivo de la demanda de inconstitucionalidad promovida por un ciudadano con el propósito de que se declararan inexecutable el literal j) del artículo 2o y el artículo 51 de la Ley 30 de 1986 —relativos a la penalización de la dosis personal—, tuvo la Corte Constitucional la ocasión de abordar el problema relacionado con los patrones que

debería observar el legislador a la hora de establecer las conductas objeto de reproche penal. Allí se sostuvo:

Más allá de las disputas de escuelas acerca de la naturaleza del derecho, puede afirmarse con certeza que lo que caracteriza a esa forma específica de control de la conducta humana es el tener como objeto de regulación el comportamiento interferido, esto es, las acciones de una persona en la medida en que injieren (sic) en la órbita de acción de otra u otras, se entrecruzan con ella, la interfieren. Mientras esto no ocurra, es la norma moral la que evalúa la conducta del sujeto actuante (incluyendo la conducta omisiva dentro de la categoría genérica de la acción). Por eso se dice, con toda propiedad, que mientras el derecho es ad alterum, la moral es ab agentio, de otro modo, que mientras la norma jurídica es bilateral, la moral es unilateral. En lenguaje hohfeldiano, puede afirmarse que el precepto del derecho crea siempre una situación desventajosa correlativa a una situación ventajosa. En el caso concreto, cuyo análisis importa, un deber correlativo a un derecho. La moral no conoce esta modalidad reguladora. Las obligaciones que ella impone no crean en favor de nadie la facultad de exigir la conducta debida. En eso radica su unilateralidad. No en el hecho de que no imponga deberes frente a otro, sino en la circunstancia que no confiere a este facultad de exigir³⁹³.

Con fundamento en esas consideraciones y acogiendo una tesis liberal y garantista de los derechos fundamentales de quienes se encontraban expuestos a la normativa punitiva cuestionada, la Corte Constitucional decidió declarar inexecutable las normas demandadas.

De igual forma, en la Sentencia C-574 de 2011, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse frente a una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1.º (parcial) del Acto Legislativo 2 de 2009, por el cual se reformó el artículo 49 de la Constitución Política, y en el cual dispuso la prohibición del porte y consumo de sustancias psicotrópicas salvo prescripción médica. Allí, a pesar de que la Corte se declaró inhibida para pronunciarse de fondo sobre la demanda, sí acogió

una tesis compatible con los argumentos expresados en providencias anteriores, en las que se consideró que la conducta objeto de intervención punitiva debía interferir en el ámbito de acción de otras personas, al establecer:

Una vez analizado el apartado demandado desde el punto de vista sistemático, teleológico y literal, se puede concluir que la prohibición que se establece, que en un primer momento parece de carácter absoluto, se limitaría o restringiría, ya que las medidas administrativas de carácter pedagógico, terapéutico y profiláctico solo se podrían dar con el consentimiento informado del adicto³⁹⁴.

114. De acuerdo con la Corte Constitucional, los derechos fundamentales son el límite al legislador penal. En la Sentencia C-030 de 1996 sostuvo la Corte Constitucional que los derechos fundamentales constituían el criterio básico para establecer límites al legislador penal. Allí expresó:

El Estado social de derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden, sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento penal la facultad de fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados. El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio. Solo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento³⁹⁵.

En efecto, muy tempranamente la Corte Constitucional reconoció la fuerza vinculante de los derechos fundamentales como criterio limitante al

ejercicio del poder estatal³⁹⁶. Tal criterio fue retomado en las sentencias C-038 de 1995, C-070 de 1996, C-113 de 1996 y C-404 de 1998.

115. Según la Corte Constitucional, los valores y principios constitucionales son un límite a la libertad de configuración legislativa en materia punitiva. Mediante la Sentencia C-013 de 1997, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad promovida contra los artículos 328, 345, 347 y 348 del Código Penal (Dcto. 100 de 1980), referidos a las penas aplicables a los delitos de aborto, infanticidio y abandono de un recién nacido cuando en tales conductas incurre la mujer que ha sido embarazada en el curso de un acto de violencia sexual o como efecto de inseminación artificial no consentida por ella.

En la demanda, el actor argumentaba que tales disposiciones vulneraban, entre otros, los artículos 11 y 13 constitucionales, al transgredir, según él, el derecho a la vida y a la igualdad de los niños nacidos en ciertas condiciones “discriminantes y violentas”.

La Corte Constitucional consideró que si bien era cierto que las sanciones establecidas frente a los delitos mencionados podían considerarse bastante benignas, advertida la gravedad de las conductas descritas, que también lo era, tal circunstancia no configuraba por sí misma una razón de inconstitucionalidad de las normas objeto de examen³⁹⁷, porque verificar si una sanción penal era suficiente o no respecto del delito para el cual se establece encierra la elaboración de un juicio de valor que, excepto en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irracionalidad, escapaba al ámbito de competencia de los jueces³⁹⁸. De igual forma, sostuvo el alto tribunal en esta providencia:

Mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales, y sin perjuicio de lo que más adelante se expone sobre los límites de la norma positiva, bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de estas con arreglo a criterios de agravación o atenuación

de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado³⁹⁹.

Sobre la base de esa argumentación que reconoció la facultad del legislador para ejercer el ius puniendi, en tanto no lo hiciera de manera contraria a los principios y preceptos constitucionales, se declaró la exequibilidad de las normas sujetas a examen.

116. De acuerdo con la Corte Constitucional, el órgano legislativo tiene una amplia competencia para la configuración normativa en el campo punitivo, soportada en el principio democrático, cuyo límite es la Constitución Política. En otra ocasión, frente a una demanda en la que se pretendía la declaratoria de inexequibilidad del artículo 474 de la Ley 599 de 2000, pero únicamente en cuanto a la derogatoria de parte de esta disposición de los artículos 260 y 261 del Decreto 100 de 1980, que consagraban los delitos de bigamia y matrimonio ilegal, la Corte manifestó:

Es preciso advertir que para la definición de la política criminal del Estado y, en particular, en materia penal para la configuración de las conductas punibles, el órgano legislativo tiene una competencia amplia y exclusiva que encuentra claro respaldo en el principio democrático y en la soberanía popular (C. P. arts. 1.º y 3.º), razón por la cual, corresponde a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, determinar, dentro de los marcos de la Constitución Política, la orientación del Estado en estas materias⁴⁰⁰.

Y continuó expresando:

Ahora bien, en el presente caso, el actor precisamente cuestiona que el Legislador haya descriminalizado unos comportamientos que, según su parecer, la Constitución ordena que sean punibles. El efecto derogatorio de los tipos que el actor echa de menos, como se explicó inicialmente, se deduce ciertamente de una interpretación parcial del artículo acusado, respecto de lo cual resulta importante insistir en que la potestad del Congreso de la República para retirar del ordenamiento jurídico preceptos por razones de conveniencia o necesidad, corresponde a un juicio que escapa al ámbito del control de constitucionalidad, pues se trata de un debate que permite al órgano legislativo realizar de manera integral su labor y trazar políticas públicas coherentes e integrales a sus convicciones⁴⁰¹.

De lo cual se derivó la consiguiente declaratoria de exequibilidad de las disposiciones demandadas, al ratificar que sobre el Congreso recae la competencia general para la definición de las conductas que serán objeto de reproche punitivo⁴⁰².

En sentido similar se pronunció mediante la Sentencia C-504 de 1993, en la que sostuvo que en materia de política criminal la Constitución Política fija límites materiales a la autonomía legislativa, como los consagrados en los artículos 11, 12, 17 y 34 de la norma superior⁴⁰³.

117. En criterio de la Corte Constitucional, la libertad de configuración normativa en materia penal tiene sustento en el principio democrático, pero de igual forma en el principio de legalidad. En otra oportunidad, en la que se pretendía la declaratoria de inexequibilidad del artículo 68, incisos 1.º y 5.º de la Ley 488 de 1998, referida a normas en materia tributaria, en las que se dispuso respectivamente:

Cuando las Sociedades de Intermediación Aduanera o Almacenes Generales de Depósito reconocidos y autorizados por la DIAN intervengan como declarantes en las importaciones o exportaciones que realicen terceros, estas sociedades responderán penalmente por las conductas previstas en el artículo 15 de la Ley 383 de 1997 que se relacionen con naturaleza,

cantidad, posición arancelaria y gravámenes correspondientes a la respectiva mercancía⁴⁰⁴.

[Y] Para los efectos previstos en este artículo, la responsabilidad penal de las Sociedades de Intermediación Aduanera y los Almacenes Generales de Depósito recaerá sobre el representante o la persona natural autorizada formalmente por este que haya realizado el reconocimiento de la mercancía previamente a la declaración respectiva⁴⁰⁵.

La Corte Constitucional consideró la inexecutable de las disposiciones atacadas apelando, entre otros argumentos, a la consideración de que se trataba de la configuración de tipos penales ambiguos, y planteó frente a la libertad de configuración normativa:

Esta procedencia muy limitada del principio de conservación del derecho en caso de tipos penales ambiguos deriva del hecho de que el principio de legalidad es no solo una garantía trascendental para los derechos individuales, sino también una expresión del principio democrático, pues significa que la definición de cuáles son las conductas que ameritan una sanción penal debe ser obra de los representantes del pueblo, luego de una adecuada deliberación democrática. Así, Beccaria, a quien corresponde la formulación clásica del principio de legalidad, señalaba, al hablar del derecho de castigar, que “solo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad agrupada por un contrato social” (subrayas no originales). Por eso, importantes sectores de la doctrina penal consideran que la reserva legal se encuentra ligada a otro principio, que es la necesaria representación popular en la definición de las políticas criminales: esto significa que solo los órganos de representación popular y origen democrático pueden definir conductas delictivas.

La finalidad de esta representación popular en la elaboración de las leyes penales deriva no solo del respeto de la separación de poderes, y de los controles que esta supone para la protección de la libertad individual, sino que también debe permitir un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir, una elaboración más democrática de la ley penal. Esta discusión pública debe permitir que la respuesta penal no sea un recurso contingente que el poder político utiliza a discreción, sin debate, para hacer frente a las dificultades del momento. La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve. Esto solo es posible si la definición de las políticas criminales se hace a través de una amplia discusión democrática, y no mediante una inflación de normas penales promulgadas apresuradamente. Como vemos, el respeto riguroso del principio de legalidad opera no solo como un mecanismo de protección de las libertades fundamentales, sino que también obliga a la discusión colectiva y democrática de las políticas criminales a fin de evitar la intervención penal inútil y perjudicial. El principio de legalidad es expresión no solo del Estado de derecho, sino también de las exigencias del Estado democrático, pues gracias a su riguroso respeto pueden llegar a estar representados los intereses de todos los miembros de la comunidad en la elaboración de la política criminal⁴⁰⁶.

De esta manera, para la Corte Constitucional resultó evidente que la definición de las conductas que serán objeto de reproche punitivo debe realizarse en el ámbito de la representación democrática, el Congreso, pues allí tienen asiento los representantes de quienes terminarán siendo en últimas los destinatarios de las leyes en materia punitiva, y se considera que por tal razón, ellos, los electores, por intermedio de sus representantes, deben tener la posibilidad de incidir en la modelación de las instituciones jurídicas que puedan afectarlos.

118. Según la Corte Constitucional, los límites a la libertad de configuración legislativa son los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales.

Mediante la Sentencia C-420 de 2002, la Corte Constitucional efectuó el control de constitucionalidad frente a algunos artículos de la Ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes) y del Decreto 1856 de 1989 (por el cual se adoptan medidas de orden público). En ella el legislador planteó una interrogante en torno a los límites de la potestad de configuración normativa en materia penal en los siguientes términos: ¿El criterio político-criminal del legislador, que le conduce a la tipificación del tráfico de estupefacientes, es susceptible de control constitucional?

Dicho cuestionamiento fue resuelto por la Corte Constitucional argumentando que el legislador era el titular de la capacidad de configuración normativa en materia de política criminal y que su decisión de acudir a la penalización de comportamientos era legítima ante la carta, por tratarse del ejercicio de una facultad de la que era titular y porque, además, sus decisiones contaban con el respaldo que transmitía el principio democrático. Al respecto, manifestó:

Es una conquista del mundo civilizado que normas tan trascendentes en el ámbito de los derechos fundamentales como las que tipifican conductas penales y atribuyen penas y medidas de seguridad a sus autores o partícipes sean fruto de un debate dinámico entre las distintas fuerzas políticas que se asientan en el Parlamento, pues solo así se garantiza que el ejercicio del poder punitivo del Estado se ajuste a parámetros racionales y no se distorsione por intereses particulares o necesidades coyunturales⁴⁰⁷.

De igual forma, expresó la Corte Constitucional que la facultad para el diseño de la política criminal del Estado, sin embargo, no era ilimitada, pues no podrían sacrificarse los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales porque el legislador, al igual que cualquier autoridad pública, se encontraba sometido al texto constitucional, lo cual no significaba que la Corte Constitucional, mediante sus fallos, pudiera imponer el modelo de política criminal del Estado.

119. De acuerdo con la Corte Constitucional, la Constitución es el límite a la libertad de configuración legislativa. En la Sentencia C-939 de 2002^[408], la Corte Constitucional sostuvo, frente al tema de la libertad de configuración legislativa relacionada con el ejercicio del ius puniendi del Estado, que el legislador gozaba de amplia competencia para definir cuáles conductas habían de ser consideradas punibles y fijar las penas correspondientes a tales comportamientos. Así mismo, ha indicado que frente al ejercicio de dicha libertad de configuración la Constitución opera como un mecanismo de “control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos”⁴⁰⁹. De igual forma, señaló:

Así, la Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible⁴¹⁰.

120. En sentir de la Corte Constitucional, el bloque de constitucionalidad también es el límite a la libertad de configuración legislativa. En la Sentencia C-235 de 2003 se reconoció que el bloque de constitucionalidad también constituía un límite a la libertad de configuración legislativa. Allí se sostuvo:

Si bien es cierto que el legislador goza de un margen de configuración normativa al momento de definir qué comportamiento social reviste tal grado de lesividad para determinado bien jurídico que merezca ser erigido en tipo penal, decisión política adoptada con fundamento en el principio democrático y que refleja los valores que rigen a una sociedad en un momento histórico determinado, este margen de discrecionalidad no es ilimitado, por cuanto el bloque de constitucionalidad constituye el límite

axiológico al ejercicio del mismo, razón por la cual la definición de tipos penales y de los procedimientos penales debe respetar en un todo el ordenamiento superior en cuanto a los derechos y la dignidad de las personas, tal y como en numerosas ocasiones y de tiempo atrás lo viene señalando esta corporación en su jurisprudencia⁴¹¹.

Un argumento similar también fue expresado en las sentencias C-329 de 2000, C-177 de 2001, C-317 de 2002, C-148 de 2005 y C-291 de 2007, dando cuenta de la importancia que el orden jurídico internacional y en especial los tratados internacionales suscritos por Colombia tienen en la fijación de los límites del legislador a la hora de crear la normativa punitiva⁴¹².

121. Según la Corte Constitucional, los principios y valores constitucionales, así como los derechos constitucionales de las personas, son el límite al legislador en materia punitiva. Mediante la Sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional se pronunció sobre las demandas de inconstitucionalidad presentadas por varios ciudadanos contra los artículos 122, 123, 124 y 32, numeral 7, de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004^[413], referidos al delito de aborto. En dicha providencia, expresó la Corte:

Cabe recordar, que de manera reiterada la jurisprudencia ha sostenido, que el recurso a la penalización de conductas solamente debe operar como ultima ratio, cuando las demás medidas no resulten efectivamente conducentes para lograr la protección adecuada de un bien jurídico; por tanto, el recurso al derecho penal queda limitado a la inexistencia o insuficiencia de otros medios para garantizar la protección efectiva de la vida del nasciturus. Esta es una decisión que corresponde al poder legislativo, quien al decidir sobre la conveniencia de tipificar penalmente ciertas conductas, deberá realizar valoraciones de orden político, las cuales “[...] respondiendo a un problema de carácter social debe, de manera responsable aprobar, luego del debate parlamentario correspondiente, un tipo penal ajustado a la Constitución”⁴¹⁴.

De igual manera se plantea en esta providencia que el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración para determinar cuáles conductas han de ser consideradas punibles, así como para fijar las penas correspondientes a tales comportamientos; sin embargo, se manifestó que dicha discrecionalidad no era absoluta para definir los tipos delictivos, pues encontraba claros límites en los principios y valores constitucionales y en los derechos constitucionales de las personas⁴¹⁵.

Entre los límites a la libertad de configuración legislativa en materia penal, subrayó la Corte Constitucional en esta decisión la dignidad humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la salud, la vida y la integridad personal, el bloque de constitucionalidad, la proporcionalidad y la racionalidad. Se dijo también:

En resumen, corresponde al legislador la decisión de adoptar disposiciones penales para la protección de bienes de rango constitucional como la vida; sin embargo, los derechos fundamentales y los principios constitucionales se erigen en límites a esa potestad de configuración, correspondiéndole a la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, ejercer en estos casos el control sobre los límites que ella le ha impuesto al legislador, es decir, debe examinar si tales medidas legislativas presentan o no el carácter de restricciones constitucionalmente válidas.

Ahora bien, en virtud de su potestad de configuración, el legislador puede introducir distinciones en cuanto a la tipificación de las conductas que atenten contra la vida como bien constitucionalmente protegido, así como la modalidad de la sanción. En efecto, el ordenamiento penal colombiano contiene diversos tipos penales dirigidos a proteger la vida, tales como el genocidio, el homicidio, el aborto, el abandono de menores y personas desvalidas, o la manipulación genética, así como la omisión de socorro para quien, sin justa causa, omite auxiliar a una persona cuya vida o salud se

encuentra en peligro. Si bien los anteriores delitos protegen el mismo bien jurídico, la vida, sin embargo el legislador en ejercicio de su libertad de configuración decidió darles distinto tratamiento punitivo atendiendo a las diferentes especificaciones, modalidades y etapas que se producen a lo largo del curso vital, siendo para estos efectos el nacimiento un hecho relevante para determinar la intensidad de la protección mediante la graduación de la duración de la pena⁴¹⁶.

Y con fundamento en esas consideraciones, la Corte Constitucional resolvió declarar exequible el artículo 32, numeral 7, de la Ley 599 de 2000, y el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que no se incurre en delito de aborto cuando con la voluntad de la mujer la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: 1) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; 2) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y 3) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto; e inexecutable la expresión “[...] o en mujer menor de catorce años [...]”, contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000, y el artículo 124 de la misma ley.

122. En criterio de la Corte Constitucional, junto a las normas internacionales de derechos humanos, el principio de proporcionalidad representa un límite a la libertad de configuración normativa en materia punitiva. En la Sentencia C-417 de 2009, relativa a la demanda de inconstitucionalidad del numeral 1 del artículo 224 de la Ley 599 de 2000, la Corte Constitucional ratificó que cuando se tratara de la libertad de configuración legislativa en la fijación del ius puniendi del Estado, se debían tener en cuenta ciertos criterios. Al respecto, planteó la corporación lo siguiente:

La Corte reafirma que cuando se trata de la libertad de configuración legislativa en la fijación del ius puniendi, se debe tener en cuenta que: 1) dicha libertad no es absoluta; 2) el control de constitucionalidad se ejerce cotejando con las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como respecto de los principios de legalidad y proporcionalidad y que 3) cuando se ejerce en relación con este último principio, la norma solo puede ser declarada inconstitucional cuando demuestre que es manifiestamente desproporcionada⁴¹⁷.

En esta providencia la Corte Constitucional resume de manera clara algunos de los aspectos que debe tener en cuenta el legislador a la hora crear las normas en materia punitiva, enfatizando no solo en la importancia de la observancia de las normas internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario, sino en el principio de proporcionalidad.

123. La libertad de configuración legislativa que recae sobre el legislador le permite en principio definir si una conducta justifica tratamiento punitivo desde la perspectiva del derecho penal o del derecho administrativo sancionador. Las providencias de la Corte Constitucional estudiadas y citadas reconocen que el legislador tiene una amplia libertad de configuración legislativa a la hora de determinar qué conductas serán objeto de reproche punitivo, pero así mismo establecen con contundencia que tal facultad se halla sometida a ciertos límites, de lo que se deriva que la libertad de configuración legislativa no es absoluta.

Sin embargo, y pese al reconocimiento de la existencia de límites a la libertad de configuración legislativa, inherentes a un Estado social de derecho que pretenda ser respetuoso del orden jurídico internacional, lo cierto del caso es que en principio quien tiene la competencia para definir si una conducta justifica un tratamiento punitivo desde el punto de vista del derecho penal o del derecho administrativo sancionador es el legislador, que deberá actuar con la justificación suficiente para legitimar la restricción de los derechos imponiendo una sanción, lo que solo podría hacerse buscando el amparo de bienes jurídicos que requieran especial protección y que desde el punto de vista del principio de proporcionalidad justifiquen las

consecuencias punitivas de la realización de las conductas proscritas y no simplemente de la prohibición de conductas por la mera prohibición.

124. Los planteamientos de la Corte Constitucional evidencian que son más las semejanzas que las diferencias entre la infracción administrativa y el delito. Un análisis detallado de las providencias citadas y estudiadas permite concluir que según la propia Corte Constitucional, más que diferencias entre la infracción administrativa y la penal, lo que aparecen son semejanzas que refuerzan la tesis de que se trata de figuras ontológicamente iguales y cuyas únicas distinciones están dadas, en últimas, por criterios políticos definidos por el legislador, eso sí, reconociendo los criterios constitucionales al respecto.

Ello puede evidenciarse, por ejemplo, por el reconocimiento que se hace de la amplia libertad de configuración legislativa que recae en el legislador, que en principio se encuentra habilitado para definir el tratamiento punitivo que le puede dar a una conducta que justifica el reproche social. Este argumento implícitamente trae consigo un argumento más poderoso, relacionado con el hecho de que se acepta tácitamente que no existe una diferencia sustancial, ontológica o material entre la infracción administrativa y el delito, ya que una conducta calificada por ejemplo como infracción administrativa fácilmente podría convertirse en un tipo penal si el legislador así lo determinara. Sobre este particular aspecto es bien ilustrativo el debate que de cuando en cuando se lleva a cabo en la opinión pública colombiana sobre el tema de la naturaleza de las sanciones que deberían imponerse a quienes conducen vehículos automotores bajo el influjo de bebidas embriagantes o sustancias psicotrópicas.

125. Existen ciertas diferencias normativas entre las infracciones administrativas y el delito. Ahora bien, sostener que entre las infracciones penales y las administrativas no existen diferencias ontológicas o sustanciales no es lo mismo que afirmar que no existan diferencias de ninguna naturaleza, pues si algo ha quedado claro es que el legislador puede establecer distinciones a partir de la norma para facilitar el ejercicio del control social, justificado en algunos casos por razones de política criminal, en otros, en consideración a motivos de eficacia, así como en atención al principio de subsidiariedad y de ultima

ratio del derecho penal. Todo ello conduce a la identificación de las diferencias normativas que actualmente existen en el derecho administrativo sancionador colombiano y que podrían sintetizarse en lo que a continuación se expondrá.

126. Existen diferencias en torno a la autoridad competente para su instrucción e imposición. La diferencia en torno a la autoridad competente para la imposición de las sanciones penales y administrativas resulta apenas obvia ante el hecho evidente de que la sanción penal solo puede ser impuesta en ejercicio de la función pública jurisdiccional, y en efecto, la competencia para hacerlo radica de manera exclusiva en los jueces y tribunales que tienen tal atribución, por lo que las autoridades administrativas carecen de la facultad para sancionar penalmente a los infractores de tal normativa⁴¹⁸. No en vano, el artículo 28 de la Constitución Política establece claramente que nadie podrá ser reducido a arresto o prisión, ni detenido, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente.

Por otra parte, la sanción administrativa solo puede imponerse como consecuencia del ejercicio de la función administrativa, pues así como se exige para los jueces la competencia para sancionar penalmente, la autoridad que pretenda imponer una sanción administrativa deberá encontrarse en ejercicio de tal tipo de función y por ende contar con la aptitud legal necesaria para su imposición. Esta diferencia es innegable en el derecho colombiano, pero no sobra advertir que es de carácter normativo, pues será en últimas el legislador el que determine a cuál de los dos ámbitos quedará vinculada la infracción.

127. También se presentan diferencias en cuanto al tipo de sanciones que se pueden imponer. Ya se planteó que en la práctica la única diferencia real desde esta perspectiva entre las infracciones penales y las administrativas se relaciona con la posibilidad de imponer la sanción privativa de la libertad en las penales, que como bien se sabe, se encuentra proscrita como posibilidad sancionatoria para las administrativas⁴¹⁹.

Por lo demás, existe gran afinidad o similitud entre las otras sanciones penales previstas en el ordenamiento jurídico y la muy variada gama de

sanciones administrativas incluidas en la legislación. El más emblemático caso es la sanción pecuniaria de multa, que tiene la misma ontología en los dos ámbitos punitivos⁴²⁰.

128. Se encuentran otras diferencias en cuanto a los sujetos sobre los cuales pueden recaer las sanciones penales y las administrativas. En este punto en particular sí hay en la legislación colombiana una diferencia fundamental que radica en el hecho de que la normativa vigente concibe que la sanción penal solo se pueda imponer a las personas naturales, en tanto la sanción administrativa puede recaer sobre aquellas o sobre las personas jurídicas⁴²¹.

No obstante, bien vale la pena reflexionar sobre el hecho de que en el derecho comparado se viene abriendo camino desde hace bastante tiempo⁴²² la viabilidad de la imposición de sanciones penales a personas jurídicas, y en efecto, en Colombia ya se ha venido abordando el tema en diversos espacios doctrinarios y jurisprudenciales⁴²³.

129. Tradicionalmente el derecho penal se apoyó en la idea de que la pena solo podía recaer en la persona natural. El derecho penal moderno construyó sus cimientos en la idea de que la responsabilidad penal solo podía ser la consecuencia de la conducta humana sometida al reproche punitivo, teniendo para ello como factor legitimador la culpabilidad (nullum crimen sine culpa), principio según el cual la pena estatal únicamente puede estar fundada en la comprobación de que al autor le puede ser reprochado personalmente su hecho⁴²⁴, y precisamente se parte de esa consideración, pues se ha sostenido que para imputarle un hecho delictivo a un sujeto es menester que converjan en este tanto la conciencia de su ilicitud como la voluntad, es decir, que siendo libre para actuar y pudiendo en consecuencia obrar de otro modo, haya decidido incurrir en la conducta típica transgresora de la ley.

130. Pese a que durante muchos años existió una profunda renuencia en Europa a la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las cosas comenzaron a cambiar. El derecho penal europeo continental fue durante muchos años renuente a la aceptación de la

posibilidad de que las personas jurídicas pudieran ser objeto del reproche penal, sustentándose para ello en el viejo aforismo *societas delinquere non potest*, pero dicha concepción ha empezado a cambiar en los últimos años en algunos Estados europeos, en los que de forma paulatina se ha dado el salto hacia la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴²⁵.

Heine cita como ejemplos de tal proceso de transformación en Europa a Inglaterra e Irlanda, a los Países Bajos, Noruega, Islandia, Francia, Finlandia, Dinamarca, Eslovenia, Bélgica, Suiza y Turquía⁴²⁶, y Gómez-Jara expone cómo en España desde 1995, con la expedición de la Ley Orgánica 10, se dio un importante paso en ese sentido al introducir, de la mano del artículo 129 del Código Penal⁴²⁷, las denominadas “consecuencias accesorias”⁴²⁸, que tímidamente implicaban el reconocimiento hasta cierto punto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero que ahora, con la expedición de la reforma del año 2010 (art. 31bis del Código Penal)⁴²⁹, se enmarca al sistema español con toda claridad en el modelo de reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

131. Algunos países europeos siguen siendo renuentes a la idea de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Otros países europeos como Alemania y Portugal han sido más renuentes a la aceptación de esta posibilidad, optando por mantener su sistema de contravenciones del orden, es decir, sanciones de tipo administrativo, carentes, según se dice, de significado penal⁴³⁰.

Posiciones similares han asumido Luxemburgo y Grecia, que han optado por mantener el tema en el ámbito de las sanciones administrativas⁴³¹, mientras que Italia transita por un sui generis sistema punitivo frente a las personas jurídicas, denominado de responsabilidad administrativa, pero más próximo al derecho penal⁴³². La base jurídica para negar tal tipo de responsabilidad de las personas jurídicas en ese país se halla en el artículo 27 de su Constitución Política de 1948, según el cual la responsabilidad penal es siempre personal y se refuerza el principio de la culpabilidad como obstáculo fundamental para la aceptación de esa posibilidad⁴³³.

132. En América Latina, donde inicialmente no se concebía la posibilidad de que las personas jurídicas asumieran responsabilidad penal, ya se están presentando cambios para admitir tal posibilidad. En efecto, en América Latina ya se comienzan a vislumbrar cambios en ese sentido, como ocurre en Chile, donde la Ley 20.393 del 2 de diciembre de 2009 establece que las personas jurídicas de derecho privado y las empresas del Estado⁴³⁴ pueden ser penalmente responsables de los delitos de lavado de activos, cohecho y financiamiento del terrorismo, en tanto fueren cometidos de manera directa e inmediata en su interés o para su provecho por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, de parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión⁴³⁵.

133. El tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene gran tradición histórica en los Estados Unidos. Esto que se presenta como una gran novedad en Europa y América Latina, y que ha sido motivo de profundas confrontaciones doctrinarias en torno a su conveniencia o inconveniencia⁴³⁶, tiene, sin embargo, un amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial en los Estados Unidos, donde desde hace más de un siglo se reconoce este tipo de responsabilidad bajo el nombre de corporate criminal liability⁴³⁷.

Tal como lo relata Gómez-Jara, el proceso de institucionalización de la responsabilidad penal empresarial en los Estados Unidos comenzó a desarrollarse con la célebre sentencia del caso Hudson⁴³⁸, emitida por la Suprema Corte el 23 de febrero de 1909, en la cual se confirmó una sentencia emitida por la Corte de Circuito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, en la que se decidió declarar penalmente responsable a una compañía ferroviaria por violar la ley que tipificaba como delito dar o recibir un reembolso que significara cobrar por el envío de las mercancías transportadas en el comercio interestatal menos de la tarifa publicada o permitida en la tasa legal⁴³⁹.

En esa providencia se sostuvo que cuando el acto se llevaba a cabo por el agente de la persona jurídica en el curso de su empleo, a pesar de actuar

arbitrariamente o con imprudencia temeraria o en contra de las órdenes expresas de la dirección, la persona jurídica habría de responder. En tales casos la responsabilidad no se imputará porque la entidad participe realmente en la malicia o el dolo, sino porque el acto se lleva a cabo para el beneficio del capital, es decir, de la propia compañía, mientras que el agente está actuando dentro del ámbito de su empleo en el negocio o en la actividad.

También se dijo que una corporación era responsable de actos no comprendidos en los poderes corporativos del agente en forma estricta, pero que el agente suponía que los obtenía de la corporación con el empleo de los poderes corporativos que de hecho fueron autorizados, y en tales casos, no habría necesidad de autorización por escrito de la corporación a fin de autorizar el acto.

Se expresó que se había de considerar la responsabilidad penal de una sociedad anónima por un acto realizado, mientras que un agente autorizado de la compañía estuviera ejerciendo la autoridad que le confiriera. Así, se indicó en la sentencia que, revestidos con la autoridad, los agentes estaban obligados a respetar la regulación del comercio interestatal promulgada por el Congreso, lo que requería la presentación y publicación de las tarifas y obviamente su respeto⁴⁴⁰.

La importancia de esta sentencia radica en el hecho de que antes de ella la jurisprudencia y la doctrina mostraban ciertas dificultades al justificar que se procesara penalmente a la empresa más que a sus empleados⁴⁴¹, lo cual cambió a partir de los argumentos allí expresados, por lo que tal decisión representó un hito en lo que se refiere a la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema estadounidense, hasta tal punto que hoy es común encontrar el comienzo de causas criminales de esta naturaleza, tal como puede evidenciarse con el sonado caso de la firma de auditoría Arthur Andersen, relacionado con el colapso financiero de Enron, o el de la compañía Chiquita Brands International, vinculado a la financiación de grupos ilegales en Colombia, que constituyen tan solo algunos de los últimos eventos ampliamente publicitados de investigaciones penales contra personas jurídicas en los Estados Unidos.

134. Existen poderosas razones para admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ahora bien, resulta fundamental entender las razones que justificarían en la actualidad tal intervención punitiva a ese nivel, y por ello es preciso recordar que cuando se abordó el tema de los bienes jurídicos como objeto de protección tanto del derecho penal como del derecho administrativo sancionador⁴⁴², se planteó que la doctrina contemporánea del derecho penal había aceptado que tales bienes jurídicos podían ser de índole individual o colectivo, lo cual cobra especial relevancia frente al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque en gran medida los problemas de las sociedades modernas industriales o en proceso de industrialización están relacionados con el control de procesos sociales defectuosos⁴⁴³ que por lo general tienden a la afectación de bienes jurídicos de carácter colectivo y que pueden estar representados en la criminalidad económica, la responsabilidad por productos defectuosos o peligrosos, blanqueo de capitales y la protección del ambiente⁴⁴⁴, entre muchos otros⁴⁴⁵, lo que ha obligado a muchos Estados a asegurar intereses o bienes jurídicos como la capacidad de funcionamiento de la economía, los derechos de los consumidores en lo atinente a la seguridad, el equilibrio del ecosistema o la estabilidad del sistema financiero⁴⁴⁶, entre otros, por la vía del derecho penal.

135. Los grandes riesgos de este tiempo son generados en gran medida por las personas jurídicas, y ello obliga a que se abra la discusión sobre su responsabilidad penal. Es decir, la sociedad contemporánea se enfrenta a nuevos riesgos en los que actores de primer orden como las grandes corporaciones o empresas tienen el potencial de afectar como quizá ninguna persona natural los bienes jurídicos de carácter colectivo, y por ello, los Estados se han visto obligados a decidir en un momento dado si las medidas administrativas son suficientes para encarar tales peligros, o si, por el contrario, deben dar tránsito al establecimiento de medidas penales en procura de controlar y desincentivar estos nuevos riesgos sociales.

136. La aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas trae consigo varios retos de orden teórico y práctico. La aceptación de la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las

personas jurídicas trae aparejados múltiples retos de orden teórico y práctico, que en cierta medida representan una ruptura del paradigma del derecho penal tradicional y que obligan a crear un nuevo modelo y una nueva nomenclatura jurídica⁴⁴⁷.

Entre esos retos destacan: la selección del modelo de autorresponsabilidad penal⁴⁴⁸, el manejo del concepto de culpabilidad y la imputación⁴⁴⁹ y la determinación del concepto de inimputabilidad penal de la persona jurídica⁴⁵⁰, entre muchos otros, que han dado lugar al surgimiento de una creciente doctrina sobre la materia, tanto para defender tales tesis como para formular sus respectivas críticas⁴⁵¹.

Couto de Brito plantea sobre la complejidad del tema, y sobre todo, sobre los principales obstáculos que se tienen para admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo siguiente:

As pessoas jurídicas não têm capacidade de ação: Se o crime têm por base um comportamento humano, ativo ou omissivo, é evidente que as pessoas jurídicas são, a partir desta perspectiva, incapazes de ação⁴⁵².

As pessoas jurídicas não têm capacidade de culpabilidade: Os entes coletivos não poderiam ser declarados culpáveis. Se a culpabilidade é estruturada normativamente, sobre um juízo de reprovação, a pessoa jurídica não possui o livre arbitrio indispensável, a possibilidade de autodeterminação sobre a qual se constrói este elemento do crime⁴⁵³.

As pessoas jurídicas não têm capacidade de pena: esta não poderia cumprir fins preventivos nem expiatórios. Se a pena não pode ter finalidades preventivo-generais sobre a pessoa jurídica (não é motivável) nem preventivo-especiais (não é ressocializável), a pena não perseguiria fim algum⁴⁵⁴.

Sobre este aspecto resulta relevante el análisis efectuado por el profesor Yesid Reyes Alvarado, en cuya opinión la culpabilidad no depende de aspectos puramente psicológicos y no está atada a la noción de ser humano sino al concepto jurídico de persona como titular de derechos y obligaciones, y por tal razón, tanto las personas naturales como las jurídicas pueden ser objeto de reproche propio de la culpabilidad, además de estar sujetas a la pena⁴⁵⁵.

137. En Colombia la legislación no considera la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, pero ello no representa una diferencia sustancial con la infracción administrativa. Todo lo anterior demuestra que a pesar de que en Colombia la legislación aún no ha previsto la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, ello en sí mismo no representa una diferencia sustancial entre la infracción administrativa y el delito, pues como pudo evidenciarse, se trata en realidad de una diferencia normativa que en el derecho comparado tiende a desvanecerse.

En efecto, la implementación de un sistema de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia sería posible con una modificación normativa, que aun cuando traería consigo múltiples retos teóricos, al igual que ha ocurrido en todos los lugares donde se ha aceptado dicha posibilidad, tiene ya abonado el terreno para que ocurra en el medio plazo.

En últimas, la concepción que sustenta la diferencia entre las infracciones y sanciones administrativas y penales en los sujetos sobre los cuales puede recaer la responsabilidad penal o administrativa termina siendo solo normativa en el ámbito local, pues como se señaló en párrafos anteriores, en la doctrina del derecho penal comparado cada día se abre paso la posibilidad de que las personas jurídicas asuman responsabilidad penal, lo que evidencia que esta diferencia no sería ontológica o sustancial, y en realidad podría implicar para el futuro la desaparición de tal argumento diferenciador en el derecho colombiano.

138. La Corte Constitucional ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema de la responsabilidad penal de las personas

jurídicas. Así por ejemplo, en la Sentencia C-320 de 1998, la Corte Constitucional efectuó el control de constitucionalidad con fundamento en las objeciones presidenciales por razones de inconstitucionalidad respecto del proyecto de Ley 235 de 1996 Senado-154 de 1996 Cámara, por el cual se establecía el seguro ecológico, se modificaba el Código Penal y se dictaban otras disposiciones.

En esa providencia no solo se planteó que a la ley no se le prohibía sancionar el abuso de la personalidad jurídica, sino que se podría imponer una sanción penal a las personas jurídicas como consecuencia de la vulneración de bienes jurídicamente tutelados. La sanción penal que se extiende a la persona jurídica la enfrenta a la censura social, puesto que ella, lejos de aparecer como simple víctima del administrador que ilegítimamente hizo uso de su razón social, se muestra como autora y beneficiaria real de la infracción, por lo cual está llamada a responder. En realidad, la fraccionada reacción punitiva enderezada únicamente contra los administradores, cuando la actividad de la entidad se mueve en el terreno de la ilicitud, contribuye a relajar las instancias no estatales de control de los comportamientos potencialmente delictivos⁴⁵⁶.

También en la Sentencia C-558 de 2004 la Corte Constitucional analizó parcialmente el tema, al pronunciarse frente a una demanda de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 65 de la Ley 600 de 2000 —Código de Procedimiento Penal—, que establecía unas medidas penales explícitamente dirigidas a las personas jurídicas. Al respecto, rezaba la norma en comentario:

Artículo 65.— Cancelación de personería jurídica de sociedades u organizaciones dedicadas al desarrollo de actividades delictivas, o cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público. Cuando en cualquier momento del proceso el funcionario judicial encuentre demostrado que se han dedicado total o parcialmente personas jurídicas, sociedades u organizaciones al desarrollo de actividades delictivas, ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la cancelación de su personería jurídica o al cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público.

En esta oportunidad consideró la Corte Constitucional que las medidas preventivas consagradas en la norma acusada buscaban la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, consistente en proteger los derechos de la sociedad de las actuaciones delictivas que se vienen realizando por medio de personas jurídicas, sociedades u organizaciones, o sus locales o establecimientos abiertos al público, pues al paralizarse dicha conducta punible se impide que el hecho delictivo se siga prolongando en el tiempo y continúe afectando bienes jurídicos que la Constitución ha querido proteger, procurándose de tal manera el restablecimiento del derecho y el cumplimiento de parte del Estado de los deberes constitucionales de protección, en los términos del artículo 2.º de la carta política⁴⁵⁷.

Con apoyo en esa argumentación, se declaró exequible la norma demandada en el entendido de que los efectos definitivos de la cancelación se deben determinar en la sentencia, y mientras tanto, esta orden tiene efectos de suspensión.

139. En la legislación colombiana existen algunas medidas que tienen incidencia en las personas jurídicas, pero aún no se les reconoce como responsables del delito. En el artículo 91 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal colombiano, se consagró de igual forma que en cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenaría a la autoridad competente que antes del cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello procediera a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existieran motivos fundados que permitieran inferir que se hubieran dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas. Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron⁴⁵⁸.

Por su parte, el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 estableció que las medidas previstas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarían a las personas jurídicas que hubieran buscado beneficiarse de la comisión de

delitos contra la Administración pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, de forma directa o indirecta. También se señaló que en los casos en que se cometieran delitos contra la Administración pública o que afectaran el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrían pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hubieran participado en la comisión de tales delitos⁴⁵⁹.

Lo que da cuenta de que si bien es cierto no se ha hecho un reconocimiento explícito de que las personas jurídicas pueden asumir responsabilidad penal, sí se han establecido consecuencias punitivas desde ese punto de vista que generan efectos en ellas, aunque debe advertirse que en estos últimos eventos la responsabilidad penal recae directamente sobre los representantes legales o en todo caso en las personas naturales, por lo que las personas jurídicas solo son vistas por la legislación penal como medios o instrumentos para la realización del delito, y por ello las medidas cautelares solo podrán ser impuestas en tanto se haya iniciado antes la investigación penal a las personas naturales. Es decir, en Colombia el principio de *societas delinquere non potest* goza aún de buena salud.

140. También existen diferencias entre la infracción administrativa y el delito, fincadas en el carácter de ultima ratio del derecho penal. Como lo anota Silva Sánchez, si la imposición de una pena lleva implícita la generación de un mal, claro está, para el penado, no puede ser de recibo su imposición, salvo que sea imprescindible para cumplir los fines de protección social mediante la prevención de hechos lesivos⁴⁶⁰, razón por la cual a esta solo se debe acudir cuando no existan otros mecanismos menos invasivos de los derechos fundamentales que tiendan a la tutela de los bienes jurídicos.

Ya se advirtió⁴⁶¹ que el derecho penal no es la única vía con la que cuenta el Estado para la protección de los bienes jurídicos, porque estos se pueden amparar con políticas públicas encaminadas a su garantía, medidas judiciales no penales y medidas sancionatorias administrativas, entre otras, que conducen a la afirmación pacífica de la doctrina de que el derecho penal es la ultima ratio de la política social⁴⁶².

Precisamente esa consideración representa una diferencia entre la infracción administrativa y el delito, pues siendo las dos figuras el resultado de la intervención punitiva del Estado, el carácter de ultima ratio del derecho penal implica que deban preferirse medidas administrativas antes que penales en caso de ser posible.

Pero tal distinción no es de carácter sustancial porque en últimas será el legislador, valiéndose de la norma, el que determine cuál de las medidas habrá de adoptarse para la protección de los bienes jurídicos en el contexto social, pero claro está, buscando siempre respetar el carácter subsidiario del derecho penal.

Con todo, la doctrina del derecho comparado da cuenta de un problema creciente en el derecho contemporáneo que es motivo de profunda preocupación y que guarda estrecha relación con los planteamientos antes formulados, en torno al hecho de que el derecho penal debe utilizarse con carácter subsidiario y como ultima ratio. A ese problema se le ha denominado la “administrativización del derecho penal”, que se relaciona con el hecho de que en la actualidad este está en un proceso de expansión en el que se desnaturaliza de forma paulatina su carácter de ultima ratio para convertirlo en medio de combate de los conflictos sociales⁴⁶³.

Como lo sostiene Feijoo Sánchez, el derecho penal se ha venido convirtiendo en un sistema de gestión primaria de los problemas sociales, el cual en muchas ocasiones es utilizado como la prima o sola ratio, lo que en no pocas oportunidades ha provocado la yuxtaposición de las funciones preventivas del derecho penal y del derecho sancionador en general, en especial del derecho administrativo sancionador⁴⁶⁴.

En este proceso de hipertrofia del derecho penal se difuminan las ya delgadas fronteras entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, hasta el punto de que se afirma que el derecho penal contemporáneo asume el modo de razonar propio del derecho administrativo sancionador⁴⁶⁵.

La identificación de este problema ratifica que en la realidad, pese a los argumentos que desde hace mucho tiempo se han elaborado con el propósito de encontrar las diferencias sustanciales entre la infracción

administrativa y el delito, lo que viene sucediendo en la práctica es que se demuestra que no existen tales diferencias y que las únicas distinciones que quedan tras los esfuerzos teóricos son las que se realizan en el plano de lo normativo, donde se ponderan las amenazas o afrentas a los bienes jurídicos y se determinan las medidas políticas y jurídicas que tienden a su evitación, dando cuenta de que en últimas el análisis sobre la ultima ratio del derecho penal, más que jurídico, es político.

141. Consideraciones finales en torno a las diferencias normativas entre la infracción administrativa y el delito. En Colombia ha sido tradicional que se afirme que constituye una diferencia fundamental entre la infracción administrativa y el delito el hecho de que los principios propios del derecho penal se apliquen con ciertos matices en el campo del derecho administrativo sancionador, justificando con ello la admisión casi pacífica de la flexibilización de los principios del debido proceso en el ámbito sancionador administrativo, hasta el punto de admitir en algunos ámbitos sancionadores la responsabilidad objetiva o la presunción de la responsabilidad del supuesto infractor, ello para no mencionar la flexibilidad en el campo de la tipicidad o en muchos otros.

No es que se quiera desconocer que en efecto pueden existir circunstancias que justifiquen una aplicación matizada de los principios del derecho penal en el campo del derecho administrativo sancionador; lo que se cuestiona es el punto al que se ha llegado con la supuesta flexibilización en este campo del derecho punitivo del Estado. Sobre este particular problema se realizará un análisis en un capítulo posterior.

También es posible encontrar algunas diferencias normativas relacionadas con los efectos de la sanción penal y de la administrativa. Estas diferencias pueden ser especialmente relevantes en el campo del establecimiento del régimen de inhabilidades para el desempeño de cargos públicos y en la fijación de antecedentes sancionatorios, aunque debe reconocerse que en este último caso, a su manera, existe más una similitud que una distinción, porque la imposición de la pena deja su huella en los antecedentes penales, en tanto la comisión de una falta disciplinaria, por ejemplo, la deja en los

antecedentes disciplinarios, y en ambos casos habrá repercusiones para el sancionado⁴⁶⁶.

Por último, es importante anotar que esta consideración sobre la identidad ontológica entre la infracción administrativa y la penal, criticada por algunos⁴⁶⁷, tendrá grandes repercusiones en torno a los sistemas de garantías previstos y la aplicación de los principios en ambos ámbitos de concreción del ius puniendi del Estado, que serán objeto de análisis en capítulos posteriores, pues se concluye que si en efecto no existen diferencias sustanciales u ontológicas entre las infracciones penales y administrativas, el único criterio preponderante y determinante será el político, y ello es, sin duda, un elemento exógeno a la discusión material sobre la naturaleza de las infracciones punitivas.

También deberá concluirse que si la distinción entre la infracción penal y la administrativa es de carácter formal, la imposición de las sanciones en ambos regímenes punitivos deberá estar precedida de un sistema de garantías similar que propicie las condiciones para la protección de quienes se encuentren enfrentados al poder punitivo del Estado y puedan ver afectados sus derechos, sean estos fundamentales o no.

CAPÍTULO TERCERO

PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

INTRODUCCIÓN

142. Los principios orientadores del derecho punitivo del Estado deben ser comunes en los ámbitos sancionadores penal y administrativo. Cumplido el propósito de justificar la potestad sancionadora del Estado en general y de la Administración en particular, y presentadas las diversas concepciones sobre las diferencias o semejanzas entre la infracción administrativa y el delito, corresponde ahora identificar los principios rectores⁴⁶⁸ orientadores de tan extraordinaria facultad, la forma como se han interpretado y aplicado en el derecho colombiano, en especial por la Corte Constitucional, y sobre todo, los eventos en los cuales se ha admitido la “flexibilización” de su rigor en el campo administrativo sancionador⁴⁶⁹, en comparación con su aplicación máxima en el contexto penal⁴⁷⁰.

SECCIÓN I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

143. El principio de legalidad es inherente al Estado de derecho. El principio de legalidad es un principio fundamental del Estado de derecho, y por ende, representa la columna vertebral de toda la actividad pública. No en vano la Constitución Política hace hincapié en ello a lo largo de todo su texto⁴⁷¹, evidenciando la importancia que tiene para la consolidación de la institucionalidad, y a su vez, para la protección de los derechos ciudadanos⁴⁷².

144. El principio de legalidad es una institución compleja que representa cuando menos cuatro aspectos fundamentales desde el punto de vista de la teoría del Estado, siendo el primero el principio de igualdad. El principio de legalidad constituye la manifestación concreta del principio de igualdad enarbolado en tiempos de la Revolución francesa. Todos los hombres han nacido, y continúan siendo libres e iguales ante sus derechos⁴⁷³, reza el artículo 1.º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, indicando con ello la igualdad de los hombres ante la ley.

Pero esta no es la única lectura que puede hacerse de tal principio, puesto que la consecuencia de la consolidación del Estado de derecho fue precisamente que se entendiera que el Estado también era destinatario de la ley, lo que significaba que este, por primera vez, estuviera sometido a ella en similares circunstancias que los particulares, lográndose materializar así el ideal revolucionario de la igualdad⁴⁷⁴.

145. El principio de legalidad es el presupuesto básico para la existencia del Estado de derecho. En segundo lugar, el principio de legalidad es el presupuesto básico para la existencia del Estado de derecho⁴⁷⁵, pues este se caracteriza principalmente porque el derecho es la fuente y el límite de toda actuación pública, lo que teóricamente suprimiría la arbitrariedad, evitada entre otras cosas con la separación de poderes sometidos a la ley⁴⁷⁶.

146. El principio de legalidad también representa el principio democrático. En tercer lugar, el principio de legalidad representa el ideal del principio democrático, puesto que se parte de la base de que la ley es el producto o el reflejo de la voluntad soberana del pueblo y no del gobernante de turno⁴⁷⁷.

147. El principio de legalidad representa una garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado. Por último, y, en cuarto lugar, el principio de legalidad constituye una garantía primaria del ciudadano frente al Estado, especialmente visible en lo atinente al ejercicio de su potestad punitiva, aun cuando aplicable a otras áreas, como ocurre con el tema tributario, la legalidad de la actuación de la Administración o de los jueces y tribunales⁴⁷⁸. De manera específica, para los intereses de este texto se estudiará el principio de legalidad como garantía ciudadana frente al ejercicio del poder punitivo del Estado.

148. El principio de legalidad se identifica con la expresión nullum crimen, nulla poena sine lege. El principio de legalidad se ha identificado por lo general con la expresión nullum crimen, nulla poena sine lege⁴⁷⁹, y se configura a partir de tres elementos esenciales, a saber: la lex praevia, la lex scripta y la lex certa⁴⁸⁰, pero tal como lo reconoce Nieto, el carácter de lex praevia constituye la primera manifestación cronológica de tal principio, pues su papel inicial era concebido como prenda de garantía para los ciudadanos de que no iban a resultar sancionados por conductas que no estuviesen previamente calificadas como proscritas, lo que a su vez implicaba una limitación a las autoridades en el sentido de que les estaba vedada la posibilidad de imponer sanciones por fuera del marco legal⁴⁸¹.

149. El principio de legalidad es complejo por todas las facetas que abarca. Dicho principio corresponde en realidad a una institución compleja a causa de la multiplicidad de facetas que cobija, lo que lo convierte en un macroprincipio que abarca desde el principio de reserva de ley, el de taxatividad o tipicidad y la prohibición de analogía⁴⁸² hasta el de irretroactividad de las leyes penales y en general, sancionatorias⁴⁸³. Esa amplitud de aspectos obliga a referirse a cada uno de ellos en particular.

150. El principio de reserva de ley es una de las facetas del principio de legalidad. Puede afirmarse que la reserva de ley en sentido amplio corresponde a la tipología o jerarquía de norma que el sistema jurídico exige para la admisión de la regulación de cierta situación social o la intervención en determinados asuntos jurídicos, o como lo ha señalado la Corte Constitucional⁴⁸⁴:

es una institución jurídica, de raigambre constitucional, que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que el constituyente decidió que fueran desarrolladas en una ley. Es una institución que impone un límite tanto al poder legislativo como al ejecutivo. A aquel, impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y a este, evitando que se pronuncie sobre materias que, como se dijo, deben ser materia de ley⁴⁸⁵.

En ese sentido, la Constitución Política colombiana, por ejemplo, es prolífica en considerar casos en los cuales se exige que la intervención normativa estatal se haga mediante la ley. Tal es el caso de las numerosas hipótesis incluidas en el artículo 150 superior, en el que se prevé que corresponde al Congreso hacer las leyes y que por medio de ellas ejercerá las funciones allí determinadas, o de los artículos 151 y 152 del texto constitucional⁴⁸⁶, que establecen las circunstancias que deberán ser objeto de regulación por la vía de las leyes orgánicas o de leyes estatutarias⁴⁸⁷, lo que pone de presente que la aplicación de este principio implica que en los casos en los que la Constitución Política considere la exigencia de regulación por vía legal, sea la ley el medio jurídico permitido para tal objetivo y no otro.

151. Se debe reflexionar sobre las razones que justifican la existencia del principio de reserva de ley y sobre la posibilidad de su flexibilización. Sin embargo, para los propósitos de este libro, es menester reflexionar en primer término sobre las razones que justifican el establecimiento de la reserva de ley para regulación de ciertas materias, y en segundo lugar, sobre la posibilidad de que la reserva de

ley se interprete de manera flexible, admitiendo excepciones a su aplicación y, en consecuencia, permitiendo la regulación de las conductas o las relaciones sociales por medio de otras categorías normativas diferentes de la ley propiamente dicha.

152. Son varios los aspectos que justifican el principio de reserva de ley. Frente al primer punto, es pertinente considerar que la justificación de la reserva de ley está dada por varios aspectos, a saber: el establecimiento del principio democrático, la supremacía normativa y el Estado unitario⁴⁸⁸, los cuales se encuentran íntimamente vinculados entre sí.

153. El principio democrático es la más representativa justificación del principio de reserva de ley. El principio democrático constituye quizá la más emblemática justificación de la reserva de ley, pues tiene su fundamento en la consideración de que esta, la ley, es el reflejo de la voluntad soberana del pueblo, quien directamente o por medio de sus representantes incide en la adopción de las principales decisiones que pueden afectarlo⁴⁸⁹, y precisamente por esa razón suele determinarse en la Constitución Política que las más importantes decisiones que puedan representar una afectación a los intereses o derechos del constituyente primario, considerado en su esfera individual o colectiva, deben ser adoptadas en el seno del órgano de representación popular por excelencia, es decir, el Congreso de la República, para garantizar, al menos en teoría, la discusión pública y argumentada que lleve a la adopción de las mejores decisiones públicas. En últimas, ¿quién puede estar en mejores condiciones para determinar las materias sobre las cuales se debe exigir regulación legal que el propio pueblo directamente o con la mediación de sus representantes?

154. La supremacía normativa también justifica la existencia del principio de reserva de ley. La supremacía normativa entra en escena para delimitar los contornos de jerarquía normativa que operan dentro del sistema jurídico. Su existencia permite establecer el orden de preferencia y de prelación en la aplicación del sistema de fuentes formales del derecho y garantiza la coherencia del ordenamiento jurídico.

Su relación con la reserva de ley se sustenta precisamente en el hecho de que la determinación de las materias que habrán de ser reguladas por la vía legal se encuentra adoptada en el texto constitucional, instrumento jurídico representativo de la supremacía normativa dentro de un sistema jurídico en particular, que se halla supraordinado a la ley, razón por la cual la determinación de lo que deberá ser objeto de regulación legal debe necesariamente adoptarse en un texto normativo de superior jerarquía que la ley, no en la ley misma o normas de igual rango que ella, y jamás en disposiciones de inferior jerarquía normativa.

Por otra parte, y siguiendo el argumento de la jerarquía normativa, la ley también se encuentra supraordinada con respecto a otras categorías normativas sublegales, como por ejemplo los reglamentos y los actos administrativos en general, que por particularidades muy propias del esquema constitucional colombiano, con independencia de su vocación de regulación de situaciones abstractas, generales e impersonales —cuando se trate de actos generales—, no constituyen el ejercicio de función legislativa y en consecuencia no pueden equipararse a la ley, de lo que se desprende que cuando la Constitución Política señala que alguna materia estará amparada por la reserva de ley, la expedición de estos actos sublegales no satisface los requerimientos constitucionales en torno a la calidad de la norma jurídica que debe ser expedida para la válida regulación de la materia sometida a tal restricción.

155. La forma de Estado también permite justificar el principio de reserva de ley. De la mano de lo anterior, la consideración de la forma de Estado es relevante a efectos de entender o justificar, al menos desde la perspectiva colombiana, la reserva de ley.

El carácter de unitario del Estado colombiano incide en la forma en que se entiende el ejercicio del poder público y, por ende, en el ejercicio de las funciones públicas. Esta forma de Estado, caracterizado por la existencia de un centro de poder gubernamental e institucional en el cual se concentran de manera exclusiva la mayoría de las funciones públicas con el ánimo de garantizar la unidad territorial y sobre todo la unidad nacional, determina que tanto el ejercicio de la función pública constituyente como la legislativa y la jurisdiccional se consideren funciones propias del Estado desde su

centro de poder, lo que no permite la fragmentación territorial de tales funciones públicas y, por ende, las entidades territoriales surgidas dentro del Estado, no como “pequeños Estados” o Estados federados, sino como descentralización territorial, es decir, forma de organización administrativa, carecen según el esquema constitucional imperante de las facultades para el ejercicio de tales funciones públicas.

Todo lo anterior implica que en el modelo de Estado unitario colombiano tan solo se conciba como posible una Constitución Política y un ámbito legislativo del orden nacional, de lo que se deriva que solo el Congreso de la República y excepcionalmente el Ejecutivo⁴⁹⁰ puedan ejercer la función legislativa que se encuentra vedada a las autoridades de las entidades territoriales, lo cual tiene un efecto directo en lo que habrá de entenderse por reserva de ley, y sobre todo, por las autoridades competentes para expedir actos que tengan carácter legal.

156. Se debe analizar si el derecho colombiano admite la flexibilización del principio de reserva de ley. Se debe analizar la posibilidad de que la reserva de ley se interprete de manera flexible, admitiendo que materias que según se establece deben estar reguladas por vía legal se regulen por medio de otras categorías normativas diferentes de la ley, asunto que deberá reflexionarse con detenimiento para determinar si en efecto el sistema jurídico permite tal flexibilización, y en caso de que lo haga, bajo qué criterios y en qué circunstancias.

157. Se debe precisar lo que se puede considerar reserva de ley en materia sancionadora. Para desarrollar este tema es preciso determinar lo que se puede considerar reserva de ley en materia sancionadora, y para lograrlo se debe procurar responder primero a varias interrogantes: ¿Sobre quién recae la competencia para determinar las conductas que serán objeto de reproche punitivo administrativo?, ¿Quién determina el procedimiento que se ha de seguir y las garantías específicas para el presunto infractor? ¿Quién está facultado para prever las sanciones administrativas aplicables como consecuencia de la infracción administrativa? Una mirada a algunas de las decisiones de la Corte Constitucional en las que se ha abordado el tema permite

realizar un primer atisbo, encaminado a responder dichos cuestionamientos.

158. Según la Corte Constitucional, cuando en una norma de rango legal se prevén los elementos esenciales de la conducta punible no se viola el principio de reserva de ley. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-597 de 1996, la Corte Constitucional abordó el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad promovida frente al artículo 54 de la Ley 6.º de 1992, que modificó los artículos 659 y 660 del Decreto Ley 624 de 1989 o Estatuto Tributario, disposición que estableció unas sanciones para los contadores públicos, auditores y revisores fiscales que incurrieran en inexactitudes o en ciertas faltas en el ejercicio profesional.

En esa oportunidad consideró la Corte Constitucional que la disposición demandada no adolecía de vicio alguno, pues disponía de los elementos fundamentales que debía contener la conducta punible, tales como el sujeto activo, que para el caso era cualificado, puesto que se refería a los contadores públicos, auditores o revisores fiscales; la naturaleza de las sanciones, ya que se disponían como tales la multa, suspensión o cancelación de la inscripción profesional, de conformidad con la gravedad de la falta; y la autoridad investida de la facultad de imponerlas, pues se radicó tal competencia en la Junta Central de Contadores. Es decir, en palabras de la Corte, el artículo consagraba los elementos básicos de un hecho sancionable, por lo cual, por este aspecto se consideró que la disposición se adecuaba al principio de tipicidad⁴⁹¹ y no implicaba una violación al principio de reserva de ley porque tales elementos se encontraban previstos en una normativa de rango legal.

159. La Corte Constitucional ha expresado que solo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar infracciones de carácter delictivo, contravencional o correccional. En la Sentencia C-921 de 2001, la Corte Constitucional señaló que el principio de legalidad regía tanto las actuaciones judiciales como las administrativas y que el principio de reserva legal implicaba que solo el legislador estuviera constitucionalmente autorizado para consagrar infracciones de carácter delictivo, contravencional o correccional para

establecer las penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario y fijar los procedimientos penales o administrativos que hubieran de seguirse para efectos de su imposición⁴⁹².

160. La Corte Constitucional ha admitido que en ciertas circunstancias se les permite a las autoridades administrativas terminar de configurar los elementos de la conducta objeto de reproche disciplinario, pero siempre atendiendo las garantías constitucionales. La Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la materia, al efectuar el control de constitucionalidad sobre los artículos 75, literal d) parcial, y 79 parcial, de la Ley 30 de 1992, y de los artículos 3.º parcial, 24, literal g) parcial, y 26 parcial del Decreto 1210 de 1993^[493], relacionados con el régimen disciplinario de las universidades. En esta ocasión sostuvo el tribunal constitucional:

Los elementos estructurales de las conductas que se consideren como faltas quedan reservados a la ley de carácter disciplinario. Pero, como ellas en últimas consisten en la violación de los deberes o de las prohibiciones, en el estatuto de los docentes en las universidades estatales, atendida la especificidad propia de la actividad académica y la función educativa o de investigación que por los docentes se cumple podrá cada universidad establecer deberes específicos sin que pueda afectarse, en ningún caso, ni la libertad de investigación ni la libre expresión de las ideas, ni la libertad de cátedra, por lo cual quedarán excluidas como de obligatorio cumplimiento órdenes que las menoscaben en algún grado⁴⁹⁴.

También se dijo en dicha providencia que pese a la autorización fundada en la autonomía universitaria para el señalamiento del régimen disciplinario universitario, las faltas que implicaran violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de todos los servidores públicos y las que por su extrema gravedad no pudieran ser desconocidas por el régimen interno de las universidades deberían en todo caso regularse por las normas de carácter general disciplinario expedidas por el Estado, y de todas formas,

las normas sancionatorias expedidas necesariamente deberían atender las garantías constitucionales. Se expresó, además:

El “régimen disciplinario” de las universidades no sustituye a la ley, queda comprendido dentro del estatuto que para profesores, estudiantes o personal administrativo se expida en ejercicio de la autonomía universitaria conforme al artículo 69 de la carta, en armonía con el Código Disciplinario Único como ya se expresó y sin que pueda expandirse ni aquella ni este para que el resultado sea la mutua inocuidad de sus normas.

Por ello, se tiene que las normas disciplinarias internas de cada universidad pueden ser expedidas por ellas, atendiendo su especial naturaleza, su especificidad, sus objetivos y su misión educativa, sin que esa capacidad de autorregulación que la Constitución garantiza a las universidades signifique autorización para actuar como órganos de naturaleza supraestatal, con una competencia funcional ilimitada⁴⁹⁵.

Sobre esos fundamentos, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de las disposiciones acusadas. De esta providencia se desprenden varios elementos que son de imprescindible consideración para comprender las diversas manifestaciones de la potestad punitiva de la Administración. En particular, es relevante lo que tiene que ver con el denominado derecho disciplinario, el cual constituye un capítulo muy específico dentro del contexto del derecho administrativo sancionador.

La primera especificidad de esta área del derecho administrativo sancionador se relaciona con el hecho de que se encuentra diseñada para el ejercicio de un control de la actividad desarrollada por quienes ostentan por regla general la calidad de servidores públicos y no por la generalidad de la población, como ocurre con otras facetas del derecho sancionador.

Lo anterior es importante para entender que casi siempre los tipos de infracciones disciplinarias en este campo adoptan varias modalidades porque en unos casos la descripción de la falta se encuentra taxativamente señalada en la ley, pero en otros eventos la falta surge como consecuencia del incumplimiento o extralimitación de los deberes o las funciones del servidor público, razón por la cual la infracción disciplinaria será el resultado de una determinación compleja que tenga en cuenta, en primer término, las funciones o deberes del servidor público y en segundo término la valoración sobre su incumplimiento, para dar lugar al surgimiento de la infracción o falta disciplinaria, pero en cualquier evento se deberá contar con un respaldo legal en ese sentido, como en efecto se desprende por ejemplo del artículo 23 de la Ley 734 de 2002, el cual dispone:

Artículo 23.— La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.

Ello significa que en cierta forma y de manera indirecta, parte de la modelación de la infracción administrativa le puede corresponder a quien tenga la competencia para determinar las funciones o los deberes que el servidor público deba desarrollar, aun cuando se reconoce que al momento de hacerlo, quien asigne tales funciones quizá no esté pensando en ello.

También es importante esta providencia para entender que ha sido constitucionalmente admitido que por medio de ciertas normas de rango distinto de la ley se pueda configurar un catálogo de faltas disciplinarias, con fundamento en la autonomía que la propia Constitución confiere a ciertas entidades, como ocurre por ejemplo con la autonomía universitaria. Sin embargo, dicha autonomía no es ilimitada, y en los términos referidos

en esta sentencia, debe ser entendida dentro de las fronteras admitidas en la norma fundamental.

161. La jurisprudencia constitucional indica que corresponde al legislador determinar las conductas que deberán ser objeto de reproche punitivo desde cualquier punto de vista y, sobre todo, determinar las sanciones y los procedimientos de conformidad con los postulados básicos del debido proceso. Mediante la Sentencia C-507 de 2006, la Corte Constitucional señaló:

Cabe recordar entonces, que el principio de legalidad está integrado a su vez por el principio de reserva legal y por el principio de tipicidad, que por supuesto guardan entre sí una estrecha relación. Por lo tanto, solo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras de carácter delictivo, contravencional o correccional, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario, y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición.

[...] Esta regulación constitucional del principio de legalidad en el ámbito del derecho disciplinario le confiere, ha dicho la Corte, un alcance netamente garantista a dicha especie del derecho punitivo del Estado. En efecto, el sujeto disciplinado tiene derecho a conocer anticipadamente cuáles son las conductas prohibidas y las sanciones que se derivan de su infracción. Al igual que puede exigir que su juicio se adelante conforme a los procedimientos preexistentes al acto que se le imputa y según las normas vigentes al momento de comisión del comportamiento antijurídico⁴⁹⁶.

De esta sentencia se desprende con claridad que la Constitución Política ha determinado que es el órgano legislativo por norma general el encargado de definir las conductas prohibidas, es decir, los comportamientos que serán

objeto de reproche punitivo, los procedimientos que se deben seguir para la imposición de las sanciones, así como la determinación de las sanciones para imponer como consecuencia de la realización de la infracción, ratificándose así la prevalencia del principio de legalidad como garantía fundamental en el ámbito del derecho sancionador.

162. Según la Corte Constitucional, es posible que la Administración termine de configurar los elementos o criterios para la imposición de las sanciones administrativas en algunos campos, sobre todo si se requiere la consolidación de aspectos técnicos, siempre y cuando el legislador establezca los elementos mínimos del principio de legalidad. La Sentencia C-853 de 2005 efectuó el control de constitucionalidad al párrafo del artículo 55 de la Ley 105 de 1993, relacionado con la adopción de medidas en el sector transporte, y en el cual se establecía: “El reglamento aeronáutico fijará los criterios para la imposición de las sanciones de que trata el presente artículo”⁴⁹⁷. Según el demandante, dicho párrafo era violatorio de la Constitución Política porque el legislador omitió reglamentar integralmente el debido proceso administrativo que debía seguirse para la imposición de las sanciones previstas en el artículo 55 de la Ley 105 de 1993, pues en el párrafo objeto de demanda no remitió a un procedimiento preexistente, sino por establecer en el futuro. De igual forma aseguró que la remisión dispuesta no era válida, pues para ello era necesario que la norma a la cual se hiciera el envío existiera previamente y tuviera el rango de ley.

En esta oportunidad, la Corte determinó que a partir de un análisis integral del artículo del cual forma parte el párrafo acusado se concluía que en efecto el legislador estableció los elementos mínimos del principio de legalidad: los sujetos a quienes se dirige el régimen sancionatorio, las conductas reprochables, las clases de sanciones y algunos criterios para su imposición, y fijó reglas que orientaban el procedimiento. Si bien dejó al reglamento aeronáutico la fijación de los criterios para la imposición de las sanciones previstas en la norma, es claro que dichos criterios no pueden ser otros que los referidos a aspectos técnicos propios del sector aeronáutico, puesto que los criterios jurídicos fueron reseñados en la ley. En esa medida, no existe un traslado indefinido e ilimitado a la autoridad administrativa de parte del legislador, tal como se expone a continuación⁴⁹⁸.

Esta providencia es importante frente al tema que se aborda, pues en ella se evidencia que, en efecto, es posible que la Administración termine de configurar los elementos o criterios para la imposición de las sanciones administrativas en algunos campos, en especial si se requiere la consolidación de aspectos técnicos, siempre y cuando el legislador establezca los elementos mínimos del principio de legalidad, es decir, los sujetos a quienes se dirige el régimen sancionatorio, las conductas reprochables, las sanciones y algunos criterios para su imposición.

163. Según la Corte Constitucional, solo el Congreso, por vía general, puede expedir normas restrictivas de las libertades y derechos ciudadanos. En otra oportunidad la Corte Constitucional expresó que no era admisible que los derechos constitucionales pudieran ser restringidos, en términos generales, por autoridades distintas del poder legislativo, pues ello no solo equivaldría a desconocer los límites que el constitucionalismo democrático había establecido para la garantía de los derechos fundamentales de la persona, sino además, porque se estarían desconociendo mandatos claros de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, que formaban parte entonces del bloque de constitucionalidad, y que al Congreso de la República le correspondía expedir las normas restrictivas de las libertades y derechos ciudadanos con fundamento en razones de orden público e interés general⁴⁹⁹.

164. De acuerdo con la Corte Constitucional, las autoridades administrativas no pueden establecer sanciones diferentes de las previstas o autorizadas por el legislador. Mediante la Sentencia C-593 de 2005, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “o en el reglamento”, contenida en el artículo 226 del Decreto 1355 de 1970 —Código Nacional de Policía—, argumentando que correspondía al Congreso de la República dictar las bases que debían respetar las asambleas departamentales al momento de dictar ordenanzas en materia de policía, los ámbitos de acción dentro de los cuales las asambleas podían ejercer su facultad normativa, los criterios que debían observar y las prohibiciones a las que estaban sujetas dichas corporaciones en ejercicio de tal facultad. Allí se expresó que no podían las asambleas departamentales, en consecuencia, dictar normas de

policía que establecieran sanciones diferentes de las previstas o autorizadas por el legislador nacional, dado que las medidas correctivas de policía, por su naturaleza, función e implicación, constituían limitaciones o restricciones de derechos constitucionales⁵⁰⁰.

165. Según la Corte Constitucional, no se puede adelantar válidamente un proceso sancionatorio si no está precedido de definición legal. Mediante la Sentencia C-393 de 2006 sostuvo la Corte Constitucional que el principio de legalidad comportaba una de las conquistas más significativas del constitucionalismo democrático, en cuanto actuaba a la manera de una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, permitiéndoles conocer con anticipación las conductas reprochables y las sanciones que les eran aplicables. A partir del citado principio, no es posible adelantar válidamente un proceso penal, disciplinario o de naturaleza sancionadora si el precepto —praeceptum legis— y su correspondiente consecuencia jurídica —sanctio legis— no se encuentran previamente definidos en la ley⁵⁰¹.

166. El principio de reserva de ley opera de manera estricta en materia penal, pero resulta más flexible en materia sancionadora administrativa. En la Sentencia C-860 de 2006 señala la Corte Constitucional que la reserva de ley, que opera de manera estricta en materia penal, resulta ser más flexible en el ámbito de las sanciones administrativas, sobre todo en materia bancaria y bursátil, a causa de los rasgos distintivos de dicho sector económico, sin que en todo caso quepa considerar que desaparece la vinculación positiva al principio de legalidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria y por medio de reglamentos puedan configurarse de manera autónoma conductas sancionables. Así, mientras en el primer caso la ley legitimadora por regla general ha de considerar tanto la previsión de la pena como la descripción de la conducta ilícita (tipicidad), sin posibilidad de completar esa descripción por un reglamento de aplicación o desarrollo, salvo el caso excepcional y restrictivo de los tipos penales en blanco, en el segundo evento, es decir, cuando se trata del derecho administrativo sancionador, el principio de legalidad de las sanciones administrativas solo exige que una norma con fuerza material de ley establezca una descripción genérica de las conductas sancionables, las

clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a los actos administrativos la descripción pormenorizada de las conductas reprochables, sin que pueda decirse en este caso que las normas de carácter reglamentario complementan los enunciados legales, pues se trata de una remisión normativa prevista específicamente por la disposición legal de carácter sancionador⁵⁰².

También tuvo la Corte Constitucional la oportunidad para pronunciarse sobre esta materia en la Sentencia C-343 de 2006, por medio de la cual se efectuó el control de constitucionalidad al literal aa) del artículo 3.º del Decreto Ley 1092 de 1996, modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 1074 de 1999, relacionado con el régimen sancionatorio aplicable a las infracciones cambiarias en las materias de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), en especial con la consagración de la posibilidad de la imposición de otras sanciones no previstas expresamente en la normativa sancionatoria. Al respecto, la disposición en comento y sometida a la revisión judicial reza:

Otras infracciones:

aa) Por las demás infracciones no contempladas en los literales anteriores, derivadas de la violación de las normas que conforman el Régimen Cambiario y que se refieran a operaciones de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la multa será de diez (10) salarios mínimos legales mensuales por cada operación.

Quien presentó la demanda de inconstitucionalidad consideraba que el contenido de dicha disposición vulneraba el principio constitucional de tipicidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, ya que la sanción contenida en la norma se aplicaba a “otras infracciones” no determinadas en los literales que lo antecedían. Según expresó el demandante, ello significaba que la norma acusada no consideró la

infracción a la cual se aplicaba la sanción, puesto que “[...] la norma acusada se limita a imponer una sanción a otras infracciones, pero no determina cuáles son esas ‘otras infracciones’ a las cuales les correspondería la sanción cuestionada”.

En esta oportunidad, la Corte Constitucional consideró que la reserva de ley en materia de derecho sancionatorio cambiario existía para la definición de los elementos básicos de la infracción cambiaria, el procedimiento sancionador, los organismos encargados para imponer las sanciones y la definición misma de estas⁵⁰³, pero indicó que la disposición atacada no vulneró la Constitución Política porque siendo ella de rango legal, establecía los elementos básicos constitutivos de la infracción administrativa y la sanción administrativa y la autoridad competente para su imposición, lo cual, sumado al argumento de las funciones constitucionales asignadas al Banco de la República, como autoridad cambiaria, le permitió a la Corte definir en este evento la constitucionalidad de la norma cuestionada. Al respecto, la Corte sostuvo:

En materia sancionatoria cambiaria en el reglamento se podrán consagrar las conductas que constituyen infracción cambiaria, pero no podrá establecerse en él los elementos que configuran el concepto mismo de infracción cambiaria, puesto que iría más allá del querer del Constituyente, toda vez que dicha definición le ha sido encomendada al legislador. La reserva de ley en materia de derecho sancionatorio cambiario existe para la definición de los elementos básicos de la infracción cambiaria, el procedimiento sancionador, los entes encargados para imponer las sanciones y la definición misma de estas últimas. En tal sentido, considera la Corte que bien puede el legislador delinear los extremos del concepto jurídico de infracción cambiaria que ha de ser definida por otras autoridades, sin que ello signifique un desmedro del principio de reserva de ley. En consecuencia, el principio de reserva de ley en materia cambiaria impone al legislador la definición de los elementos básicos de las conductas que podrán ser definidas por la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional como infracciones cambiarias; es decir, el legislador

debe describir los elementos esenciales que debe contener una conducta sancionable cambiariamente⁵⁰⁴.

167. La jurisprudencia constitucional ha admitido que la actividad sancionadora administrativa tenga fundamento en disposiciones reglamentarias, siempre y cuando exista habilitación legal para ello y en tanto la ley determine los elementos esenciales de la infracción administrativa. Los análisis precedentes permiten concluir que la jurisprudencia constitucional ha permitido que la actividad sancionatoria administrativa, a diferencia de la penal, en la cual impera el principio de reserva absoluta de ley, tenga asiento en disposiciones reglamentarias, pero dejando claro que la atenuación que se haga de la reserva de ley en este campo no puede llegar al punto de aceptar la existencia de infracciones o sanciones creadas exclusivamente por autoridades administrativas, pues estas solo podrán participar de la creación de un tipo de infracción o de sanción, en la medida en que exista una habilitación legal y en tanto la ley haya establecido las bases para hacerlo⁵⁰⁵ y en consecuencia se encuentren predeterminados los elementos esenciales de la infracción administrativa, requisito sine qua non para admitir la concurrencia de autoridades administrativas en la modelación de las infracciones administrativas⁵⁰⁶.

168. El principio de tipicidad o taxatividad es otra de las facetas del principio de legalidad. Como se advirtió⁵⁰⁷, otra de las facetas del principio de legalidad es el denominado principio de tipicidad o de taxatividad. Este principio consiste en la exigencia de que tanto los comportamientos prohibidos, o preceptuados, como las sanciones para imponer sean descritos de forma clara e inequívoca, de forma que no generen inseguridad jurídica⁵⁰⁸; es decir, las normas punitivas deben delimitar y precisar con la mayor exactitud posible tanto la conducta que constituye la infracción como la sanción correspondiente⁵⁰⁹.

El Consejo de Estado, en la trascendental decisión del exalcalde de Medellín Alonso Salazar, tuvo la oportunidad de estudiar al detalle esta

faceta del principio de legalidad, analizando cómo debía realizarse el proceso de subsunción típica para realizar una debida interpretación de los tipos disciplinarios, de tal forma que se mantuviera incólume este principio encaminado a evitar la arbitrariedad estatal⁵¹⁰.

169. Tanto las infracciones penales como las administrativas, así como las sanciones, deben estar descritas en forma previa. Intrínsecamente vinculada al principio de tipicidad se encuentra la exigencia de que tanto las infracciones como las sanciones se encuentren descritas con toda precisión de forma previa, para garantizar así que los destinatarios de la norma conozcan la manera como su comportamiento se encuentra regulado y puedan obrar de conformidad con ello⁵¹¹.

170. El principio de tipicidad constituye una salvaguarda de los derechos ciudadanos. Como lo ha reconocido la Corte Constitucional⁵¹², el principio de tipicidad constituye una salvaguarda de los derechos ciudadanos, al evitar que estos resulten sorprendidos con la imposición de sanciones por infracciones que previamente no estaban determinadas con claridad en el ordenamiento jurídico.

Sobre este aspecto, sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia C-653 de 2001, dando cuenta de esta manera, de la importancia que tiene este principio para la garantía de los derechos de las personas⁵¹³:

Tanto en materia penal como disciplinaria, la garantía constitucional del principio de legalidad impone al legislador la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables y las sanciones en las que incurrirá quien cometa alguna de las conductas prohibidas, pues solo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal⁵¹⁴.

171. Existen algunas diferencias en torno al rigor con el que se aplica el principio de tipicidad en materia penal y en materia sancionadora administrativa. Ello es así porque en materia penal le corresponde al legislador determinar con toda claridad la conducta objeto de reproche punitivo, de suerte que le está vedada a la Administración la posibilidad de ayudar en su configuración valiéndose de otros niveles normativos⁵¹⁵.

Por su parte, en el derecho administrativo sancionador, si bien esta misma regla aplica por principio, aun así admite algunas excepciones, como por ejemplo en materia disciplinaria o en ciertas regulaciones técnicas, temas en los cuales se ha permitido que la Administración termine de configurar los elementos normativos necesarios para determinar la infracción; por ello, los tipos disciplinarios en blanco no suponen per se una violación al aludido principio.

172. Aun en el derecho penal, el principio de tipicidad puede verse relativizado en ciertas circunstancias excepcionales. En la Sentencia C-127 de 1993, la Corte Constitucional avaló la posibilidad de que frente a ciertas conductas se pudieran establecer tipos penales abiertos, a causa de la complejidad de estas y a su alto grado de sofisticación. Ese fue el caso de varios delitos asociados al terrorismo, que fueron introducidos como legislación permanente mediante el Decreto 2266 de 1991, y cuya constitucionalidad fue confirmada pese a que en principio las conductas objeto de reproche no cumplían de manera cabal con los estándares del principio de tipicidad⁵¹⁶. De igual forma, en la Sentencia C-530 de 2003, la Corte Constitucional planteó:

Incluso en el derecho penal ha sido aceptada, dentro de ciertos límites, la existencia de tipos penales en blanco y el uso de conceptos jurídicos indeterminados, pues la determinación de conductas solo es exigible hasta donde lo permite la naturaleza de las cosas. Ello implica que cuando la variada forma de conductas que presenta la realidad hace imposible la descripción detallada de comportamientos, no existe violación a este

principio cuando el legislador señala únicamente los elementos básicos para delimitar la prohibición⁵¹⁷.

Evidenciando que hasta en el campo penal el principio de tipicidad no se presenta como un principio absoluto. Este criterio fue reiterado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-121 de 2012^[518].

173. En el campo sancionador administrativo, el principio de tipicidad opera con mayor flexibilidad que en el campo penal. Pese a que se reconoce que por norma general el principio de tipicidad opera en el campo del derecho administrativo sancionador, también se advierte que su aplicación puede llegar a ser más flexible que en el ámbito del derecho penal, lo cual es especialmente evidente en el ámbito disciplinario y en aquellos sectores con un gran componente técnico que requieren que la Administración participe de algún modo en la configuración de alguno de los elementos de la infracción administrativa. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional ha sostenido en reiteradas oportunidades, refiriéndose al tema disciplinario:

Las faltas disciplinarias son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación y corresponden a descripciones abstractas de comportamientos que, sean o no delitos, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas. Según las voces del artículo 124 de la Constitución, “la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”⁵¹⁹.

También ha afirmado que el legislador puede señalar como faltas disciplinarias el incumplimiento de los deberes del servidor público y la realización de las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, lo que

no implica que tales disposiciones infrinjan el principio de legalidad, siempre y cuando la descripción normativa establezca los elementos esenciales que permitan su concreción por la Administración⁵²⁰.

Sobre este aspecto resulta de especial relevancia la Sentencia C-030 de 2012, en la cual la Corte Constitucional plantea que la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionadoras, así como los sujetos sometidos a la ley disciplinaria y los efectos producidos frente a la comunidad, permiten que la tipicidad en el campo disciplinario admita cierta flexibilidad, pues suele ocurrir que sea necesario remitirse a otros preceptos en donde se regulen los deberes, funciones, prohibiciones y obligaciones de los servidores públicos⁵²¹.

De esta forma, la jurisprudencia constitucional ha establecido que las principales diferencias entre la tipicidad en el derecho penal y en el derecho disciplinario se refieren, en primer término, a la precisión con la cual deben estar definidas las conductas en las normas disciplinarias, hasta tal punto que se ha admitido de manera reiterada la utilización de conceptos jurídicos indeterminados⁵²² y la admisión de tipos en blanco o abiertos; y en segundo término, a la amplitud de que goza el fallador disciplinario para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas disciplinarias en los procedimientos sancionatorios⁵²³, diferencia que se relaciona con la amplitud hermenéutica de la que dispone el investigador para que determine si la conducta investigada se subsume o no dentro de las normas disciplinarias que deben ser, en todo caso, interpretadas de forma sistemática⁵²⁴.

174. La admisión de cierta flexibilidad del principio de tipicidad en algunos campos está sometida a límites. La posibilidad de admitir cierta flexibilidad del principio de tipicidad en algunos ámbitos sancionadores administrativos se encuentra sometida a límites que garanticen que no se camine por la senda de la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y que se haga prevalecer el principio constitucional de legalidad. Así, la Corte Constitucional ha establecido que para el legislador constituye un imperativo constitucional fijar en la ley disciplinaria, por lo menos, 1)

los presupuestos básicos de la conducta típica que será sancionada, 2) las remisiones normativas o los elementos determinables cuando se haya previsto un tipo en blanco o un concepto jurídico indeterminado, 3) los criterios por medio de los cuales se puede precisar con claridad y exactitud la conducta, 4) las sanciones y las pautas mínimas que permitan su imposición y 5) los procedimientos que se adelanten para garantizar que su establecimiento se hará conforme a las exigencias mínimas del debido proceso⁵²⁵.

175. En reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha establecido los límites a la flexibilización del principio de tipicidad en el campo del derecho administrativo sancionador. La existencia de los límites a la flexibilización del principio de tipicidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador se evidencia en las numerosas providencias en las que la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de algunas normas, precisamente por desconocer los límites al respecto.

Así, en la Sentencia C-280 de 1996, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “o en su defecto, a una de mayor entidad”, incluida en el artículo 22 de la Ley 200 de 1995, y la expresión “o por quien tenga la facultad legal para hacerlo”, consignada en el artículo 25 de la misma ley, al considerar que contrariaban el principio de tipicidad de la sanción al tornarla indefinida, pues advirtió la Corte que cuando se establecía que el sujeto disciplinado estaría sometido a la sanción más grave o en su defecto “a una de mayor entidad”, no se estaba concretando cuál era la consecuencia sancionadora que comportaba la imputación jurídica de una determinada conducta reprochable disciplinariamente⁵²⁶.

En la Sentencia C-010 de 2000 la Corte declaró como inconstitucionales algunas expresiones de la Ley 74 de 1966, que consagraba varias normas que permitían a las autoridades silenciar o discriminar programas radiales por ser “contrarios al decoro y al buen gusto” y las transmisiones realizadas en “tono de arenga”, expresiones que además de ser contrarias a la relatividad cultural de país, eran en exceso indeterminadas, ambiguas y desconocían la exigencia de que las limitaciones a la libertad de expresión debían ser establecidas, de manera expresa, taxativa y previa, por la ley⁵²⁷.

En la Sentencia C-567 de 2000, la Corte Constitucional declaró inexecutable una parte del literal (a) del artículo 46 de la Ley 50 de 1990, que autorizaba negar la inscripción de un sindicato porque sus estatutos eran contrarios a las “buenas costumbres”, entre otras cosas por ser una expresión ambigua que le permitía elaborar un juicio de valor subjetivo al responsable del estudio de los estatutos de la organización sindical recién creada⁵²⁸.

En la Sentencia C-373 de 2002 se declaró la inconstitucionalidad de unos numerales del artículo 198 del Decreto 960 de 1970 y la constitucionalidad condicionada de un artículo de la Ley 588 de 2000, que inhabilitaban para concursar para el cargo de notario a aquellas personas que hubieran sido sancionadas disciplinariamente por causa de “la embriaguez habitual, la práctica de juegos prohibidos, el uso de estupefacientes, el amancebamiento, la concurrencia a lugares indecorosos, el homosexualismo [sic], el abandono del hogar y, en general, un mal comportamiento social”, o hubieran sido sancionados por “ejercer directa o indirectamente actividades incompatibles con el decoro del cargo o que en alguna forma atenten contra su dignidad”⁵²⁹.

En esta oportunidad la Corte Constitucional tuvo en cuenta para declarar la inconstitucionalidad mencionada, entre otros motivos, que el legislador tenía límites a la hora de utilizar tipos con cierto grado de generalidad o indeterminación, entre los cuales subrayó que no se podían establecer ilícitos disciplinarios que remitieran a conductas que cuestionaran la conducta del servidor público, haciendo abstracción de sus deberes funcionales⁵³⁰.

Así mismo, en la Sentencia C-098 de 2003, la Corte declaró contrarias a la carta política un conjunto de conductas tipificadas como faltas disciplinarias del abogado por el Decreto 196 de 1971, por considerar que no se relacionaban con el propio hacer profesional del jurista, sino que atendían a su comportamiento personal, que en consecuencia no podía ser censurado⁵³¹.

Por su parte, en la Sentencia C-406 de 2004, la Corte Constitucional reiteró que la Administración podía contar con un grado de movilidad para cumplir de manera eficaz las obligaciones constitucionales, dentro de lo cual la

aplicación flexibilizada del principio de legalidad, y en especial del de tipicidad, constituían herramientas importantes para esos propósitos, pero de igual forma sostuvo que la flexibilidad de tales principios estaba sometida a límites para evitar las actuaciones arbitrarias de la Administración a la hora de imponer las sanciones administrativas y que por tal razón, cuando se admitía la utilización de tipos en blanco, se debía exigir al legislador que estableciera los elementos básicos de la conducta típica objeto de reproche punitivo, las remisiones normativas precisas o los criterios que permitieran con claridad la determinación de la conducta, así como la sanción y los criterios para su imposición, es decir, los criterios que de manera razonable permitieran concretar la infracción y la sanción⁵³².

Con fundamento en tal argumentación, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “suficientemente”, contenida en el numeral 3 del artículo 12 de la Ley 32 de 1979 y en el artículo 6.º de la Ley 27 de 1990, pues según la Corte, esa expresión que aparecía descrita en la conducta sancionable era de tal amplitud que le daba a la norma un carácter ambiguo y vago, cargado de posibilidades interpretativas subjetivas que resultaban contrarias al texto constitucional.

En la Sentencia C-570 de 2004 se declararon inexecutable varias disposiciones de la Ley 842 del 2003, que tipificaban como falta disciplinaria comportamientos descritos mediante expresiones o conceptos jurídicos indeterminados, como por ejemplo: “máximo respeto”, “actos de injusticia”, “conductas contra la moral”, pues aunque se reconoció que en el derecho disciplinario resultaba admisible la utilización de tipos abiertos o conceptos jurídicos indeterminados, o descripciones de conductas y faltas construidas a partir de conceptos jurídicos indeterminados que pudieran actualizarse conforme el desarrollo y evolución de una profesión y su ejercicio, se estableció en este caso que la ley no ofrecía elementos adicionales que permitieran su concreción de modo racionalmente previsible, y en consecuencia, estas expresiones resultaron absolutamente imprecisas y por ende contrarias a la Constitución⁵³³.

En la Sentencia C-350 de 2009, la Corte Constitucional declaró inexecutable el numeral 9 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, que establecía la prohibición de ejecutar en el lugar de trabajo actos que atentaran contra la

moral o las buenas costumbres. En esta providencia, la Corte estableció que se violaba la prohibición de establecer tipos sancionatorios disciplinarios indeterminados cuando estos emplearan conceptos que no tuvieran un grado de indeterminación aceptable constitucionalmente, en especial cuando se encontraran cargados de un alto contenido moral, por ser contrarios a un modelo de Estado pluriétnico y multicultural⁵³⁴.

En la Sentencia C-762 de 2009, la Corte Constitucional afirmó que si bien en el derecho administrativo sancionador, en especial en el derecho disciplinario, se podía acudir a conceptos jurídicos indeterminados, estos debían resultar determinables, de conformidad con patrones de valor o experiencia incorporados al ordenamiento jurídico, y no con la mera discrecionalidad del operador jurídico⁵³⁵.

En la Sentencia C-030 de 2012, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “el buen nombre y prestigio de”, contenida en el numeral 45 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al considerar que era en exceso vaga y ambigua, hasta tal punto que no permitía hacer ninguna remisión normativa que permitiera hacer una interpretación sistemática acorde con el principio de tipicidad y en consecuencia con la Constitución, que evitara en últimas que fuera la interpretación subjetiva y discrecional de la autoridad disciplinaria la que terminara imponiéndose de manera arbitraria en detrimento de los derechos del sujeto investigado⁵³⁶.

Por último, en la Sentencia C-107 de 2013, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del numeral 9, contenido en el literal d) del artículo 29 de la Ley 1551 de 2012, que disponía como función de los alcaldes municipales imponer multas de hasta diez (10) salarios mínimos diarios, a quienes les “desobedecieran o les faltaren al respeto”, con el previo procedimiento sumario administrativo. Dicha multa además podía ser convertida en arresto.

En esta oportunidad la decisión del alto tribunal se sustentó en la violación del principio de estricta legalidad en materia de sanciones, al establecer que se trataba de una disposición jurídica de carácter punitivo en exceso imprecisa, equívoca y contraria a la certeza propia que se debía exigir en este campo⁵³⁷.

Los ejemplos anteriores evidencian que la flexibilización de la aplicación de este principio en el ámbito del derecho administrativo sancionador debe estar sometida a claros límites, para evitar el desbordamiento de las autoridades públicas a la hora de ejercitar la potestad punitiva de la Administración.

176. La utilización de conceptos jurídicos indeterminados no está permitida constitucionalmente cuando no existe forma de integrar con otras disposiciones jurídicas el alcance y extensión de la norma limitativa de derechos. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que la precisión debe ser el requisito fundamental de la ley, y en especial cuando esta es de naturaleza sancionadora⁵³⁸.

Al respecto, sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia C-713 de 2008 que “la indeterminación normativa puede dar lugar a la inconstitucionalidad de una regulación legal cuando su contenido y alcance sea materialmente incomprensible y por esa vía resulta contrario al principio de legalidad”⁵³⁹.

En esta providencia, la Corte recordó que “la regla que prohíbe la indeterminación normativa ha sido utilizada en el derecho comparado para exigir especial rigor en asuntos de orden penal”⁵⁴⁰. De igual forma citó un caso relativo a la aplicación de esta regla en el derecho estadounidense, en lo que se conoce como la doctrina de la nulidad por vaguedad (Void-for-Vagueness Doctrine), según la cual una norma deviene en inconstitucional cuando “prohíbe o requiere la acción de un acto en términos tan vagos que los hombres de inteligencia común debe necesariamente adivinar su significado y difieren en cuanto a su aplicación”⁵⁴¹. También expresó la Corte Constitucional en esta providencia:

esta suerte de prohibición de indeterminación no solo aplica en asuntos de orden penal, sino que también es válida en aquellos de naturaleza sancionatoria, de restricción de derechos y en general en materias cuya regulación corresponde al Legislador⁵⁴² y expuso como ejemplo el denominado caso “Sunday Times” de 1979, sobre restricciones a la libertad de expresión, en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos advirtió que la ley debía ofrecer al ciudadano un grado mínimo de precisión y

certeza. El alto tribunal sostuvo que “una norma no puede considerarse ley a menos que se formule con la suficiente precisión que permita al ciudadano adecuar su conducta; debe poder prever, rodeándose para ello de consejos clarificadores, las consecuencias de un acto determinado”⁵⁴³.

177. El principio de prohibición de analogía también representa otra faceta del principio de legalidad en materia sancionadora. La doctrina, tanto del derecho comparado⁵⁴⁴ como del derecho nacional⁵⁴⁵, reconoce la aplicación del principio de prohibición de analogía en el campo del derecho administrativo sancionador, aunque como lo expresa Ossa Arbeláez, puede admitirse excepcionalmente que podría aplicarse a problemas secundarios del área sancionadora, como cuando la infracción no considera la prescripción y ello obliga a acudir a una figura similar, pues el vacío normativo, la laguna legal, debe resolverse de algún modo⁵⁴⁶, es decir, podría admitirse la utilización de la analogía pero en beneficio del supuesto infractor.

En la Sentencia C-083 de 1995, y a propósito de una demanda formulada con la intención de que se declarara inexecutable el artículo 8.º de la Ley 153 de 1887^[547], la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de elaborar una noción conceptual de la analogía. Allí expresó:

La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que solo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquellos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de esta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general.

Aunque el razonamiento se cumple, en apariencia, de lo particular a lo particular, es inevitable la referencia previa a lo general, pues los casos análogos tienen en común, justamente, el dejarse reducir a la norma que los comprende a ambos, explícitamente a uno de ellos y de modo implícito al otro. En la analogía se brinda al juez un fundamento para crear derecho, pero ese fundamento se identifica con la ley misma que debe aplicar. El juez que apela al razonamiento per analogiam no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley.

Por ende, la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución⁵⁴⁸.

Ahora bien, como se parte de la base de que en el campo del derecho administrativo sancionador también opera el principio de legalidad, la aplicación de disposiciones jurídicas por vía de analogía está vedada, salvo que se haga en beneficio del infractor.

178. El principio de irretroactividad también opera en el campo del derecho administrativo sancionador. Una de las aristas más emblemáticas del principio de legalidad se encuentra representada en el llamado principio de irretroactividad, institución según la cual las normas jurídicas, y en especial las de contenido punitivo, solo pueden producir efectos hacia el futuro, es decir, a partir de su expedición y promulgación⁵⁴⁹.

Esta figura de raigambre constitucional⁵⁵⁰ ha sido ampliamente estudiada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional:

La Constitución prohíbe que alguien sea juzgado conforme a normas sustanciales que definan penas, que no sean preexistentes al acto que se imputa. Esta prohibición, aplicable en primer lugar a los juicios penales, resulta extensiva a todos los procedimientos administrativos en los que se pretenda la imposición de una sanción. En efecto, reiterada jurisprudencia constitucional ha señalado que en el derecho administrativo sancionador son aplicables, mutatis mutandi, las garantías superiores que rigen en materia penal, entre ellas la de legalidad de las infracciones y de las sanciones, conforme a la cual nadie puede ser sancionado administrativamente sino conforme a normas preexistentes que tipifiquen la contravención administrativa y señalen la sanción correspondiente⁵⁵¹.

Deja claro en esta providencia que la norma sancionadora debe ser preexistente al acto que implica la comisión de la infracción, pues estas tienen la vocación natural de regir hacia el futuro⁵⁵².

179. El principio de favorabilidad viabiliza el establecimiento de excepciones al principio de irretroactividad. Se ha reconocido que existen algunos contextos que demostrarían que la regla general de la aplicación del principio de irretroactividad en materia sancionadora tiene su excepción, y ello tiene que ver precisamente con la expedición de normas posteriores a la comisión de la infracción que resultan ser a la postre más favorables para el infractor y que en consecuencia operarían de forma retroactiva, tal como explícitamente lo prevé el artículo 29 de la Constitución, que aunque alude de manera expresa al ámbito penal, ha sido aplicado a todos los campos del derecho punitivo⁵⁵³.

Así lo reconoció la jurisprudencia constitucional en la Sentencia C-181 de 2002, mediante la cual se examinó la constitucionalidad del artículo 9.º de la Ley 200 de 1995. En esta oportunidad la Corte Constitucional reflexionó sobre la constitucionalidad de la disposición que preveía la aplicación inmediata de las normas procesales en materia disciplinaria, para verificar si con ello se contrariaba o no el artículo 29 superior. Allí expresó la alta corporación judicial:

Ahora bien, el principio del que se viene hablando, aquel que prescribe que la ley aplicable a una situación fáctica es la vigente al momento de su acaecimiento, tiene como fin primordial la protección del principio de la seguridad jurídica, pilar fundamental del orden público. No obstante, la tradición jurídica ha reconocido la posibilidad de establecer una excepción a tal precepto para permitir que situaciones de hecho acaecidas bajo la vigencia de una ley sean reguladas por otra.

La Corte se refiere en estos términos al principio de favorabilidad, según el cual, una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos. El artículo 29 de la Constitución Política ha consagrado dicho principio en los siguientes términos: “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Para efectuar la aplicación favorable de la norma y dar entidad al principio mismo se recurre generalmente a dos vías: la de la retroactividad de la ley, fenómeno en virtud del cual la norma nacida con posterioridad a los hechos regula sus consecuencias jurídicas como si hubiese existido en su momento; y la de la ultra-actividad de la norma, que actúa cuando la ley favorable es derogada por una más severa, pero la primera proyecta sus efectos con posterioridad a su desaparición respecto de hechos acaecidos durante su vigencia⁵⁵⁴.

Y con fundamento en esta argumentación y sintetizando que la disposición atacada debería interpretarse partiendo de tres principios fundamentales que son: 1) que la ley opera hacia adelante en el tiempo; 2) que las normas procesales o de trámite entran a regir inmediatamente, 3) que lo anterior no

excluye la aplicación favorable de la ley en el tiempo ni la existencia de un régimen de transición que permita continuar con los trámites previstos en la ley anterior en los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la ley nueva se encontraren con oficio de cargos legalmente notificado⁵⁵⁵. Decidió la constitucionalidad de la norma objeto de estudio.

También mediante la Sentencia C-328 de 2003, la Corte Constitucional expresó que la aplicación inmediata de las disposiciones procesales era compatible con la garantía del debido proceso, siempre y cuando fuera armonizada con el principio de favorabilidad⁵⁵⁶.

De esta manera ha sido contundente la jurisprudencia constitucional al reconocer que el principio de irretroactividad no es absoluto, pues la favorabilidad permite relativizarlo en beneficio de quien se vea enfrentado al poder punitivo del Estado.

180. El principio de favorabilidad es una expresión del garantismo en el campo del derecho administrativo sancionador. Como lo reconoce un sector de la doctrina nacional, el derecho administrativo sancionador colombiano

ha superado y con creces, las teorías que minimizaron las guardias jurídicas que se estructuraron a los protagonistas de las infracciones administrativas para, en su lugar, tomar la delantera y de qué manera, las protectorías que el nuevo orden implantado en el seno gubernamental, equiparándolas a las que rigen en el escenario penal, sin más límites que las que demandan las matizaciones diseñadas por la jurisprudencia⁵⁵⁷.

Esta reflexión da cuenta del avance que representa la aplicación de los principios del derecho penal en el campo del derecho administrativo sancionador, pues de esa forma se garantiza que quien se vea enfrentado al ejercicio de tan extraordinaria prerrogativa pública pueda en mejores condiciones defender sus intereses ante una autoridad que esté investigando

su actuación por la supuesta realización de una conducta objeto de reproche punitivo.

En ese contexto, el principio de favorabilidad se erige como un postulado básico del debido proceso y como un mecanismo de relativización del principio de irretroactividad, en procura de la garantía de los derechos del administrado.

181. El principio de legalidad constituye un primer espacio de garantías en materia sancionadora, pero no es el único principio protector frente al poder punitivo del Estado. Los párrafos desarrollados en la primera sección de este capítulo permiten evidenciar la importancia del papel que está llamado a cumplir el principio de legalidad como una primera garantía con la que cuentan las personas frente al ejercicio del poder punitivo del Estado.

Aquí se expuso cómo este principio a su vez permite no solo la materialización del principio de igualdad, sino que es en sí mismo un reflejo del Estado de derecho, que constituye una expresión del principio democrático, pues se parte de la base de que las leyes son el producto de la voluntad soberana del pueblo y que por tal razón es a su legítimo representante a quien le corresponde definir las conductas que serán elevadas a la categoría de infracciones penales o administrativas.

Este último aspecto, representado en el principio de reserva de ley, es un elemento fundamental de protección ciudadana, ya que la posibilidad de intervenir mediante la restricción máxima de los derechos, al definir las infracciones y las consecuentes sanciones —quizá la más drástica de las intervenciones estatales—, está reservada solo al órgano de representación popular por excelencia y no a cualquier autoridad, lo que de entrada establece claros límites al poder punitivo del Estado, aun cuando en materia de sanciones administrativas se ha admitido en ciertas circunstancias una matización de este principio para hacer operativa la labor de la Administración pública.

El principio de tipicidad es otra manifestación del principio de legalidad y también representa una garantía ciudadana, puesto que exige la consagración previa y expresa tanto de las infracciones como de las

sanciones que pueden imponerse. Ello posibilita que las personas no sean sorprendidas a la hora de enfrentarse al ejercicio de poder punitivo del Estado, porque no podrán ser sancionadas por conductas que previamente no estaban calificadas como infracciones. De allí que de la mano de los principios de tipicidad, de irretroactividad, de prohibición de analogía y de favorabilidad, el principio de legalidad contribuya al establecimiento de límites al ejercicio del poder punitivo del Estado.

No obstante, el principio de legalidad tan solo constituye uno de los establecidos para garantizar los derechos de las personas frente al poder del Estado. Es sin duda un principio fundamental, pero no es el único, pues junto a él, principios como el de culpabilidad constituyen baluartes indispensables para la protección ciudadana.

Por tal razón y partiendo de la base de que no es suficiente con el análisis exógeno relativo al cumplimiento de todos los requisitos y principios derivados del principio legalidad para legitimar la imposición de una sanción, es menester reflexionar sobre el papel que está llamado a cumplir el principio de culpabilidad como institución legitimadora del derecho a sancionar, para determinar si las circunstancias “endógenas” que incidieron en la infracción deben ser relevantes a la hora de la imposición de la sanción. Todo ello se abordará en la siguiente sección.

SECCIÓN II. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

182. El principio de culpabilidad es el presupuesto básico para la legitimidad de la pena estatal. En el Estado de derecho se concibe al principio de culpabilidad como un presupuesto de la legitimidad de la pena estatal⁵⁵⁸, pues la sanción solo debe fundarse en la comprobación de que se puede reprochar un hecho a su autor⁵⁵⁹; es decir, el principio de culpabilidad se apoya en la comprobación de que al autor se le puede reprochar la formación de la voluntad que lo condujo a la resolución delictiva⁵⁶⁰ o en todo caso a la conducta transgresora susceptible de reproche punitivo, pues su presupuesto lógico es la libertad de decisión de la persona⁵⁶¹.

La Corte Constitucional ha expresado que el principio de que no hay acción sin culpa, es decir, el principio de culpabilidad, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito. Según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional o cuando menos culposo, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer, o de identificar los riesgos inherentes a su conducta. De ahí que solo pueda imponerse una pena a quien ha realizado culpablemente un injusto⁵⁶².

También el Consejo de Estado ha sido enfático en establecer que el ordenamiento jurídico colombiano considera la proscripción de la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador y que solo por vía de excepción el legislador puede, de manera expresa, establecer tal régimen de responsabilidad administrativa, de lo que resulta que la regla general que opera en este campo del derecho punitivo es la del régimen subjetivo de responsabilidad, es decir, un régimen fundado en el análisis de la culpabilidad del supuesto infractor, con independencia de que la ley expresamente no hubiera aludido al elemento subjetivo del ilícito administrativo⁵⁶³.

Con todo, excepcionalmente podría admitirse en el campo del derecho administrativo sancionador el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva o de presunción de culpabilidad, cuando se encontrara debidamente justificado en atención a los bienes jurídicos en juego, a la magnitud de los riesgos a los que se exponen y a las dificultades presentadas a la Administración para la acreditación de dicho elemento subjetivo, todo con una adecuada ponderación previa.

Ahora bien, se reconoce que la aplicación de este principio, cuando se investiga a una persona jurídica por la realización de una infracción administrativa, trae consigo retos de similar naturaleza y alcance a los que se enfrenta cuando se acepta que una persona jurídica puede ser enjuiciada penalmente⁵⁶⁴, pero se comparte el planteamiento expresado por Nieto cuando afirma que la cuestión de la responsabilidad infractora de las personas jurídicas no puede ser resuelta en términos universales⁵⁶⁵, y por tal razón cobra importancia el planteamiento de Yesid Reyes⁵⁶⁶, que sostiene que es posible hablar de culpabilidad frente a las personas jurídicas.

183. El principio de culpabilidad tiene como presupuesto la libertad de decisión del sujeto. La doctrina penal reconoce que el fundamento de la culpabilidad se halla en la libertad de la persona, pues se dice que solo cuando existe la capacidad de determinación según las normas del orden jurídico, se puede ser responsable por el hecho cometido⁵⁶⁷.

El principio de culpabilidad se ha edificado como dogma del derecho penal contemporáneo, y así se ha entendido en Colombia, donde el Código Penal explícitamente establece en el artículo 12 que solo se podrán imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad, y categóricamente expresa que “queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”⁵⁶⁸.

En la Sentencia C-626 de 1996 la Corte Constitucional sostuvo al respecto que “la culpabilidad es supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan solo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga”⁵⁶⁹.

Por su parte, en la Sentencia C-239 de 1997, la Corte Constitucional expresó que el principio de culpabilidad tenía fundamento constitucional, al analizar el artículo 29 superior y concluir que aquel se desprendía de la expresión “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”, y que ello representaba que el constituyente optó por el establecimiento en Colombia de un derecho penal de acto que solo permite castigar al hombre por lo que hace, es decir, su conducta social, y no por lo que es, desea o piensa⁵⁷⁰.

Esta doctrina de la Corte Constitucional ha sido reiterada cuando se refiere al ámbito penal, y se fundamenta en gran medida en el análisis de que la conducta humana solo puede ser castigada cuando además de ser típica y antijurídica sea culpable; es decir, se requiere para la imposición de la pena que el infractor haya tenido conciencia y conocimiento de los hechos constitutivos del delito y quiera su realización⁵⁷¹. En este caso se estará en presencia de un comportamiento doloso que admite el máximo reproche punitivo. Por otra parte, cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el sujeto debió preverlo por ser previsible, o habiéndolo previsto confía en poder evitarlo⁵⁷², se estará en presencia de una conducta culposa, que también dará lugar a la imposición de la sanción correspondiente. Por último, en materia penal se establece una tercera categoría de modalidad de la conducta punible, la preterintención, que se presenta cuando el resultado más grave, siendo previsible, excede la intención del sujeto, que nada hizo para evitar su realización⁵⁷³.

Ahora bien, es importante advertir que en el campo del derecho administrativo sancionador, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal, por regla general el aspecto central de la culpabilidad será la culpa en sí misma y no el dolo, aunque ello no significa que las infracciones administrativas no se puedan cometer con dolo, sino que, como bien se sabe, múltiples delitos solo pueden ser cometidos a título de dolo, mientras que en el campo sancionador administrativo es suficiente con obrar culposamente para cometer la infracción y asumir sus consecuencias. Obviamente si se sanciona la conducta culposa, con mayor razón se sancionará la conducta dolosa en este campo del derecho punitivo estatal, y en realidad algunas infracciones administrativas sí exigen tal modalidad de culpabilidad.

184. La imputabilidad también es un elemento integrante de la culpabilidad. Para poder sancionar a quien ha cometido una infracción administrativa es menester que tenga capacidad de culpabilidad, puesto que esta condición es un presupuesto necesario para imputar subjetivamente un hecho típico a su autor⁵⁷⁴, dado que las personas que no tienen capacidad para actuar con dolo o culpa no podrían ser sujetos de la sanción administrativa. Es decir, se tiene que establecer si el sujeto pasivo del poder punitivo del Estado tiene la capacidad de responder por su conducta⁵⁷⁵.

185. En el derecho administrativo sancionador también rige el principio de culpabilidad. En el derecho comparado se pueden encontrar ejemplos de sistemas jurídicos que reconocen que el principio de culpabilidad es un elemento fundamental de las garantías en el campo del derecho punitivo del Estado bajo cualquiera de sus dos manifestaciones, esto es, la penal y la administrativa⁵⁷⁶.

En Alemania, por ejemplo, el artículo 10 de la Ley 19 de 1987 establece que la intención o negligencia constituyen el fundamento de toda sanción administrativa⁵⁷⁷; la legislación italiana consagra una disposición de similar naturaleza⁵⁷⁸; también en España se considera que la culpabilidad constituye una de las garantías inherentes al derecho sancionador administrativo⁵⁷⁹.

En Colombia, por su parte, aunque en el pasado se llegó a afirmar que este principio no tenía aplicación en el derecho administrativo sancionador⁵⁸⁰, hoy se reconoce que conforme a los principios de dignidad humana y de culpabilidad acogidos por la Constitución Política en los artículos 1.º y 29, respectivamente, está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva en materia sancionadora⁵⁸¹, lo cual ha tenido plena aplicación en algunos ámbitos del derecho administrativo sancionador, como ocurre por ejemplo en el campo de la responsabilidad disciplinaria, en el que explícitamente se ha establecido la aplicación del principio de culpabilidad en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 y en el artículo 10 de la Ley 1952 de 2019, que establecen la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva y que en consecuencia prevén que las faltas solo pueden ser sancionadas a título de dolo o culpa⁵⁸².

También el artículo 81 de la Ley 142 de 1994 establece que las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a personas naturales estarán precedidas del análisis de la culpa del eventual responsable y no podrán fundarse en criterios de responsabilidad objetiva⁵⁸³.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, establece en el artículo 3.º, numeral 1, relativo a los principios aplicables a las actuaciones administrativas, que en materia administrativa sancionadora se observarán además los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem⁵⁸⁴, tomando partido de una buena vez por el establecimiento de un régimen general de responsabilidad subjetiva en materia sancionadora, que se ve fortalecido por lo dispuesto en el inciso final del artículo 2.º de la misma norma, que estipula que “en todo aquello no previsto en las normas especiales se aplicarán las disposiciones de este código”⁵⁸⁵.

También en el artículo 50 de esta ley, relativo a la graduación de las sanciones, se prevé que se deberá valorar el grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales, y que ello constituirá un criterio para determinar la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones⁵⁸⁶.

De tal disposición se deduce que el aspecto subjetivo del comportamiento relativo al grado de prudencia y diligencia, relacionado de manera inequívoca con la culpabilidad, deberá ser tenido en cuenta al fijar la sanción que se va a imponer.

Por su parte, el artículo 41 de la Ley 633 de 2000, que adicionó el artículo 657 del Estatuto Tributario, que consagró una sanción de clausura por violación al régimen aduanero, debe ser interpretado en el sentido determinado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-616 de 2002, por medio de la cual se declaró exequible la norma en el entendido de que la clausura no se podía imponer a título de responsabilidad objetiva como consecuencia del decomiso⁵⁸⁷. Ello significa que el aspecto subjetivo se deberá tener en cuenta al pretender imponer esta sanción⁵⁸⁸.

De igual forma, en materia de infracciones de tránsito se ha sostenido que está excluida la responsabilidad objetiva, tal como se sostuvo en la Sentencia C-530 de 2003, en la que la Corte Constitucional realizó el análisis de constitucionalidad del artículo 129 de la Ley 769 de 2002, disposición en la que se establecía que en caso de no poder identificar al conductor infractor y de que el último dueño registrado del vehículo no concurriera dentro del plazo señalado por la norma para la rendición de descargos, la sanción del comparendo se impondría al propietario registrado del vehículo.

En esta providencia la Corte analizó si con la sola notificación del comparendo al dueño del vehículo era constitucionalmente válido que se le impusiera la sanción por las infracciones de tránsito. Al respecto, la Corte concluyó que no era posible atribuirle al dueño del vehículo ningún tipo de responsabilidad objetiva, la cual se encontraba excluida por los principios y derechos consagrados por la Constitución de 1991, sin que este hubiera realizado la actuación infractora o cometido la infracción de manera directa. La Corte señaló además que admitir este tipo de responsabilidad permitía que las autoridades administrativas evadieran su responsabilidad de identificar y notificar al verdadero infractor⁵⁸⁹.

También en la Sentencia C-980 de 2010 la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 22 de la Ley 1383 del mismo año, por medio de la cual se le atribuía al propietario del vehículo la obligación de pagar la multa por la realización de una infracción de tránsito. Allí la Corte encontró que una interpretación de esta norma en el sentido de que la sola notificación hace al propietario del vehículo automáticamente responsable de la multa consagraría una forma de responsabilidad objetiva, porque se trataría de una sanción para el propietario del vehículo por el solo hecho de serlo, sin que se tuviere evidencia de que fuera el verdadero infractor y sin las garantías propias del debido proceso⁵⁹⁰.

En la Sentencia C-089 de 2011 la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad de los artículos 18 y 24 de la Ley 1383 de 2010, que reformaban el Código Nacional de Tránsito, y concluyó que no vulneraban el artículo 29 de la Constitución Política al no configurar responsabilidad objetiva alguna y respetar todas las garantías propias del derecho

fundamental al debido proceso⁵⁹¹. De esta forma, la Corte Constitucional ha seguido firme en su línea jurisprudencial en cuanto a que en el ámbito de las infracciones de tránsito queda excluido el régimen de responsabilidad objetiva, aun cuando la propia Corte reconoce que a causa de los bienes jurídicos protegidos con las normas de tránsito, la aplicación de los postulados del debido proceso se debe hacer con ciertos matices, y ello ha sido especialmente relevante en la atenuación del principio de presunción de inocencia⁵⁹².

En el ámbito de las sanciones contractuales también opera un régimen de responsabilidad subjetiva, pues por regla general la conducta objeto de sanción administrativa debe ser culpable⁵⁹³, salvo que la ley establezca lo contrario, cosa que no ocurre en este campo del derecho administrativo sancionador. Al respecto, sostuvo el Consejo de Estado:

[...] Su espacio de aplicación se expresa en el deber que asume la Administración de demostrar que el contratista ha incumplido alguna de sus obligaciones o deberes, si pretende sancionarlo por ello, como quiera que la presunción de que no es responsable lo protege. En esta perspectiva, la carga de acreditar la mora o el incumplimiento recae en la Administración, como titular del ius puniendi administrativo, y por eso requiere pruebas al interior del respectivo proceso para desvirtuar la presunción que el contratista tiene en su favor, por disposición constitucional [...] ⁵⁹⁴.

Da a entender así que en materia contractual operaba en beneficio del contratista la presunción de inocencia y que en consecuencia le correspondía a la Administración contratante desvirtuar tal presunción, so pena de no poder imponer la sanción correspondiente⁵⁹⁵.

186. A pesar del reconocimiento de la aplicación del principio de culpabilidad en materia sancionadora administrativa, en el derecho colombiano se ha aceptado su relativización en ciertos ámbitos sancionadores. En el campo del derecho administrativo sancionador colombiano la aplicación del principio de culpabilidad se ha

relativizado y en algunos casos hasta se ha suprimido. Esta circunstancia resulta evidente en aquellos casos en los que se ha aceptado un régimen de presunción de culpabilidad o incluso la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva.

Por otra parte, es común que las disposiciones que consideran los procedimientos sancionatorios no aludan expresamente al principio de culpabilidad como elemento integrante de la estructura de la responsabilidad administrativa, lo que no quiere significar que no se deba tener en cuenta o no deba ser parte necesaria de su análisis y mucho menos que se pueda interpretar que en aquellas ocasiones en las que se haya omitido aludir a él se esté en presencia de un sistema de responsabilidad objetiva, o que no se esté en presencia concretamente de ningún régimen⁵⁹⁶, pues lo único que permite evidenciar tal omisión normativa es la forma como la legislación colombiana ha sido proclive a la flexibilización del rigor de las garantías del debido proceso en el campo del derecho administrativo sancionador, pero aun en estos casos la respuesta sería la necesaria integración normativa con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que en lo no previsto en leyes especiales se aplicarán las disposiciones de la parte primera de la Ley 1437 de 2011, y ello implica la necesaria aplicación del artículo 3.º de la citada norma, que claramente consagra el principio de presunción de inocencia y, por ende, el de culpabilidad como una regla general en este contexto punitivo.

187. La primera manifestación de la matización del principio de culpabilidad en el derecho colombiano es la aceptación de la presunción de la culpabilidad en algunos casos. En múltiples eventos la legislación y la jurisprudencia constitucional colombianas han admitido la presunción de la culpabilidad de quien se vea enfrentado a la potestad sancionadora de la Administración.

Por ejemplo, en la Sentencia C-690 de 1996 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 557 y los numerales a) y d) del artículo 580 del Decreto 624 de 1989. En esta norma se preveían las situaciones en las que se consideraba que el contribuyente no había cumplido con su obligación de presentar una declaración tributaria.

En esta sentencia la Corte se refirió a la sanción consistente en el cobro de multas sucesivas por cada mes de retraso e indicó que era indudable que en virtud de la aplicación del principio de presunción de inocencia le correspondía a la Administración tributaria acreditar que el contribuyente no había cumplido con su deber de presentar la declaración tributaria en los términos de ley, pero que ello no tenía que significar que el Estado tenía el deber de acreditar que tal incumplimiento obedecía a una conducta realizada de manera culpable.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que las sanciones impuestas en caso de no presentación de la declaración tributaria eran de orden monetario y que el cumplimiento de este deber era esencial para que el Estado pudiera cumplir sus fines, la Corte Constitucional consideró que una vez probado por la Administración que la persona no había presentado su declaración fiscal, entonces resultaba admisible que la ley presumiera que la actuación había sido culpable, esto es, dolosa o negligente⁵⁹⁷.

Tal posición también fue asumida en las sentencias C-597 de 1996, C-160 de 1998, C-054 de 1999 y C-506 de 2002, en las que se sostuvo de manera similar que en el derecho sancionador tributario operaba una presunción de culpabilidad.

Algo similar ha ocurrido con el régimen sancionatorio en materia aduanera, en el que la Corte Constitucional ha sostenido que no se rige en principio por un régimen de responsabilidad objetiva, lo que abre la posibilidad para que el administrado acredite la legalidad de su actuación en esta materia⁵⁹⁸.

La Ley 1333 de 2009, por medio de la cual se expidió el procedimiento sancionador ambiental, estableció taxativamente en el parágrafo de su artículo 1.º la presunción de la culpa o el dolo en materia sancionadora ambiental. Esta disposición se sometió a estudio de la Corte Constitucional con el argumento de que contrariaba de manera expresa el artículo 29 superior, que establece como principio general la presunción de inocencia, y que tal principio no solo era aplicable en las actuaciones penales sino administrativas.

La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-595 de 2010, estableció que la presunción establecida en este caso era constitucional, aduciendo

entre otros argumentos que tenía un propósito constitucionalmente válido fundamentado en la efectiva protección del ambiente sano para la conservación de la humanidad y que el establecimiento de una inversión de la carga probatoria en torno a la culpabilidad facilitaba la imposición de medidas cautelares respecto a comportamientos en los cuales la prueba del elemento subjetivo resultaba de difícil consecución para el Estado, máxime atendiendo al bien jurídico objeto de protección⁵⁹⁹.

También constituyen ejemplos de permisión del establecimiento de un sistema punitivo fundamentado en la presunción de la culpabilidad las sentencias C-123 de 2006, por medio de la cual se avaló la constitucionalidad del establecimiento de la presunción de culpa que recae sobre el administrador de una sociedad comercial⁶⁰⁰, y la presunción de acoso laboral prevista en el artículo 7.º de la Ley 1010 de 2006, abordada en la Sentencia C-780 de 2007, en la cual se dijo que la presunción establecida en tal disposición no contrariaba el principio de presunción de inocencia ni el derecho al debido proceso, pues se trataba de una redistribución de las cargas procesales que no hacía nugatorio el derecho de defensa de quien debía desvirtuar el hecho o la consecuencia deducida⁶⁰¹.

Los eventos anteriores permiten evidenciar que, en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano, se ha admitido en algunos eventos que se invierta la carga de la prueba con respecto a la presunción de inocencia y que, en consecuencia, se presuma la culpabilidad del investigado.

Así las cosas, al investigado le corresponde la carga de desvirtuar la presunción de culpabilidad que recae sobre él, lo que es distinto de afirmar que cuando opera tal presunción se está en presencia de un régimen de responsabilidad objetiva, como algún autor lo ha expresado⁶⁰², porque en este caso la culpabilidad continúa siendo un elemento fundamental para la imposición de la sanción, hasta tal punto que si el investigado acredita que obró con toda la diligencia y cuidado que de él se esperaba, o que se presentó una causal exonerativa de responsabilidad como por ejemplo una fuerza mayor, caso fortuito o hecho de un tercero, no podrá ser sancionado, mientras que en el campo de la responsabilidad objetiva el elemento de la

culpabilidad desaparece trayendo consigo la posibilidad de la imposición de la sanción al margen de la conducta del sujeto involucrado.

188. La presunción de dolo o culpa debe estar consignada expresamente en la ley. El establecimiento de una presunción de dolo o culpa en materia sancionadora tiene que interpretarse de manera restrictiva y por ende debe estar consagrado expresamente en la ley, lo que significa que la posibilidad de determinar este régimen de culpabilidad presunta le queda vedada a la autoridad encargada de aplicar la sanción, pues este aspecto escapa al ámbito de su discrecionalidad y por ende solo puede ser aplicado en cuanto tenga respaldo legal expícito. Aplicar una presunción de esta naturaleza sin fundamento legal constituiría una flagrante violación de los derechos del administrado, en especial de la garantía de la presunción de inocencia⁶⁰³.

Ahora bien, si la presunción de dolo o culpa debe estar prevista de manera expresa en la ley, con mayor razón la determinación de que ciertas infracciones se sancionarán bajo el esquema de la responsabilidad objetiva, pues en este contexto es aún más drástica la consecuencia para el investigado y no se puede dejar tal consideración al campo de la discrecionalidad del instructor del procedimiento sancionatorio.

189. La segunda manifestación de la matización del principio de culpabilidad en Colombia es la aceptación en algunos casos de la consagración de un régimen de responsabilidad objetiva. Aunque se ha dicho que la imposición de sanciones administrativas en el contexto de un régimen de responsabilidad objetiva es de carácter excepcional y debe estar sujeta a estrictos requisitos⁶⁰⁴, lo cierto del caso es que en el derecho colombiano se ha admitido la supresión del principio de culpabilidad en algunos sectores regidos por un criterio de responsabilidad objetiva.

190. En materia de infracciones al régimen cambiario, se ha admitido un régimen de responsabilidad objetiva. Muy tempranamente la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el régimen de responsabilidad aplicable en ciertos ámbitos del derecho administrativo sancionador, tomando partido por admitir que en algunos eventos la imposición de las sanciones administrativas no tenía

que estar precedida del análisis de culpabilidad del supuesto infractor, precisamente por imponerse en el contexto de un régimen de responsabilidad objetiva.

Así ocurrió por ejemplo en la Sentencia C-599 de 1992, en la que se estudió la constitucionalidad de varios artículos del Decreto Ley 1746 de 1991, relacionados con la comisión de infracciones y la imposición de sanciones en materia cambiaria. Dichas disposiciones consideraban expresamente el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva en esta materia.

En dicha sentencia la Corte manifestó que el régimen de cambios admitía la no pertinencia de los elementos subjetivos de la conducta tipificada como sancionable, es decir, de la culpabilidad, no solo por la diferencia de los bienes jurídicos que eran protegidos desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador en comparación con aquellos tutelados desde el punto de vista del derecho penal, sino por otros propósitos de orden constitucional, como son los fines y valores consagrados en la Constitución, el bienestar colectivo y el orden económico y fiscal.

Apelando a tales argumentos, la Corte Constitucional concluyó que el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones cambiarias no contrariaba el texto constitucional y declaró en consecuencia la exequibilidad de las disposiciones estudiadas⁶⁰⁵.

Esta posición fue reiterada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-010 de 2003, por medio de la cual se efectuó el estudio de constitucionalidad frente a los artículos 24 y 30 del Decreto Ley 1092 de 1993, por medio del cual se adoptó el régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario que habría de seguir la DIAN.

Los artículos en mención disponían que la responsabilidad por la infracción al régimen de cambios era de naturaleza objetiva, lo cual fue cuestionado por los demandantes, ya que consideraban que ello contrariaba el artículo 29 de la Constitución al desconocer el principio de presunción de inocencia.

En esta oportunidad la Corte Constitucional ratificó los argumentos esgrimidos en la Sentencia C-599 de 1992 y resolvió estarse a lo resuelto en tal providencia por la configuración de la cosa juzgada material, no sin

antes recordar que en cuanto a la naturaleza del régimen de responsabilidad en esta materia, la línea jurisprudencial de la corporación ha sido pacífica y enfática en determinar que es de naturaleza objetiva⁶⁰⁶.

191. En el campo de las infracciones financieras y bursátiles también se ha admitido la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva. El artículo 45 de la Ley 795 de 2003, que sustituyó la parte séptima del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, incluyó en el numeral 4, literal (k), que las pruebas se valorarían en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, atendiendo la naturaleza administrativa de la infracción, la índole objetiva de la responsabilidad correspondiente y los propósitos perseguidos por el régimen sancionatorio. Por su parte, la Ley 964 de 2005 estableció en el artículo 59 una remisión al artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, para que también se tramite por la vía de la responsabilidad objetiva el procedimiento sancionatorio bursátil. Al respecto, ha sostenido el Consejo de Estado:

[...] En lo que se refiere a la responsabilidad objetiva, la Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades que en materia del régimen administrativo sancionador, en particular por infracciones al derecho financiero, se deben respetar estrictamente los principios y garantías propias del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, pero en esa área no tienen aplicación figuras que son propias del derecho penal, tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad y la favorabilidad, dado que la naturaleza y finalidades de cada una de estas disciplinas son diferentes [...]⁶⁰⁷.

En esta providencia resulta claro que el Consejo de Estado reconoce la aplicación de este régimen de responsabilidad objetiva en el campo de las infracciones al derecho financiero.

192. El principio de culpabilidad representa una de las más emblemáticas garantías en el ámbito del derecho punitivo estatal. Pese a que en el campo del derecho administrativo sancionador colombiano

se ha admitido la flexibilización del principio de culpabilidad hasta el punto de permitir en algunos eventos la existencia de regímenes de responsabilidad objetiva, este principio constituye uno de los presupuestos básicos para la legitimidad de la pena estatal, puesto que por regla general solo deberá ser sancionado aquel cuya conducta pueda ser sometida a un juicio de reproche, es decir, quien obró de manera libre y consciente infringiendo el ordenamiento jurídico y por tanto se hizo merecedor de la consecuencia prevista por su transgresión. Por tal razón, el principio de culpabilidad siempre se encuentra vinculado al principio de presunción de inocencia, por lo general porque mientras no se logre acreditar la culpabilidad del sujeto, sobre este recaerá la presunción constitucional de inocencia, que determina que a quien le corresponde la carga de la prueba para sancionar es al Estado, que se ve obligado, salvo en algunas excepciones, a desvirtuar tal presunción. Ello indica que es fundamental desarrollar algunos planteamientos específicos en torno al principio de presunción de inocencia, lo cual se realizará en la siguiente sección.

SECCIÓN III. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

193. El principio de presunción de inocencia es una garantía constitucional de aplicación general en el campo del derecho sancionador. El artículo 29 constitucional establece con toda claridad el principio de presunción de inocencia, que como bien se ha dicho, constituye una de las garantías más importantes con las que cuenta el ciudadano frente al poder punitivo del Estado. Esta garantía obliga al titular del poder punitivo a la acreditación de los elementos que comprometen la responsabilidad del sujeto, en particular su culpabilidad, puesto que en principio y como regla general es la Administración la que tiene la carga de desvirtuar la presunción y no el administrado quien debe acreditar su inocencia⁶⁰⁸.

194. El principio de presunción de inocencia se encuentra vinculado al principio de culpabilidad. El principio de presunción de inocencia se encuentra íntimamente vinculado al principio de culpabilidad, pues la necesidad de acreditación, por regla general, de la culpabilidad en el ámbito del derecho punitivo estatal está encaminada a desvirtuar tal presunción porque en la medida en que se acredite la culpabilidad de un sujeto se desvanecerá la presunción que recae sobre él, y en sentido contrario, mientras no se acredite su culpabilidad, seguirá amparado por la presunción de su inocencia.

Lo antedicho implica que dicha presunción es de carácter juris tantum que admite prueba en contrario, y claro está, será el Estado el llamado a acreditar lo que le corresponde para desvirtuarla⁶⁰⁹.

195. En virtud del principio de presunción de inocencia, la carga de la prueba de los elementos objetivos y subjetivos del tipo recae sobre la Administración. La consecuencia lógica de la aceptación de la aplicación del principio de presunción de inocencia en el derecho administrativo sancionador se ve reflejada en el hecho de que a la autoridad instructora de la investigación administrativa le corresponde acreditar tanto los elementos objetivos del tipo infraccional, como por

ejemplo acreditar que en efecto se presentó una infracción administrativa, así como la culpabilidad, es decir, los elementos subjetivos que evidencian la aplicación del principio de presunción de inocencia en este ámbito⁶¹⁰. Lo anterior obviamente no será aplicable en los casos en los que se haya avalado un régimen de presunción de culpabilidad o uno de responsabilidad objetiva.

196. El principio de presunción de inocencia le permite al ciudadano disfrutar de sus derechos. Ello es así, pues en un modelo de Estado de derecho, sustentado en la protección de la libertad, se considera que por regla general las personas pueden hacer todo cuanto deseen en tanto no se encuentre expresamente prohibido, exceptuando, claro está, a quienes les corresponde el ejercicio de las funciones públicas, puesto que en virtud del principio de legalidad la regla se invierte generando la obligación de actuar según las autorizaciones normativas.

Esta consideración permite entender que si la regla básica del entramado social y jurídico es la permisión del actuar humano, salvo la actuación prohibida expresamente, en el análisis sobre la realización de la conducta infractora, mal podría pretenderse garantizar las libertades ciudadanas si el Estado estuviera relevado de la carga de la prueba en torno a la realización de la conducta, y sobre todo, la culpabilidad del infractor, pues esto implicaría la demolición de las garantías propias del Estado de derecho y se pondrían en peligro hasta las libertades mismas que caracterizan este modelo estatal.

Ahora bien, la consagración del principio de presunción de inocencia constituye otro eslabón en la cadena de garantías decantadas históricamente para la limitación del poder del Estado, que es reforzada por el establecimiento de la prohibición de sancionar al ciudadano dos veces por un mismo hecho, es decir, por el principio de non bis in idem, que pasa a analizarse en la siguiente sección.

SECCIÓN IV. EL PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM

197. El principio de non bis in idem constituye otra garantía del administrado frente al ímpetu punitivo del Estado. El principio de non bis in idem representa una de las garantías más importantes con las que cuenta el administrado para defender sus derechos ante el ímpetu punitivo del Estado, pues establece límites al ejercicio de la potestad sancionadora estatal, en la medida en que impide que por un mismo hecho se pueda ser sancionado dos o más veces.

Este principio tiene expresa consagración en el artículo 29 de la Constitución, que consagra que nadie podrá ser juzgado dos veces por un mismo hecho, a diferencia de lo que ocurre en España, por ejemplo, donde se ha debido acudir a una interpretación sistémica para darle raigambre constitucional⁶¹¹.

198. El origen histórico del non bis in idem no se conoce con claridad. Un sector de la doctrina indica que el origen del non bis in idem puede remontarse hasta una compilación del derecho romano posclásico del siglo III d. C., en las llamadas “sentencias de Paulo”⁶¹², retomado como idea con posterioridad por el “decreto de Graciano”, elaborado en el siglo XII d. C. Pero es de advertir que tal como lo indica López Barja de Quiroga, en el derecho romano el principio de non bis in idem no tenía especial importancia desde el punto de vista penal, pues no pasaba de ser una simple exigencia de “buena fe”⁶¹³. Sin embargo, con los años esta expresión sufrió varias alteraciones para dar lugar por ejemplo a la máxima expresada en las mencionadas sentencias de Paulo, donde se dijo: “Por los delitos por los que alguien ha sido absuelto, no puede reiterar la acusación quien lo hubiese acusado”⁶¹⁴, y después alterada para dar lugar a la expresión en los capitulares de Benedicto Levita “por los delitos por que alguien ha sido absuelto, no puede reiterarse acusación”⁶¹⁵. Más adelante, en el Decreto de Graciano se expresó de la siguiente forma: “Al que ha sido acusado por uno no puede acusarlo otro, pero no se prohíbe a quien, por ‘abolición’ pública o privada, o porque el acusador ha desistido (de su acusación)

ha dejado de estar entre los reos”⁶¹⁶. Posteriormente aparece la expresión non bis in idem, utilizada en la modernidad por autores contractualistas como herramienta para limitar el poder punitivo del Estado al establecer que nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo hecho.

199. El non bis in idem es un derecho fundamental. La Corte Constitucional ha reconocido que el principio del non bis in idem tiene el carácter de derecho fundamental de aplicación directa e inmediata, ya que con su aplicación se busca evitar que las personas sean sometidas por el Estado a permanentes y sucesivas investigaciones y sanciones a partir de un mismo comportamiento, poniéndolas en estado de absoluta indefensión y de continua ansiedad e inseguridad⁶¹⁷.

El non bis in idem constituye una de las garantías esenciales del debido proceso, y junto a este representa uno de los derechos fundamentales esenciales para establecer límites al ejercicio del poder punitivo del Estado⁶¹⁸, lo que implica que quien en primera medida debe salvaguardar dicho principio es el propio legislador⁶¹⁹.

200. El principio de non bis in idem no solo aplica en el contexto del derecho penal, sino también en el campo del derecho administrativo sancionador. El principio de non bis in idem nació en el derecho romano con una connotación eminentemente procesal, significando la imposibilidad de celebración de un mismo juicio sobre una materia que previamente había sido juzgada⁶²⁰.

En sus inicios, la aplicación del principio operaba en el ámbito del derecho penal, pero con el surgimiento de las potestades sancionadoras de la Administración se comenzó a reflexionar sobre su aplicabilidad en este nuevo ámbito del derecho punitivo del Estado, hasta el punto de que hoy en día tiene aplicación en los dos ámbitos punitivos del Estado. Lo anterior significa que en la actualidad este principio se erige como limitante del poder punitivo del Estado para evitar que por los mismos hechos se puedan imponer dos sanciones penales⁶²¹, dos sanciones administrativas, o en efecto, una sanción penal y una administrativa cuando tengan los mismos fundamentos fácticos⁶²².

Así lo ha entendido la Corte Constitucional, y en la Sentencia C-214 de 1994 lo estableció con contundencia al afirmar que la prohibición de juzgar dos veces por un mismo hecho, que en principio sería de rigurosa aplicación penal, tiene aplicación y debe ser observada por la Administración cuando se encuentre ejerciendo su potestad sancionadora, puesto que en este caso el principio de non bis in idem constituye también una garantía política que proscribe por mandato constitucional el juzgamiento y la imposición de más de una sanción por un mismo hecho, pero que también garantiza la seguridad jurídica al no permitirle por ejemplo a la Administración volver de nuevo sobre la cuestión que ha sido decidida por regla general⁶²³.

201. Los fundamentos del principio de non bis in idem son la seguridad jurídica y la justicia material. En la Sentencia T-537 de 2002, la Corte Constitucional, retomando el criterio expresado en la Sentencia T-595 de 1993, expresó que el principio del non bis in idem constituía una manifestación de la seguridad jurídica y la justicia material, al otorgarle a cualquier persona la certeza de que las decisiones definitivas que se hubieran proferido en los procesos promovidos en su contra encaminadas al establecimiento de su responsabilidad penal o administrativa realizaran la justicia en cada caso e impidieran que sobre el mismo objeto se pudieran presentar en el futuro nuevos debates para someter el caso a una nueva valoración y decisión⁶²⁴. En la Sentencia C-478 de 2007 la Corte reconoció que su importancia radicaba en que

Cualquier individuo puede tener la confianza y la certeza de que las decisiones definitivas dictadas en su contra, fruto de los procesos que definen su responsabilidad en la comisión de conductas contrarias a derecho, realizan la justicia material en cada caso concreto e impiden que tales comportamientos ya juzgados puedan ser objeto de nuevos debates sin distinta fórmula de juicio⁶²⁵.

El mismo planteamiento fue expresado en la Sentencia C-121 de 2012, en la cual la Corte Constitucional manifestó además que la función cumplida por

el non bis in idem radicaba en evitar que el Estado intentara en varias oportunidades, si fracasó en el primer intento, de utilizar todos los recursos a su alcance para tratar de sancionar a una persona, lo cual la pondría en una situación intolerable e injusta de vivir en una continua ansiedad e inseguridad⁶²⁶.

202. El principio de non bis in idem constituye la aplicación del principio de cosa juzgada al ámbito del ius puniendi del Estado. Las nociones de cosa juzgada y non bis in idem se encuentran vinculadas por una relación de implicación necesaria, y tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional, son inconcebibles por separado⁶²⁷, pues si la cosa juzgada en cualquiera de sus dos manifestaciones⁶²⁸ impide un nuevo pronunciamiento o juicio sobre un asunto ya decidido y el non bis in idem no permite que se sancione dos veces por un mismo hecho, debe aceptarse su estrecha vinculación y similar naturaleza⁶²⁹.

203. La Corte Constitucional ha expresado que para que opere el principio del non bis in idem se requiere que no se confronten normas de categoría, contenido y alcance diferentes. En la Sentencia T-413 de 1992 la Corte Constitucional conoció de la revisión de un recurso de amparo formulado por un abogado que consideraba que el tribunal disciplinario le había vulnerado sus derechos fundamentales y en especial el derecho a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho, porque a pesar de que la jurisdicción penal lo absolvió por la conducta tipificada como delito, fue sancionado disciplinariamente por un mismo hecho.

En dicha providencia se manifestó que no se presentaba violación a este principio cuando el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas implicaba una confrontación de normas de categoría, contenido y alcance distintos, pues según expresó, le correspondía al juez disciplinario evaluar el comportamiento del acusado respecto a normas de carácter ético, contenidas en el estatuto de la abogacía, mientras que el juez penal debía confrontar la misma conducta frente a tipos penales específicos que buscaban la protección de bienes jurídicamente tutelados. De allí que concluyó la Corte que era posible, como sucedió en este caso, que el juez

penal hubiera absuelto y, por su parte, el juez disciplinario hubiera condenado⁶³⁰.

204. La jurisprudencia constitucional ha insistido en la necesaria concurrencia de la identidad de sujeto, objeto y causa para la vulneración del non bis in idem. Ha sido reiterativa la línea argumentativa de la Corte Constitucional, en sintonía con el criterio expresado de tiempo atrás por la Corte Suprema de Justicia⁶³¹, en el sentido de exigir que para que opere la violación del principio de non bis in idem tienen que concurrir la identidad del sujeto, es decir, de la persona inculpada en los dos procesos punitivos, la identidad del objeto, esto es, el hecho por el cual se requiere la intervención punitiva, y la identidad de causa, que alude al motivo de la iniciación del trámite punitivo⁶³².

En la Sentencia C-244 de 1996 la Corte Constitucional adujo que cuando se adelantaba un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, con fundamento en unos mismos hechos, no se podía afirmar válidamente que existiera identidad de objeto ni de causa, argumentando para ello que la finalidad de cada uno de esos procesos era distinta, que los bienes jurídicamente tutelados eran diferentes, al igual que el interés jurídico que se protegía⁶³³.

En efecto, sostuvo la Corte, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de estos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la Administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios⁶³⁴.

205. La jurisprudencia constitucional ha entendido que no vulnera el principio de non bis in idem el hecho de que una misma conducta sea valorada desde distintas áreas del derecho y sancionada en consecuencia. En la Sentencia C-632 de 2011, la Corte Constitucional acudió a un argumento sostenido de tiempo atrás, según el cual, cuando una misma conducta es castigada y valorada desde distintos ámbitos

del derecho punitivo, como por ejemplo cuando es sancionada tanto penalmente como desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador, al ser calificada como delito e infracción administrativa de manera simultánea, no se lesiona el principio de non bis in idem, siempre y cuando la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicos que sean objeto de protección en diferentes áreas del derecho, o cuando las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos, así como cuando los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades, y por último, cuando el proceso y la sanción no presenten identidad de objeto y causa⁶³⁵. También en la Sentencia C-478 de 2007, la Corte Constitucional expresó: “El principio de non bis in idem es de aplicación restringida en el derecho colombiano, por cuanto se entiende que no se prohíbe que una misma conducta sea castigada desde varios campos del derecho punitivo”⁶³⁶.

En la Sentencia C-554 de 2001 la Corte afirmó que este principio llevaba a restringir la posibilidad de que autoridades del mismo orden y mediante procedimientos diversos sancionaran de forma repetida la conducta que ya hubiera sido objeto de investigación y decisión, pero que no se veía afectado si varios ámbitos sancionadores se derivaban como consecuencia de la infracción⁶³⁷.

206. Según la Corte Constitucional, el principio de non bis in idem no es absoluto. De acuerdo con la Corte Constitucional, este principio tiene el carácter de relativo, no solo por la posibilidad de que a partir de una misma conducta se puedan derivar diversas consecuencias sancionatorias para el infractor, sino porque según afirma el alto tribunal, la efectividad de los valores superiores de la justicia material y de la seguridad jurídica hacen necesaria la existencia de excepciones a la cosa juzgada⁶³⁸.

De esta manera la Corte concibe que el principio constitucional de non bis in idem no tiene carácter absoluto, puesto que desde el punto de vista del derecho interno existen motivos de orden superior que justifican su atenuación, cuando se trata de defender intereses de inapreciable valor para la sociedad como son los relacionados con la soberanía nacional, la

existencia y la seguridad del Estado, en cuya promoción está comprometido el mismo Estado⁶³⁹.

207. En el derecho colombiano se ha establecido el principio de non bis in idem, pero la flexibilización de su interpretación contribuye a una aplicación parcial. En los párrafos anteriores se evidenció cómo a pesar de que el non bis in idem constituye una de las garantías básicas con las que cuenta el ciudadano a la hora de enfrentar la potestad punitiva del Estado, en el derecho colombiano se ha venido desvaneciendo hasta cierto punto su objetivo, dado que de manera tradicional se ha interpretado que cuando una misma conducta es valorada desde distintos ámbitos del derecho punitivo, no se presenta la vulneración de tal principio, y se admite en consecuencia la convergencia de una multiplicidad de sanciones a partir de un mismo hecho⁶⁴⁰.

Sin embargo, el non bis in idem continúa siendo otra barrera que pone límites (aunque parciales) al ejercicio del poder punitivo del Estado, y junto con otros principios, como el de proporcionalidad, que será abordado en la sección siguiente, contribuye a garantizar los derechos de las personas.

SECCIÓN V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

208. El principio de proporcionalidad es otra garantía en el ámbito del derecho punitivo estatal. El principio de proporcionalidad es una garantía de la persona frente al poder punitivo del Estado que se aprecia en un doble sentido. Por una parte, representa un límite para el ejercicio de la actividad legislativa, evidente sobre todo en el ámbito sancionatorio, porque obliga al legislador a adoptar medidas racionales que guarden correspondencia con las conductas sociales que se quieren intervenir y con los fines constitucionalmente permitidos. Por la otra, limita el ejercicio de la potestad punitiva de la Administración, pues obliga a efectuar una ponderación racional cuando se está en el momento de la decisión del caso concreto frente a la evaluación de una conducta transgresora del ordenamiento jurídico, para evitar excesos que innecesariamente lesionen los derechos fundamentales del infractor⁶⁴¹.

209. La base epistemológica del principio de proporcionalidad se halla en la relación entre el medio y el fin. Tal como lo sostiene Carlos Bernal Pulido, la base epistemológica del principio de proporcionalidad se halla en la relación entre el medio y el fin⁶⁴², puesto que el fundamento racional de tal principio se relaciona con la adecuación de unas medidas frente a los propósitos buscados con ellas, adecuación que debe obedecer a un análisis racional que permita escoger entre todas las medidas posibles la menos lesiva de los derechos fundamentales, porque se parte de la base de que las autoridades solo deben intervenir en la libertad y derechos de las personas cuando sea estrictamente necesario y resulte imprescindible para garantizar el disfrute de los derechos de los demás⁶⁴³. “En el derecho administrativo sancionador este principio exige que exista un equilibrio entre los medios utilizados y la finalidad perseguida, una correspondencia entre la gravedad de la conducta y la consecuencia punitiva que le se atribuye”⁶⁴⁴.

210. El principio de proporcionalidad está conformado a su vez por tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad

en sentido estricto. La doctrina ha planteado que del principio de proporcionalidad se deducen sus tres subprincipios, a saber: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad⁶⁴⁵, y que cada uno de ellos representa los requisitos y exigencias que toda medida que pretenda intervenir en los derechos fundamentales debe observar para que sea considerada constitucional⁶⁴⁶.

El subprincipio de idoneidad exige que toda intervención en los derechos fundamentales deba ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo⁶⁴⁷, y se entiende que un fin es legítimo si su consecución está ordenada o permitida por el texto constitucional⁶⁴⁸.

El subprincipio de necesidad exige que toda medida adoptada para intervenir los derechos fundamentales deba ser entre todas las más idóneas la más benigna con el derecho intervenido, o lo que es lo mismo, la menos lesiva⁶⁴⁹.

El principio de proporcionalidad en estricto sentido señala que las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que las medidas implican para sus titulares y la sociedad en términos generales⁶⁵⁰, por lo que exige que se lleve a cabo una ponderación de bienes entre la gravedad de la intervención en los derechos fundamentales y el peso de las razones que justifican tal intervención⁶⁵¹.

211. El principio de proporcionalidad en materia sancionatoria busca evitar los excesos de quien ejerce el poder punitivo del Estado. En la Sentencia C-796 de 2004 la Corte Constitucional expresa que el principio de proporcionalidad actúa como complemento de los principios de legalidad y tipicidad, ya que la actuación sancionatoria debe no solo tener un claro fundamento jurídico, sino que debe procurar evitar que se afecten de forma irrazonable los intereses y derechos del implicado, de suerte que se proteja de los excesos en que pueda incurrir tanto el legislador como la propia Administración⁶⁵², dirigiendo su actuación dentro de un marco de ponderación, medida y equilibrio⁶⁵³.

Por ende, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación de la infracción como a la sanción, toda vez que no podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones, pues con estas solo se deberá procurar la consecución de objetivos constitucionalmente legítimos⁶⁵⁴.

212. El principio de proporcionalidad no tiene consagración explícita en el texto constitucional, pero su fundamento normativo se halla en los principios esenciales del Estado de derecho, la fuerza normativa de la Constitución y el carácter inalienable de los derechos de la persona humana. De manera expresa la Constitución Política de Colombia no consagra una disposición que aluda al principio de proporcionalidad, lo que no significa que no existan suficientes argumentos para reconocer que en el derecho colombiano tal principio tiene plena vigencia y aplicación⁶⁵⁵, pues el principio de proporcionalidad encuentra su fundamento en los principios del Estado de derecho consignados en la Constitución, en especial el principio de la dignidad humana; en los fines del Estado, en especial en el de garantizar la vigencia de un orden justo; en la fuerza normativa de la Constitución y en el carácter de inalienable de los derechos de la persona⁶⁵⁶.

La Corte Constitucional ha entendido que la proporcionalidad en el derecho se refiere a una máxima general y canon de acción para la totalidad de la actividad del Estado, que constituye un principio de corrección funcional de toda su actividad, que junto con otros principios de interpretación constitucional —unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución— busca asegurar que el poder público actúe dentro del marco del Estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones y garantizando los derechos de las personas⁶⁵⁷

213. El principio de proporcionalidad constituye un criterio para fundamentar decisiones de control sobre la actividad del Estado. Desde

hace bastantes años⁶⁵⁸ el principio de proporcionalidad se ha utilizado como instrumento para garantizar un control al ejercicio de la actividad del Estado. En ocasiones sin hacer expresa alusión a su utilización, pero evidenciado en los mecanismos de control diseñados para poner en cintura la actividad de la Administración, como ocurría por ejemplo con algunos de los mecanismos ordinarios para controlar los actos de esta por desviación de poder⁶⁵⁹.

Pero también, como lo anota Bernal Pulido, este principio ha venido evolucionando en el ámbito del derecho constitucional hasta tal punto que en la actualidad se concibe que toda intervención estatal en los derechos fundamentales que no cumpla las exigencias de los subprincipios de la proporcionalidad debe ser declarada inconstitucional⁶⁶⁰.

De lo antedicho debe concluirse que la utilización del principio de proporcionalidad no solo debe darse en el contexto del control de constitucionalidad de las leyes⁶⁶¹, sino también dentro del ejercicio de la función administrativa, máxime si esta opera en su faceta sancionadora, pues más posibilidades se tienen de intervenir en los derechos fundamentales y en consecuencia se deberá actuar con el máximo de mesura⁶⁶².

Ahora bien, el principio de proporcionalidad también constituye un principio interpretativo en el contexto de la función legislativa, pues es el legislador en primera instancia el que en ejercicio del ius puniendi del Estado está llamado a efectuar la ponderación que establezca la balanza racional entre medios y fines constitucionalmente admisibles. Por último, será el juez quien terminará verificando en el caso concreto la proporcionalidad entre las medidas adoptadas y los propósitos buscados con ellas.

214. El principio de proporcionalidad se encuentra íntimamente vinculado a la prohibición de exceso. El principio de proporcionalidad se encuentra relacionado con el principio general de prohibición del exceso⁶⁶³, y este tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales⁶⁶⁴, sobre todo en el ámbito de la potestad punitiva del Estado, porque obliga al

operador a ponderar entre otras circunstancias, la gravedad o levedad de la infracción con la gravedad o levedad de la sanción, para establecer la relación que garantice un equilibrio entre aquella y esta.

215. El principio de proporcionalidad también se encuentra vinculado a la prohibición de defecto. Este principio aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado⁶⁶⁵. Aquí se analiza el límite a la configuración legislativa del Congreso en lo que atañe a la necesaria proscripción de ciertas conductas especialmente lesivas de los derechos de las personas y del interés general, que en ocasiones deberán ser intervenidas por la vía punitiva, pues dada su gravedad, se espera que la consecuencia determinada para tal conducta guarde correspondencia, equilibrio con la afectación padecida, de lo que no resultaría admisible a la luz del principio de proporcionalidad que un homicidio doloso, por ejemplo, fuera sancionado con una multa administrativa, pues allí no habría equilibrio entre la medida que se adopta y la finalidad que se busca con ella.

216. La motivación de la graduación de las sanciones administrativas contribuye a la materialización del principio de proporcionalidad. Ya se advirtió en otro acápite de este libro⁶⁶⁶ que la potestad sancionadora de la Administración es reglada, lo que significa que la autoridad pública que adelanta una investigación por la realización de una conducta calificada como infracción administrativa está sometida a claros patrones jurídicos que le servirán de cauce a su actuación. Con todo, siempre existirá un margen de discrecionalidad que radica en dicha autoridad pública, que le ha sido concedido por el ordenamiento jurídico para que interprete los hechos, las pruebas y las disposiciones jurídicas en procura tanto del respeto de los derechos fundamentales del involucrado como de la realización de los fines fijados por la Constitución Política y por la ley.

Por tal razón, dondequiera que se imponga una sanción administrativa siempre tendrá que estar presente la motivación de la decisión, para evitar precisamente que la discrecionalidad otorgada para alcanzar los fines

señalados se desdibuje convirtiéndose en una patente de corso para la actuación arbitraria de la Administración, de lo que resulta que en tal motivación deberá verse reflejado el análisis sobre la proporcionalidad de la decisión adoptada. Sin motivación resulta difícil confrontar la decisión con un juicio de proporcionalidad, y por ello las decisiones que imponen una sanción administrativa siempre deberán estar motivadas.

217. El principio de proporcionalidad representa una regla básica de equilibrio en el desarrollo de la actividad pública. Esa relación necesaria entre los medios y los fines, constitutiva del fundamento del principio de proporcionalidad, representa la regla básica del equilibrio en el ejercicio de la actividad pública, pues establece límites al quehacer de las autoridades, a quienes les corresponderá tener en cuenta todos los elementos integrantes de tal principio para tomar las decisiones más adecuadas que solo restrinjan en su justa proporción los derechos de las personas.

Esto es particularmente relevante en el campo del derecho punitivo estatal, en donde el principio de proporcionalidad, junto con los otros principios estudiados, cumple un papel limitador de la potestad punitiva del Estado, y es, en consecuencia, una garantía fundamental del ciudadano que será fortalecida con la consagración del principio del debido proceso, tal como se expondrá a continuación.

SECCIÓN VI. EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

218. El debido proceso es un principio que comprende todos los principios desarrollados en este capítulo. La razón por la cual se dejó de último el desarrollo del tema relativo al principio del debido proceso ha sido que de una u otra forma es un principio que recoge o concreta todas las manifestaciones explicadas particularmente en cada uno de los principios analizados en este texto.

Es decir, el debido proceso tiene una estrecha relación con los principios de legalidad, tipicidad, reserva de ley, non bis in idem, presunción de inocencia, culpabilidad y proporcionalidad, hasta el punto de que se podría decir que de alguna forma todos conducen a la concreción del principio del debido proceso⁶⁶⁷.

219. El debido proceso tiene fundamento constitucional explícito. El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia expresamente consagra el principio del debido proceso, y de manera taxativa señala que este se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, lo que implica que todos los derechos que de él emanan, como el derecho de defensa, de contradicción y contradicción de la prueba y el de publicidad, tienen plena aplicación en el ámbito del derecho administrativo sancionador⁶⁶⁸.

220. El debido proceso, a más de ser un principio de toda actividad estatal, constituye un derecho fundamental. El debido proceso es un derecho fundamental y por ende constituye un derecho subjetivo que recae en todas las personas para exigir que las decisiones judiciales y administrativas se sometan a las reglas previstas por el ordenamiento jurídico, en las que se garantice la vigencia de los derechos de contradicción, impugnación y publicidad y, claro está, se respete la legalidad propia de las formas de cada juicio o procedimiento⁶⁶⁹. Al respecto, expresó la Corte Constitucional:

La Constitución consagró el derecho fundamental al debido proceso, entendido este como el conjunto de garantías que procuran la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio. La norma constitucional lo consagra para todo tipo de actuaciones, de manera que las situaciones de controversia que se presenten en cualquier proceso estén previamente reguladas en el ordenamiento jurídico, el cual debe señalar las pautas que procuren el respeto de los derechos y obligaciones de las partes procesales para que ninguna actuación de las autoridades tenga origen en su propio arbitrio, sino que obedezca a los procedimientos descritos en la ley y los reglamentos⁶⁷⁰.

En esta providencia se logra establecer la fuerte relación que existe entre el debido proceso y el principio de legalidad, pues en últimas, modelando las instituciones jurídicas se dará vía a los procedimientos que deben concretar el derecho fundamental del debido proceso; por tal razón, la Corte Constitucional ha afirmado que el debido proceso representa un desarrollo del principio de legalidad, que constituye un límite jurídico al ejercicio de las potestades públicas⁶⁷¹.

221. El principio de publicidad forma parte del principio del debido proceso. El principio de publicidad se traduce en la obligación que tienen las autoridades de informar a la persona interesada sobre cualquier decisión o medida que la pueda afectar, máxime cuando se está en presencia del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, pues la publicidad es la condición necesaria para garantizar el derecho de contradicción y de defensa⁶⁷².

En la Sentencia T-1021 de 2002 la Corte Constitucional aduce sobre este particular aspecto que el derecho de defensa en materia administrativa se traduce en la facultad que tiene el administrado para conocer la actuación o proceso administrativo que se le adelanta e impugnar o contradecir las pruebas y las providencias que le sean adversas a sus intereses. La Administración debe garantizar al ciudadano interesado tal derecho, y

cualquier actuación que desconozca dicha garantía es contraria a la Constitución⁶⁷³.

222. El derecho de contradicción es un elemento fundamental del principio al debido proceso. La posibilidad de que las personas puedan controvertir tanto las pruebas como las decisiones adoptadas en su contra en el campo del derecho administrativo sancionador constituye uno de los pilares del debido proceso⁶⁷⁴, pese a que la Corte Constitucional ha admitido que los derechos de defensa y contradicción pueden verse limitados a fin de dar un mayor alcance a intereses públicos legítimos o a otros derechos fundamentales implicados, en tanto no se desconozca su núcleo y las limitaciones establecidas sean proporcionales y razonables⁶⁷⁵.

223. La legalidad de las formas y del procedimiento forman parte del debido proceso. El debido proceso se convierte en una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites que se han seguir antes de adoptar una determinada decisión, es decir, lo que correspondería a las denominadas “formas de cada juicio”⁶⁷⁶.

Por tal razón, y como garantía de respeto a los principios que lo integran, el proceso se institucionaliza y encausa mediante estatutos escritos que contienen mandatos reguladores de la conducta de las autoridades administrativas o judiciales, encaminados al aseguramiento del ejercicio regular de sus competencias⁶⁷⁷, de suerte que para la persona que está siendo investigada surge el derecho de exigir que su juicio o investigación se adelante conforme a los procedimientos existentes al acto que se le imputa y según las normas vigentes al momento de comisión del comportamiento antijurídico⁶⁷⁸.

224. El principio de no reformatio in pejus también integra el debido proceso. El artículo 31 de la Constitución establece que el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único. Tal disposición, sin embargo, tiene plena aplicabilidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador, por lo que podría

afirmarse que representa una institución general del derecho punitivo y una garantía del debido proceso⁶⁷⁹.

Tradicionalmente se ha argumentado que la razón por la cual no se puede permitir que el superior agrave la sanción del inferior cuando el sancionado ha sido el único apelante se relaciona con el hecho de que el órgano de segunda instancia sorprende al recurrente y mengua sus posibilidades de defensa, lesionando así el debido proceso⁶⁸⁰, porque el apelante con su recurso manifiesta estar en desacuerdo con la decisión impugnada; obviamente lo estará en lo que le sea desfavorable, y ello establecerá la competencia de quien deba resolver el recurso interpuesto⁶⁸¹. Así las cosas, la prohibición de reformatio in pejus constituye una garantía de los derechos de quien se vea enfrentado a la potestad punitiva del Estado.

225. El principio de imparcialidad forma parte del debido proceso. El principio de imparcialidad no solo representa un soporte fundamental del ejercicio de la función jurisdiccional, sino también de la función administrativa, que contiene consagración explícita del artículo 209 de la Constitución, relativo a los principios constitucionales de la función administrativa.

Este principio orientador de toda la actividad pública cobra especial relevancia cuando se está en presencia de la potestad sancionadora de la Administración, pues en este caso las decisiones se tienen que adoptar sin otro propósito distinto del señalado en el ordenamiento jurídico, sin buscar favorecer o perjudicar a los implicados; simplemente se espera que se tomen las decisiones que correspondan según una valoración racional e imparcial de las pruebas, los hechos y, claro está, una interpretación integral de las normas. Solo de esa manera se podrá garantizar que el ejercicio de la actividad punitiva sea compatible con la justicia y la legalidad, para evitar así el abuso y la arbitrariedad de quienes ostentan tan extraordinaria prerrogativa pública⁶⁸².

Ahora bien, en el ámbito del derecho administrativo sancionador los retos en esta materia son mayúsculos, puesto que aquí, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del derecho penal, regularmente quien instruye o adelanta la investigación es a su vez quien adopta la decisión, al menos en

primera instancia, lo cual no supone que necesariamente se ponga en tela de juicio la imparcialidad. Pero debe reconocerse que por alguna razón hoy en el derecho penal se considere como tendencia casi universal que las etapas de instrucción y juzgamiento se encuentren separadas y asignadas a diferentes sujetos, con el propósito de garantizar de la mejor forma posible la imparcialidad de quien habrá de tomar la decisión punitiva. Sobre este particular aspecto, la Corte Constitucional expresó en la Sentencia C-762 de 2009:

El principio de imparcialidad, como parte del debido proceso disciplinario, debe ser entendido como la garantía con la cual se asegura que el funcionario que adelante la investigación, o que conozca de los recursos interpuestos contra las actuaciones adelantadas, obre efectivamente como tercero neutral, tanto ante el sujeto disciplinado como ante la causa misma y el objeto o situación fáctica que se analiza. Un tercero que además deba desarrollar sus competencias, sin prejuicios ni posturas previas que afecten su ánimo y la sana crítica para actuar y en su momento decidir⁶⁸³.

El reto central de quien obra en calidad de autoridad administrativa sancionadora es que asuma el papel de un tercero imparcial a sabiendas de que es, si se quiere, parte dentro de la actuación, y en ocasiones es la directamente afectada con el comportamiento que se pretende reprochar, o la garante y gestora del interés colectivo afectado⁶⁸⁴, o puede tener sesgos ideológicos, y ello necesariamente implica una mayor dificultad para garantizar la imparcialidad del instructor que debe traducirse en la necesidad de extremar las garantías del debido proceso para el implicado y no, por el contrario, de reducirlas.

Uno de los casos más emblemáticos que ponen en evidencia el riesgo del sesgo a la hora de brindar las garantías del debido proceso se halla en el publicitado caso de la señora Piedad Córdoba, en el cual la Procuraduría General de la Nación decretó, practicó y valoró unos medios de prueba en flagrante violación del debido proceso porque su obtención fue claramente ilegal. Así fue reconocido y declarado por la Sala Plena de lo Contencioso-

Administrativo del Consejo de Estado, que anuló los actos sancionatorios emitidos en su contra⁶⁸⁵.

226. La imposición de sanciones de plano desconoce el principio de contradicción y por ende lesiona el debido proceso. La imposición de sanciones o medidas correccionales debe sujetarse a las garantías procesales del derecho de defensa y contradicción. Si la presunción de legalidad de los actos administrativos y los principios de celeridad y eficacia podrían respaldar la imposición de sanciones de plano en defensa del interés general, la prevalencia de los derechos fundamentales y la especificidad del principio de presunción de inocencia aplicable al ámbito de las actuaciones administrativas hacen indispensable que la sanción solo pueda imponerse después de concederle al interesado la oportunidad de ejercer su derecho de defensa. Carece de respaldo constitucional la imposición de sanciones administrativas de plano con fundamento en la comprobación objetiva de una conducta ilegal, a causa del desconocimiento que ello implica de los principios de contradicción y de presunción de inocencia, los cuales integran la esencia del derecho al debido proceso⁶⁸⁶.

227. El debido proceso es una conquista histórica que protege los derechos ciudadanos. Como corolario de todo lo dicho en esta sección, puede decirse que el debido proceso representa una conquista histórica para la protección de los derechos ciudadanos, pues constituye un cauce y a su vez un límite para la actuación estatal, que se ha venido consolidando con los años hasta el punto de que en la actualidad su fundamento constitucional es explícito y su aplicación trasciende del ejercicio de las funciones jurisdiccionales y abarca la totalidad de las actuaciones administrativas. Allí, precisamente en el campo de la potestad sancionadora, el debido proceso se erige como el principio protector por excelencia, que junto con los otros principios estudiados conforma el entramado nomoárquico que debe servir de guía para desarrollar las actividades sancionadoras, cualquiera que sea el ámbito en el que se ejecuten.

228. Consideraciones finales en torno a los principios orientadores de la potestad sancionadora de la Administración. Los principios abordados

en esta sección son una muestra de las principales garantías decantadas a lo largo de los años para procurar el respeto de los derechos de las personas cuando se enfrentan a la potestad punitiva del Estado. Estos principios son aplicados de manera rigurosa en el campo del derecho penal, pero al menos, en el caso colombiano, se ha entendido que su aplicación puede ser matizada en el ámbito del derecho administrativo sancionador, campo en el cual se admite con ciertos supuestos su flexibilización.

Así, por ejemplo, frente al principio de reserva de ley, principio integrante del principio de legalidad, se ha dicho que pese a su aplicación en el campo del derecho administrativo sancionador, puede relativizarse ante la posibilidad de que las autoridades administrativas puedan terminar de configurar los elementos de la conducta objeto de reproche disciplinario, en tanto la norma de rango legal haya previsto los elementos esenciales de la conducta punible, de las sanciones que se van a imponer y del procedimiento previsto.

Frente al principio de tipicidad también se ha admitido en ciertos supuestos su flexibilización, en tanto no se utilicen conceptos jurídicos indeterminados que no puedan integrarse con otras disposiciones jurídicas que permitan establecer el alcance y la extensión de la norma limitativa de derechos. La prohibición de analogía opera en este campo, a menos que sea favorable al ciudadano, tal como ocurre con la aplicación del principio de irretroactividad, que tiene como límite el principio de favorabilidad.

Sobre la aplicación del principio de culpabilidad en el marco del derecho administrativo sancionador, puede decirse que tiene aplicabilidad pero no en los mismos términos del derecho penal, donde con contundencia se afirma que queda proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva, porque en el ámbito del derecho administrativo sancionador se ha admitido su aplicación matizada al permitirse en algunos eventos un esquema de responsabilidad objetiva, y en otros, un esquema de presunción de culpabilidad, lo que evidencia una diferencia fundamental con la aplicación de tal principio en el campo del derecho penal.

De la mano del principio de culpabilidad se presenta el principio de presunción de inocencia, que pese a su consagración constitucional, tiene

excepciones en los casos de los esquemas de responsabilidad objetiva y de presunción de culpabilidad, que desvirtúan la aplicación rigurosa de este principio en el campo del derecho administrativo sancionador.

El principio de non bis in idem es otro claro ejemplo de la aplicación matizada de los principios en el ámbito del derecho administrativo sancionador, puesto que en el derecho colombiano es pacífica la aceptación de que no se viola este principio cuando a raíz de unos mismos hechos se derivan varias consecuencias sancionadoras, con el argumento de que la identidad de causa o de objeto no se presenta por estar reguladas las conductas desde esquemas normativos diferentes.

Por último, frente a los principios de proporcionalidad y debido proceso, se indicó que tienen aplicación en este campo y constituyen límites y patrones para garantizar equilibrio y medida a la hora de adoptar decisiones públicas, además de servir de guía y cauce a la actuación, lo que impide el desbordamiento de las atribuciones con el consecuente sacrificio de los derechos de quienes se vean enfrentados a la potestad punitiva del Estado, cualquiera que sea su manifestación, esto es, penal o administrativa. En conclusión, los principios representan límites previstos para garantizar la libertad y los derechos de las personas frente a los ímpetus de la potestad punitiva estatal.

CAPÍTULO CUARTO

EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y LAS GARANTÍAS HISTÓRICAS DEL DERECHO PUNITIVO ESTATAL. UNA REFLEXIÓN CRÍTICA AL DERECHO SANCIONADOR COLOMBIANO

INTRODUCCIÓN

229. Es pertinente hacer una reflexión crítica en el derecho colombiano sobre la forma como se entienden y aplican las garantías del derecho punitivo en el campo del derecho administrativo sancionador. En el capítulo anterior se dio una mirada a la forma como en Colombia se admite la flexibilización de las garantías históricas del derecho punitivo estatal en el campo del derecho administrativo sancionador. En este capítulo, por su parte, se procurará reflexionar sobre las razones aducidas por la judicatura y la doctrina para pretender alejar o matizar la aplicación de algunos de los principios decantados en la disciplina jurídico-penal del ámbito del derecho administrativo sancionador y se formulará una crítica que permitirá tomar partido por una postura que aplique con más rigurosidad la principialística relacionada al ejercicio de la actividad punitiva del Estado, en la cual la imposición de la sanción administrativa, como afectación a los derechos de los administrados, se aplique solo allí donde se hayan garantizado plenamente todos los derechos del supuesto infractor y en especial las garantías propias del debido proceso.

SECCIÓN I. REFLEXIONES SOBRE EL NON BIS IN IDEM Y SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO

230. La concepción defendida por la doctrina y la judicatura colombianas en torno a la admisibilidad de la derivación de varias sanciones a partir de unos mismos hechos desconoce por regla general la razón de ser de la sanción punitiva. Ya se advirtió en otro apartado del libro que la facultad sancionadora de la Administración se deriva de una construcción teórica según la cual toda autoridad estatal para sancionar a los ciudadanos emana del ius puniendi o poder punitivo del Estado⁶⁸⁷, y que tal potestad le es conferida a este como resultado del acuerdo de los miembros de la sociedad, que ven en ella un mecanismo para garantizar la convivencia y coexistencia, constituyendo la consecuencia lógica de la organización política y una herramienta para el control social⁶⁸⁸.

También se planteó que a causa de la existencia de un gran interés a lo largo de la historia por identificar los fines de la sanción punitiva se han presentado grandes confrontaciones doctrinarias evidenciadas en la multiplicidad de concepciones que han procurado la justificación y la definición sobre la finalidad de la sanción punitiva⁶⁸⁹, pero que a pesar de ello resulta plausible sostener que su finalidad, en el contexto del Estado social de derecho, no podría estar centrada en la venganza o en el simple castigo, sino en su función preventiva y protectora de ciertos bienes jurídicos⁶⁹⁰, además de la función resocializadora, cuando fuere del caso⁶⁹¹, pues en el ámbito histórico actual los mecanismos de control social desde el punto de vista punitivo tienen que apuntar tanto a la protección de la organización social como de los derechos fundamentales de quienes se vean enfrentados a la faceta sancionadora del Estado⁶⁹².

Ahora bien, reconociendo de igual forma que no existen diferencias sustanciales entre la infracción administrativa y el delito⁶⁹³, ya que quien determina en un momento dado si una conducta merece un juicio de

reproche desde la perspectiva del derecho penal o del derecho administrativo sancionador es el legislador en ejercicio de su amplia libertad de configuración legislativa⁶⁹⁴, se puede concluir que la aceptación de la derivación de varias consecuencias sancionatorias a partir de la realización de unos mismos hechos desconoce por regla general la razón de ser de la sanción punitiva, puesto que la función de esta se puede cumplir con la utilización de cualquiera de las vías establecidas para el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, esto es, la penal o administrativa, y por tal razón, permitir sin más ni más una doble sanción sobrepasa los propósitos que justifican la potestad sancionadora del Estado mismo.

231. El principio de non bis in idem permite que a raíz de unos mismos hechos se puedan derivar varios tipos de consecuencias jurídicas, en tanto no tengan un propósito punitivo. Las limitaciones implícitas que representa el non bis in idem se refieren de manera exclusiva a la derivación de las consecuencias sancionatorias que le siguen a la realización de un acto, es decir, a la posibilidad de la imposición de una sanción punitiva tras la realización de una conducta elevada previamente a la categoría de infracción penal o administrativa, o en efecto, al inicio de la investigación en sí misma.

Por tal razón, como se expuso en otro apartado⁶⁹⁵, es fundamental distinguir las consecuencias adversas que se derivan de ciertas actuaciones de un sujeto de las consecuencias que en estricto sentido encajan dentro de la lógica de la sanción punitiva.

232. No es contrario al principio del non bis in idem que a partir de un mismo hecho se deriven consecuencias de naturaleza sancionatoria y resarcitoria. Los propósitos de la sanción desde el punto de vista penal o administrativo son comunes, es decir, se orientan a varios fines, entre los que destacan los fines preventivos, protectores de bienes jurídicos y, claro está, eventualmente los resocializadores. La sanción punitiva no busca la reparación de los perjuicios ocasionados como consecuencia de la conducta infractora, con independencia de que esta pueda consistir en una sanción pecuniaria, mientras que por su parte, las medidas de reparación o indemnización están encaminadas a la asunción de las consecuencias derivadas del daño, es decir, al resarcimiento o

reparación de los perjuicios ocasionados y no a la sanción de quien los haya generado, con independencia de que ello le acarree una consecuencia desfavorable al responsable con la obligación de reparar.

Por tal razón, y como lo sostiene el profesor Juan Carlos Henao, “el daño es la causa de la reparación y la reparación la finalidad última de la responsabilidad civil”⁶⁹⁶, lo que evidencia que tanto desde la perspectiva de sus causas como de los propósitos buscados, existen profundas diferencias entre las consecuencias sancionatorias y resarcitorias de un hecho, pues mientras la causa de la reparación o indemnización es la previa ocurrencia del daño, la causa de la imposición de una sanción es la realización de una conducta previamente elevada a la categoría de infracción penal o administrativa merecedora del reproche punitivo, por lesionar o amenazar un bien jurídico tutelado desde el punto de vista punitivo.

Por eso, cuando una persona quebranta la normativa de tránsito y a raíz de ello ocasiona lesiones a otra, deberá asumir las consecuencias desde el punto de vista punitivo y civil, pues por una parte estará expuesta a la imposición de la sanción correspondiente, y por otra, a la obligación de reparar integralmente los perjuicios ocasionados, lo que de ninguna manera implica una violación del principio de non bis in idem⁶⁹⁷.

En efecto, en el anterior ejemplo sería posible que el infractor también se viera obligado a asumir las consecuencias penales de su conducta, pero aquí sería necesario distinguir que en todo caso la razón de la responsabilidad penal derivaría no de la infracción de tránsito en sí misma, sino de las lesiones personales causadas a la otra persona —delito de lesiones personales—, lo que claramente demuestra que en esta hipótesis la causa de la responsabilidad penal sería distinta de la que desencadena la responsabilidad administrativa, y por ende podrían coincidir los dos sistemas punitivos porque no tendrían fundamento en la misma circunstancia.

En igual sentido, si un funcionario público en ejercicio de gestión fiscal causa un detrimento patrimonial al Estado y a su vez infringe la normativa disciplinaria, se podría ver enfrentado de manera simultánea al procedimiento de responsabilidad fiscal, cuyo propósito es en esencia

reparatorio del patrimonio público, y al procedimiento disciplinario, que es de carácter sancionatorio.

233. La realización de una conducta constitutiva de violación al régimen de inhabilidades o incompatibilidades puede dar lugar a varias consecuencias jurídicas, pero no desde el punto de vista punitivo. El ordenamiento jurídico establece una serie de restricciones para los servidores públicos encaminadas a garantizar su imparcialidad y rectitud en el ejercicio de sus funciones. Tal es el caso del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, cuya violación bien puede acarrearle al sujeto varios tipos de consecuencias jurídicas como, por ejemplo, las presentadas desde el punto de vista disciplinario tras la comisión de la infracción y, al mismo tiempo, dicha circunstancia constituir la causa para la declaración de nulidad del acto de elección, según el caso.

Si en el campo disciplinario se busca la imposición de una sanción, en el ámbito de la nulidad electoral se pretende el mantenimiento de la legalidad de la actuación en sentido abstracto, por lo que existen profundas diferencias entre los propósitos buscados en ambos ámbitos, y por tal razón pueden darse de manera simultánea en principio sin ningún inconveniente⁶⁹⁸.

No obstante, el hecho de que en algunos eventos las causales de nulidad electoral sean comunes con las de pérdida de investidura, como ocurre por ejemplo con la violación del régimen de inhabilidades, ha generado tensiones y contradicciones internas entre las propias cortes de justicia, como ocurrió en el caso de la exsenadora Martha Lucía Ramírez, a quien mediante sentencia del 6 de julio de 2009^[699] la Sección Quinta del Consejo de Estado decidió anularle la elección como senadora de la República, al considerar que incurrió en la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, en tanto que la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo decidió, mediante sentencia del 19 de enero de 2010, denegar la solicitud de pérdida de investidura que se fundamentaba exactamente en la misma causal⁷⁰⁰.

Lo controvertido de este episodio fue que el propio Consejo de Estado dictaminó que la citada exsenadora incurrió en la causal de inhabilidad al celebrar un contrato dentro del término de la inhabilidad y que ello justificaba la nulidad de su elección, y a renglón seguido en la otra providencia argumentó que dicho contrato no se había celebrado dentro del término de la inhabilidad y que por tal razón no se hacía merecedora de la pérdida de investidura⁷⁰¹.

Con todo, y al margen de las tensiones que se pueden presentar en casos como el referenciado, es importante precisar que de todas formas los propósitos disciplinarios de la pérdida de investidura y los propósitos buscados con la nulidad electoral son en esencia diferentes. Sin embargo, se reconoce que en buena hora con la expedición de la Ley 1881 de 2018, por medio de la cual se “actualizó” el procedimiento de pérdida de investidura, se solucionó en gran medida la problemática señalada al preverse en el parágrafo del artículo 1.º que se garantizaría el non bis in idem y que, por tanto, cuando una misma conducta hubiera dado lugar a una “acción” electoral y a una de pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo haría tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso⁷⁰².

Cosa bien distinta debe concluirse cuando se está en presencia de la violación del régimen de inhabilidades de parte de un miembro de corporación pública de elección popular, como por ejemplo un congresista, porque la Constitución Política prevé con toda precisión en el numeral 1 del artículo 183 que ello constituiría una causal de pérdida de investidura y de manera paralela el artículo 36 de la Ley 734 de 2002 y el artículo 40 de la Ley 1952 de 2019 establecen que las inhabilidades previstas en la Constitución o en la ley se entienden incorporadas al estatuto disciplinario, por lo que la realización de una conducta representativa de una violación al régimen de inhabilidades también constituiría una falta disciplinaria en los términos del estatuto disciplinario.

En este último caso, la conducta que daría lugar tanto a la pérdida de investidura como a la sanción disciplinaria sería exactamente la misma, es decir, la conducta constitutiva de la violación al régimen de inhabilidades. El sujeto sería el mismo, para el caso en comento, el congresista, y en cuanto a la causa, no cabría ninguna duda de que el propósito del

establecimiento de dicho régimen de inhabilidades sería idéntico, con independencia de quién impusiera la sanción, de lo que resulta que tanto la declaración de pérdida de investidura como la sanción disciplinaria impuesta tendrían una misma naturaleza y finalidad, es decir, sería sancionatoria y su propósito sería la tutela de un mismo bien jurídico, por lo que no podría admitirse que coexistieran los dos procedimientos sancionatorios con fundamento en un mismo hecho, máxime cuando en últimas la pérdida de investidura es también en sí misma una sanción disciplinaria⁷⁰³, solo que impuesta en el contexto de la función jurisdiccional.

234. En Colombia se afirma sin discusión que la realización de una misma conducta puede dar lugar a dos tipos de sanciones disciplinarias diferentes. Según la Corte Constitucional, no existe violación del principio de non bis in idem en aquellos casos en los cuales de la misma conducta se deriva la iniciación de un proceso de pérdida de investidura y uno disciplinario, es decir, dos procesos disciplinarios. Ejemplo de lo anterior está representado en la Sentencia T-147 de 2011, en la que hizo gala de todos los argumentos posibles para diferenciar lo indistinguible que era la razón de ser del régimen de inhabilidades previsto para los congresistas en la Constitución y el régimen de inhabilidades establecido por la Ley 734 de 2002, que tienen el mismo propósito de protección.

El caso que dio lugar a esta sentencia podría resumirse de la siguiente manera: cierto representante a la Cámara⁷⁰⁴ perdió la investidura de congresista decretada por el Consejo de Estado, lo cual le acarreó una inhabilidad permanente para desempeñar cargos públicos de elección popular. Sin embargo, con posterioridad a dicha decisión se inscribió como candidato a la Asamblea Departamental y en efecto resultó elegido. Una ciudadana presentó demanda de pérdida de investidura ante el Tribunal Administrativo competente por la violación del régimen de inhabilidades y, de manera sorprendente, se negaron las súplicas de la demanda, argumentando que a tal servidor público no le era aplicable la inhabilidad prevista en la Ley 617 de 2000, pues su sanción fue impuesta con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley.

Con posterioridad a esos hechos, la Procuraduría dio inicio a un procedimiento disciplinario por violación del régimen de inhabilidades al hacerse elegir como diputado estando supuestamente inhabilitado, que terminó con la imposición de la sanción de destitución del cargo de diputado y de inhabilidad general por un término de quince años.

Esa decisión motivó la presentación de una tutela con el propósito de restablecer los derechos fundamentales del sancionado, y mediante fallo de primera instancia, el Consejo Seccional de la Judicatura decidió tutelar los derechos al debido proceso, a ser elegido y al desempeño de funciones públicas. Dicha providencia fue confirmada por el Consejo Superior de la Judicatura en su sala Jurisdiccional Disciplinaria, organismo que adujo entre otras cosas la violación del principio de non bis in idem.

Fue esta decisión la que condujo a la revisión del fallo de tutela por la Corte Constitucional y a la expedición de la Sentencia T-147 de 2011, en la que se expresó:

No por tener sustento en un mismo presupuesto fáctico una actuación de lo contencioso administrativo y un proceso disciplinario, se incurre en vulneración del principio de non bis in idem. En el presente caso, aunque los hechos son los mismos, no existe identidad de causa ni de objeto para entender violentado el referido principio. En efecto, aunque la persona sujeta a los dos procesos es el acá accionante, lo cierto es que la causa y objeto tanto del proceso de pérdida de la investidura como del proceso disciplinario son diferentes. La causa y objeto de la pérdida de investidura hace relación a la determinación de responsabilidad política en aras de salvaguardar la dignidad del cargo público que se desempeña, la confianza de la sociedad que eligió y la institucionalidad de la corporación a la que se pertenece. El proceso disciplinario determina la responsabilidad disciplinaria, esencialmente subjetiva, es decir, requiere la demostración de dolo o culpa en el actuar; situación que no necesariamente se presenta en la pérdida de la investidura; se protege la moralidad pública, la transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia en el desempeño de un cargo, empleo o función pública⁷⁰⁵.

En esta providencia la Corte Constitucional afirmó que la causa y el objeto tanto de la pérdida de investidura como del proceso disciplinario eran diferentes y que por tanto era constitucionalmente válido establecer dos tipos de consecuencias disciplinarias a partir de la violación del régimen de inhabilidades.

Los argumentos expuestos por la Corte Constitucional han sido en gran medida sostenidos también por el Consejo de Estado, organismo que en otras oportunidades ha planteado la existencia de diferencias entre la pérdida de investidura y la sanción disciplinaria. Por ejemplo, en sentencia del año 2009, la Sección Primera de la corporación sostuvo:

Así mismo reitera que la acción de pérdida de investidura es autónoma frente a las demás acciones que puedan originarse por los hechos que se encuadren en las causales previstas para ella, como son las acciones disciplinarias, las de nulidad electoral y las penales; es así como por ejemplo, la acción disciplinaria es de carácter correctivo, se da en sede administrativa y por ende no hace tránsito a cosa juzgada, mientras que la de pérdida de investidura es de carácter jurisdiccional y su decisión produce efecto de cosa juzgada. La acción de pérdida de la investidura tiene como propósito primordial procurar el comportamiento ético de quienes ejercen poder político a través de las corporaciones públicas de elección popular, de suerte que su conducta y decisiones en el ejercicio de las mismas se ajusten ante todo al interés general y al bien común, de allí que las consecuencias de la pérdida de la investidura sean de índole política. Por consiguiente, la Sala desestima lo afirmado por el demandado, que considera que si prosperan las pretensiones se viola el principio non bis in idem⁷⁰⁶.

Es decir, de acuerdo con el Consejo de Estado, tampoco cabe la menor duda de que no se vulnera el non bis in idem en este tipo de eventos.

235. Existen diferencias entre la pérdida de investidura y la sanción disciplinaria. La primera diferencia que existe en este campo es de carácter orgánico y gira en torno al titular de la competencia para adelantar uno y otro procedimiento sancionador. Así, mientras que la competencia para adelantar el procedimiento de pérdida de investidura radica de manera exclusiva en el Consejo de Estado⁷⁰⁷ o en los tribunales administrativos⁷⁰⁸, la competencia para adelantar investigaciones de naturaleza eminentemente disciplinaria recae en la Procuraduría General de la Nación, las personerías municipales y distritales, las oficinas de control interno disciplinario y demás funcionarios y organismos autorizados por la ley⁷⁰⁹. De la mano de esta diferencia viene la distinción frente a los procedimientos que se siguen en uno y otro caso, pues son sustancialmente diferentes según las distintas leyes que regulan la materia⁷¹⁰.

La segunda diferencia se relaciona con la naturaleza de la función en la cual se desarrolla, porque el procedimiento de pérdida de investidura se presenta en el contexto de la función jurisdiccional, en tanto que la actuación disciplinaria, por regla general, en el contexto de la función administrativa, salvedad hecha del caso de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior y Seccional de la Judicatura⁷¹¹, que en su función de disciplinar a los funcionarios judiciales y abogados ejerce una función de naturaleza jurisdiccional y no administrativa. De esta distinción se deriva que la decisión que decreta la pérdida de investidura es de naturaleza judicial, es decir, una auténtica sentencia judicial, y que la decisión que impone una sanción disciplinaria es un acto administrativo, de lo cual también se desprende que la decisión que decreta la pérdida de investidura haga tránsito a cosa juzgada, en tanto la que impone la sanción disciplinaria en estricto sentido no, pues por constituir un acto administrativo bien podría ser revisada en instancia judicial⁷¹².

La tercera diferencia se relaciona con los sujetos a quienes se les puede decretar la pérdida de investidura y a quienes se les puede imponer la sanción disciplinaria, pues la primera solo está dirigida a los miembros de corporaciones públicas de elección popular⁷¹³, y la segunda tiene como destinatario a cualquier servidor público y, en efecto, a particulares en ciertas circunstancias⁷¹⁴.

La cuarta diferencia, por su parte, radica en las circunstancias que dan lugar a una u otra sanción, en la medida en que las causales de pérdida de investidura tienen que estar expresamente señaladas en la Constitución⁷¹⁵ o en la ley⁷¹⁶, según el caso, en tanto las faltas disciplinarias pueden estar señaladas de manera expresa en la ley, como se presenta en el caso de las faltas disciplinarias gravísimas⁷¹⁷, o ser la consecuencia del incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley, en cuyo caso se dará lugar a la configuración de las faltas graves y leves⁷¹⁸.

La quinta diferencia se funda en que la pérdida de investidura genera una inhabilidad permanente para ejercer ciertos cargos públicos de elección popular, mientras que la sanción disciplinaria puede o no estar acompañada de inhabilidad. Si es una sanción de destitución, por ejemplo, tendría una sanción accesoria de inhabilidad que oscilaría entre los diez y los veinte años en términos generales.

La sexta diferencia es que la investigación disciplinaria puede iniciar de oficio o mediante denuncia formulada por cualquier servidor público o cualquier persona, en tanto el trámite de pérdida de investidura no puede iniciar de oficio y requiere la presentación de demanda, bien sea de cualquier ciudadano, la mesa directiva de la respectiva corporación o, en efecto, la propia Procuraduría General de la Nación.

Por último, se plantea que la pérdida de investidura es un instrumento de participación ciudadana y de control político que tienen los ciudadanos sobre sus delegados a los cuerpos colegiados de representación popular, en tanto la sanción disciplinaria tan solo busca garantizar una adecuada conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. Esta diferencia, sin embargo, justifica un análisis de mayor profundidad⁷¹⁹.

236. A pesar de existir diferencias entre la pérdida de investidura y el trámite disciplinario ordinario, algunas causales son comunes a ambos esquemas sancionadores. En algunos casos existe coincidencia total entre la causal de pérdida de investidura y la falta disciplinaria, tal

como ocurre con la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses, pues el artículo 183 de la Constitución Política, en el caso de las causales de pérdida de investidura de los congresistas, y el artículo 55 de la Ley 136 de 1994, en armonía con el artículo 148 de la Ley 617 de 2000, en tratándose de los demás miembros de corporaciones públicas de elección popular, elevan a la categoría de causal de pérdida de investidura la presentación de tales circunstancias, mientras que el artículo 23 de la Ley 734 y el artículo 26 de la Ley 1952 de 2019 establecen con toda claridad que constituye falta disciplinaria la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en esos códigos, entre los cuales resalta la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses señalados en la Constitución y en la ley.

Ello significa que el fundamento de la infracción disciplinaria sustentado en la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses en el que incurra un miembro de una corporación pública de elección popular está en la Constitución o la ley, y será a su vez el fundamento para adelantar un trámite de pérdida de investidura.

237. No existen diferencias entre los propósitos que justifican el reproche punitivo por la violación del régimen de inhabilidades en el trámite de la pérdida de investidura y de la investigación disciplinaria. Si el estatuto disciplinario de manera expresa remite a la Constitución o a la ley para definir lo que constituye una causal de inhabilidad y en consecuencia una falta disciplinaria por su desconocimiento y esta es a su vez causal de pérdida de investidura, ello significa ni más ni menos que el fundamento jurídico para la sanción es el mismo, pues en ambos casos se fundamenta en la misma disposición normativa.

Al redactarse por ejemplo el numeral 4 del artículo 179 de la Constitución Política, que establece una inhabilidad para ser congresista a quien haya perdido tal investidura, se dispone al mismo tiempo de manera virtual una falta disciplinaria en la que incurriría quien a pesar de dicha inhabilidad se hiciera elegir como congresista.

Este ejemplo permitiría reflexionar sobre si el constituyente al momento de la redacción de la citada inhabilidad estaba pensando en dos propósitos sustancialmente distintos desde el punto de vista punitivo, que es lo que al parecer ha entendido la Corte Constitucional, o por el contrario, buscaba lo que se puede pretender evitar con el establecimiento de las restricciones que la inhabilidad acarrea para el congresista en procura de garantizar la dignidad del cargo público y evitar el daño que su transgresión puede ocasionarle al Congreso y al interés colectivo⁷²⁰.

Es decir, la finalidad de la inhabilidad no la da el investigador; la finalidad de la inhabilidad está justificada por el creador de la disposición, que en el caso concreto es el constituyente o el legislador. De ello resulta que con el establecimiento de dicha inhabilidad no se busca el simple cumplimiento de todos los principios constitucionales de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la carta política, argumento al que se suele acudir, sino que se tiene un propósito claro de garantizar la dignidad del cargo, el respeto a la norma, el interés colectivo, que será igual, con independencia de que el juicio de reproche lo haga el Consejo de Estado o la Procuraduría.

Al respecto vale la pena traer a consideración los argumentos expresados en la Asamblea Nacional Constituyente para justificar el establecimiento del régimen de inhabilidades:

5.1. Inhabilidades para la elección: es indispensable evitar que se utilicen los factores de poder del Estado con fines electorales. Para ello, debe contemplarse que quienes tienen posibilidad de disponer de recursos oficiales o nombrar empleados o tienen acceso a otros factores con los que podrían manipular a los electores, estén impedidos para presentarse como candidatos a cargos de elección popular. El régimen de inhabilidades debe además impedir que personas indignas lleguen a tales cargos y que se utilice la fuerza electoral de uno para arrastrar a sus parientes más cercanos y crear dinastías electorales. En estos conceptos la comisión fue unánime aunque se presentaron algunas diferencias en el tratamiento de temas determinados, especialmente por cuanto algunos delegatarios consideraron que la inhabilidad de seis meses no debía extenderse a todos los empleados

públicos y trabajadores oficiales sino únicamente a los de jurisdicción, autoridad, mando y confianza⁷²¹.

En síntesis, no existen diferencias entre la finalidad de la inhabilidad a partir de la autoridad competente para imponer la sanción, pues las razones que llevaron al constituyente a establecerla fueron indivisibles y apuntaron a incluir tal restricción como mecanismo para garantizar la moralidad pública, el decoro y dignidad del cargo, el respeto de la norma y el interés colectivo, de lo que resulta que los argumentos establecidos para respaldar la supuesta distinción se hacen en exceso artificiosos y para lo único que han servido es para justificar el doble ámbito sancionador. La inhabilidad es la misma, las únicas diferencias son de tipo formal o procedimental y todas son posteriores a su presentación.

238. Suele decirse que la pérdida de investidura es un mecanismo de participación ciudadana, un auténtico instrumento de control político, y que ello representa la más evidente diferencia con la sanción disciplinaria. Este argumento es reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁷²² y del Consejo de Estado⁷²³. Empero, valdría la pena hacer algunas reflexiones en torno a él.

Sin duda alguna, el hecho de que la Constitución Política y la ley prevean que cualquier ciudadano puede promover una demanda de pérdida de investidura contra un miembro de corporaciones públicas de elección popular constituye un espacio de participación ciudadana y de alguna forma el ejercicio de un derecho político reservado en principio, solo en principio, a los ciudadanos. Sin embargo, el sistema jurídico colombiano es prolífico en el establecimiento de medios de control que en realidad no exigen la condición de la ciudadanía para poderlos utilizar en procura de ejercer un control a la actividad estatal o a las decisiones públicas, y por tal razón garantizan en mejor forma la participación popular, al establecer que cualquier persona puede hacer uso de ellos. Luego ello implicaría que prácticamente todas las vías procesales que admitan tanto a ciudadanos como a personas para tratar de garantizar un control al Estado o sus agentes terminarían siendo mecanismos de participación ciudadana o popular, según el caso.

Por otra parte, la ley disciplinaria establece que la acción disciplinaria se podrá ejercer de oficio o por queja formulada por cualquier persona, que aunque vería limitada su participación solo a la denuncia o al aporte de pruebas, también, de algún modo, estaría ejerciendo un derecho de participación o cuando menos de control frente al miembro de la corporación pública denunciado.

Ahora bien, la pérdida de investidura no solo puede ser presentada por un ciudadano, sino también por la mesa directiva de la respectiva corporación y, en efecto, por la propia Procuraduría. Valdría la pena preguntar si en estos dos últimos casos también se está en presencia de un mecanismo de participación política ciudadana, a pesar de que ningún ciudadano formuló la demanda.

Con respecto al argumento de que la pérdida de investidura es un instrumento de control político, sería menester precisar qué se está entendiendo por la expresión “control político”, ya que resulta cuando menos extraño que el control político se haga en el contexto de la función punitiva del Estado con fundamento en causales taxativamente señaladas en la Constitución y en la ley y por medio de la función jurisdiccional.

El control político históricamente lo ha ejercido el órgano legislativo al Ejecutivo. A él se refiere de manera expresa tanto la Constitución⁷²⁴ como la Ley 5.^a de 1992 en su numeral 3, en el que expresamente se dice que el Congreso tiene función de control político “para requerir y emplazar a los ministros del Despacho y demás autoridades y conocer de las acusaciones que se formulen contra altos funcionarios del Estado. La moción de censura y la moción de observaciones pueden ser algunas de las conclusiones de la responsabilidad política”.

El surgimiento del control político se dio en los sistemas de gobierno parlamentarios, especialmente en Inglaterra, donde se desarrolló la figura del impeachment, mecanismo mediante el cual la Cámara de los Comunes reprochaba las actuaciones de un ministro de la Corona ante la Cámara de los Lores por malos manejos de las funciones públicas, con la salvedad de que no se podía hacer lo mismo en contra de los monarcas y los jueces, y que incluso podía generar sanciones penales⁷²⁵.

En los Estados Unidos, la figura del impeachment está prevista expresamente en el artículo 2.º de la Constitución, sección cuatro, que establece: “The President, Vice President and all civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors”⁷²⁶.

En virtud de tal disposición, la Cámara de Representantes decide por votación si realiza una acusación formal o no contra el funcionario ante el Senado; en caso de presentarla, le corresponderá al Senado adelantar el juicio correspondiente, que podrá concluir con la condena o absolución. La condena implica el retiro del cargo y la imposibilidad de retornar al ejercicio de la función pública. La decisión del Senado es inapelable⁷²⁷.

En la actualidad es común que en los Estados se establezcan mecanismos que garanticen el control político, como sucede en España⁷²⁸, Argentina⁷²⁹, Alemania⁷³⁰ y Francia⁷³¹, tan solo para citar algunos ejemplos, en los que se ha desarrollado la figura de la moción de censura como instrumento por excelencia del control político.

En Colombia, por su parte, pese a la existencia de un fuerte régimen presidencialista, la moción de censura se ha fortalecido, al menos desde el punto de vista normativo, al establecer que junto al Congreso de la República, tanto las asambleas departamentales como los concejos municipales pueden hacer uso de ella en sus respectivas entidades territoriales⁷³².

Como puede notarse, cada vez que se habla de control político se alude al control realizado al órgano ejecutivo, al Gobierno, por el legislador, diseñado como un mecanismo para morigerar la concentración del poder y para garantizar hasta cierto punto su control, pero en ninguna parte se refiere a un control efectuado por los jueces a los miembros del Congreso, es decir, a los representantes del pueblo, por lo que esa tradicional comparación de la pérdida de investidura colombiana con la figura del impeachment, al sostener que el juicio de pérdida de investidura es político, denota la equivocada interpretación de la figura del derecho anglosajón.

El juicio derivado que se efectúa en el contexto de un procedimiento de pérdida de investidura es en estricto sentido un juicio jurídico y además

punitivo, pues las razones de oportunidad y conveniencia, tan propias del medio político, deben estar ausentes del debate probatorio que se debe seguir en la instancia judicial para definir si un congresista, por ejemplo, se hace merecedor o no de la más drástica sanción disciplinaria impuesta a un servidor público.

239. La responsabilidad disciplinaria en el trámite de la pérdida de investidura, al igual que el procedimiento disciplinario administrativo, debe ser subjetiva. En algunas oportunidades la Corte Constitucional ha vacilado al determinar el régimen de responsabilidad aplicable en el trámite de la pérdida de investidura de un miembro de corporación pública de elección popular, dando a entender, sin afirmarlo expresamente, que en la pérdida de investidura podría tener cabida un régimen objetivo de responsabilidad⁷³³.

También el Consejo de Estado había sido ambivalente al abordar el tema, pues en algunos eventos ha reconocido que el régimen de responsabilidad aplicable a la pérdida de investidura es de naturaleza subjetiva, mientras que en otros ha dado lugar a interpretaciones diferentes en las que al parecer toma partido por la tesis que aboga por un régimen objetivo de responsabilidad. Ejemplo de la primera posición se evidencia en la providencia del 1.º de junio de 2010, en la que expresó sobre el particular lo siguiente:

Siendo una acción de naturaleza sancionatoria, está gobernada por principios como el de legalidad, tanto de las conductas que la originan —las que en la medida en que afectan el derecho a la libertad son de interpretación restrictiva— como de la sanción que se impone, que no puede ser otra que la desinvestidura. Su resolución está determinada por la prueba de circunstancias que encuadren dentro de las descritas por la Constitución así como por la presencia de una responsabilidad subjetiva, pues implica el análisis de las condiciones en las que se incurre en las conductas que se erigen en causales de desinvestidura⁷³⁴ [bastardilla fuera de texto].

En esta providencia expresó con toda claridad la alta corporación judicial que teniendo en cuenta que la pérdida de investidura tiene una naturaleza sancionadora, la decisión de decretarla tiene que estar apoyada en la presencia de un régimen de responsabilidad subjetiva, pues se deben analizar las circunstancias o condiciones que rodearon las conductas objeto de reproche punitivo.

También en otra oportunidad la Sección Primera del Consejo de Estado determinó en un caso en el que objetivamente hablando se había configurado la causal de pérdida de investidura de un concejal por no tomar posesión de su cargo dentro de los tres días siguientes a la fecha de instalación del Concejo que pese a no presentarse una causal de fuerza mayor que le sirviera de excusa para tal omisión, el demandado estaba en el deber de no posesionarse por encontrarse inhabilitado para ejercer cargos públicos. En este caso, el Consejo de Estado analizó las razones de la conducta del concejal y las encontró justificadas, razón por la cual revocó una sentencia de primera instancia que había decretado la pérdida de investidura⁷³⁵.

En efecto, en sentencia del 27 de julio de 2010, la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo reconoció de manera expresa que sobre el aspecto subjetivo de la responsabilidad no existía en la corporación un criterio uniforme o explícito. Al respecto, manifestó:

[...] La Sala no ha sido explícita ni uniforme en señalar la intencionalidad o elemento subjetivo como un elemento determinante de la causal de pérdida de investidura que se analiza —violación del conflicto de intereses— entendido como 1) “el saber” de la existencia de un impedimento que conduciría a un choque entre el interés propio del congresista y el interés general que orienta el ejercicio de sus funciones legales o 2) el “querer” actuar en su correspondiente cámara, a pesar de dicho conocimiento⁷³⁶.

En esta sentencia se expresó además:

Están por tanto presentes los explicados elementos que determinan el conflicto de intereses toda vez que se produjo la colisión entre el señalado interés directo del congresista y el interés público; y se acreditó incluso un elemento subjetivo que, si bien no ha sido uniformemente exigido por la Sala Plena de esta corporación, lo cierto es que se configuró claramente en el presente caso y se demostró fehacientemente⁷³⁷.

Es decir, en esta providencia el Consejo de Estado con cierto recelo adoptó un criterio amparado en un régimen de responsabilidad subjetiva, pero demostró alguna prevención en tomar partido explícito por tal exigencia frente al trámite de la pérdida de investidura.

Todo lo anterior evidencia que las altas cortes de justicia no habían asumido con claridad una posición al respecto, a pesar de existir los suficientes argumentos para defender la tesis de que la responsabilidad disciplinaria implícita en el trámite de pérdida de investidura debe guiarse necesariamente por un régimen subjetivo de responsabilidad que valore los elementos subjetivos de la conducta, porque en esta materia debe ser proscrita la posibilidad de responsabilidad objetiva a la luz tanto del artículo 29 de la Constitución Política como del propio código disciplinario, que de manera expresa consagra tal prohibición.

Nótese que en el trámite de pérdida de investidura el juicio de reproche no es político, como suele decirse, sino punitivo en su modalidad disciplinaria y de efectos sumamente invasivos de los derechos fundamentales de quien se vea afectado por tal medida, de lo que resulta que la imposición de la sanción debe estar precedida de las garantías propias del debido proceso.

Por tal razón, deben aplicarse los argumentos otrora esgrimidos por la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 14 de la Ley 200 de 1995, que establecía que las faltas disciplinarias solo eran sancionables a título de dolo o culpa. En aquella oportunidad el alto tribunal sostuvo:

La sujeción que debe el derecho disciplinario a la Constitución implica que además de garantizar los fines del Estado social de derecho, debe reconocer los derechos fundamentales que rigen nuestro ordenamiento jurídico, siendo la culpabilidad uno de ellos según lo consagrado en el artículo 29 Superior en virtud del cual “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”.

Es decir, que en nuestro sistema jurídico ha sido proscrita la responsabilidad objetiva y, por lo tanto, la culpabilidad es “[s]upuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan solo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga”. Principio constitucional que recoge el artículo 14 del C. D. U. acusado, al disponer que “en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa”. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación al señalar que “el hecho de que el Código establezca que las faltas disciplinarias solo son sancionables a título de dolo o culpa, implica que los servidores públicos solamente pueden ser sancionados disciplinariamente luego de que se haya desarrollado el correspondiente proceso —con las garantías propias del derecho disciplinario y, en general, del debido proceso—, y que dentro de este se haya establecido la responsabilidad del disciplinado”⁷³⁸

Evidenciando que en el derecho disciplinario el aspecto subjetivo relativo a la culpabilidad constituye un baluarte inquebrantable del debido proceso y un derecho fundamental de quien se encuentre sometido a los rigores de la investigación, de lo que se deriva que si la pérdida de investidura tiene una naturaleza disciplinaria, no existiría razón para exceptuarla de tal consideración, y por ende, los miembros de corporaciones públicas de elección popular tienen el derecho a que se les aplique en condiciones de igualdad un régimen de responsabilidad subjetiva en el que el dolo o la culpa sea el fundamento para la imposición de la sanción.

Por fortuna, con la expedición de la Ley 1881 de 2018 se soluciona de una vez por todas el debate antedicho, pues de forma explícita se consagra en el artículo 1.º que el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva y que por tal razón se analizará si la conducta realizada por el congresista o el miembro de corporación pública se desplegó en su modalidad dolosa o culposa⁷³⁹.

240. En Colombia también se acepta sin discusión que a raíz de una misma conducta se pueda derivar la realización tanto de un delito como de una infracción administrativa. En el derecho colombiano se ve con normalidad que de la realización de una misma conducta se puedan derivar tanto consecuencias penales como administrativas, es decir, que se pueda generar una infracción penal y al mismo tiempo administrativa y, en consecuencia, hacerse merecedor a los dos tipos de sanciones. Ejemplo de ello lo constituye el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que dispone como falta disciplinaria gravísima⁷⁴⁰: “1) Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo”. Sobre esta causal, la Corte Constitucional se ha pronunciado estableciendo lo siguiente:

Para la demandante la aplicación del numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, requiere la participación de una autoridad judicial quien calificaría si la conducta por la cual se ha iniciado el proceso corresponde a un delito. Esta forma de interpretar el precepto demandado no corresponde a lo establecido por el legislador, pues en él quedó previsto que se consideran faltas gravísimas aquellas que atiendan a los siguientes supuestos: 1) que se trate de una conducta objetivamente descrita por la ley como delito; 2) que la misma conducta punible sea sancionable a título de dolo; y 3) que la misma conducta se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo. Para la Sala es evidente que el Congreso de la República no condicionó la aplicación de la norma sub examine al trámite de un proceso penal y menos aún a la calificación que una autoridad judicial hiciera respecto del comportamiento

causante del proceso disciplinario. La disposición atacada obliga al “juez disciplinario” a verificar en la legislación penal si la conducta que ha dado lugar al proceso está descrita objetivamente o tipificada, para posteriormente establecer dentro del proceso a su cargo si la misma conducta fue cometida con dolo o culpa, con el propósito de imponer la respectiva sanción atendiendo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 —Código Disciplinario Único—⁷⁴¹.

En esa misma providencia se expresó:

La posibilidad de que un servidor público o un particular, en los casos previstos en la ley, sean procesados penal y disciplinariamente por una misma conducta no implica violación al principio non bis in idem, pues, como lo ha explicado la Corte, se trata de dos juicios diferentes que buscan proteger bienes jurídicos diversos y que están encaminados, según exista mérito para ello, a imponer sanciones que se caracterizan por ser de naturaleza jurídica distinta. La norma demandada tampoco implica violación al principio de presunción de inocencia, pues el proceso disciplinario constituye el instrumento jurídico idóneo para que el investigado presente los argumentos y las pruebas para su defensa, controvierta las que obran en su contra y, en general, desvirtúe los cargos que le puedan ser imputados, mediando en todo caso la presunción consagrada en el inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución Política y reiterada en el artículo 9.º de la Ley 734 de 2002.

En efecto, en numerosas oportunidades se ha sostenido que a partir de una misma conducta se puede derivar la realización de varias infracciones de distinta naturaleza, lo cual no genera vulneración del non bis in idem, por no existir identidad de objeto y de causa, pese a que se presente la identidad de sujetos.

Este argumento de la inexistencia de identidad de objeto y de causa sin duda constituye el fundamento que ha posibilitado en el derecho colombiano la investigación y sanción penal y, de manera simultánea, la investigación e infracción administrativa.

Por otra parte, un sector de la doctrina ha sostenido que “por lo general, la sanción disciplinaria no es incompatible con la penal propiamente dicha, salvo cuando la deslealtad o deshonestidad del funcionario o empleado público es elemento del tipo penal, pues entonces se violaría el postulado non bis in idem”⁷⁴², dando a entender que no se puede sostener que simple y llanamente una misma conducta pueda ser considerada delito e infracción administrativa sin ninguna otra consideración, pues es posible que se vulnere el mencionado principio constitucional.

241. La autonomía o independencia de la responsabilidad disciplinaria, o en todo caso administrativa, respecto de otros ámbitos de la responsabilidad, no es absoluta. El último inciso del artículo 2.º de la Ley 734 de 2002, así como de la Ley 1952 de 2019, establece que “La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta”. Tal disposición ha servido de fundamento para que se sostenga que con independencia de lo que ocurra en el ámbito penal, por ejemplo, la acción disciplinaria debe seguir su propio rumbo y en consecuencia establecer mediante criterios autónomos si en efecto se cometió una falta disciplinaria y existe mérito para imponer la sanción correspondiente, a pesar de que se trate de la falta prevista en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 o del artículo 65 de la Ley 1952 de 2019, que dispone como falta disciplinaria gravísima la realización de una conducta objetivamente tipificada en la ley como delito sancionable a título de dolo cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él.

Esa disposición, que considera la independencia de la acción disciplinaria, ha sido interpretada en términos literales por la judicatura colombiana⁷⁴³, hasta el punto de aceptar sin ninguna otra consideración que con independencia de lo que se decida en el proceso penal, el procedimiento disciplinario deberá seguir su curso, si es del caso, adoptando una decisión

contraria a la proferida en materia penal, como suele ocurrir en la práctica. Sobre este punto, sostuvo la Corte Constitucional en Sentencia T-161 de 2009:

[...] además, en materia de tipicidad la descripción de la conducta señalada en la legislación penal no atiende a los mismos parámetros de aquella descrita por la legislación disciplinaria, pues en esta última el operador jurídico cuenta con un margen mayor de apreciación, por cuanto se trata de proteger un bien jurídico que, como la buena marcha, la buena imagen y el prestigio de la Administración pública, permite al “juez disciplinario” apreciar una conducta y valorar las pruebas con criterio jurídico distinto al empleado por el funcionario judicial, teniendo en cuenta, además, que en el proceso disciplinario se interpreta y aplica una norma administrativa de carácter ético⁷⁴⁴.

Como puede observarse, en esta providencia se considera que en el campo disciplinario el operador jurídico cuenta con un margen mayor de apreciación en consideración al bien jurídico que se ha de proteger, y que ello permite apreciar unas conductas y valorar las pruebas con un criterio jurídico distinto del empleado por el funcionario judicial.

Tal interpretación resulta llamativa si se tiene en cuenta que el estatuto disciplinario establece en su acápite de principios rectores casi que una transcripción literal de las normas rectoras de la ley penal colombiana consignadas en el Código Penal o del Código de Procedimiento Penal.

Por ejemplo, el respeto de la dignidad humana (arts. 1.º del Código Penal, 1.º del Código de Procedimiento Penal, 8.º de la Ley 734 de 2002 y 1.º de la Ley 1952 de 2019), legalidad (art. 6.º del Código Penal y de Procedimiento Penal y art. 4.º de la Ley 734 de 2002 y de la Ley 1952 de 2019), igualdad (arts. 7.º del Código Penal, 4.º del Código de Procedimiento Penal, 15 de la Ley 734 de 2002 y 7.º de la Ley 1952 de 2019), culpabilidad (arts. 12 del Código Penal, 13 de la Ley 734 de 2002 y 10 de la Ley 1952 de 2019), favorabilidad (arts. 6.º del Código Penal, 14 de la Ley 734 de 2002 y 8.º de

la Ley 1952 de 2019), proporcionalidad (arts. 3.º del Código Penal, 18 de la Ley 734 de 2002 y 6.º de la Ley 1952 de 2019), presunción de inocencia (arts. 7.º del Código de Procedimiento Penal, 9.º de la Ley 734 de 2002 y 14 de la Ley 1952 de 2019), gratuidad (arts. 13 del Código de Procedimiento Penal, 10 de la Ley 734 de 2002 y 17 de la Ley 1952 de 2019), doble incriminación o ejecutoriedad (arts. 8.º del Código Penal y 11 de la Ley 734 de 2002), defensa (arts. 8.º del Código de Procedimiento Penal, 17 de la Ley 734 de 2002 y 15 de la Ley 1952 de 2019).

Además, tanto la Ley 734 de 2002, en el artículo 21, como la Ley 1952 de 2019, en el artículo 22, establecen de manera similar que en la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en dichas leyes y en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, y en lo no previsto en la ley disciplinaria, las previsiones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, General del Proceso, Penal y de Procedimiento Penal, en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario.

Como podrá notarse, la remisión normativa también tiene en cuenta los principios rectores del Código Penal y de Procedimiento Penal. Por tal razón no se explica con qué fundamento se sostiene que el “operador disciplinario” puede apreciar unas conductas y valorar las pruebas con un criterio jurídico distinto del empleado por el funcionario judicial, cuando en ambos casos se está en presencia del ejercicio de la potestad punitiva del Estado; se deben observar prácticamente los mismos principios rectores y la aplicación del debido proceso por expreso mandato constitucional será común.

¿Dónde está consagrado el fundamento para afirmar tal distinción? O será más bien que se considera que el derecho disciplinario en particular y sancionador administrativo en general es un sistema de menor categoría que no justifica el máximo rigor a la hora de la valoración probatoria, como sí se exige en el campo penal. Los argumentos que suelen expresarse no parecen tener ningún fundamento sólido, ya que el sistema jurídico colombiano, por el contrario, tiene la tendencia más a uniformizar los principios rectores que al establecimiento de discriminaciones como aquella

según la cual la valoración probatoria puede ser diferente en uno y otro ámbito.

Ahora bien, tal como se advirtió en otro apartado de la obra, la autonomía de la responsabilidad disciplinaria se aplica o tiene plena operatividad cuando se trata de otros esquemas de responsabilidad no punitivos, como sería el caso de la responsabilidad civil o netamente patrimonial, e incluso el tema de la nulidad electoral⁷⁴⁵, donde es posible afirmar que en principio el resultado de una investigación disciplinaria no depende de lo que ocurra en un proceso de responsabilidad civil o fiscal.

242. Si el legislador tiene la facultad de determinar mediante qué vía sancionadora puede establecerse el control social, no tiene sentido que se le permita utilizar tanto la vía penal como la administrativa para sancionar una misma conducta y amparar un mismo bien jurídico. Si se parte de la base de que la razón de ser de la sanción no es la sanción en sí misma, sino que con ella se busca un propósito, debe reflexionarse sobre si la admisión del establecimiento de varias sanciones punitivas a raíz de una misma conducta implicaría una vulneración del principio de non bis in idem.

Si una conducta resulta tan grave, lo suficientemente reprochable desde el punto de vista social para ser calificada como delito por el legislador, ¿no sería suficiente con esa calificación que representa la más drástica de las medidas que se pueden adoptar para procurar el control social y evitar su realización?

Esta pregunta es relevante si se tiene en cuenta que en no pocas oportunidades el legislador ha optado por establecer que una misma conducta, a más de ser constitutiva de delito, representa una infracción administrativa, dando pie al establecimiento de un sistema paralelo de sanciones que ha sido visto con “normalidad” por la judicatura y la doctrina colombianas, que conformes con el argumento —y amparadas en él— de que para que se presente la violación del non bis in idem tiene que existir identidad de objeto, sujeto y causa y que ello no se presenta cuando las infracciones y sanciones se establecen desde diversos ámbitos normativos, por lo cual en el derecho colombiano resulta común que una conducta pueda ser constitutiva de delito y al mismo tiempo de infracción

administrativa, y lo que es peor aún, que se llegue en ocasiones a adoptar decisiones totalmente contradictorias a pesar de apoyarse las investigaciones en los mismos hechos y elementos de prueba⁷⁴⁶.

Por tal razón no tiene ningún sentido que se autorice al legislador en el contexto de un Estado respetuoso de los derechos fundamentales y que se dice hijo del Estado de derecho permitirle utilizar la fórmula más invasiva posible de los derechos fundamentales, cual es que se le autorice no solo a determinar que una conducta puede ser calificada como delito, sino que además la pueda calificar como infracción administrativa de manera simultánea.

Esta práctica tan arraigada en el derecho colombiano derrumba toda la teoría sobre el carácter de ultima ratio del derecho penal, puesto que no solo se utiliza este espacio sancionador para ejercer el control social, sino que, como si fuera poco, se respalda en el derecho administrativo para incluir un doble esquema punitivo que permite viabilizar el peor de los entornos para el ciudadano, el de la duplicidad de infracciones y sanciones, agravado por el hecho de la aplicación matizada o flexibilizada de los principios del derecho punitivo en el campo del derecho sancionador administrativo, lo que le reduce de modo sustancial las garantías de defensa.

En síntesis, si la conducta es lo suficientemente reprochable desde el punto de vista social, se debe considerar delito y no infracción administrativa, pues admitir el doble ámbito punitivo puede representar una tensión con el principio del non bis in idem, puesto que tanto la sanción penal como la administrativa representan facetas del mismo poder punitivo del Estado y en consecuencia deben ser excluyentes cuando se busca la protección de un mismo bien jurídico.

243. Carece de sustento la idea según la cual las infracciones y sanciones establecidas desde diversos ámbitos normativos no vulneran el non bis in idem. En reiteradas oportunidades la judicatura colombiana ha sostenido que el establecimiento de infracciones y sanciones desde diversos ámbitos punitivos no representa una afrenta al principio de non bis in idem y que en realidad esta circunstancia en sí misma impide que se configure la necesaria identidad de objeto, sujeto y causa que diera lugar a la violación de tal principio⁷⁴⁷.

Sin embargo, valdría la pena reflexionar sobre tal argumento y, sobre todo, evaluar su solidez, para determinar cuán razonable resulta afirmar que por el hecho de tener diferentes fundamentos jurídicos no se castiga a una persona dos veces por un mismo hecho cuando se imponen sanciones punitivas desde diversas perspectivas a raíz de una misma conducta.

Para comenzar tal análisis se considera pertinente partir del estudio de un caso hipotético, para continuar con la misma reflexión con fundamento en situaciones reales en las que el derecho colombiano establece un sistema punitivo paralelo.

Piénsese por un momento que en Colombia se decide elevar a la categoría de conducta punible —delito— la conducción de vehículos automotores bajo el influjo de sustancias alucinógenas o de alcohol. Al mismo tiempo, se conserva la infracción de tránsito por la misma conducta que establece una sanción de tipo administrativo. Un conductor es sorprendido conduciendo su vehículo en estado de ebriedad, es decir, transgrediendo de manera simultánea tanto la normativa penal como la administrativa, y por tal razón se ve enfrentado a la investigación penal y a la administrativa, y en efecto resulta sancionado en los dos espacios punitivos.

Un análisis del caso permite concluir que los hechos por los cuales se le sanciona tanto desde el punto de vista penal como desde el administrativo son los mismos, pues el supuesto de hecho de la conducta constitutiva del delito y la infracción administrativa era “conducir vehículos automotores bajo el influjo de sustancias alucinógenas o alcohol”, tal como en efecto ocurrió en el caso planteado. El conductor infractor fue la misma persona, que en un espacio-tiempo determinado y realizando una sola conducta infringió dos sistemas normativos que la prohibían desde distintos ámbitos punitivos, lo cual pone de presente la identidad de sujeto y de objeto entre las dos infracciones punitivas.

Ahora bien, resulta fundamental determinar la identidad de causa para acreditar la total correspondencia entre las dos infracciones y en consecuencia la evidente violación al principio de non bis in idem, pues es el argumento central en que se apoyan quienes consideran que en casos como este no hay violación de este principio.

Para el efecto se propone pensar en el argumento al que de manera tradicional se recurre: no existe identidad de causa porque el fundamento de la sanción administrativa es la infracción administrativa y el de la sanción penal, la infracción penal, es decir, dado que tienen un origen jurídico distinto. En efecto, se podría tratar de reforzar tal argumento apelando a la finalidad de cada ámbito punitivo para tratar de darle alguna solidez.

Como podrá notarse, esa justificación sustentada en la distinción del ámbito jurídico desconoce que tanto el fundamento de la potestad sancionadora de la Administración como la potestad sancionadora penal es el mismo, es decir, el *ius puniendi* del Estado, y que tal potestad está justificada solo en la medida en que tienda a la protección de ciertos bienes jurídicos.

Por tales razones, valdría la pena indagar por los bienes jurídicos que se pretenden tutelar desde la infracción administrativa que prohíbe la conducción de vehículos automotores bajo el influjo de sustancias alucinógenas o alcohol. Esos bienes jurídicos son la seguridad en el tránsito automotor, en principio, pero con un propósito claro, la protección de la vida, tanto de quien conduce como de las demás personas. Es decir, la seguridad en el tránsito automotor busca la protección de la vida.

Ahora bien, ¿cuáles serían los bienes jurídicos que pretenden ser tutelados desde el punto de vista del derecho penal? La respuesta es sin duda la seguridad en el tránsito automotor, y tras de ella, la vida humana. Tal sería la justificación que permitiría la consagración de un delito de esta naturaleza.

En efecto, si se retoman las ideas expresadas en otros apartados del libro en torno a la posibilidad de que el legislador en ejercicio de su amplia libertad de configuración legislativa decidiera convertir en delito la infracción administrativa y esta desapareciera del ordenamiento jurídico, no podría decirse que el bien jurídico para proteger por el delito sería distinto del que protegía la infracción administrativa, lo cual evidencia que por medio de ambos sistemas punitivos se buscaba el mismo propósito, es decir, la protección de los mismos bienes jurídicos, de lo que resulta que en este caso existe una clara identidad de causa en los dos ámbitos sancionadores, pues el motivo de la iniciación del proceso en ambos casos es el mismo, lo cual evidencia que para respetar el principio del *non bis in idem* no es

suficiente con que las infracciones y sanciones se prevean desde distintos espacios sancionadores, como suele sostenerse.

244. La identidad de causa se relaciona con la identidad de bienes jurídicos objeto de protección mediante la norma punitiva. Para que exista identidad de causa entre dos conductas elevadas a la categoría de infracción es menester que concurra el ánimo de protección de los mismos bienes jurídicos por las vías punitivas, pues si existe diferencia en este punto, podrían considerarse distintos tratamientos punitivos de manera paralela, pero si ello no es así, se estaría presentando una vulneración al principio del non bis in idem.

El reto en este caso será la identificación de los bienes jurídicos que pretenden ser tutelados y la identificación de los argumentos que justifiquen mediante infracciones de distinta naturaleza el reproche de una misma conducta desde el punto de vista fáctico.

245. Para que sea admisible la derivación de varias consecuencias punitivas originadas en unos mismos hechos, es menester que desde las distintas normativas punitivas se busque la protección de bienes jurídicos diferentes. No es suficiente con plantear, como en efecto se hace, que la simple consagración normativa de las infracciones en distintos ámbitos punitivos es justificación suficiente para dar por sentada la inexistencia de identidad de causa o de objeto, ya que resulta menester indagar sobre los bienes jurídicos cuya protección se pretende, pues si desde distintos ámbitos punitivos se procura la protección de los mismos bienes jurídicos, se estará presentando una vulneración del principio de non bis in idem.

Por tal razón, tanto el legislador como la Corte Constitucional están en la obligación de identificar y evaluar el bien jurídico que pretende ser protegido por la norma punitiva, de tal suerte que se permita establecer con claridad una diferencia, no artificiosa, sino real, entre los objetos de protección⁷⁴⁸, pues se entiende que existe la posibilidad de que con un mismo hecho se puedan lesionar distintos bienes jurídicos protegidos por normas diferentes, lo cual podría arrojar como resultado consecuencias punitivas distintas de manera válida y sin que ello implique la violación del non bis in idem⁷⁴⁹.

Por ejemplo, en la Sentencia C-427 de 1994 el criterio utilizado para distinguir las sanciones penales y las disciplinarias se fundó en la consideración según la cual “la prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, mientras que las faltas disciplinarias buscan proteger el desempeño del servidor público, con miras al cumplimiento de la función pública”⁷⁵⁰.

Tal argumento resulta fundamental, pero solo para establecer distinciones generales y no para determinar en un caso concreto si frente a una conducta punible y una infracción disciplinaria se vulnera o no el *non bis in idem*, pues sería necesario identificar con claridad el bien jurídico que se pretende proteger con el delito y con la infracción administrativa.

Para explicar un poco más la última idea planteada, se propone pensar en el bien o bienes jurídicos que se pretenden tutelar con los delitos contra la Administración pública establecidos en el título XV del Código Penal colombiano, entre los cuales se encuentran los delitos de peculado en todas sus modalidades, concusión, cohecho, celebración indebida de contratos y prevaricato, entre otros.

Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, “el bien jurídico protegido, de acuerdo con la prescripción legal, es la Administración pública”⁷⁵¹, criterio compartido por la doctrina de manera mayoritaria⁷⁵². Sin embargo, según un sector de la doctrina nacional, “podría decirse que el bien jurídico protegido en este título es el ejercicio de la función pública dentro de los parámetros de legalidad, eficiencia y honestidad”⁷⁵³, dando a entender que en efecto el objeto de protección, o mejor aún, que el bien jurídico tutelado por tales delitos es la Administración pública, pero entendida esta en un sentido más amplio del que se suele utilizar en el campo del derecho administrativo, que cobijaría las distintas manifestaciones del poder estatal y no solo su faceta administrativa⁷⁵⁴, pues algunas de las conductas tipificadas bien podrían desarrollarse en ejercicio de otras funciones públicas como la legislativa o la judicial⁷⁵⁵ y, en efecto, la propia función constituyente⁷⁵⁶.

Ahora bien, el hecho de que se afirme que el bien jurídico objeto de protección en tratándose de los delitos contra la Administración pública es

la propia Administración pública en un sentido amplio no implica que cada delito en particular tienda a la protección de la misma faceta de dicho bien jurídico, pues de manera concreta podría estar enfocado el tipo penal en la protección del patrimonio público, como ocurriría por ejemplo con el delito de peculado, que sería un típico delito de infracción de deber, el cual se configuraría cuando se presentara una mala administración de bienes del Estado que obstaculizara el cumplimiento de sus fines, o un tipo penal encaminado a la protección tanto de la Administración pública como del patrimonio económico, en cuyo caso se estaría hablando de la concusión⁷⁵⁷, o un tipo penal encaminado a la protección del correcto funcionamiento de la Administración pública, la imparcialidad, transparencia, igualdad y moralidad, como ocurriría con el delito de tráfico de influencias, para tan solo citar algunos ejemplos.

Otro ejemplo claro que permite evidenciar la identidad del bien jurídico protegido desde distintos contextos punitivos es el ambiente, ya que tanto el Código Penal como las leyes de protección al entorno coinciden en la búsqueda de su amparo y en el establecimiento de un sistema paralelo de sanciones.

Así, por ejemplo, el artículo 332 del Código Penal tipifica el delito de contaminación ambiental, conducta que también es elevada a la categoría de infracción administrativa por la Ley 1333 de 2009, en armonía con el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, Decreto 2811 de 1974, y claro está, en los dos sectores punitivos se disponen sanciones diferentes con fundamento en una misma conducta, pues mientras que desde el punto de vista penal se establece una pena privativa de la libertad de 55 a 112 meses de prisión y una multa de ciento cuarenta (140) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en la Ley 1333 de 2009 se dispone, entre otras sanciones, la posibilidad de la imposición de una multa diaria de hasta cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes⁷⁵⁸.

Ahora bien, tanto la normativa penal como la que considera la posibilidad de imponer las sanciones administrativas son enfáticas en sostener que cada espacio de responsabilidad es autónomo de los demás. En ese sentido, el artículo 21 de la Ley 1333 de 2009 establece:

Artículo 21.— Remisión a otras autoridades. Si los hechos materia del procedimiento sancionatorio fueren constitutivos de delito, falta disciplinaria o de otro tipo de infracción administrativa, la autoridad ambiental pondrá en conocimiento a las autoridades correspondientes de los hechos y acompañará copia de los documentos pertinentes.

Parágrafo. La existencia de un proceso penal, disciplinario o administrativo no dará lugar a la suspensión del procedimiento sancionatorio ambiental.
[Bastardilla fuera de texto].

Mientras que el artículo 332 del Código Penal consagra:

Artículo 332.— Contaminación ambiental. El que con incumplimiento de la normatividad existente provoque, contamine o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, ruidos, depósitos o disposiciones al aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas o demás recursos naturales, en tal forma que ponga en peligro la salud humana o los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en prisión de cincuenta y cinco (55) a ciento doce (112) meses y multa de ciento cuarenta (140) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
[Bastardilla fuera de texto].

El anterior ejemplo permite evidenciar que en ambos casos el bien jurídico cuya tutela se pretende es el mismo, es decir, el ambiente, y sin embargo se establece un esquema sancionador paralelo, pese a que se presenta una

perfecta identidad de sujeto, objeto y causa. La única distinción es la naturaleza del fundamento normativo para cada tipo de sanción.

246. Si el bien jurídico de protección de ciertos delitos es la Administración pública, ello implica que de manera concreta se procure la observancia de los principios inherentes a ella. La realización de cualquiera de las conductas punibles que forman parte del capítulo de delitos contra la Administración pública va en contravía de los principios constitucionales de la función administrativa previstos en el artículo 209 superior, al igual que ocurre con las faltas disciplinarias que tengan fundamento en la realización dolosa de estas conductas en los términos del numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 o del artículo 65 de la Ley 1952 de 2019, por lo que en cuanto se refiere a los bienes jurídicos objeto de protección por ambos sistemas normativos, no hay en realidad diferencias. Por ende, tanto con las disposiciones penales como con las disciplinarias se busca la protección de los mismos bienes jurídicos, y ello implica que exista identidad de objeto y causa en los dos esquemas punitivos.

247. Con el derecho disciplinario también se busca el amparo del bien jurídico genérico de la Administración pública. Tal como ya se advirtió, de acuerdo con un sector de la doctrina colombiana el concepto de bien jurídico solo está reservado al campo penal, y por tal razón se afirma que “el derecho disciplinario no protege bienes jurídicos, puesto que la sanción administrativa es una respuesta a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales y específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la Administración”⁷⁵⁹.

En esta obra, por el contrario, se ha sostenido que tanto el derecho penal como el administrativo sancionador, incluso el disciplinario, tienen un propósito claro de protección de ciertos bienes jurídicos, pero dependiendo del campo normativo escogido, la intervención será más o menos invasiva de los derechos de los administrados.

Ahora bien, el derecho disciplinario se enfoca específicamente en la protección de ciertos bienes jurídicos en particular, relacionados por ejemplo con la buena marcha de la Administración pública, el cumplimiento

de los principios constitucionales de la función administrativa y, por ende, el correcto desempeño en el ejercicio de la función a cargo de los servidores públicos y de quienes junto a ellos se encuentren sometidos a la normativa disciplinaria.

Aquí vale la pena recordar que los principios de la función administrativa en sí mismos constituyen bienes jurídicos de protección, que el incumplimiento de los deberes, la realización de conductas prohibidas y la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o de conflicto de intereses representan una afrenta a la buena marcha de la Administración, bien que se encuentra jurídicamente tutelado también por el derecho disciplinario.

248. El principio de non bis in idem obliga tanto al legislador como al juez a evaluar de manera concreta y razonada los bienes jurídicos que pretenden ser tutelados desde el punto de vista punitivo. De modo preliminar se puede concluir que la carga de la argumentación para el legislador en el contexto de su racionalidad política, así como para el juez, en medio de su racionalidad jurídica, debe ser mayor cuando se trata de justificar el establecimiento de un sistema paralelo de sanciones punitivas como consecuencia de unos mismos hechos, pues se tendrá la obligación de establecer con toda claridad los bienes jurídicos que pretenden ser amparados por la norma punitiva para que sea admisible la derivación de la sanción penal y al mismo tiempo de la sanción administrativa, o en realidad, dos sanciones de igual o similar naturaleza, ya que el argumento al que tradicionalmente se apela, según el cual “el solo establecimiento de las infracciones y sanciones desde distintos sistemas punitivos es justificación suficiente para admitir el esquema sancionador paralelo”, no puede ser de recibo o en todo caso resulta insuficiente para justificar tamaña restricción de los derechos fundamentales de quien se vea enfrentado a la potestad punitiva del Estado.

249. El Constituyente colombiano tenía la intención de que los principios rectores del derecho penal se aplicaran a todos los ámbitos del derecho punitivo del Estado. Tal como lo advierte un importante sector de la doctrina⁷⁶⁰, los miembros de la Asamblea Nacional

Constituyente tenían el firme propósito de buscar que los principios rectores del derecho penal se aplicaran a todos los ámbitos del derecho sancionador, lo que por ejemplo quedó evidenciado en el establecimiento explícito en el artículo 29 de la Constitución, en el que se sostiene que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y se encuentra respaldado por las interpretaciones expresas planteadas por algunos de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, entre los cuales destaca la interpretación efectuada por el doctor Hernando Londoño Jiménez, quien en informe presentado el 24 de mayo de 1991 expresó:

El carácter del órgano que impone una sanción no altera la naturaleza del acto punitivo. Ciertamente, ninguna diferencia ontológica se aprecia entre las sanciones impuestas por el órgano jurisdiccional y aquellas que son el producto de una decisión administrativa, como quiera que unas y otras afectan intereses esenciales de la persona, como su libertad personal o su patrimonio económico.

No obstante, sin razón válida para ello se ha venido planteando por un sector de la doctrina que la responsabilidad que emana de las contravenciones administrativas es de carácter estrictamente objetivo y que, de otra parte, los principios fundamentales que rigen el derecho penal y procesal penal no se hacen extensivos al ejercicio de la actividad punitiva por parte de órganos diferentes de la Rama Jurisdiccional, cuando se ocupa de reprimir delitos⁷⁶¹.

Tal posición da cuenta de lo que se debatía y pensaba sobre el tema al redactar el texto constitucional de 1991, y que refuerza la tesis sobre la necesidad de la aplicación común de los principios del derecho punitivo del Estado.

250. Aceptar que no se puedan establecer consecuencias penales y disciplinarias a partir de una misma conducta no significa que la Administración quede inerte ante la actuación indebida de sus servidores. Si la conducta que se pretende reprochar desde el punto de vista punitivo es tan grave que justifique un tratamiento penal, debe dejarse por fuera del ámbito de influencia del derecho disciplinario para que el Estado, por medio de su sistema de control social más radical, el derecho penal, adelante las investigaciones y realice su enjuiciamiento con plena observancia de las garantías propias del debido proceso, con el propósito de sancionar la transgresión cuando a ello hubiere lugar.

¿Cómo podría pensarse que la Administración pública queda inerte cuando utiliza el sistema punitivo de ultima ratio? La respuesta es que, en efecto, por la vía penal se tienen las suficientes herramientas para la defensa de los bienes jurídicos cuya transgresión se realice por medio del delito y por ende, la Administración no queda indefensa ante las infracciones cometidas por sus servidores que se encuentren elevadas a la categoría de conductas punibles.

Además, desde el punto de vista penal se pueden adoptar decisiones con injerencia o implicaciones en los asuntos administrativos. Por ejemplo, bien podría disponerse dentro del proceso judicial la imposición de medidas provisionales como la suspensión del empleo público, o incluso definitivas a título de sanción penal, como la pérdida del empleo e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas⁷⁶², pues resulta inadmisibles y contrario a todo razonamiento lógico que desde el punto de vista penal se considere que un servidor público no incurrió en delito alguno y se permita que desde el punto de vista disciplinario se le sancione por la supuesta realización dolosa de una conducta elevada a la categoría de delito.

Esta particular permisión tan arraigada y avalada en el derecho colombiano ofrece un serio problema a la luz de la lógica, al representar una violación al principio de contradicción, pues tal como lo sostienen los profesores Copi y Cohen, “el principio de contradicción afirma que ningún enunciado puede ser verdadero y falso”⁷⁶³, ya que según este principio no es posible sostener que un enunciado sea y no sea al mismo tiempo, es decir, aplicándolo al

caso objeto de análisis, no sería admisible que se afirmara en una providencia que la conducta desplegada por un funcionario público no fuera constitutiva de delito (ámbito penal) y a renglón seguido se dijera que mereciera ser sancionado por realizar una conducta constitutiva de delito (ámbito disciplinario).

Por otra parte, va contra toda coherencia sistémica que en el proceso penal se desestimen unas pruebas por considerarlas ilícitas y por tal razón se absuelva al servidor público mientras desde el punto de vista disciplinario se les dé pleno valor probatorio para sancionar. Las pruebas son lícitas o no lo son, pero resulta contradictorio que lo sean para unas cosas y para otras no.

Por ende, si la conducta es delito, la sanción debe ser penal y no administrativa, pues no tiene sentido que el delito se evalúe y sancione desde la perspectiva de la potestad sancionadora de la Administración, con la salvedad de aquellos eventos en los cuales esté suficientemente clara la diferencia entre los bienes jurídicos que pretenden ser protegidos desde el punto de vista penal y el administrativo.

251. En conclusión, el non bis in idem impide que el Estado pueda establecer sanciones sin límite. Desde una lectura demoliberal, el respeto del non bis in idem representa una garantía que le impone límites materiales al Estado para que este no pueda sancionar arbitrariamente a los ciudadanos como consecuencia de la realización de una infracción, y sobre todo, representa el establecimiento de un criterio racionalizador del ejercicio de su poder punitivo, con lo cual se debe procurar que intervenga en los derechos de los administrados de una forma proporcional y racional.

Lo anterior conduce a entender que como quiera que la potestad punitiva del Estado es una sola, con independencia de las facetas que esta adquiera, no tiene sentido pretender reprochar un comportamiento desde diversos ámbitos normativos sancionadores, a menos que con toda claridad se establezca la distinción de bienes jurídicos que pueden ser amparados por las distintas normas punitivas, lo cual debiera ser una práctica excepcional.

El non bis in idem también contribuye a la consolidación del principio de seguridad jurídica, pues les permite a los ciudadanos tener la certeza, o cuando menos la legítima expectativa de que no podrán ser investigados y juzgados dos veces por un mismo hecho.

SECCIÓN II. DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO CONQUISTAS HISTÓRICAS EN EL DERECHO PUNITIVO ESTATAL Y SU APLICACIÓN MATIZADA EN COLOMBIA

252. En el Estado de derecho se parte de la base de que los ciudadanos pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido. Esta máxima en última instancia representa un dique protector de los derechos de libertad de la ciudadanía y tiene su fundamento en el principio de legalidad y, claro está, en el principio democrático, pues las prohibiciones de los comportamientos solo se pueden dar a partir de la expedición de las normas jurídicas que surgen en el contexto del debate político y no del simple capricho del gobernante, tal como ocurría en el Antiguo Régimen. Lo anterior pone de presente que la regla general del comportamiento social es la permisión y que la excepción es la restricción.

De ello resulta que cuando se incurre en una conducta de las catalogadas como prohibidas y que tengan como consecuencia la imposición de una sanción punitiva, deba el Estado asumir una carga inherente a este sistema de pensamiento liberal, cual es la carga de desvirtuar la presunción de inocencia que cobija al ciudadano, pues como se advirtió, en este contexto la regla general es la permisión y no la restricción, de suerte que si corresponde indagar por una presunta infracción, el Estado deberá demostrar que el ciudadano⁷⁶⁴ ha sido autor de ella y además su culpabilidad, pues otro legado histórico del liberalismo ha sido precisamente el entendimiento de que no basta la realización objetiva de la conducta para hacerse merecedor de la sanción.

Este postulado tiene expresa consagración en la Constitución Política de Colombia, al establecerse en el artículo 6.º que las personas solo son responsables por infringir la Constitución y las leyes. Pero allí también se establece que los servidores públicos lo son por la misma causa o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, lo que implica que en este último caso aquella regla general de permisión de las conductas

se invierta para dar paso a un esquema sometido a los controles de la Administración reglada, propios del Estado sometido al sistema jurídico, donde la actuación de sus agentes debe estar previamente soportada en una permisión normativa explícita que tienda a controlar el ejercicio del poder expresado por medio de las funciones públicas, lo cual, sin embargo, no significa que aun en estos casos no tenga aplicación el principio de presunción de inocencia, pues este constituye un fundamento del Estado sustentado en la protección de derechos.

253. La presunción de inocencia, a más de ser un principio, constituye un derecho fundamental. En Colombia, al igual que ha ocurrido en otros países⁷⁶⁵, se ha reconocido que la presunción de inocencia, a más de ser un principio, constituye un derecho fundamental soportado en el artículo 29 de la Constitución⁷⁶⁶. Sin embargo, debe acentuarse que pese a que tal principio tiene plena aplicación tanto en el ámbito penal como en el derecho administrativo sancionador, tal reconocimiento explícito sobre su calidad de derecho se ha efectuado con mayor contundencia considerando el derecho penal. Así ocurrió por ejemplo en la Sentencia C-774 de 2001, en la que la Corte Constitucional sostuvo:

La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado⁷⁶⁷.

Con todo, debe advertirse que no cabe la menor duda de que al tener plena aplicabilidad en el campo del derecho administrativo sancionador, la presunción de inocencia representa también un derecho fundamental en este campo del derecho punitivo.

254. Existen suficientes argumentos para afirmar que la Constitución Política prevé que el principio de presunción de inocencia se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. El artículo 29 de la Constitución, tantas veces referenciado en este texto, señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Del debido proceso forma parte el principio de presunción de inocencia, y claramente este principio tiene una vocación natural de ser aplicado en el campo del derecho punitivo del Estado, razón por la cual debe ser un fundamento rector de todo esquema sancionador estatal. Sin embargo, tal como se advirtió en otros apartados precedentes de esta obra⁷⁶⁸, en el derecho colombiano se ha admitido que en ciertos sectores del derecho sancionador administrativo operen regímenes apoyados en presunciones de dolo o culpa, como ocurre en la Ley 1333 de 2009, o en realidad, de responsabilidad objetiva⁷⁶⁹, lo cual puede representar una contradicción con el principio de la presunción de inocencia que mínimamente habrá de ser explicada y, si fuere del caso, justificada suficientemente.

255. La admisión de la flexibilización o matización del principio de presunción de inocencia debe ser justificada de forma suficiente. Si uno de los principios rectores del derecho punitivo del Estado es la presunción de inocencia, la admisión de la matización de tal principio en algunos ámbitos del derecho punitivo estatal debe estar suficientemente justificada, máxime si se tiene en cuenta que este principio se encuentra vinculado de manera estrecha al principio de dignidad humana⁷⁷⁰. Por tal razón resulta fundamental analizar los argumentos aducidos por la Corte Constitucional para admitir la constitucionalidad de las disposiciones legales que han viabilizado el establecimiento de tal flexibilización, bien sea por avalar un régimen de responsabilidad objetiva o uno de presunción de culpabilidad.

Así, en la Sentencia C-599 de 1992 la Corte Constitucional plantea que es admisible en el régimen de cambios la responsabilidad objetiva, en atención a la naturaleza de los bienes jurídicos cuya protección se persigue y por los altos cometidos de orden constitucional contenidos en principios, fines y valores consagrados en la Constitución Política, como son la justicia, el bienestar colectivo, el desarrollo y el orden económico, social y fiscal⁷⁷¹.

Por su parte, en la Sentencia C-616 de 2002 se argumentó que solo por vía de excepción podía admitirse la imposición de sanciones desde un esquema de responsabilidad objetiva y que en todo caso debía estar sometida tal posibilidad al cumplimiento de estrictos requisitos, como por ejemplo que las sanciones no comprometieran de manera específica el ejercicio de derechos y afectaran directa o indirectamente a terceros, fueran de carácter monetario, a más de establecer que:

[...] 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)⁷⁷².

En la Sentencia C-010 de 2000 la Corte Constitucional expresó que la responsabilidad objetiva estaba justificada en el régimen cambiario a causa de una finalidad política consistente en la protección del orden público económico, pues en el mercado cambiario requería un control oportuno y eficaz que no se lograría si la efectividad del régimen sancionatorio dependiera de la demostración de factores subjetivos como el dolo y la culpa⁷⁷³.

En las tres providencias anteriores la Corte Constitucional justificó la existencia de un régimen de responsabilidad objetiva apelando a la naturaleza e importancia del bien jurídico objeto de protección (orden público económico), al tipo de sanciones que se podían imponer (de

naturaleza económica) y al argumento de eficacia necesaria para la protección de los bienes jurídicos.

Sobre el establecimiento de un régimen con presunción de culpabilidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador, la Corte ha establecido su viabilidad en varias oportunidades.

En la Sentencia C-690 de 1996, la Corte argumentó que era constitucionalmente admisible que se estableciera un régimen de presunción de culpa en los casos en que se incumpliera el deber constitucional de tributar, porque uno de los principios que gobiernan el sistema tributario es el de eficiencia, según el cual el Estado debe recaudar los impuestos con el menor costo administrativo posible para 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. Sostuvo de igual forma la Corte en dicha providencia:

En efecto, 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. Finalmente, en general 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.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que las sanciones impuestas en caso de no presentación de la declaración tributaria son de orden monetario, que el cumplimiento de este deber es esencial para que el Estado pueda cumplir sus fines, y conforme al principio de eficiencia, la Corte consideró que una vez probado por la Administración que la persona fácticamente no ha

presentado su declaración fiscal, entonces es admisible que la ley presuma que la actuación ha sido culpable, esto es, dolosa o negligente⁷⁷⁴.

Por su parte, en la Sentencia C-506 de 2002 la Corte, si bien toleró la disminución de la actividad probatoria de la Administración encaminada a probar la culpa del sancionado en materia de aplicación de sanciones tributarias y sin llegar a aceptar la responsabilidad objetiva, de nuevo reiteró la aceptación excepcional de la responsabilidad objetiva en materia sancionatoria cambiaria⁷⁷⁵.

En la Sentencia C-595 de 2010 la Corte justificó la admisibilidad de un régimen de presunción de culpabilidad en materia sancionatoria ambiental, apoyándose en la naturaleza de los bienes jurídicos de especial protección, por considerar que son de vital importancia para la preservación de la humanidad, como lo es el ambiente sano, que representa un objetivo de principio dentro del Estado social de derecho, un derecho fundamental por conexidad con la vida y la salud, un derecho colectivo y un deber constitucional que recae sobre todos. Es decir, el fundamento del argumento se centró en la especial importancia del bien jurídico objeto de protección⁷⁷⁶.

Los argumentos centrales expresados en estas tres providencias están soportados en la eficiencia de la labor administrativa, la naturaleza de las sanciones para imponer y también en la naturaleza de los bienes jurídicos objeto de protección. Lo anterior indica que según la Corte Constitucional colombiana los argumentos centrales que justifican la determinación de un régimen de responsabilidad objetiva o de presunción de culpa o dolo se apoyan tanto en criterios pragmáticos como teleológicos.

256. La eficacia y la eficiencia en el ejercicio de las funciones administrativas han constituido el argumento pragmático que ha justificado el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva o de presunción de culpa o dolo en el derecho administrativo sancionador colombiano. El artículo 209 de la Constitución Política establece que la eficacia representa uno de los principios constitucionales de la función administrativa y por tal razón se debe

procurar que la Administración pública alcance los objetivos o propósitos que le sirven de fundamento. Según el Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española, la eficacia alude al logro de los resultados, a la capacidad de lograr el efecto que se desea o espera, y en realidad el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 plantea que en virtud de tal principio las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa⁷⁷⁷.

Junto al principio de eficacia surge otro postulado fundamental que es el de la eficiencia, en virtud de lo cual se procurará que los resultados buscados se logren mediante la optimización de los recursos y medios disponibles. Así entendida la eficiencia, constituye una faceta del también principio constitucional de la economía, que deberá ser observado por todas las autoridades para garantizar el logro de los cometidos que justifican el ejercicio de la función administrativa.

Son la eficacia y la eficiencia presupuestos de la efectividad de la Administración, y por ende tanto el legislador como la Corte Constitucional han apelado a tales fundamentos para justificar en ciertas circunstancias la existencia de regímenes de responsabilidad objetiva o de presunción de dolo o culpa en el derecho administrativo sancionador colombiano.

Así, por ejemplo, ha dado a entender la Corte Constitucional que el establecimiento de un régimen de responsabilidad subjetiva pleno implica unas cargas para el Estado que en ocasiones son muy difíciles de cumplir, por la naturaleza o complejidad de los asuntos, como sería por ejemplo la acreditación de la culpa o el dolo del supuesto infractor de la normativa punitiva en temas de orden cambiario, tributario o aduanero, en el que se ha optado por un régimen de responsabilidad objetiva o de presunción de culpa o dolo, para facilitar de esa forma la labor de la Administración y lograr en mejores términos los resultados propuestos⁷⁷⁸.

La ecuación es simple: a mayores exigencias, cargas o requisitos para el organismo investigador, mayor dificultad en el logro de sus objetivos y en consecuencia menor eficacia y eficiencia. Si, por el contrario, se releva a la Administración pública de la carga de la prueba del dolo o la culpa del supuesto infractor, se garantizará mayor eficacia y eficiencia en el logro de

sus resultados, que con seguridad se traducirán en la imposición de una sanción y por ende una rigurosidad reforzada del control social. En síntesis, este argumento en el fondo se fundamenta en que ante la incapacidad, dificultad o imposibilidad del Estado para acreditar que el supuesto infractor obró con dolo o culpa, se le releva de la carga de la prueba.

257. La naturaleza del bien jurídico objeto de protección ha representado el argumento teleológico que justifica el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva o de presunción de culpa o dolo en el derecho administrativo sancionador colombiano. Otro de los argumentos utilizados por el legislador colombiano y por la Corte Constitucional para justificar el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva o de presunción de culpa o dolo en el derecho administrativo sancionador en Colombia ha sido el de la importancia o naturaleza del bien jurídico objeto de protección. Este argumento es de carácter teleológico y puede tener mejor sustento que el pragmático.

Se suele apelar a él cuando se analiza la prevalencia del interés general o del bien común como fundamento para restringir, en ciertas circunstancias, los derechos fundamentales del supuesto infractor, partiendo para ello de la base de que no existen derechos absolutos y que por ende en ocasiones estos deben ceder ante la necesidad de proteger bienes jurídicos de trascendencia o interés general.

Se ha expresado por ejemplo que el bien jurídico del ambiente⁷⁷⁹, el recaudo tributario⁷⁸⁰ y el orden público económico⁷⁸¹ merecen especial protección en atención a su importancia y trascendencia y que por tal razón el Estado tiene la facultad de garantizar su prevalencia, si es del caso, haciendo ceder otros derechos en pro de su aseguramiento, pues no hacerlo pondría en peligro el logro de los demás cometidos estatales.

Con todo, este argumento tiene una importante objeción que puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿hasta dónde se pueden limitar los derechos fundamentales del individuo con el argumento de la prevalencia del interés general? La respuesta sin duda debe tener una fuerte fundamentación tanto filosófica como política, y dependerá de la posición desde la que se aborde en el espectro de las ideas políticas.

258. En ciertas circunstancias es razonable que se maticen los principios de presunción de inocencia y culpabilidad en el derecho administrativo sancionador colombiano. Tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional colombiana, en ciertas circunstancias es razonable que se maticen los principios de presunción de inocencia y culpabilidad en el campo del derecho administrativo sancionador, en tanto se establezca claramente su necesidad desde el punto de vista práctico y se justifique de manera suficiente la restricción de los derechos fundamentales del supuesto infractor, en atención a los bienes jurídicos objeto de protección, mediante una adecuada ponderación.

Es de señalar, sin embargo, que apelar tan solo al criterio pragmático para justificar tamaña restricción de derechos no sería suficiente, pues constituiría una patente de corso que terminaría autorizando al Estado para sancionar indiscriminadamente, al facilitársele el ejercicio de la potestad sancionadora por relevarse de la carga de la prueba del elemento subjetivo de la responsabilidad.

Por tal razón, solo en la medida en que se acredite que de establecer un régimen de responsabilidad subjetivo pleno no se pudiera proteger en la práctica el bien jurídico de interés general que se ha de preferir sobre el derecho individual, será admisible el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva o de presunción de culpa o dolo, pues de no proceder así, se terminarían afectando a la postre a la totalidad de los asociados.

Lo anterior implica que tanto el legislador como la Corte Constitucional están en la obligación de analizar cada hipótesis en la que se pretenda morigerar el rigor con el que debe manejarse el tema y explicar de manera suficiente las razones que conducen excepcionalmente a la admisión de la flexibilización de la aplicación de los principios propios del derecho punitivo del Estado, para evitar así que lo justificado como instrumento excepcional termine convirtiéndose en la regla general en materia de infracciones y sanciones administrativas, pues el simple argumento de la prevalencia del interés general sobre el interés particular no es suficiente para admitir la restricción de los principios de presunción de inocencia y culpabilidad.

SECCIÓN III. LA HUIDA DEL DERECHO PENAL O EL DOBLE ÁMBITO SANCIONADOR

259. El derecho administrativo sancionador colombiano ofrece menores garantías para el administrado que las ofrecidas por el derecho penal. En un modelo de Estado que se dice protector de los derechos fundamentales resulta contradictorio que so pretexto del interés general se recurra con frecuencia a los atajos que menoscaben los derechos fundamentales de las personas, con tal de obtener resultados de control social mediante un sistema represivo que no se adelanta exclusivamente desde la perspectiva del derecho penal, donde dicho sea de paso se propende a la reivindicación de las garantías para el procesado, sino desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador, en el cual tales garantías se ponen permanentemente en tela de juicio por las propias cortes de justicia, que tienen la misión histórica de poner en cintura al poder, pero que en este campo patrocinan de manera habitual con sus decisiones un sistema represivo administrativo profundamente autoritario que pasa inadvertido o es subestimado en cuanto al grado de afectación que puede generar a los derechos fundamentales de los ciudadanos y administrados en general.

En consecuencia, el sistema jurídico colombiano ha sido permisivo con la Administración al dotarla de las extraordinarias facultades sancionadoras, pues no se le exige la misma o tan siquiera parecida rigurosidad al adelantar las investigaciones que tiendan a la determinación sobre la infracción administrativa y la consecuente sanción, en comparación con el derecho penal, porque la aplicación matizada de los principios del derecho punitivo estatal, tales como la presunción de inocencia, la culpabilidad, la legalidad y el non bis in idem, pueden representar una grave restricción de las garantías del debido proceso del administrado sometido al escrutinio del poder sancionador.

260. En Colombia el crecimiento del derecho administrativo sancionador no ha sido producto de un movimiento despenalizador. Pudiera pensarse que lo que sucede en Colombia es que en la misma

proporción en que el derecho administrativo sancionador crece, el derecho penal decrece, planteándose así un sistema sancionador menos invasivo de los derechos fundamentales. Sin embargo, este panorama no es real, y por el contrario, lo que ha ocurrido es que de la mano del crecimiento del derecho penal se ha venido dando la expansión casi exponencial del derecho administrativo sancionador, presentándose de esa manera un sistema de control social punitivo expansivo y cada día más invasivo de los derechos ciudadanos.

Las anteriores consideraciones se apoyan en un análisis comparativo de las conductas punibles previstas por el Decreto Ley 100 de 1980 y el actual Código Penal colombiano, Ley 599 de 2000, que permite evidenciar que el último estatuto penal elevó a la categoría de delito muchas más conductas de las consagradas por el Código Penal anterior⁷⁸², lo cual demuestra que en los últimos años el derecho penal colombiano no se ha contraído y, por el contrario, ha entrado en un franco proceso de expansión.

Ello puede sustentarse también con una mirada a la realidad carcelaria del país, que es prueba fehaciente de que esas políticas expansionistas del derecho penal se traducen en una superpoblación carcelaria que demanda importantes recursos en infraestructura, personal y manutención para satisfacer sus necesidades, que dicho sea de paso, no se atienden de manera adecuada, desdibujando por completo la supuesta función resocializadora del “tratamiento” penitenciario y vulnerando hasta la saciedad los derechos fundamentales de los reclusos, sin que importe que tengan o no la calidad de condenados.

Según estadísticas obtenidas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), a junio 30 de 2013 el total de la población carcelaria en Colombia ascendía a 117.863 reclusos, de los cuales tenían la calidad de condenados 81.663, y de sindicados 36.200. El hacinamiento en las cárceles colombianas para tal época era del 55,6 %^[783]. A lo anterior se le suma el hecho de que, en promedio, el costo que tiene el sostenimiento de una persona privada de la libertad al año asciende a \$12.051.000^[784].

Esa información es relevante porque permite evidenciar que en Colombia el crecimiento de las potestades sancionadoras de la Administración no ha

sido la consecuencia de un movimiento despenalizador, pues, por el contrario, ha venido a acompañar el proceso de crecimiento del derecho penal.

261. Históricamente, al derecho penal se le ha prestado más atención que al derecho administrativo sancionador. Todos los controles y todas las miradas históricamente se han centrado en el estudio y decantación de las garantías del derecho penal, pues se ha considerado que no existe punto de comparación entre el derecho a la libertad personal —que puede ser restringido como consecuencia de la realización de un delito— y los derechos relacionados con el patrimonio de las personas o sus actividades económicas, que es lo que habitualmente puede verse afectado en el contexto de las sanciones impuestas por la Administración.

En ese contexto, el derecho administrativo sancionador se ha visto como un derecho que no tiene el suficiente potencial de causar una grave afectación a los derechos fundamentales, y que por tal razón es posible predicar una flexibilización de la aplicación de los principios históricos del derecho punitivo en este campo.

262. La afirmación según la cual el derecho a la libertad personal es un derecho de mayor importancia que los derechos patrimoniales debe ser revaluada o, cuando menos, relativizada. En el entorno social actual, en el que impera un modelo económico muy bien definido en el que la riqueza o la propiedad de bienes materiales, el dinero, el desarrollo de una actividad productiva, cualquiera sea su naturaleza, representa uno de los más preciados bienes de cualquier persona, pues constituye el requisito sine qua non para la satisfacción de sus necesidades, afirmar que los bienes patrimoniales no justifican ser garantizados con la misma firmeza con la que se protege o garantiza el derecho a la libertad personal carece de toda lógica y sustento.

Es decir, aquella consideración según la cual el derecho a la libertad personal está simple y llanamente por encima de los derechos patrimoniales no parece estar en sintonía con la realidad actual, cuando para el ser humano el concepto de libertad se encuentra vinculado no solo a su posibilidad de locomoción, de pensamiento, de desarrollo de su

personalidad, etc., sino a su capacidad adquisitiva y posibilidad real de satisfacer sus necesidades, en la medida en que representa una obviedad afirmar que el dinero es el pasaporte de entrada al mercado y con ello, a la satisfacción de las necesidades individuales.

La propiedad privada, en consecuencia, con independencia de la función social que esté llamada a desempeñar, representa para cada individuo una de sus mayores conquistas y por tal razón ha sido reconocida como uno de los bienes jurídicos que deben ser protegidos por el Estado.

Ahora bien, tal protección no solo debe ser concebida desde la perspectiva de las afrentas entre particulares o individuos, como ocurre por ejemplo con la consagración de la conducta punible de hurto, sino también desde el punto de vista de su protección frente al Estado mismo, tal como se presenta con la regulación jurídica de la expropiación, en la cual de manera clara el Estado se encuentra sometido a límites y controles en cuanto a la legalidad de su actuación y la medida de la indemnización.

Donde también se tiene que evidenciar un esquema claro de controles al Estado para evitar que pueda afectar el patrimonio de las personas sin que sus decisiones hayan estado precedidas de todas las garantías propias del debido proceso, es en el campo del derecho administrativo sancionador, pues la imposición de las sanciones administrativas suele tener un efecto directo en el patrimonio y por ende en la propiedad de las personas.

Piénsese en la imposición de una sanción pecuniaria de multa. ¿Qué obligaciones implica? La obligación de pagar una suma de dinero ¿Qué consecuencias se podrían derivar del incumplimiento de tales obligaciones? El embargo, secuestro y remate de los bienes, es decir, la pérdida de la propiedad.

Qué decir de la sanción de destitución e inhabilidad general impuesta a un servidor público, que tiene el no despreciable efecto de impedirle a una persona que quizá se ha preparado durante toda su vida para un desempeño laboral en el sector público volver a laborar en él, o la pérdida de investidura que trunca para siempre las aspiraciones políticas de una persona, sin mencionar el catastrófico efecto derivado de una declaratoria de caducidad contractual.

También se podría mencionar el efecto económico que genera la imposición de una medida que implique el cerramiento de un establecimiento de comercio o de una industria cualquiera. Todo ello evidencia que la potestad punitiva de la Administración en efecto tiene el suficiente potencial de restringir, afectar o limitar uno de los más importantes derechos del hombre contemporáneo, como lo es el derecho a la propiedad privada, y con ello todos los derechos patrimoniales que a tal concepto le son inherentes.

Es más, como ya se advirtió, las sanciones administrativas también pueden implicar una restricción al derecho a la libertad de las personas, pues quien fue destituido, por ejemplo, perdió la libertad para escoger su espacio de desempeño laboral o para hacerse elegir a un cargo público; es decir, la sanción administrativa de una u otra forma implica también la afectación al derecho a la libertad.

Así las cosas, no se puede seguir pensando que por el hecho de que el sistema sancionador administrativo solo pueda incidir por regla general en el ámbito patrimonial de las personas y no en su libertad personal desde el punto de vista físico, se encuentre facultado para omitir o flexibilizar la aplicación de las garantías y principios al adelantar un trámite sancionatorio e imponer la sanción administrativa. La potestad sancionadora de la Administración no es una potestad de segunda categoría; es tan principal como la potestad sancionadora desde el punto de vista penal.

263. El sistema punitivo colombiano es bastante invasivo de los derechos de las personas. En Colombia cada día se fortalece más la potestad sancionadora de la Administración, bien sea abarcando nuevos campos de regulación y control social, o gozando de mayores prerrogativas que le facilitan la labor de sancionar gracias a la matización o flexibilización de los principios propios del debido proceso, tales como la admisión de regímenes de responsabilidad objetiva, o la presunción de culpabilidad, para tan solo mencionar algunos ejemplos en los cuales se anula o invierte la carga de la prueba en torno a unos de los elementos centrales del derecho punitivo, como lo son el principio de culpabilidad y la presunción de inocencia.

En efecto, sería válido plantear que la inflación legislativa que se tiene en el campo penal es superada con creces por la expansión del derecho

administrativo sancionador, que tiende a ser más eficaz que el derecho penal, precisamente como consecuencia de la tendencia a la reducción de las garantías del sujeto involucrado. La ecuación es simple: a mayores garantías para el ciudadano, menor eficacia del poder sancionador. A menores garantías para el ciudadano, mayor eficacia para el poder sancionador.

La mencionada fórmula de control social es atractiva para la institucionalidad y, por ende, de creciente utilización ante la evidencia de que los poderes que por esta vía se confieren a las administraciones y autoridades públicas parecen arrojar mejores o más rápidos resultados que cuando se utiliza la vía penal, con el agravante de que en muchos de los casos las conductas prohibidas o reprochadas se sancionan desde diversos espacios punitivos, como si se buscara asegurar por cualquier medio que en todo caso la sanción, cualquiera fuera su naturaleza, pudiera ser impuesta.

De esa manera, y vista la potestad sancionadora de la Administración como “benigna” o poco invasiva, cada día de forma imperceptible crece el nivel de intervención estatal en la vida de las personas mediante este instrumento de control social, con lo que se vienen perdiendo múltiples espacios de libertad ante los avances del ímpetu punitivo del Estado⁷⁸⁵, con el agravante de la “ausencia de recelo ante posibles excesos del poder sancionador del Estado”⁷⁸⁶, puesto que esta potestad no es vista como algo que tenga el suficiente potencial de afectar gravemente los derechos⁷⁸⁷.

SECCIÓN IV. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR GARANTISTA. UNA PROPUESTA PARA COLOMBIA

264. Se pueden realizar propuestas que contribuyan a garantizar una aplicación más rigurosa de los principios históricos del derecho punitivo del Estado en el campo del derecho administrativo sancionador. En esta obra se han realizado algunas críticas y reflexiones en torno al manejo dado en el sistema jurídico colombiano a las garantías y principios del derecho punitivo estatal en el campo del derecho administrativo sancionador. Ahora corresponde formular algunas propuestas que bien podrían contribuir a disminuir las tensiones entre la necesidad de ejercer el control social por la vía punitiva administrativa y los derechos fundamentales del supuesto infractor.

265. Se debe evitar incluir en el sistema jurídico colombiano la posibilidad de que una conducta pueda tener diversas consecuencias punitivas. A lo largo de este libro se ha insistido en que como quiera que el poder punitivo del Estado es uno solo, con independencia de la faceta sancionadora de la que se trate, se debe evitar establecer que a raíz de una misma conducta se puedan derivar diversas consecuencias punitivas, pues ello prima facie representaría una vulneración del principio de non bis in idem.

Por tal razón, el legislador colombiano debería evaluar la intensidad con la que se requiere sancionar una conducta, para escoger con fundamento en ello el ámbito punitivo correspondiente, en atención a la gravedad de esta y a la necesidad de proteger por la vía punitiva un bien jurídico.

Allí, el carácter de ultima ratio del derecho penal es un patrón fundamental que sirve para establecer que a esta vía solo se puede acudir cuando no existan otros espacios menos radicales e invasivos de los derechos fundamentales, por lo que de algún modo podría afirmarse que el derecho penal es un medio subsidiario en la protección de bienes jurídicos al cual solo se debe acudir en caso de que se considere que por las otras vías de

protección de estos, entre los cuales destaca el derecho administrativo sancionador, no se logre su amparo efectivo, o cuando menos, una adecuada prevención de su lesión.

Por ende, si el derecho administrativo sancionador se considera insuficiente para alcanzar los propósitos del derecho punitivo del Estado y políticamente se define que el juicio de reproche de la conducta debe ser de mayor intensidad hasta el punto de convertir la infracción en delito, no puede admitirse que continúe siendo reprochada de manera simultánea desde el punto de vista administrativo, pues ello carecería de sentido y permitiría evidenciar que en últimas el propósito del Estado es sancionar a toda costa, aun cuando ello implique la limitación o vulneración de los derechos fundamentales del supuesto infractor.

Tal lógica del doble campo sancionador no es compatible con el pensamiento demoliberal propio del Estado de derecho y del Estado social de derecho, pues sin duda este se construye sobre los fundamentos filosóficos de aquel, y por tal razón debe concebirse que si bien es cierto en el Estado social de derecho se propugna la reivindicación de los derechos sociales y el interés general, ello no tiene por qué significar un sacrificio de los derechos fundamentales individuales y mucho menos su anulación, ya que en su protección efectiva descansa el fundamento básico del pacto social.

266. De manera excepcional se podría admitir que una misma conducta desencadenara diversas consecuencias punitivas cuando estuvieran claramente discriminados los distintos bienes jurídicos que se pretendieran proteger por las vías sancionadoras. Solo de manera excepcional se podría admitir que una misma conducta generara como consecuencia la intervención punitiva desde distintos ámbitos, y ello en tanto se logre determinar con toda precisión y claridad que los diversos propósitos punitivos están encaminados al amparo de distintos bienes jurídicos, porque si en última instancia, tras la justificación habitual del doble esquema sancionador lo que se oculta es la protección del mismo bien jurídico, se estará lesionando el principio de non bis in idem y, con él, los derechos fundamentales del supuesto infractor.

Ello lleva a considerar que no puede admitirse que una conducta sea delito y al mismo tiempo infracción administrativa, cuando existe completa identidad entre los propósitos buscados en cada ámbito punitivo, con independencia del contexto normativo desde el cual se pretenda realizar el juicio de reproche de la conducta, pues como se advirtió, este argumento no es razón suficiente para admitir la dualidad punitiva. Sobre este particular aspecto, un sector de la doctrina nacional, cuyo criterio se comparte, ha sostenido lo siguiente:

Si se trata de una falta disciplinaria que a su vez es elemento constitutivo de la infracción penal y existe absoluta identidad entre ellas, se aplica el principio de prevalencia del derecho penal; allí se analizará el contenido disciplinario. Se dirá entonces que existió impunidad, en este caso impunidad disciplinaria, la respuesta es obvia, no existe impunidad cuando el “ius puniendi” del Estado se ejerce y de qué manera, con la respuesta más drástica, la penal⁷⁸⁸.

Tal planteamiento permite evidenciar que en Colombia no todos los sectores admiten pacíficamente las tesis imperantes en torno a los problemas planteados en este acápite, pues en la práctica existe un problema real que tiende a la afectación de los derechos de las personas y merece ser abordado con un espíritu crítico.

267. Cuando se admite que a partir de una misma conducta se pueden derivar varios tipos de consecuencias punitivas, es menester establecer un orden de prelación o precedencia en virtud del criterio de especialidad. Cuando de manera excepcional se admita la posibilidad de establecer diversas consecuencias punitivas a raíz de una misma conducta, como ocurre por ejemplo con un comportamiento elevado a la categoría de delito que al mismo tiempo se considera falta disciplinaria, es menester garantizar coherencia lógica en el sistema jurídico y evitar contradicciones que terminen por lesionar los derechos fundamentales del implicado, como aquella habitual contradicción en la que se incurre en el derecho colombiano al determinar desde el

punto de vista penal que la persona no cometió delito alguno o no se acreditó su culpabilidad y, a renglón seguido, se le sanciona disciplinariamente por la comisión de la conducta descrita como delito. Los hechos, o son constitutivos de delito, o no lo son, pero no pueden ser considerados para un efecto como delito y para el otro no, máxime cuando no existe un fundamento normativo que indique que el rigor de la prueba de los hechos, su valoración y análisis, tiene que mirarse con distinto rasero en su interpretación⁷⁸⁹.

Tal como ya se ha sostenido en este texto, la aceptación incontrovertible de tal posibilidad lleva a una clara violación del principio lógico de contradicción, entendiendo que este es, en términos de doctrina autorizada, la relación que existe entre un enunciado o una proposición (P) y su negación, de modo que si la proposición (P) es verdadera, su negación es falsa, y a la inversa⁷⁹⁰. Al respecto se sostiene sobre tal principio de la lógica que “Esta noción descansa en los supuestos de que toda proposición tiene un valor veritativo determinado (verdad/falsedad), y solo uno (o es verdadera o falsa). En consecuencia, los miembros de una relación de contradicción no pueden ser verdaderos a la vez, ni falsos a la vez”⁷⁹¹.

Desde esta perspectiva, disposiciones jurídicas como la establecida en el artículo 2.º de la Ley 734 de 2002 y de la Ley 1952 de 2019, que dispone que “La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta”, son bastante inconvenientes porque se prestan para ese tipo de contradicciones, y por tal razón, ante hipótesis como la consagrada en el artículo 48, numeral 1, de la ley en comento o del artículo 65 de la Ley 1952 de 2019, que dispone como falta disciplinaria realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él, debiera quedar supeditada la investigación disciplinaria a lo que se determine en el proceso penal, dando lugar a una especial modalidad de prejudicialidad, pues si en el campo penal se descarta la configuración del delito, mal se haría en aceptar desde el punto de vista disciplinario que tal conducta en efecto merece el juicio de reproche administrativo, cuando se parte de la base de que en ambos sistemas sancionadores opera casi de idéntica manera el sistema de principios del derecho punitivo estatal.

Lo anterior tendría aplicación en tanto se cumpliera con la primera regla consistente en la prohibición de sancionar una misma conducta desde distintos ámbitos punitivos, cuando se pretenda el amparo del mismo bien jurídico, pues no basta con afirmar que por el solo hecho de que desde distintos ámbitos normativos se dispongan los diversos tipos de sanciones no se vulnera el non bis in idem cuando se sanciona una misma conducta.

268. Así como desde el punto de vista del derecho penal no se admite una doble sanción a partir de los mismos hechos, tampoco debe admitirse que desde el punto de vista disciplinario se prevea una dualidad punitiva. En otro apartado del libro⁷⁹² se abordó la tensión que se presenta en el derecho colombiano en torno al problema de la dualidad punitiva surgida a partir de la pérdida de investidura de miembros de corporaciones públicas de elección popular y la acción disciplinaria adelantada por la Procuraduría General de la Nación, cuando tienen como común denominador las mismas causales. Ahora corresponde proponer una fórmula que permita la salvaguarda de los derechos fundamentales de los servidores públicos expuestos a ese doble ámbito punitivo.

Tal como ya se advirtió⁷⁹³, cuando la sanción disciplinaria y la pérdida de investidura se fundamentan en una misma causal, se estará presentado una evidente tensión con el principio del non bis in idem, lo cual puede tener remedio si se prevé en el ordenamiento jurídico con exactitud que la competencia para la imposición de la sanción disciplinaria por incurrir en las causales de pérdida de investidura para los miembros de corporaciones recaiga de manera exclusiva en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

Lo anterior supone que la Procuraduría General de la Nación debe ser despojada de la competencia sancionadora en esta precisa materia para radicarla de manera definitiva en los jueces, cuando se está en presencia de miembros de corporaciones públicas de elección popular.

Por otra parte, si las faltas disciplinarias cometidas por los miembros de corporaciones públicas de elección popular no son constitutivas de causal de pérdida de investidura, le correspondería de manera exclusiva conocer a

la Procuraduría, que mantendría una amplia competencia para salvaguardar la correcta conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas.

Esta propuesta tiene como ventaja adicional que evitaría que se presentaran contradicciones entre las distintas autoridades revestidas de potestad disciplinaria, permitiendo, además, la salvaguarda del principio del non bis in idem que de manera evidente se lesiona en este campo, y con ello la protección de los derechos fundamentales de estos servidores públicos.

Tal propuesta no constituye una apología a la “impunidad” parlamentaria, en la medida en que, por el contrario, se está disponiendo que sean los jueces quienes, a partir de un procedimiento ya previsto, verifiquen si en efecto el miembro de corporación pública de elección popular se hace merecedor de la más drástica de las sanciones disciplinarias, como lo es la pérdida de investidura.

Por otra parte, la Procuraduría podría desempeñar un importante papel para garantizar el control de la conducta de quienes incurren en una causal de pérdida de investidura, al estar habilitada para promover ante la jurisdicción contencioso-administrativa la demanda correspondiente.

269. Los principios de culpabilidad y presunción de inocencia se deben observar con todo rigor en el campo del derecho administrativo sancionador. Partiendo de la base de que el derecho a la libertad personal no es necesariamente un derecho que se encuentre por encima de los derechos patrimoniales y que en efecto las sanciones administrativas pueden ir más allá de la simple connotación económica e implicar también restricciones a las libertades de las personas en sentido amplio, se observa la importancia de reforzar la aplicación de estos principios en el campo del derecho administrativo sancionador, pues ese inmenso poder del que se halla investida la Administración pública, que adopta el ropaje de la potestad sancionadora, debe ser controlado para evitar los excesos y la arbitrariedad que en los tiempos actuales más fácilmente se pueden presentar en esta faceta punitiva, que desde la perspectiva del derecho penal, al estar todas las miradas, garantías y teorías casi que enfocadas de manera exclusiva en este sistema normativo, dejan de lado los inmensos riesgos que implica la actividad sancionadora de la Administración, como si ello fuera asunto

de poca monta o no implicara restricciones a los derechos fundamentales.

Por ende, la reivindicación de los principios de culpabilidad y presunción de inocencia para el campo de la potestad sancionadora de la Administración representa un imperativo necesario para disminuir los riesgos de la arbitrariedad y promover la protección efectiva de los derechos de quienes en un momento dado se encuentran frente al rostro más hostil de la Administración, su potestad sancionadora.

Debe recordarse que cuando la potestad sancionadora de la Administración se pone en marcha, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal, es la propia Administración la que hace las veces de “juez y parte”, y ello puede generar mayor vulnerabilidad para el supuesto infractor en comparación con el modelo de procesamiento penal, en el cual existe una clara distinción de funciones entre quienes investigan la conducta, acusan y juzgan.

Por esas razones, en materia punitiva la regla general tiene que ser la presunción de inocencia, con independencia de que se esté ante un contexto sancionador penal o administrativo, y aunque en las disposiciones jurídicas que consagran los procedimientos sancionatorios de la Administración no se aluda a tal principio ni al de culpabilidad, debe entenderse que la sanción solo puede imponerse en un contexto de responsabilidad subjetiva después de desvirtuar la presunción constitucional de inocencia.

Ahora bien, solo de manera excepcional y por las razones explicadas en otro apartado de este texto⁷⁹⁴, sería admisible establecer un régimen de responsabilidad objetiva o de presunción de culpabilidad cuando después de un adecuado análisis, justificación y ponderación se considerara estrictamente indispensable para garantizar en últimas el interés general que no estuviera justificado solo en argumentos pragmáticos sustentados en la eficacia, sino que se soportaran en el verdadero propósito de pretender el amparo de bienes jurídicos ante los cuales deban ceder en alguna medida los derechos fundamentales del supuesto infractor, partiendo de la base de que no hay derechos absolutos. En esta hipótesis deberá estar expresamente prevista en la normativa la posibilidad de tal restricción, y debe ser una posibilidad excepcional, jamás la regla general.

270. Defender una postura garantista de los derechos del supuesto infractor debe ser el propósito del derecho administrativo sancionador. Como corolario de lo establecido en este capítulo se puede decir que la Administración pública se encuentra dotada de un enorme poder que le permite imponer sanciones administrativas y que en ese contexto, quien necesita el establecimiento de garantías para evitar el abuso y la arbitrariedad es quien no lo tiene, es decir, el administrado, que queda expuesto a los instrumentos de control social y en ocasiones a un sistema jurídico que desde el comienzo pretende justificar tanto los fines como los medios para ejercer dicho control.

Por esa razón, la defensa de una postura que abogue por el fortalecimiento de las garantías en el campo del derecho administrativo sancionador se justifica en la medida en que pretende establecer un equilibrio entre las herramientas del control social y la protección de los derechos fundamentales, ya que estos no se pueden anular con el simple argumento de la prevalencia del interés general, pues su respeto representa uno de los postulados fundamentales que sirve de justificación a la organización política llamada Estado.

Prever restricciones o límites al ejercicio del poder punitivo, como lo sería exigir mayor rigurosidad en el respeto del principio de non bis in idem, para evitar un doble esquema sancionador a partir de una misma conducta y establecer en consecuencia unas reglas de juego más claras sobre esta materia, contribuiría en gran medida a propender a la defensa de los derechos de las personas y al logro de un esquema de control social menos invasivo que el actual.

De igual forma, el entendimiento de que el régimen aplicable en el ámbito punitivo debe ser, por regla general, de carácter subjetivo, representa una importante herramienta para garantizar las libertades y los derechos en el contexto de un Estado social de derecho, en el cual su restricción debe ser excepcional y en todo caso debidamente precedido de las garantías propias del derecho punitivo, porque es esto último lo que en la práctica legitima la imposición de la sanción, al soportar esta no en la decisión arbitraria de quien ostenta el poder, sino en razones suficientes que respaldan la necesidad de reprochar la conducta del infractor.

Por último, el derecho administrativo sancionador debe utilizarse solo para la defensa de bienes jurídicos de especial relevancia, no para conductas inocuas o de pequeña lesividad⁷⁹⁵, pues en últimas, de alguna forma, mediante la sanción administrativa siempre terminará restringiéndose la libertad, entendida en su sentido más amplio.

CONCLUSIONES

271. La potestad sancionadora de la Administración es una faceta del ius puniendi estatal, y la determinación de lo que se ha de considerar infracción administrativa le corresponde al Congreso. La potestad sancionadora de la Administración emana del ius puniendi del Estado, de lo que se deriva que tanto el ámbito punitivo penal como el administrativo constituyen facetas del poder punitivo estatal, y por ende, solo al Estado le corresponde determinar lo que habrá de ser objeto de reproche desde el punto de vista sancionador.

Ahora bien, de manera concreta a quien le corresponde la función de determinar qué se debe considerar delito y qué se debe considerar infracción administrativa es al Congreso, puesto que en virtud del principio de legalidad, apoyado en el principio democrático, es el representante del pueblo quien debe adoptar tales decisiones. Sin embargo, dicha competencia no es ilimitada y se halla sometida a los patrones constitucionales y, claro está, al respeto de los derechos fundamentales⁷⁹⁶.

272. Tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador representan instrumentos de control social. Empero, el derecho penal debe ser un mecanismo de ultima ratio. La imposición de una pena solo está justificada como última medida de control social. Por eso, solo está justificada allí donde el comportamiento prohibido perjudique de manera insoportable la coexistencia libre y pacífica de los ciudadanos y no sean adecuadas para impedirlo otras medidas jurídicas y político-sociales menos radicales⁷⁹⁷. En otras palabras: se espera que el derecho penal solo intervenga cuando sea estrictamente necesario, evitándose la utilización de las normas penales como instrumentos que persigan efectos políticos inmediatos⁷⁹⁸, lo cual implica que se acepte la utilidad social de la pena para el mantenimiento del orden social, pero con la obligación de respetar la dignidad humana. Este es su límite⁷⁹⁹.

Es precisamente en ese contexto donde entra en escena el derecho administrativo sancionador, porque el derecho penal debe concebirse como un instrumento de naturaleza subsidiaria y debe representar, por tanto, la ultima ratio de la política social⁸⁰⁰.

El derecho administrativo sancionador se erige como un mecanismo menos “invasivo” de los derechos fundamentales, pero igualmente encaminado a la realización de un control social que permita la coexistencia y la pacífica convivencia entre los hombres, protegiendo los bienes jurídicos que no requieran una intervención penal y buscando los fines que justifican la existencia de la potestad punitiva del Estado.

Se dice que el derecho administrativo sancionador es un instrumento de control social menos radical que el derecho penal porque no genera los estigmas sociales que caracterizan la intervención de aquel, no desemboca en la imposición de una sanción privativa de la libertad y en consecuencia no aísla al infractor de la sociedad ni de su círculo familiar y no representa antecedente penal.

273. Los propósitos del derecho penal y del derecho administrativo sancionador son similares, pues ambos buscan la protección de bienes jurídicos. La sanción administrativa se justifica como medida generalmente disuasiva y no represiva, ya que el objetivo del derecho administrativo sancionador no puede ser otro que el de evitar llegar a la imposición de sanciones administrativas, puesto que su eficacia depende no de que las sanciones se impongan, sino de que las infracciones no se cometan y en consecuencia no se tenga que hacer uso de la potestad sancionadora.

Tal afirmación de igual forma puede hacerse respecto del derecho penal, cuyo éxito no dependería del número de penas impuestas, sino de la efectiva prevención de la conducta punible y en consecuencia del mantenimiento de un orden social, lo cual significa que los fundamentos que sirven de base para la justificación de la pena también permiten justificar la sanción administrativa, y por ello la potestad sancionadora de la Administración se explica como un mecanismo de control social generalmente menos invasivo que el derecho penal, que tiene como finalidad no solo la prevención general de la infracción, sino la

resocialización⁸⁰¹ del infractor, entendiendo que esta no es una finalidad exclusiva de la sanción penal y que con ella se pretende que el infractor interiorice las normas, valores y funciones que determinada organización social busca imponer⁸⁰², puesto que la sanción administrativa de igual forma pretende contribuir a la adecuación de las conductas de las personas a la normativa prevista para garantizar el orden social⁸⁰³, dado que en el contexto del Estado social de derecho resulta inadmisibles la concepción retributiva como fundamento de la potestad sancionadora del Estado, pues es claro que en este modelo el respeto de los derechos fundamentales y de la dignidad humana constituye un axioma inquebrantable que soporta la institucionalidad y legitimidad del ejercicio del poder.

Ahora bien, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador buscan la protección de bienes jurídicos en los términos establecidos por el legislador, que es en últimas el que termina definiendo mediante qué vías se tutelan los bienes jurídicos, de lo que resulta que si una conducta es regulada desde la perspectiva del derecho administrativo sancionador, es porque no lesiona los bienes jurídicos que según el pacto político deban estar amparados por el ámbito de influencia del derecho penal.

274. Por regla general, el derecho penal y el derecho administrativo sancionador deben ser excluyentes. La intervención del derecho penal y del derecho administrativo sancionador debe ser en principio excluyente. O una conducta justifica ser tratada por la vía punitiva penal o por la vía punitiva administrativa. No puede ser admisible que una conducta dé lugar a ambos tratamientos punitivos, puesto que ello prima facie representaría una violación del principio de non bis in idem, salvo que se acredite suficientemente que el mismo comportamiento genere una vulneración de distintos bienes jurídicos protegidos por diversos esquemas sancionadores.

275. Entre el delito y la infracción administrativa no hay diferencias sustanciales u ontológicas. No existen diferencias sustanciales entre la infracción administrativa y el delito, lo cual no significa que no haya diferencias de otra índole. Partiendo de la base de que el derecho es producto de los acuerdos sociales y del proceso político, la

determinación de lo que será calificado como infracción administrativa y delito es fundamentalmente política, por lo que, en última instancia, terminará siendo delito lo que el legislador califique como tal, y lo propio ocurrirá con la infracción administrativa.

Con todo, la decisión de calificar una conducta como delito o infracción administrativa trae consigo diferencias en la norma que son relevantes al analizar, por ejemplo, las distintas competencias para la imposición de las sanciones, los procedimientos que hay que seguir y las sanciones en sí mismas.

276. La imposición de una sanción penal o administrativa en todo caso implica una afectación a los derechos del sancionado y por ende no se puede afirmar que simplemente la sanción penal es más grave que la administrativa. La gravedad de la sanción penal y de la sanción administrativa representa un problema que tiene un importante matiz de subjetividad. Por esa razón, no es definitivamente cierto que la pena privativa de la libertad sea más grave que una sanción de carácter administrativo, pues esta bien puede implicar una seria restricción a los derechos del sancionado relacionados con su patrimonio y hasta con su libertad. Por otra parte, es menester tener en cuenta que la privación de la libertad no es la única modalidad de sanción penal establecida en la legislación colombiana.

277. La imposición de una sanción administrativa debe estar precedida del respeto del debido proceso y de los principios y garantías históricas del derecho punitivo del Estado. Como la sanción administrativa no es una “benevolencia” y en todo caso tiende a la afectación de derechos fundamentales, el procedimiento sancionador previsto para imponerla debe incluir todas las garantías propias del debido proceso, siguiendo preferentemente el criterio de referencia del derecho penal, que en los Estados democráticos liberales suele ser de corte garantista y es el que mejor obedece a la lógica de la protección de tales derechos cuando pueden verse avasallados por el poder del Estado investido de sus connaturales prerrogativas públicas.

278. Solo de manera excepcional se puede justificar la flexibilización de los principios históricos del derecho punitivo en el ámbito del derecho

administrativo sancionador. En ciertas circunstancias resulta justificada la matización de los principios aplicables en el campo del derecho administrativo sancionador, en atención a las particularidades del ejercicio de la función administrativa, los bienes jurídicos objeto de protección y patrones de eficacia suficientemente razonados y ponderados. Por tal razón resulta legítimo que se le permita a la Administración terminar de configurar los elementos estructurales de la infracción en aquellos casos en que por la complejidad del tema (muy técnico) o por la necesaria complementariedad con otros fundamentos normativos (remisión a las prohibiciones y deberes del servidor público) se justifique flexibilizar el principio de reserva de ley.

También los principios de presunción de inocencia y culpabilidad pueden excepcionalmente verse matizados, en tanto la ley de manera expresa e inequívoca establezca la posibilidad de implementar un régimen de responsabilidad objetiva o de presunción de dolo o culpa, todo lo cual deberá estar soportado en criterios teleológicos y pragmáticos que justifiquen suficientemente las razones para admitir esta restricción a los derechos de las personas.

Por último, el principio de non bis in idem solo puede matizarse en tanto esté claramente establecido que con una misma conducta se lesionan distintos bienes jurídicos tutelados en contextos normativos diferentes, ya que el solo establecimiento de las consecuencias punitivas en diversos tipos de normas no es razón suficiente para admitir una doble sanción a raíz de unos mismos hechos.

279. Le es permitido al legislador establecer que a raíz de una misma conducta se puedan derivar varias consecuencias jurídicas sin que ello implique la vulneración del non bis in idem. De un mismo hecho, de una misma conducta se pueden derivar diferentes consecuencias jurídicas en tanto no tengan un carácter punitivo. Si es así, es menester para evitar la violación del principio de non bis in idem acreditar que las distintas normas que consideran la infracción tienen propósitos distintos en torno a la protección de los bienes jurídicos.

Por tal razón no existe ningún problema cuando se prevén consecuencias punitivas al lado de las fiscales o civiles, pues el objetivo de cada una de

estas es en esencia diferente. Cosa distinta se presenta cuando se prevén dos sanciones disciplinarias con fundamento en los mismos hechos, o una sanción penal y administrativa para proteger un mismo bien jurídico.

Por tal razón, el establecimiento de varias consecuencias punitivas con fundamento en los mismos hechos vulnera prima facie el principio del non bis in idem, a menos que en efecto se persiga la protección de distintos bienes jurídicos.

280. Abogar por la aplicación de los principios del derecho punitivo en el ámbito del derecho administrativo sancionador no contraviene la misión que está llamada a cumplir la Administración pública. La exigencia de la aplicación rigurosa de las garantías propias del debido proceso en el ámbito del derecho administrativo sancionador no tiene por qué conducir al establecimiento de una Administración inerte ante las actuaciones de los particulares o de las propias autoridades públicas. Allí el principio de precaución puede servir de herramienta para amparar cautelarmente los bienes jurídicos afectados o en riesgo, mientras se define el procedimiento sancionador en el que se garantice plenamente el derecho de defensa y todos los derechos inherentes al debido proceso en términos que se asemejen al modelo de procesamiento penal.

Ello debe ser así porque por muy loable que sea el fin perseguido con tal potestad no pueden justificarse todos los medios para alcanzarlo. Por ello, aunque se esté tras la búsqueda del interés general, no pueden desconocerse las garantías mínimas del debido proceso en el procedimiento administrativo sancionador.

281. Cada día aumentan las posibilidades sancionadoras de la Administración, lo cual obliga a pensar en la necesidad de fortalecer el sistema de garantías para los administrados. El derecho administrativo sancionador en Colombia se encuentra en franco proceso de expansión de la mano del crecimiento de las potestades sancionadoras de la Administración. En ese entorno, día tras día las libertades ciudadanas se ven más limitadas ante el crecimiento exponencial de la normativa prohibitiva, que no se ve con el mismo recelo con que se observa a menudo la intervención penal. Sin embargo, tras el velo de las

“justificadas infracciones y sanciones” se encuentra el riesgo de la restricción de los derechos hasta tal punto que para el ciudadano el ámbito del derecho penal podría terminar siendo de hecho más conveniente por la rigurosidad en la aplicación de los principios históricos del derecho punitivo.

Por tal razón, es necesario establecer claros límites a la potestad sancionadora de la Administración y comprender que no se trata de una potestad inocua, para evitar que termine convirtiéndose en la patente de corso para la arbitrariedad estatal y la sistemática vulneración de los derechos fundamentales que día tras días ceden ante el auge de las potestades sancionatorias de la Administración.

BIBLIOGRAFÍA

ACHENBACH, HANS, “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán”, en Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal, Barcelona, Bosch, 1995.

AGUILERA PEÑA, MARIO, “Ofensas al honor y duelos a muerte”, en Credencial Historia, n.º. 132, Bogotá, diciembre, 2000.

AGUADO I CUDOLA, VICENC, La presunción de certeza en el derecho administrativo sancionador, Madrid, Civitas, 1994.

AGUIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, IÑAKI, La coacción administrativa directa, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública-Civitas, 1990.

ALEXY, ROBERT, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

AMBOS, KAI, “Los fines de la pena a nivel internacional y supranacional”, en Facetas Penales, n.º 91, Bogotá, Leyer, 2010.

AMELUNG, KNUNT, “El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, Marcial Pons, 2007.

ALEXY, ROBERT, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

APONTE, ALEJANDRO, “Derecho penal del enemigo vs. derecho penal del ciudadano, Gunther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad”, en Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Buenos Aires, Edisofer-B. de F., 2006.

ARANGO RIVADANEIRA, RODOLFO, El concepto de los derechos sociales fundamentales, Bogotá, Legis, 2005.

ATINUA, GABRIEL IGNACIO, “Contradicciones y dificultades de las teorías del castigo en el pensamiento de la Ilustración”, en Mitologías y discursos sobre el castigo, Barcelona, Anthropos, 2004.

BACIGALUPO, ENRIQUE, “La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el derecho penal europeo”, en Derecho penal económico, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

BACIGALUPO, SILVINA, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Barcelona, Bosch, 1998.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL y BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA, “Las medidas administrativas y penales de prevención del blanqueo de capitales en el ámbito urbanístico: límites entre las infracciones administrativas y delito”, en Urbanismo y Corrupción, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM), Madrid, 2008.

BARATTA, ALESSANDRO, Criminología y sistema penal, Montevideo-Buenos Aires, B. de F., 2004.

BAZZANI MONTOYA, DARÍO, “Teoría de la pena y proceso penal”, en XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

BECCARIA, CESARE, De los delitos y de las penas, Barcelona, Altaya, 1994.

BERNAL PULIDO, CARLOS, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BOBBIO, NORBERTO, “Prólogo”, en Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 1989.

BOROWSKI, MARTIN, La estructura de los derechos fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

BUCHANAN, JAMES M., Los límites de la libertad, entre la anarquía y el leviatán, Madrid, Katz-Liberty Fund, 2009.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, Introducción al derecho penal, Bogotá, Temis, 1986.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, Sujeto responsable, Bogotá, Leyer, 2008.

CANO MATA, ANTONIO, Las infracciones administrativas en la doctrina del Tribunal Constitucional, Madrid, Edersa, 1984.

CALVO GARCÍA, MANUEL, Transformaciones del Estado y del derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

CARBONELL, MIGUEL, Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Madrid, Trotta, 2005.

CARRARA, FRANCESCO, Programa de derecho criminal, vol. II, Bogotá, Temis, 1957.

CARRARA, FRANCESCO, Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa. Parte general, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1944.

CARRÉ DE MALBERG, R., Teoría general del Estado, 2.^a ed. en español, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998.

CARRIÓ, GENARO, Principios jurídicos y positivismo jurídico, Buenos Aires, Abeledo-Perrot 1970.

CASERMEIRO, PABLO R., “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador”, en Indret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, 2010.

CASTRO MORENO, ABRAHAM, El por qué y el para qué de las penas, Madrid, Dykinson, 2008.

CERBO, PASQUALE, “Las sanciones administrativas en Italia. Un problema de derecho constitucional”, en Documentación Administrativa (revista electrónica), n.os 282-283, INAD, 2009.

CEREZO MIR, JOSÉ, Curso de derecho penal español. Parte general, 3.^a ed., Madrid, Tecnos, 1988.

CEREZO MIR, JOSÉ, Curso de derecho penal español, 6.^a ed., Madrid, Tecnos, 2005.

CHEVALLIER, JEAN JACQUES, Las grandes obras políticas, Bogotá, Temis, 1997.

CHINCHILLA, TULIO ELÍ, “Garantismo expansivo y garantismo moderado para situaciones de precariedad estatal”, en Garantismo y derecho penal, Bogotá, Temis, 2006.

COPELLO, MARIO ALBERTO, La sanción y el premio en el derecho, Buenos Aires, Losada, 1945.

COPI, IRVING M., y CARL COHEN, Introducción a la lógica, 2.^a ed., México, D. F., Limusa, 2012.

COUTO DE BRITO, ALEXIS, “A responsabilidade penal das pessoas jurídicas”, en Direito Penal Brasileiro, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DALH, ROBERT A., Análisis sociológico de la política, 1.^a ed., Barcelona, Fontanella, 1968.

DE CARVALHO, SALO, Pena e garantías, Rio de Janeiro, Lumen, 2003.

DE TOLEDO, EMILIO OCTAVIO, La prevaricación del funcionario público, Madrid, Civitas, 1980.

DELLIS, GEORGES, Droit Pénal et Droit Administratif, L'influence des principes du Droit pénal sur le droit administratif répressif, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, L. G. D. J., 1997.

DOMÍNGUEZ VILA, ANTONIO, Constitución y derecho sancionador administrativo, Madrid, Marcial Pons, 1997.

DURKHEIM, ÉMILE, Las reglas del método sociológico, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2005.

DURKHEIM, ÉMILE, La división del trabajo social, Barcelona, Planeta, 1985.

DWORKIN, RONALD, Los derechos en serio, Barcelona, Ariel, 2012.

ESTRADA VILLA, ARMANDO, El Estado, ¿existe todavía?, Medellín, Unaula, 2011.

FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, Normativización del derecho penal y realidad social, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, Derecho penal liberal de hoy, Bogotá, Ibáñez, 2007.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, Derecho penal parte general, Bogotá, Ibáñez, 2011.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, Derecho penal fundamental, 2.^a ed., vol. I, Bogotá, Temis, 1986.

FERNÁNDEZ RUIZ, PABLO, “El ejercicio del ius puniendi por parte del Estado”, en Manual de derecho administrativo sancionador, Navarra, Aranzadi-Ministerio de Justicia, Reimpresión, 2005.

FERNÁNDEZ RUIZ, PABLO, Introducción al manual de derecho administrativo sancionador, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005.

FERNÁNDEZ TORRES, JUAN RAMÓN, “La potestad sancionadora en el derecho comparado, Francia”, en Documentación Administrativa (revista electrónica), n.os 282-283, INAD, 2009.

FERRAJOLI, LUIGI, Derecho y razón, teoría del garantismo penal, 8.^a ed., Madrid, Trotta, 1995.

FERRAJOLI, LUIGI; ALESSANDRO BARATTA, PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ y MAURICIO MARTÍNEZ, La pena, garantismo y democracia, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.

FERRARI, VINCENZO, Derecho y sociedad. Elementos de la sociología del derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

FOUCAULT, MICHEL, Vigilar y castigar, 4.^a ed., México, D. F., Siglo Veintiuno Editores, 1980.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, “Sobre el ius puniendi. Su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”, en Documentación Administrativa (revista electrónica), n.os 280-281, INAD, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, Curso de derecho administrativo, 8.^a ed., t. II, Madrid, Civitas, 2002.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, FRANCISCO, Sanciones administrativas: garantías, derechos y recursos del presunto responsable, Granada, Comares, 2007.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, Criminología, 2.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

GARGARELLA, ROBERTO, De la injusticia penal a la justicia social, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2008.

GARLAND, DAVID, Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social, México, D. F., Siglo Veintiuno Editores, 1999.

GASCÓN ABELLÁN, MARINA, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Madrid, Trotta, 2005.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, Presentación a la teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, Marcial Pons, 2007.

GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS, Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Buenos Aires, B. de F., 2010.

GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO y CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, Delitos contra la Administración pública, 3.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, Dogmática del derecho disciplinario, 5.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, La dogmática jurídica como ciencia del derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, Derecho administrativo sancionador, parte general, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2008.

GONZÁLEZ TOBARRA, PEDRO, “El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad”, en Manual de derecho administrativo sancionador, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005.

GOLDSCHMIDT, JAMES, Principios generales del proceso, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), 1961.

GORDILLO, AGUSTÍN, Tratado de derecho administrativo, Medellín, Dike, 1998.

HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, en Revista de Ciencias Sociales, n.º 36, 1980.

HASSEMER, WINFRIED, Introducción a la criminología y al derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.

HASSEMER, WINFRIED, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de

legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, Marcial Pons, 2007.

HEGEL, FRIEDERICH, Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política, Barcelona, Edhasa, 1999.

HEGEL, FRIEDERICH, Principios de la filosofía del derecho, Buenos Aires, Sudamericana, 2004.

HEFENDEHL, ROLAND, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, Marcial Pons, 2007.

HEINE, GUNTER, “La responsabilidad colectiva. Una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea”, en Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

HEINE, GUNTER, “Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa”, en Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS, El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS, La responsabilidad civil del Estado y el poder disciplinario, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación, 1998.

HOBBS, THOMAS, Leviatán, vol. I, Madrid, Sarpe, 1983.

IBÁÑEZ, AUGUSTO, La cosa juzgada y el non bis in idem en el sistema penal, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997.

ISAZA SERRANO, CARLOS MARIO, Teoría general del derecho disciplinario, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 2009.

ITURRALDE, MANUEL, Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana, 2010.

JAKOBS, GUNTHER, Estudios de derecho penal, Madrid, Civitas, 1997.

JAKOBS, GUNTHER, Fundamentos del derecho penal, 1.^a ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993.

JAKOBS, GUNTHER, Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, Marcial Pons, 1997.

JELLINEK, GEORGE, Teoría general del Estado, 2.^a ed., México, D. F., Continental, 1958.

JESCHECK, HANS-HEINRICH, Tratado de derecho penal, Barcelona, Bosch, 1981.

JESCHECK, HANS-HEINRICH y THOMAS WEIGEND, Tratado de derecho penal, parte general, 5.^a ed., Granada, Comares, 2002.

JIMÉNEZ, DANIEL F., La culpa en el derecho sancionador, Bogotá, Universidad de los Andes, 2008.

JIMÉNEZ, DANIEL F., “Responsabilidad objetiva”, en 80 años de Superintendencia Bancaria, Bogotá, Superintendencia Bancaria de Colombia, 2003.

KANT, IMMANUEL, La metafísica de las costumbres, 3.^a ed., Madrid, Tecnos, Reimpresión, 2002.

KAHLO, MICHAEL, “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en el derecho penal”, en La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, Marcial Pons, 2007.

KAUFMANN, ARTHUR, Filosofía del derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

KELSEN, HANS, Teoría general del Estado, 1.^a ed., México, D. F., Coyoacán, 2004.

KELSEN, HANS, Teoría pura del derecho, Bogotá, Unión, 2000.

KRIELE, MARTIN, Introducción a la teoría del Estado, Buenos Aires, Depalma, 1980.

LAUFER, WILLIAM S., “La culpabilidad empresarial y los límites del derecho”, en Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

LAVERDE, JUAN MANUEL, “Sanciones administrativas: delimitación conceptual frente a otras actuaciones de la Administración”, en El poder sancionador de la Administración pública: discusión, expansión y construcción, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

LESCH, HEIKO H., La función de la pena, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

LOCKE, JOHN, Segundo tratado sobre el gobierno civil, Madrid, Alianza Editorial, 2006.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, El principio de non bis in idem, Madrid, Dykinson, 2004.

LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, ALFONSO, “La potestad sancionadora en derecho comparado, Francia (II). Especial referencia a las autoridades administrativas independientes y a los sectores sanitarios, de seguros y de las telecomunicaciones”, en Documentación Administrativa (revista electrónica), n.os 282-283, INAD, 2009.

LOW MURTRA, ENRIQUE, “Policía administrativa y actividad financiera”, en Revista de Derecho Económico, año III, n.os 5 y 6, Bogotá, 1986.

MAGGIORE, GIUSEPPE, Derecho penal, vol. I, Bogotá, Temis, 1954.

MANTILLA PINEDA, BENIGNO, Filosofía del derecho, Bogotá, Temis, 2003.

MARIENHOFF, MIGUEL, Tratado de derecho administrativo, 3.^a ed., t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.

MATTES, HEINZ y HERTA MATTES, Problemas de derecho penal administrativo, historia y derecho comparado, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1979.

MEJÍA PATIÑO, OMAR, “Situación del derecho administrativo sancionador en el ordenamiento jurídico colombiano”, en Dos Mil-Tres Mil, n.º 10, Ibagué, Universidad de Ibagué-Coruniversitaria, 2006.

MEJÍA PATIÑO, OMAR, “Realismo vs. garantismo en los límites entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador”, en Cuadernos de Derecho Penal Económico, n.º 2, Ibagué, Universidad de Ibagué, 2008.

MILL, JOHN STUART, Sobre la libertad, Barcelona, Orbis, 1985.

MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho penal parte general, 5.^a ed., Barcelona, Tecfoto, 1998.

MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho penal, parte general, Barcelona, PPU, 1990.

MODERNE, FRANCK, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, París, Economica, 1993.

MONCLÚS MASÓ, MARTA, “La sociología del castigo en Émile Durkheim y la influencia del funcionalismo en las ciencias sociales”, en Mitologías y discursos sobre el castigo, Barcelona, Anthropos, 2004.

MONTAÑA PLATA, ALBERTO, Fundamentos de derecho administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Derecho penal y control social, Bogotá, Temis, 2004.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, Tratado de derecho administrativo y derecho público en general, t. I, Madrid, Civitas, 2004.

NIETO, ALEJANDRO, Derecho administrativo sancionador, 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 1994.

NIETO, ALEJANDRO, Derecho administrativo sancionador, Reimpresión 5.^a ed., Madrid, Tecnos, 2018.

OROZCO ABAD, IVÁN, “Soberanía interior y garantismo: sobre la guerra y el derecho en Colombia”, en Garantismo y derecho penal, Bogotá, Temis, 2006.

ORSI, OMAR GABRIEL, Los límites del legislador penal, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.

OSPINA GARZÓN, ANDRÉS FERNANDO, “El fundamento del poder de sanción de la Administración: terapia para el abandono de un complejo”, en

El poder sancionador de la Administración pública: discusión, expansión y construcción, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y EDUARDO OSPINA ACOSTA, Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos, 4.^a ed., Bogotá, Temis, 1994.

OSSA ARBELÁEZ, JAIME, Derecho administrativo sancionador, Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía, Bogotá, Legis, 2000.

OSSA ARBELÁEZ, JAIME, Derecho administrativo sancionador, una aproximación dogmática, Bogotá, Legis, 2009.

PARADA, RAMÓN, Derecho administrativo, t. I, Madrid, Marcial Pons, 2000.

PARADA, RAMÓN, Concepto y fuentes del derecho administrativo, Madrid, Marcial Pons, 2008.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO, El concepto del derecho administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

PEÑA OSSA, ERLEANS DE JESÚS, Delitos contra la Administración pública, Bogotá, Ibáñez, 2005.

PÉREZ MARTÍNEZ, DIEGO, “El principio de proporcionalidad”, en Manual de derecho administrativo sancionador, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005.

POZUELO PÉREZ, LAURA, “De nuevo sobre la denominada ‘expansión’ del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos”, en El funcionalismo en derecho penal, Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

PRIETO SANCHÍS, LUIS, Ley, principios, derechos, Madrid, Dykinson, 1998.

PRIETO SANCHÍS, LUIS, “Constitucionalismo y garantismo”, en Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Madrid, Trotta, 2005.

RAMELLI ARTEAGA, ALEJANDRO, “La función de la pena en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en Memorias de las XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

RAMÍREZ DORADO, SAGRARIO, Fundamentos sociales del comportamiento humano, Barcelona, UOC, 2003.

RAMÍREZ TORRADO, MARÍA LOURDES, “La reserva de ley en materia sancionadora administrativa colombiana”, en *Jurid*, enero-junio, Manizales, 2009.

RAMÍREZ TORRADO, MARÍA LOURDES, “La sanción administrativa y su diferencia con otras medidas que imponen cargas a los administrados en el contexto español”, en *Revista de Derecho*, n.º 27, Barranquilla, Universidad del Norte, 2007.

RAMÍREZ TORRADO, MARÍA LOURDES, “Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 12, n.º 1, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010.

REBOLLO PUIG, MANUEL; MANUEL IZQUIERDO, LUCÍA ALARCÓN y ANTONIO BUENO, “Panorama del derecho administrativo sancionador en España”, en *Socio-Jurídicos*, vol. 7, n.º 1, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005.

REDONDO ANDREU, IGNACIO, “Principio de non bis in idem”, en *Manual de derecho administrativo sancionador*, Navarra, Thomson-Aranzadi.

RETORTILLO BAQUER, MARTÍN, “Multas administrativas”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 79, 1976.

REVÉIZ, ÉDGAR, El Estado regulador de riesgos, Bogotá, Academia Colombiana de Ciencias Económicas-Centro Colombiano de Responsabilidad Empresarial-Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

REYES ALVARADO, YESID, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Derecho Penal Contemporáneo, n.º 25, Bogotá, Legis, 2008.

REYES ALVARADO, YESID, “Bien jurídico, prevaricato y abuso de autoridad”, en Derecho Penal Contemporáneo, n.º 3, Bogotá, Legis, 2003.

REYES CUARTAS, JOSÉ FERNANDO, Dos estudios de derecho sancionador del Estado, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2003.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO, “Derecho penal y contravenciones financieras”, en Derecho penal financiero, Bogotá, Centro de Estudios Jurídicos y Económicos, 1984.

RINCÓN CÓRDOBA, JORGE IVÁN, “Origen, justificación y presupuestos de la potestad sancionadora de la Administración en el ordenamiento jurídico colombino”, en El poder sancionador de la Administración pública: discusión, expansión y construcción, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

RIVERO, JEAN, Derecho administrativo, 9.^a ed., Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984.

RODAS MONSALVE, JULIO CÉSAR, Responsabilidad penal y administrativa en derecho ambiental colombiano, 1.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

RODRÍGUEZ CARBAJO, JOSÉ RAMÓN, “El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad”, en Manual de derecho administrativo sancionador, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005.

RODRÍGUEZ VINDAS, RAMÓN LUIS, Responsabilidad penal de empresas, ¿societas delinquere potest?, Medellín, Dike, 2002.

ROUSSEAU, JEAN JACQUES, El contrato social, Madrid, Aguilar, 1973.

ROXIN, CLAUS, Derecho penal, parte general, 1.^a ed., t. I, Madrid, Civitas, 1997.

ROXIN, CLAUS, Iniciación al derecho penal de hoy, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981.

ROXIN, CLAUS, La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

ROXIN, CLAUS, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, en La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación

del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, Marcial Pons, 2007.

ROXIN, CLAUS, “La parte general del derecho penal sustantivo”, en Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal, Barcelona, Ariel, 1989.

RUSCONI, MAXIMILIANO, Las fronteras del poder penal, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2005.

SÁNCHEZ SÁEZ, JOSÉ ANTONIO, “La potestad sancionadora en el derecho comparado, Reino Unido”, en Documentación Administrativa (revista electrónica), n.os 282-283, INAD, 2009.

SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO, Principios de derecho administrativo, vol. II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2005.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, Tratado de derecho administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

SARMIENTO RAMÍREZ, DANIEL, El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

SCHUNEMANN, BERND, El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales, Madrid, Tecnos, 1991.

SCHUNEMANN, BERND, “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, en Hacia un derecho penal económico europeo, Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 1995.

SEHER, GERHARD, “Legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico”, en La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, Marcial Pons, 2007.

SILVA GARCÍA, GERMÁN, “La resocialización y la retribución. El debate contemporáneo sobre los fines y las funciones de la pena”, en XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, Aproximación al derecho penal contemporáneo, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales, Madrid, Civitas, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades posindustriales, Buenos Aires, B. de F., 2006.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, Normas y acciones en derecho penal, Buenos Aires, Hammurabi, 2003.

SILVA, SANTOS A., Control social, neoliberalismo y derecho penal, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2002.

STERNBERG-LIEBEN, DETLEV, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, en La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, Marcial Pons, 2007.

SUAY RINCÓN, JOSÉ, “La potestad sancionadora de la Administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar”, en Documentación Administrativa (revista electrónica), n.os 280-281, INAD, 2008.

SUEIRO, CARLOS CHRISTIAN, La política criminal de la posmodernidad, Lima, Ediciones Jurídicas del Centro, 2010.

TEDESCO, IGNACIO F., “El castigo como una compleja institución social: el pensamiento de David Garland”, en Mitologías y discursos sobre el castigo, Barcelona, Anthropos, 2004.

TIEDEMANN, KLAUS, “Empresas multinacionales y delincuencia fiscal”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, fas. 3, Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 1976.

TORNE JIMÉNEZ, JOSÉ, El derecho administrativo, entre la sociología y la dogmática, Granada, Universidad de Granada, 1978.

TRAYL JIMÉNEZ, JOAN MANUEL y VICENÇ AGUADO CUDOLA, Derecho administrativo sancionador material, Barcelona, Cedecs, 1995.

TRAYL JIMÉNEZ, JOAN MANUEL, Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos, Madrid, Marcial Pons, 1992.

VAN WEEZEL, ALEX, Límites de la imputación penal. Estudios 2000-2010, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

VARGAS OVALLE, MARÍA ALEJANDRA, “Criminalidad y derecho penal en la globalización”, en Facetas Penales, n.º 89, Bogotá, Leyer, 2010.

VEGA, LUIS y PAULA OLMOS, Compendio de lógica, argumentación y retórica, 2.ª ed., Madrid, Trotta, 2012.

VELA ORBEGOSO, BERNARDO, El declive de los fundamentos económicos de la paz. De la conferencia de Bretton Woods al Consenso de Washington, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

VERVAELE, JOHN A., El derecho penal europeo, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.

VON FEUERBACH, ANSELM, Anti-Hobbes, o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.

VON HIRSCH, ANDREW, El concepto de bien jurídico y el principio del daño, en “La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático”, Madrid, Marcial Pons, 2007.

VON HIRSCH, ANDREW, Doing justice, Nueva York, Hill and Wang, 1976, citado por ROBERTO GARGARELLA, en “De la justicia penal a la justicia social”, en De la injusticia penal a la justicia social, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2008.

VON LISZT, FRANZ, Tratado de derecho penal (trad. de la 18.^a ed. alemana), Madrid, Reus, 1926.

WALINE, MARCEL, Traité de droit administratif, 8.^a ed., París, Sirey, 1959.

WEBER, MAX, Economía y sociedad. Esbozo de economía comprensiva, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1969.

WEBER, MAX, ¿Qué es la burocracia?, México, D. F., Ediciones Coyoacán, 2001.

WEBER, MAX, La ciencia como profesión/la política como profesión, Madrid, Austral, 2007.

WELZEL, HANS, Derecho penal alemán, parte general, 11.^a ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, En busca de las penas perdidas, Buenos Aires, Ediar, 1998.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Derecho, penal, parte general, Buenos Aires, Ediar, 2002.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Hacia dónde va el poder punitivo, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2009.

ZÁRATE PÉREZ, ANÍBAL, “La especialidad relativa de la potestad sancionadora en materia de servicios públicos domiciliarios”, en El poder sancionador de la Administración pública: discusión, expansión y construcción, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

SENTENCIAS CITADAS

I. Corte Constitucional

Sala Cuarta de Revisión, 22 de mayo de 1992. M. P. Alejandro Martínez Caballero, actor: Joaquín Martínez Vanegas, expediente T-716. Sentencia T-011 de 1992.

Sala Primera de Revisión, 5 de junio de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón. Accionante: Hugo Ernesto Fernández. Expedientes T-480 y T-814. Sentencia T-413 de 1992.

Sala Segunda de Revisión. 29 de julio de 1992. MM. PP. Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero. Accionante: Moisés Tuaty Alexander. Expediente T-1270. Sentencia T-474 de 1992.

Sala Plena. 10 de diciembre de 1992. M. P. Fabio Morón Díaz. Demandante: Jaime Horta Díaz. Expediente D-062 y D-104. Sentencia C-599 de 1992.

Sala Tercera de Revisión. 21 de abril de 1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Accionante: Sociedad Bradford y Rodríguez Ltda. Expediente T-7067. Sentencia T-145 de 1993.

Sala Plena. 20 de mayo de 1993. M. P. Alejandro Martínez Caballero, actor: Alfonso López Carrascal, expediente D-208. Sentencia C-195 de 1993.

Sala Plena. 28 de abril de 1994. M. P. Antonio Barrera Carbonell, actor: Álvaro Zapata Burgos, expediente D-394. Sentencia C-214 de 1994.

Sala Plena. 5 de mayo de 1994. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Actor Alexandre Sochandamandou, Expediente D-429. Sentencia C-221 de 1994.

Sala Plena. 1.º de marzo de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Demandante: Pablo Antonio Bustos Sánchez. Expediente D-665. Sentencia C-083 de 1995.

Sala Plena. 1.º de junio de 1995. M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Actor: Luis Guillermo Nieto Roa. Expediente D-714. Sentencia C-247 de 1995.

Sala Plena. 30 de mayo de 1996. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Demandante: Marcela Adriana Rodríguez. Expediente D-1058. Sentencia C-244 de 1996.

Sala Plena. 25 de junio de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Demandante: Andrés de Zubiría Samper. Expedientes D-1067 y D-1076. Sentencia C-280 de 1996.

Sala Plena. 6 de noviembre de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero, actor: Isidoro Arévalo Buitrago, expediente D-1229. Sentencia C-597 de 1996.

Sala Plena. 5 de diciembre de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Demandante: Inés Jaramillo Murillo. Expediente D-1353. Sentencia: C-690 de 1996.

Sala Plena. 23 de enero de 1997. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
Actor: José Eurípides Parra Parra, expedientes: D-1336 y D-1359.
Sentencia C-013 de 1997.

Sala Plena. 20 de mayo de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Demandante:
José Eurípides Parra. Expediente D-1490. Sentencia C-239 de 1997.

Sala Plena. 6 de noviembre de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Actor:
Carlos Mario Isaza Serrano. Expediente D-1670. Sentencia C-570 de 1997.

Sala Plena. 20 de mayo de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Demandante:
José Eurípides Parra. Expediente D-1490. Sentencia C-239 de 1997.

Sala Plena. 25 de septiembre de 1999. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
Demandante: Jeofrey Alfonso Troncoso. Expediente D-1618. Sentencia C-
473-97.

Sala Plena. 4 de agosto de 1999. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Actor:
Juan Manuel Camargo González, expediente D-2297. Sentencia: C-559 de
1999.

Sala Plena. 19 de enero de 2000. M. P. Alejandro Martínez Caballero:
Demandante: Ernesto Rey Cantor. Expediente D-2431. Sentencia C-010 de
2000.

Sala Plena. 17 de mayo de 2000. M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Demandante: Benjamín Ochoa Moreno. Expediente D-2664-2665. Sentencia C-567 de 2000.

Sala Plena. 21 de noviembre de 2000. M. P. (e) Jairo Charry Rivas. Expediente T-197.391. Sentencia SU-1553 de 2000.

Sala Plena. 14 de febrero de 2001. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Actor: Gabriel Cuero Vallecilla. Expediente D-3094. Sentencia C-717 de 2001.

Sala Plena. 30 de mayo de 2001. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Demandante: Alexánder López Quiroz. Expediente D-3231. Sentencia C-554 de 2001.

Sala Plena. 25 de julio de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Actor: Diógenes Escobar. Expediente D-3271. Sentencia C-774 de 2001.

Sala Plena. 8 de agosto de 2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis, actor: Guillermo Alberto Duarte, expediente D-3345. Sentencia C-827 de 2001.

Sala Plena. Sentencia del 5 de marzo de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Actor: Carlos Mario Isaza. Expediente D-3680. Sentencia C-155 de 2002.

Sala Plena. 12 de marzo de 2002. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
Demandante: Carlos Mario Isaza Serrano. Expediente D-3676. Sentencia C-181 de 2002.

Sala Plena. 2 de abril de 2002. M. P. Álvaro Tafur Galvis. Actor: Carlos Humberto Gómez, expediente D-3695. Sentencia. C-226 de 2002.

Sala Plena. 15 de mayo de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
Demandante: Néstor Iván Osuna Patiño. Expediente D-3778. Sentencia C-373 de 2002.

Sala Plena. 22 de mayo de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Actor: Vladimir Ariza. Expediente D-3791. Sentencia C-391 de 2002.

Sala Plena. 28 de mayo de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Actor: Pedro Augusto Nieto Góngora, expediente D-3665, Sentencia C-420 de 2002.

Sala Plena. 3 de julio de 2002. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Actor: Humberto de Jesús Longas Londoño, expediente D-3852, Sentencia C-506 de 2002.

Sala Cuarta de Revisión. 15 de julio de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
Demandante: Hilda Inocencia Blanco. Expediente T-538.259. Sentencia T-537 de 2002.

Sala Plena. 6 de agosto de 2002. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, actor: Álvaro Édgar Hernández, expediente D-3860. Sentencia C-616 de 2002.

Sala Plena. 17 de septiembre de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil, actor: Óscar Emilio Silva Duque, expediente D-3972. Sentencia C-762 de 2002.

Sala Plena. 8 de octubre de 2002. M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Actor: Ricardo Silva Betancur. Expediente D-4003. Sentencia C-829 de 2002.

Sala Plena. 15 de octubre de 2002. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Demandante: Carlos Mario Isaza Serrano. Expediente D-3987. Sentencia C-870 de 2002.

Sala Plena. 29 de octubre de 2002. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Demandante: Camilo Andrés Baracaldo. Expediente D-4020. Sentencia C-916 de 2002.

Sala Plena. 31 de octubre de 2002. M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Expediente R. E.-119, Sentencia C-939 de 2002.

Sala Cuarta de Revisión. 22 de noviembre de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Accionante: Leonor Rojas de Aguilera. Expediente T-564507. Sentencia T-1021 de 2002.

Sala Plena. 23 de enero de 2003. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
Demandante: Emilio Wills Cervantes y otra. Expediente D-4092. Sentencia C-010 de 2003.

Sala Plena. 11 de febrero de 2003. M. P. Jaime Araújo Rentería.
Demandante: Marcela Patricia Jiménez. Sentencia C-098 de 2003.

Sala Plena. 29 de abril de 2003. M. P. Manuel José Cepeda. Demandante:
Hernando Barreto Ardila. Expediente D-4224. Sentencia C-328 de 2003.

Sala Plena. 3 de julio de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
Demandantes: Arabella Hernández de Campillo y Carlos Enrique Campillo Parra. Expedientes D-4386 y D-4396 Sentencia C-530 de 2003.

Sala Plena. 30 de septiembre de 2003. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
Demandante: Alirio Uribe Muñoz. Expediente D-4537. Sentencia C-872 de 2003.

Sala Plena. 4 de mayo de 2004. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
Demandante: Ángela María Muñoz. Expediente D-4874. Sentencia C-406 de 2004.

Sala Plena. 8 de junio de 2004. M. P. Manuel José Espinosa. Demandante:
Diana María Méndez. Expediente. D-4952. Sentencia C-570 de 2004.

Sala Plena. 24 de agosto de 2004. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Demandante: César Augusto Ospina. Expediente D-4997. Sentencia C-796 de 2004.

Sala Plena. 31 de agosto de 2004. M. P. Rodrigo Uprimny Yepes. Actor: Miguel Antonio Peña. Expediente D-5082. Sentencia C-825 de 2004.

Sala Quinta de Revisión. 8 de octubre de 2004. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Accionante: Olga María Gutiérrez. Expediente T-916680. Sentencia T-982 de 2004.

Sala Plena. 9 de junio de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Actor: Juan Pablo Cardona González. Expediente D-5505. Sentencia C-593 de 2005.

Sala Plena. 9 de agosto de 2005. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Actor: Ernesto Matallana Camacho. Expediente D-5221. Sentencia C-818 de 2005.

Sala Plena. 17 de agosto de 2005. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Actor: Fernando Abello España. Expediente D-5637. Sentencia C-853 de 2005.

Sala Plena. 30 de agosto de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Demandante: Gonzalo Rodrigo Paz y otros. Expediente D-5667. Sentencia C-897 de 2005.

Sala Plena. 22 de noviembre de 2005. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Actor: Hugo Alejandro Jiménez Balcázar. Expediente D-5804. Sentencia C-1189 de 2005.

Sala Plena. 16 de febrero de 2006. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Accionante: Universidad Francisco de Paula Santander. Expediente T-1209468, Sentencia T-103 de 2006.

Sala Plena. 22 de febrero de 2006. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Actor: Fernando Antonio Fuentes Perdomo. Expediente D-5950. Sentencia C-117 de 2006.

Sala Plena. 3 de mayo de 2006. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Actor: Félix Antonio Quintero Chalarca. Expediente D-6046. Sentencia C-343 de 2006.

Sala Plena. 10 de mayo de 2006. MM. PP. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. Actor: Mónica del Pilar Roa López y otros. Expedientes: D-6122, 6123 y 6124. Sentencia C-355 de 2006.

Sala Plena. 24 de mayo de 2006. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Demandantes: Marco Fidel Ortega y Omar García García. Expediente D-6042. Sentencia C-393 de 2006.

Sala Plena. 6 de julio de 2006. M. P. Álvaro Tafur Galvis. Actor: Miguel Arcángel Villalobos Chavarro. Expediente D-6063. Sentencia C-507 de 2006.

Sala Plena. 18 de octubre de 2006. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Demandante: María Camila Silva Mogollón. Expediente D-6235. Sentencia C-860 de 2006.

Sala Plena. 23 de agosto de 2006. M. P. Clara Inés Vargas. Actor: Sandra Vanegas Leño. Expediente D-5968. Sentencia C-720 de 2006.

Sala Séptima de Revisión, 5 de diciembre de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, actor: Gustavo Montealegre Echeverri, expediente T-1400910. Sentencia T-1039 de 2006.

Sala Plena. 13 de junio de 2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Demandante: Hélder Hernández Lozano. Expediente D-6564. Sentencia C-478 de 2007.

Sala Plena. 26 de septiembre de 2007. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Demandante: María Angélica Vega y otra. Expediente D-6739. Sentencia C-780 de 2007.

Sala Sexta de Revisión. 24 de enero de 2008. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Accionante: Armando Nieto y otros. Referencia: Expedientes T-1711038, T-1718216 y T-1720526 (acumulados). Sentencia T-048 de 2008.

Sala Plena. 16 de octubre de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Actor. Armando Díazgranados Pretel. Sentencia. SU-1010 de 2008.

Sala Quinta de Revisión. Sentencia del 16 de marzo de 2006. M. P. Mauricio González Cuervo. Accionante: Ernesto Gómez Guarín y otros. Expediente T-2.081.769. Sentencia T-161 de 2009.

Sala Plena. 20 de mayo de 2009. M. P. María Victoria Calle Correa. Demandante: David Alonso Roa. Expediente D-7394. Sentencia C-350 de 2009.

Sala Plena. 29 de octubre de 2009. M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Demandante: Andrés Eduardo Dewdney. Expediente D-7607. Sentencia C-762 de 2009.

Sala Plena. 19 de mayo de 2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Expediente CRE-002, Sentencia C-397 de 2010.

Sala Plena. 27 de julio de 2010. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. Actor: Juan Gabriel Rojas López, expediente D-7977. Sentencia: C-595 de 2010.

Sala Segunda de Revisión. 7 de marzo de 2011. M. P. Mauricio González Cuervo. Accionante: César Augusto Pérez. Expediente T-2.768.074. Sentencia T-147 de 2011.

Sala Plena. 22 de julio de 2011. M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Actor: Guillermo Otálora y otros. Expediente D-8371. Sentencia: C-574 de 2011.

Sala Plena. 24 de agosto de 2011. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
Demandante: Luis Eduardo Montealegre Lynett. Expediente D-8379.
Sentencia C-632 de 2011.

Sala Plena. 1.º de febrero de 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
Demandante: Silvio San Martín Quiñones. Expediente D-8608. Sentencia:
C-030 de 2012.

Sala Plena. 22 de febrero de 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
Demandante: Julián Arturo Polo. Expediente D-8634. Sentencia C-121 de
2012.

Sala Plena. 2 de mayo de 2012. M. P. María Victoria Calle Correa.
Demandante: Manuel Eduardo Castillo y otros. Expediente D-8694.
Sentencia: C-315 de 2012.

Sala Plena. 6 de marzo de 2013. M. P. María Victoria Calle Correa.
Demandante: Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo. Expediente D-9240.
Sentencia C-107 de 2013.

II. Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. 12 de abril de
1985, C. P. Enrique Low Murtra.

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. 6 de agosto de 2004. C. P. Camilo Arciniegas Andrade. Expediente 7836.

Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, C. P. Germán Rodríguez Villamizar, 25 de mayo de 2004, radicados 11001-03-15-000-2003-1463-01 y 11001-03-15-000-2004-00132-01 (PI).

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 25 de marzo de 2004. C. P. María Inés Ortiz Barbosa. Radicado 13495.

Sección Primera. 8 de septiembre de 2005. M. P. Camilo Arciniegas Andrade. Radicado 15001-23-31-000-2004-02742-01(PI). Actor: Froilan Antolines Cuadros. Demandado: Sigifredo González Amézquita.

Sección Primera. Sentencia del 16 de julio de 2009. C. P. Martha Sofía Sanz Tobón. Actor: Josué Martínez Romero. Radicado 25000-23-15-000-2008-00700-01(PI).

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. 17 de marzo de 2010. C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Expediente 18394.

Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. M. P. Enrique Gil Botero. Radicado 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367)

Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, 23 de marzo de 2010. Radicado 11001-03-15-000-2009-00198-00(PI).

Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 22 de octubre de 2012. M. P. Enrique Gil Botero. Radicado 05001-23-24-000-1996-0680-01.

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de noviembre de 2012. M. P. Enrique Gil Botero. Radicado 05001-23-31-000-2003-02308-01(37046).

Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo. M. P. Rodrigo Arenas Monsalve. Radicado 11001-03-15-000-2009-00708-00(PI).

Sección Quinta. Radicado 110010328000200600115-00 (4056).

Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo. C. P. Filemón Jiménez Ochoa. Actor: Jorge Alberto Méndez. Demandado: Jorge Enrique Gómez Montealegre. Radicado 11001-03-15-000-2009-00598-00(PI).

Sección Primera. C. P. Camilo Arciniegas Andrade. Actor: Fabio Germán Zambrano. Demandado: John Wilson Erazo. Radicado 52001-23-31-000-2004-0483-01(PI).

Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo. C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Actor: César Alberto Sierra. Demandado: Luis Felipe Barrios. Radicado 11001-03-15-000-2009-01219-00(PI).

Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo. C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Actor: César Alberto Sierra. Demandado: Luis Felipe Barrios. Radicado 11001-03-15-000-2009-01219-00(PI).

Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 23 de marzo de 2010, C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Radicado 11001-03-15-000-2009-00198-00(PI).

Sección Primera. Sentencia del 16 de julio de 2009. C. P. Martha Sofía Sanz Tobón. Actor: Josué Martínez Romero. Radicado 25000-23-15-000-2008-00700-01(PI).

Sección Quinta. Radicado 110010328000200600115-00 (4056).

Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo. M. P. Rodrigo Arenas Monsalve. Radicado 11001-03-15-000-2009-00708-00(PI).

Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 26 de marzo de 2014. M. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Demandante: Alonso Salazar. Radicado (0263-13).

Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 30 de junio de 2016. M. P. Luis Rafael Vergara. Demandante: Sabas Pretelt de la Vega. Radicado (0583-11).

Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 9 de agosto de 2016. M. P. William Hernández Gómez. Demandante: Piedad Esneda Córdoba. Radicado (1210-11).

Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 15 de noviembre de 2017. M. P. César Palomino Cortés. Demandante: Gustavo Petro Urrego. Radicado (1131-2014).

III. Corte Suprema de Justicia

Sentencia 51 del 14 de abril de 1983. M. P. Manuel Gaona Cruz. Citada en la Sentencia C-214 de 1994. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia del 22 de noviembre de 1990. Citada en la Sentencia C-244 de 1996.

Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de mayo de 1999. M. P. Jorge Aníbal Gómez.

Sala de Casación Penal. Auto del 18 de mayo de 2011. Caso Wilson Borja.

PÁGINAS WEB

Administrative measures in crime control. Wim Huisman-Monique Koemans. <http://www.erasmuslawreview.nl/files/issue_5_Article2.pdf>. Consultado el 8 de septiembre de 2010 a las 5:50 p. m.

<<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=issue&op=view&path%5B%5D=630&path%5B%5D=s howToc>>.

<http://www.larepublica.co/economia/%C2%BFcu%C3%A1nto-le-cuesta-al-pa%C3%ADs-mantener-un-pres%C3%93_34699>. Consultado el 10 de agosto de 2013 a las 2:20 p. m.

<http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/SeccionInpeccomoinstitucion/Consolidado_estadistico>.

<<http://www.historyplace.com/unitedstates/impeachments/>>.

<<http://thelawdictionary.org/impeachment/>>.

<<http://es.scribd.com/doc/80416092/Baratta-Alessandro-Resocializacion-o-Control-Social>>.

INSTRUMENTOS NORMATIVOS

Constitución Política de Colombia.

Gaceta Constitucional n.º 79.

Gaceta Constitucional n.º 84.

Ley 153 de 1887.

Ley 48 de 1936.

Ley 74 de 1966.

Ley 32 de 1979.

Ley 27 de 1990.

Ley 50 de 1990.

Ley 105 de 1993.

Ley 136 de 1994.

Ley 142 de 1994.

Ley 200 de 1995.

Ley 488 de 1998.

Ley 588 de 2000.

Ley 599 de 2000.

Ley 617 de 2000.

Ley 633 de 2000.

Ley 734 de 2002.

Ley 769 de 2002.

Ley 795 de 2003.

Ley 842 de 2003.

Ley 906 de 2004.

Ley 964 de 2005.

Ley 1010 de 2006.

Ley 1333 de 2009.

Ley 1340 de 2009.

Ley 1383 de 2010.

Ley 1437 de 2011.

Ley 1438 de 2011.

Ley 1474 de 2011.

Ley 1551 de 2012.

Ley 1881 de 2018.

Ley 1952 de 2019.

Decreto 1355 de 1970.

Decreto 960 de 1970.

Decreto 196 de 1971.

Decreto Ley 100 de 1980.

Decreto 624 de 1989.

Decreto Ley 1746 de 1991.

Decreto Ley 1092 de 1993.

Decreto Ley 1092 de 1996.

Decreto 2245 de 2011.

Código Civil colombiano.

Estatuto Tributario.

NOTAS AL PIE

1Reforma realizada al Código Disciplinario mediante la Ley 1952 de 2019 .

2Ley 1881 de 2018 .

3V INCENZO F ERRARI , Derecho y sociedad. Elementos de la sociología del derecho , Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 45.

4Ibid.

5Ibid. , p. 46.

6Ibid. , p. 97.

7S ANTOS A LFONSO S ILVA , Control social, neoliberalismo y derecho penal , Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2002, p. 276.

8S AGRARIO R AMÍREZ D ORADO , Fundamentos sociales del comportamiento humano , Barcelona, UOC , 2003, p. 163.

9D AVID G ARLAND , Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social , México, D. F., Siglo XXI, 1999, p. 25.

10 Aun cuando en este contexto distan mucho el deber ser, propio de los discursos acrílicos y el ser, pues no obstante ser un anhelo del Estado la detentación del monopolio de la violencia, la realidad demuestra que se está en la práctica, lejos de que eso sea así. Por tal razón la palabra “legítima” resulta relevante para distinguir la violencia como atribución inherente al Estado, de la violencia para- o extrainstitucional. Sobre este particular aspecto, cfr . A RMANDO E STRADA V ILLA , El Estado. ¿Existe todavía?, Medellín, Unaula, 2011, p. 103 y ss.

11 M AX W EBER , La ciencia como profesión/la política como profesión, Madrid, Austral, 2007, p. 88. Expresaba W EBER que “el Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio, reclama para sí (con éxito) el monopolio de la violencia física legítima”.

12 I ÑAKI A GIRREAZKUENAGA , La coacción administrativa directa, Madrid, Civitas, 1990, p. 46 y ss.

13 R OBERT A. D ALH , Análisis sociológico de la política , Barcelona, Fontanella, 1.ª ed., 1968, pp. 12-13.

14 M ANUEL G ÓMEZ T OMILLO , Derecho administrativo sancionador, parte general , Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 70. En el mismo sentido: F RANCISCO G ARCÍA G ÓMEZ DE M ERCADO , Sanciones administrativas , Granada, Comares, 2007, p. 10. Igualmente: J AIME O SSA A RBELÁEZ , Derecho administrativo sancionador , 1.ª ed., Bogotá,

Legis, 2000, p. 159. También: HANS- HEINRICH JESCHECK, Tratado de derecho penal, parte general, 5.^a ed., Granada, Comares, 2002, p. 11. En el mismo sentido puede leerse la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de noviembre de 2012, M. P. Enrique Gil Botero, rad. 05001-23-31-000-2003-02308-01(37046).

15 Se hace esta anotación porque, en el caso colombiano, las facultades sancionatorias de las que se encuentra dotado el Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, así como los consejos seccionales de la Judicatura, y en el futuro, por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, creada mediante el acto legislativo 02 de 2015, no constituyen función administrativa, sino jurisdiccional, que sin embargo son diferentes de la órbita del derecho penal. Por esta razón se especifica en este punto el tema de las consecuencias sancionatorias penales —que también son jurisdiccionales— de las consecuencias sancionatorias jurisdiccionales no penales.

16 Sobre este particular aspecto, sostiene GARCÍA AMADO que el ius puniendi del Estado es el derecho que recae sobre este para sancionar el comportamiento de los ciudadanos que no se someten a ciertas normas estatales. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “Sobre el ius puniendi, su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”, en Documentación Administrativa (revista electrónica), n. o s 280-281, INAD, 2008, p. 13.

17 Ibid., p. 17.

18 Corte Suprema de Justicia, Sentencia 51 del 14 de abril de 1983, M. P. Manuel Gaona Cruz, citada en la Sentencia C-214 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

19 Entre las sentencias en las que se rememora el citado enunciado jurisprudencial destacan la C-827 de 2001 y la SU-1010 de 2008.

20 Sobre este particular aspecto expresa J ESCHECK : “La creación e imposición de un ordenamiento jurídico pertenece a las funciones elementales del Estado, pues sin aquel la convivencia humana no sería posible [...]. Por ello, la coerción penal pertenece a las experiencias más tempranas de la humanidad y el castigo de los delitos era en todas las culturas una de las más viejas funciones de la comunidad”, op. cit ., pp. 11-12.

21 G ARCÍA A MADO, op. cit ., pp. 11-12.

22 C LAUS R OXIN, “La parte general del derecho penal sustantivo”, en Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 21-22.

23 Para ampliar esta idea se pone como ejemplo el hecho de que mediante la función constituyente se ha previsto en la Constitución Política colombiana, de manera tácita o expresa, tal facultad, lo cual implica la participación de dicha función pública en la concreción fundamental del ius puniendi. Como ejemplo de la intervención constituyente en este sentido pueden citarse las siguientes disposiciones constitucionales: artículo 80, que prevé que el Estado deberá imponer las sanciones legales cuando se presentan circunstancias de deterioro ambiental; artículo 92, que establece que cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar a la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas; artículos 277 y 288, relativos a

las facultades disciplinarias del procurador, entre muchas otras disposiciones jurídicas. La función legislativa hace lo propio al establecer el marco normativo en el que se prevén las conductas consideradas perturbadoras del orden social, los procedimientos y las consecuencias de la transgresión normativa. Los ejemplos más claros de tal intervención están dados por el Código Penal y el Código Único Disciplinario. La función jurisdiccional, por ejemplo, participa en la aplicación específica de la normativa sancionadora a los casos concretos y vendría a representar uno de los últimos eslabones de la cadena, al igual que ocurriría con la Administración pública sancionadora.

24 En efecto, como lo afirma M IR P UIG, el principio de legalidad constituye uno de los límites a la potestad punitiva del Estado. S ANTIAGO M IR P UIG, Derecho penal, parte general, Barcelona, PPU, 1990, p. 81.

25 Sobre este particular bien vale la pena citar a K ELSEN, que plantea que el poder del Estado tiene que ser un poder jurídico. H ANS K ELSEN, Teoría general del Estado, 1.ª ed., México, D. F., Coyoacán, 2004, p. 125. En el mismo sentido puede leerse a H ANS- H EINRICH J ESCHECK, Tratado de derecho penal, vol. I, Barcelona, Bosch, 1981, p. 16.

26 Al respecto, la Corte Constitucional colombiana expresó en una de las múltiples providencias que han abordado la materia lo siguiente: “Ahora bien, cualquiera sea la ubicación de un órgano u organismo dentro de la estructura general del Estado, es lo cierto que la competencia sancionadora que a él se atribuya ha de tener fundamento en la ley como expresión de la voluntad democrática de los asociados”. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-827 de 8 de agosto de 2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis, actor: Guillermo Alberto Duarte, exp. D-3345.

27 Lo cual pone de presente el papel que cumple el ámbito político, pues en últimas el ius puniendi es en este momento una manifestación típicamente política.

28 PABLO FERNÁNDEZ RUIZ, “El ejercicio del ius puniendi por parte del Estado. Introducción”, en Manual de derecho administrativo sancionador, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 101-102.

29 JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho penal liberal de hoy, Bogotá, Ibáñez, 2007, p. 95.

30 GARCÍA AMADO, op. cit., p. 14.

31 ALEJANDRO NIETO, Derecho administrativo sancionador, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1994, p. 81. De la misma forma: OSSA ARBELÁEZ, op. cit., p. 159.

32 JOSÉ SUAYRINCÓN, “La potestad sancionadora de la Administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar”, en Documentación Administrativa (revista electrónica), n. o s 280-281, INAD, 2008, p. 45.

33 RAMÓN PARADA, Derecho administrativo, t. I, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 474.

34 (Nullum libre homo capietur vel imprisonetur aut dissaisiatur aut utlagetur aut exuletur aut alicue modo detruatur), sino por legale iudicium parium ,y según la lex terrae (“Ningún hombre libre podrá ser detenido, preso, exilado, ni de algún modo arruinado, sino por un juicio legal ante pares y según la ley de la tierra”).

35 P ARADA, op. cit., p. 474.

36 Esta afirmación encuentra sustento en el hecho de que en los últimos años han proliferado disposiciones normativas en el Reino Unido y en los Estados Unidos encaminadas a considerar la potestad sancionadora en el ámbito administrativo como complemento de una política criminal integral. En este sentido puede leerse: “Administrative measures in crime control. Wim Huisman-Monique Koemans”, en <
http://www.erasmuslawreview.nl/files/issue_5_Article2.pdf > (consultado el 8 de septiembre de 2010). En el mismo sentido, E DUARDO G ARCÍA DE E NTERRÍA y T OMÁS- R AMÓN F ERNÁNDEZ , Curso de derecho administrativo, 8.ª ed., t. II, Madrid, Civitas, 2002, p. 166, quienes reconocen que con el surgimiento de las llamadas “administraciones independientes” se ejerce un poder sancionatorio en control de las prácticas restrictivas de la competencia, de actividades financieras y del mercado de valores, entre otros.

37 J OSÉ A NTONIO S ÁNCHEZ S ÁEZ, “La potestad sancionadora en el derecho comparado. Reino Unido”, en Documentación Administrativa (revista electrónica), n. o s 282-283, INAD, 2009, p. 92.

38 Ibid., p. 100.

39 Resulta pertinente recordar las palabras de M ARCEL W ALINE, quien con preocupación observaba la tendencia hacia la proliferación de competencias sancionadoras de la Administración: “La práctica de las sanciones administrativas es bastante grave porque contribuye, con las sanciones fiscales, a la creación y al desarrollo [...] de lo que puede llamarse un pseudoderecho penal”. Traité de droit administratif, 8.^a ed., París, Sirey, 1959, p. 512.

40 J EAN R IVERO, citado por P ARADA, op. cit., p. 475.

41 Aclarándose que incluso desde la primera mitad del siglo XX ya existía legislación sobre el tema sancionador administrativo en materia de circulación de automóviles e infracciones fiscales, entre otros aspectos.

42 Como puede evidenciarse en la “Loi du 19 juillet 1977”, relativa al derecho de la competencia, cuyo trámite sancionatorio inicialmente correspondía a la esfera del derecho penal, y a partir de su expedición, fue asignada la competencia sancionatoria —administrativa— en esa materia a la Comisión de Competencia del Ministerio de Economía. En igual sentido sirven como ejemplo las leyes del 29 de julio de 1982, ley del 30 de septiembre de 1986 y la ley del 17 de enero de 1989, expedidas en el marco de la regulación del sector audiovisual. De igual forma pueden citarse las competencias sancionatorias asignadas a la Administración relacionadas con las medidas disciplinarias frente a los agentes públicos mediante las leyes 83-634 del 13 de julio de 1983 y la 84-16 de 11 de julio de 1984, entre muchas otras disposiciones.

43 G EORGE D ELLIS, Droit pénal et droit administratif. L’influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, París, L.G.D.J.,

1997, p. 8. Este autor trae como ejemplo la ley del 19 de julio de 1977 y la ordenanza del 1.º de diciembre de 1986.

44 Decisión 88-248 DC, del 17 de enero de 1989.

45 Decisión 89-260 DC del 28 de julio de 1989, sobre la ley relacionada con la seguridad y transparencia de los mercados financieros. Allí se dijo: “El principio de separación de poderes, no más que ningún otro principio o regla de valor constitucional, no se opone a que una autoridad administrativa que actúa en el marco de prerrogativas de poder público pueda ejercer un poder sancionador desde el momento en que, por una parte, la sanción susceptible de ser impuesta excluye toda privación de libertad, y por otra, el ejercicio del poder de sancionar está revestido por la Ley de medidas destinadas a salvaguardar los derechos y libertades constitucionalmente garantizados” (traducción libre).

46 PARADA, op. cit., p. 477. En el mismo sentido: JUAN RAMÓN FERNÁNDEZ TORRES, “La potestad sancionadora en el derecho comparado. Francia”, en Documentación Administrativa (revista electrónica), n. o s 282-283, INAD, 2009, p. 8.

47 D ELLIS, op. cit., p. 7. “Estas garantías son aplicables a cualquier ejercicio de la represión estatal, independientemente de que su forma sea penal o administrativa. Por tanto, las garantías revolucionarias del derecho penal son en realidad los principios comunes de la represión aplicables en materia administrativa. Esta afirmación tiene aún más interés hoy en día por la importancia cada vez mayor del sistema represivo extrapenal” (traducción libre).

48 Contrario a lo manifestado por O SSA A RBELÁEZ, quien sostiene que en Francia “los jueces y tribunales monopolizan la punición de todas las conductas en tribunales de policía, corporaciones correccionales y tribunales de los crímenes para la esfera penal. La administración solo se limita a la instrucción de los expedientes”. J AIME O SSA A RBELÁEZ, Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática, 2.^a ed., Bogotá, Legis, 2009, p. 119.

49 Entre las sanciones que encajan en esta categoría se encuentran: 1) avertissement (apercibimiento); 2) blame (amonestación); 3) suspension totale ou partielle d’activité (suspensión total o parcial de actividad); 4) interdiction temporaire ou à titre définitif de tout ou partie de l’activité (prohibición temporal o definitiva de parte de la actividad, o de su totalidad); 5) retrait progressif ou définit du permis, de l’autorisation ou de l’agrément (retirada progresiva o definitiva del permiso concedido, la autorización o del acuerdo o consentimiento); 6) fermeture de l’établissement (cierre del establecimiento).

50 Entre las sanciones que se clasifican como económicas están: 1) amende (multa); 2) répétition de l’aide déjà accordée (recuperación de la ayuda concedida); 3) consignation de sommes (consignación de suma determinada).

51 “La gran expansión de las sanciones de origen comunitario obedece a una multiplicidad de infracciones que pueden darse en varios sectores de interés específico en los que se han desarrollado sanciones que abarcan casi todos los campos de las actividades profesionales y sociales, como por ejemplo, el sector fiscal, salud pública, financiero y de mercados, transportes y circulación vial, entre otros”. A LFONSO L ÓPEZ DE LA O SA E SCRIBANO, “La potestad sancionadora en derecho comparado. Francia (II). Especial referencia a las autoridades administrativas independientes y a los sectores sanitarios, de seguros y de las

telecomunicaciones”, en Documentación Administrativa (revista electrónica), n. o s 282-283, INAD, 2009, p. 29.

52 La ley del 3 de mayo de 1967 determinó, tal como lo recuerda P ARADA, que las faltas o contravenciones penales quedaban sujetas a la sanción administrativa del pago de una suma de dinero. Entre ellas estaban las infracciones a la circulación de automóviles, protección de carreteras y vías públicas y servicios de transporte. La ley de 24 de diciembre de 1975 declaró despenalizados todos los delitos sancionados con pena de multa, salvo algunas excepciones. P ARADA, op. cit., p. 481. En efecto, la Ley 689 del 24 de noviembre de 1981 establece los fundamentos jurídicos esenciales de este sistema normativo en el derecho italiano aun en la actualidad, porque su Constitución Política no hace ninguna referencia expresa a las potestades sancionadoras de la Administración. P ASQUALE C ERBO, “Las sanciones administrativas en Italia. Un problema de derecho constitucional”, en Documentación Administrativa (revista electrónica), n. o s 282-283, INAD, 2009, pp. 66-67.

53 La tradición germana de la judicialización de todas las conductas constitutivas de infracciones penales empezó a revertirse con la expedición de la ley del 26 de junio de 1949, despenalizadora en el campo de las infracciones económicas y generadora del nuevo marco de las infracciones administrativas y por ende, de la potestad sancionadora de la Administración. Anotando eso sí, que el rigor de las garantías exigidas para el desarrollo de tal potestad debe enmarcarse estrictamente en los términos, garantías y condiciones del derecho penal.

54 P ARADA, op. cit., p. 478.

55 M ANUEL R EBOLLO P UIG, M ANUEL I ZQUIERDO, L UCÍA A LARCÓN y A NTONIO B UENO A RMIJO, “Panorama del derecho administrativo sancionador en España”, en Socio-Jurídicos, vol. 7, n.º 1, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005, p. 24. F ERNÁNDEZ R UIZ, op. cit., p. 106. Igual situación se presenta en el derecho colombiano. Sobre este particular: O MAR M EJÍA P ATIÑO, “Situación del derecho administrativo sancionador en el ordenamiento jurídico colombiano”, en Dos Mil-Tres Mil, n.º 10, Ibagué, Universidad de Ibagué-Coruniversitaria, 2006, p. 96. Igualmente puede leerse el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia C-506 de 1992.

56 Constitución Política española, artículo 25.

57 Se aclara que desde la antigüedad se ha desarrollado una actividad punitiva que, sin embargo, no puede equipararse a la noción de ius puniendi actual, entre otras cosas, porque hoy este concepto se encuentra ligado a la figura del Estado, entendido en sentido moderno, es decir, el desarrollado desde la consolidación del Estado-Nación, que surge en la transición del Medievo hacia la Modernidad.

58 J UAN A LFONSO S ANTAMARÍA P ASTOR, Principios de derecho administrativo, vol. II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, p. 372.

59 J EAN R IVERO, Derecho administrativo, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 22.

60 Lo que en 1976 algún sector de la doctrina española denominó “Derecho represivo prebeccariano”, tal como lo relata E DUARDO G ARCÍA DE E NTERRÍA, es decir, anterior a todos los “refinamientos técnicos que el acogimiento de los principios de B ECCARIA ha supuesto para el derecho penal actual”. G ARCÍA DE E NTERRÍA y F ERNÁNDEZ, op. cit., p. 167.

61 F RANCESCO C ARRARA, Programa de derecho criminal, vol. II, Bogotá, Temis, 1957, p. 35.

62 Ibid., p. 53.

63 Emanada, según C ARRARA, principalmente de la ley natural, de la ley eterna del orden aplicada a la humanidad, de la cual la autoridad social deriva su facultad para utilizar todas las fuerzas necesarias para el logro del fin, y que es la ley que impone su autoridad, y su fin, lo que confiere a la sociedad el derecho de castigar cuando quiera que se presenten ofensas a los derechos del hombre. C ARRARA, op. cit., pp. 52 y ss.

64 Al respecto J ESCHECK plantea que el derecho penal debe, ciertamente, contribuir a superar el caos en el mundo y a contener la arbitrariedad de los hombres por medio de una consciente limitación de su libertad. Obviamente desde la perspectiva de tal autor, el derecho penal constituye una de las principales herramientas de control jurídico del Estado. J ESCHECK, Tratado de derecho penal, op. cit., p. 5.

65 T HOMAS H OBBES, Leviatán, vol. I, Madrid, Sarpe, 1983, pp. 311-312.

66 C ARBASSE, citado por D ELLIS, op. cit., p. 4: “La confusión orgánica de las competencias administrativas con las funciones jurisdiccionales corresponde a la confusión material de las funciones para prevenir y sancionar. Salvo en el Imperio romano, se trata de una situación que se encuentra comúnmente bajo el Antiguo Régimen. Esto es bastante normal por la justicia ‘retenida’ por el rey, que combina en su persona todos los componentes del poder del Estado” (traducción libre).

67 M ICHEL F OUCAULT, Vigilar y castigar, 4.^a ed., México, D. F., Siglo Veintiuno Editores, 1980, pp. 53, 54.

68 K A I A MBOS, “Los fines de la pena a nivel nacional y supranacional”, en Facetas Penales, n.º 91, Bogotá, Leyer, 2010, p. 10.

69 F OUCAULT, op. cit., p. 84.

70 Ibid., p. 84.

71 Ibid., p. 84.

72 Ibid., p. 33 y ss.

73 F OUCAULT, ibid., p. 66 y ss.

74 Así es como la Cancillería resume en 1789 la posición general de los cuadernos de quejas en cuanto a los suplicios. Cfr . E. S ELIGMAN, *La justice sous la Révolution*, t. 1, 1901, y A. D ESJARDIN, *Les cahiers des États généraux et la justice criminelle*, 1883, pp. 13-20, cita de F OUCAULT, *op. cit.*, p. 77.

75 L UCIANO P AREJO A LFONSO, *El concepto del derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 139. En el mismo sentido puede leerse a C EREZO M IR (nota 10), en la que dice: “La teoría del derecho penal de policía representó el primer intento en ese sentido. Esta teoría surgió por influencia del iusnaturalismo racionalista. Se trataba de distinguir un derecho penal judicial o criminal de un derecho de policía, un ilícito auténtico, ‘natural’, de un simple ilícito de policía. J OSÉ C EREZO M IR, *Curso de derecho penal español*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1988, pp. 41-42.

76 P AREJO A LFONSO, *ibid.*, p. 140.

77 Se alude a un primer bosquejo de distinción funcional, pues esta se presenta propiamente con el advenimiento de la separación de poderes como consecuencia de la recepción de los principios de la Revolución francesa, por lo cual puede afirmarse con A LEJANDRO N IETO que antes del siglo XVIII no resulta correcto hablar de sanciones administrativas, aunque solo sea por la inexistencia de la separación de poderes, porque son los mismos órganos de naturaleza judicial los que aplican toda clase de sanciones. Sin embargo, a mediados de dicho siglo empieza a encomendarse a determinados órganos inequívocamente no judiciales la represión directa de las desobediencias e infracciones sin necesidad de acudir a las justicias, y esto sucede cabalmente dentro del ámbito de la

Policía. N IETO, op. cit., p. 50. En el mismo sentido, F ERNÁNDEZ R
UIZ, op. cit., p. 102.

78 J EAN J ACQUES C HEVALLIER, Las grandes obras políticas,
Bogotá, Temis, 1997, p. 87.

79 J OHN L OCKE, Segundo tratado sobre el gobierno civil, Madrid,
Alianza Editorial, 2006, pp. 103-104.

80 J EAN J ACQUES R OUSSEAU, El contrato social, Madrid, Aguilar,
1973, pp. 36-37.

81 Ibid., p. 17.

82 Ibid., p. 18.

83 Ibid., p. 37.

84 C ESARE B ECCARIA, De los delitos y de las penas, Barcelona,
Altaya, 1994, p. 28.

85 Ibid., pp. 29-30.

86 A NSELM VON F EUERBACH, *Anti-Hobbes. O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 154.

87 Por ello era común que se prohibieran conductas pecaminosas, heréticas, inmorales o simplemente inconvenientes. R OXIN, “La parte general del derecho penal sustantivo”, cit., p. 21.

88 C LAUS R OXIN, *Iniciación al derecho penal de hoy*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981, p. 25. En el mismo sentido, J ESCHECK afirma que el derecho penal asegura la inviolabilidad del orden jurídico por medio de la coacción estatal, op. cit., p. 4.

89 Obviamente la gloriosa revolución de Inglaterra de 1688 fue precedente fundamental de todo el proceso revolucionario, y sus fundamentos sirvieron de referente para las ideas que un siglo después conducirían a la abolición del antiguo régimen y al advenimiento de una nueva época.

90 Sobre este aspecto resultan aportantes las observaciones de G ABRIEL I GNACIO A TINUA, quien afirma que la estricta discusión sobre el castigo en el siglo XVIII se plantea en el plano filosófico, político y, sobre todo, jurídico. El lenguaje del derecho significa para esa época encontrar la frontera legítima al poder de castigar. Según los hombres de las Luces, esta legitimidad no era la que quedaría instalada después mediante la intervención positiva o activa de las instituciones del poder penal, sino que debía ir unida a un respeto a la libertad del individuo y, por tanto, sería una limitación de dicho poder punitivo. G ABRIEL I GNACIO A TINUA, “Contradicciones y dificultades de las teorías del castigo en el pensamiento

de la Ilustración”, en Mitologías y discursos sobre el castigo, Barcelona, Anthropos, 2004, p. 17.

91 Nótese cómo un importante número de disposiciones de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se relacionan de forma explícita con el derecho a la libertad: “Artículo 1.º— Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común. Artículo 2.º— La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. [...] Artículo 4.º— La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites solo pueden ser determinados por la ley. Artículo 5.º— La ley solo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que esta no ordene. [...] Artículo 7.º— Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que esta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia. Artículo 8.º— La ley solo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente. Artículo 9.º— Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley”.

92 A TINUA, op. cit., p. 26.

93 R OXIN, Iniciación, op. cit., p. 25.

94 Sobre este aspecto, R OXIN sostiene: “En otras épocas el derecho penal estaba estrechamente relacionado con la religión, con la moral y con la ética. Ocurría entonces que se prohibían sin más y se castigaban con graves penas conductas consideradas como pecaminosas, heréticas, inmorales o simplemente inconvenientes. Cuando hacía uso de su derecho a castigar, al monarca absoluto solo le importaba poseer el poder suficiente para imponer sus mandatos. Esta situación empezó a cambiar cuando los pensadores de la Ilustración hicieron de la teoría del contrato social el centro de sus teorías políticas. Para la teoría del contrato social, el Estado y el poder no procedían de Dios, sino del acuerdo pactado entre los ciudadanos que querían asegurar su libertad y una convivencia pacífica ante los ataques de terceros, organizándose unitariamente e imponiendo un orden coactivo”. Iniciación, op. cit., pp. 24-25.

95 J ESCHECK, op. cit., p. 16.

96 En el mismo sentido puede leerse a G ARCÍA A MADRO, op. cit., p. 19.

97 N IETO, op. cit., p. 85.

98 Ibid., p. 96.

99 N IETO, ibid., p. 97.

100 Como lo expresa K AI A MBOS, en el ámbito penal también se ven reflejados los requerimientos de la implementación de un ius puniendi supranacional, conformado incipientemente a partir de tratados internacionales que usualmente carecen de disposiciones directamente aplicables y que más bien están encaminados a exhortar a los Estados parte a implementar preceptos punitivos o que se ejercen de manera subsidiaria, como ocurre con la Corte Penal Internacional. Sin embargo, la instauración de tribunales penales especiales, tales como el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, implicaron el establecimiento de una primacía jurisdiccional frente a la justicia nacional. A MBOS, “Los fines...”, cit., pp. 9-10.

101 Sobre el tema resalta el escrito de A LEJANDRO R AMELLIA RTEAGA, “La función de la pena en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en Memorias de las XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 161 y ss.

102 J OHN A. V ERVAELE, El derecho penal europeo, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, p. 11.

103 Ibid., pp. 11-12.

104 Ejemplo de la normativa que evidencia esta potestad sancionatoria supraestatal se encuentra en el Reglamento 2988 de 1995, relativo a la protección jurídica de los intereses financieros de la comunidad, al control, inspección, vigilancia y sanciones aplicables. Dicho reglamento se expidió con fundamento en los artículos 235 CE y 203 Euratom. De igual forma el Estatuto de Roma, mediante el cual se constituyó la Corte Penal Internacional, es un vivo ejemplo del ius puniendi supraestatal.

105 En efecto, un importante sector de la doctrina ha abogado por otras lecturas, entre las que sobresalen las tesis abolicionistas y las del derecho penal mínimo, o cuando menos, las deslegitimadoras del derecho penal. Entre quienes han defendido algunas de estas concepciones destacan L UIGI F ERRAJOLI, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 1995; A LESSANDRO B ARATTA, Criminología y sistema penal, Montevideo-Buenos Aires, B de F., 2004; y en América Latina, E UGENIO R AÚL Z AFFARONI, En busca de las penas perdidas, Buenos Aires, Ediar, 1998, cuyas posiciones quedan claramente expuestas en esta obra.

106 F RANZ VON L ISZT, Tratado de derecho penal (trad. de la 18.^a ed. alemana), Madrid, Reus, 1926, p. 5.

107 Ibid., p. 21.

108 Sobre este aspecto, plantea J UAN B USTOS R AMÍREZ que esta controversia que existe desde finales del siglo XVIII hasta ahora se atenúa en ciertas etapas por razón del surgimiento de disposiciones eclécticas, pero que, sin embargo, se renueva con más fuerza después de tales intervalos, y las disputas teóricas no solo surgen entre sus dos extremos, esto es, entre las teorías absolutas y las relativas, sino aun dentro de estas mismas, es decir, entre las relativas de prevención general y de prevención especial. J UAN B USTOS R AMÍREZ, Introducción al derecho penal, op. cit., p. 71.

109 Célebre sentencia de P ROTÁGORAS referida por P LATÓN, que ha servido de base para la construcción de las llamadas teorías absolutas retributivas.

110 Aunque G OLDSCHMIDT dividía estas teorías absolutas en cuatro: la teoría de la expiación, las teorías de retribución, las teorías de la reprobación y las teorías de la reconciliación. Con todo, se ha optado tan solo por hacer referencia a las dos clasificaciones en las cuales existe un acuerdo casi universal en el derecho comparado, esto es, la teoría de la expiación y la teoría de la retribución. J AMES G OLDSCHMIDT, Principios generales del proceso, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, pp. 20-24.

111 H EIKO H. L ESCH, La función de la pena, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1.ª e. 2000, pp. 18-19.

112 K AUFMANN, citado por L ESCH, op. cit., p. 19.

113 G UNTHER J AKOBS, Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 25.

114 G OLDSCHMIDT, op. cit., p. 21.

115 Fueron defensores de esta teoría K OHLER (1888) y W ELCKER (1813), según lo enseña G OLDSCHMIDT, op. cit., p. 21.

116 Pues como lo sostiene de forma atinada C ARVALHO, la justificación retributiva de la pena no corresponde exclusivamente a los modelos taliónicos, lo cual pone de presente también que esta haya sido quizá la

primera fórmula de justificación de la pena. S ALO DE C ARVALHO, Pena e garantías, Rio de Janeiro, Lumen, 2003, p. 120.

117 R OXIN, Iniciación..., op. cit., p. 33.

118 Ibid., p. 34.

119 L ESCH, op. cit., p. 20.

120 E MMANUEL K ANT, La metafísica de las costumbres, 3.^a ed., reimpresión, Madrid, Tecnos, 2002, p. 166.

121 Ibid., p. 167.

122 C ARVALHO, op. cit., p. 122.

123 B USTOS R AMÍREZ, op. cit., pp. 71-72.

124 J AKOBS plantea al respecto que según K ANT el contenido de la pena es el talión (si ha matado, debe morir). Derecho penal, op. cit., p. 21.

125 G EORG W ILHELM F RIEDRICH H EGEL, Principios de la filosofía del derecho, Buenos Aires, Sudamericana, 2004, pp. 104-105. Al respecto, y en cita a H EGEL, expresa R OXIN : “El delito consiste en la negación del derecho, con lo que de hecho llega al principio retributivo. Con el sufrimiento por parte del delincuente de la pena correspondiente a su culpabilidad, el delito queda compensado (anulado, negado) y restablecido el derecho lesionado” . R OXIN, op. cit., p. 35.

126 B USTOS R AMÍREZ, op. cit., p. 71.

127 F RANCESCO C ARRARA, Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa, vol. I, Parte General, Buenos Aires, Depalma, p. 438.

128 Ibid., p. 438.

129 K ARL B INDING, citado por B USTOS R AMÍREZ, op. cit., p. 72.

130 B USTOS R AMÍREZ, op. cit., p. 72.

131 H ANS W ELZEL, Derecho penal alemán. Parte general, 11.^a ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 326.

132 D ARÍO B AZZANI M ONTOYA, “Teoría de la pena y proceso penal”, en XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá,

Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 9-10, refiriéndose al retribucionismo anglosajón de RAWLS.

133 BAZZANI, op. cit., p. 10.

134 BECCARIA, op. cit., pp. 45-46.

135 VON FUERBACH, op. cit., p. 151.

136 Ibid., p. 153. Al respecto, consigna este autor la siguiente afirmación: “El que amenaza con un mal para protegerse ante ofensas futuras se contradice consigo mismo si, en caso de producirse la ofensa, no ejecuta la amenaza, porque una amenaza solo puede ser efectiva cuando el mal que implica se imagine como un mal realmente sobreviniente”.

137 LESCH, op. cit., p. 44.

138 ROXIN, Iniciación, op. cit., p. 37.

139 LESCH, op. cit., p. 48-49.

140 Ibid., p. 49.

141 J AKOBS, citado por C LAUS R OXIN, La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 65-66.

142 A LEJANDRO A PONTE, “Derecho penal del enemigo vs. derecho penal del ciudadano. Gunther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad”, en Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Buenos Aires, Edisofer-B de F., 2006, p. 164.

143 R OXIN, La evolución de la política criminal..., op. cit., p. 36.

144 L ESCH, op. cit., p. 53

145 A RTHUR K AUFMANN, Filosofía del derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 305.

146 J ESÚS MARÍA S ILVA S ÁNCHEZ, Aproximación al derecho penal contemporáneo, Barcelona, Bosch, 1992, p. 28.

147 B USTOS R AMÍREZ, op. cit., pp. 86-87.

148 C ARLOS C HRISTIAN S UEIRO, La política criminal de la posmodernidad, Lima, Ediciones Jurídicas del Centro, 2010, p. 122.

149 Posición defendida por A DOLF M ERKEL, según lo anota J UAN B USTOS R AMÍREZ, *Derecho penal*, t. I, *Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito y el Sujeto Responsable*, Bogotá, Leyer, 2008, p. 147.

150 B USTOS R AMÍREZ, *op. cit.*, p. 148.

151 C LAUS R OXIN, *Derecho penal*, parte general, 1.^a ed., t. I, Madrid, Civitas, 1997, p. 103.

152 De acuerdo con este autor, en cada uno de esos momentos la pena cumple una función: en el primer momento (primera teoría de R OXIN unificadora dialéctica proyecto alternativo para el Código Penal alemán de 1963). Afirmar que cuando se crea la pena se busca intimidar a la comunidad, por ende, es una prevención general negativa. Cuando se impone la pena, en el segundo momento, esta tiene una función retributiva. En el tercer momento de ejecución, la pena tiene una función de prevención especial positiva. En los años setenta aparece la segunda postura de R OXIN, teoría dialéctica preventiva. De igual forma, sostiene que la pena aparece en tres momentos. Tiene una función preventiva. Cuando se crea es una prevención general negativa. Cuando se impone, es una prevención general positiva (antes era retributiva), y cuando se ejecuta es una prevención especial positiva.

153 L UIGI F ERRAJOLI, *op. cit.*, pp. 334-335.

154 É MILE D URKHEIM, *Las reglas del método sociológico*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 38 y ss.

155 Ibid., p. 91 y ss.

156 ÉMILE DURKHEIM, La división del trabajo social, Barcelona, Planeta, 1985, p. 83 y ss.

157 MARTA MONCLÚS MASÓ, “La sociología del castigo en Émile Durkheim y la influencia del funcionalismo en las ciencias sociales”, en Mitologías y discursos sobre el castigo, Barcelona, Anthropos, 2004, p. 133.

158 Ibid., p. 136.

159 Una mayor ampliación sobre la noción conceptual de MAX WEBER sobre la burocracia puede leerse en ¿Qué es la burocracia?, México, D. F., Ediciones Coyoacán, 2001.

160 MAX WEBER, Economía y sociedad, esbozo de economía comprensiva, Madrid, F. C. E., 1969, pp. 882-883.

161 MONCLÚS MASÓ, op. cit., p. 137.

162 Ibid., pp. 138-139.

163 I GNACIO F. T EDESCO, “El castigo como una compleja institución social: el pensamiento de David Garland”, en Mitologías y discursos sobre el castigo, Barcelona, Anthropos, 2004, pp. 242-244.

164 G ARLAND, op. cit., p. 333.

165 Ibid., pp. 233-234.

166 Sobre este particular aspecto refiere este autor lo siguiente: “Existe una amplia gama de posibles castigos (torturas, mutilaciones, lapidaciones, flagelaciones públicas, etc.) que simplemente están prohibidos por ‘impensables’ debido a que se los considera crueles y ‘bárbaros’ en extremo, enteramente ajenos a la sensibilidad de seres humanos modernos y civilizados. Lo anterior a menudo se experimenta como una forma de juicio visceral, que expresa repugnancia emocional más que objeciones racionales”. G ARLAND, op. cit., pp. 250-251.

167 Cfr. infra. §§ 78 y 102 a 106.

168 R. C ARRÉ DE M ALBERG, Teoría general del Estado, 2.^a ed. en español, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 80.

169 G EORGE J ELLINEK, Teoría general del Estado, 2.^a ed., México, D. F., Continental, 1958, p. 399.

170 Ibid., pp. 80-81

171 GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 443.

172 OSSA ARBELÁEZ, op. cit., p. 72.

173 Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 22.^a ed., Madrid, Espasa-Calpe, 2001.

174 MIGUEL MARIENHOFF, Tratado de derecho administrativo, 3.^a ed., t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 603, 604.

175 NIETO, op. cit., p. 22.

176 MARTIN KRIELE, Introducción a la teoría del Estado, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 19.

177 De fundamentación constitucional y legal.

178 GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 443.

179 En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 167.

180 Precisamente el principio de legalidad constituye una de las principales características y, a su vez, límites a la potestad sancionadora de la Administración.

181 ALBERTO MONTAÑA PLATA, Fundamentos de derecho administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 189.

182 Pertinente resulta citar al profesor MONTAÑA PLATA, op. cit., p. 192, cuando afirma que las finalidades públicas son el único sustento jurídico capaz de justificar la existencia de unas prerrogativas públicas y principalmente aquellas dirigidas a permitir imponerse frente a otros sujetos de derecho de manera unilateral, en armonía con la idea expresada sobre lo que se busca con la potestad sancionadora de la Administración.

183 En el mismo sentido, OSSA ARBELÁEZ, op. cit., p. 117. Igualmente puede verse la sentencia de la Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-827 de 8 de agosto de 2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis, actor: Guillermo Alberto Duarte, exp. D-3345.

184 “Artículo 2.º.— Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la

convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. // Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

185 En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, al afirmar: “Así, por ejemplo, se encuentra el artículo 2.º de la Carta Política, el cual establece que el Estado tiene el deber de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios consagrados en la Constitución; el ejercicio de la función pública encomendada a la Administración implica que si esta se encuentra facultada para imponer un mandato o regular una conducta en servicio del interés público, también debe estar facultada para lograr la garantía del orden mediante la imposición de sanciones, frente al incumplimiento de tales mandatos”. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-1010 de 16 de octubre de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Actor: Armando Díazgranados Pretel. También: Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-827 de 8 de agosto de 2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis, actor: Guillermo Alberto Duarte, exp. D-3345, y en la Sentencia C-595 de 2010.

186 Sobre este punto ha sostenido la Corte Constitucional: “La potestad administrativa sancionadora constituye un instrumento de realización de los fines que la Carta atribuye a estas autoridades, pues permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la Administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos. Pueden distinguirse por lo pronto diferentes órbitas de acción sancionadora de la Administración: así, frente a sus propios servidores opera el derecho disciplinario en sentido estricto, mientras que frente a la generalidad de los administrados se suele hablar en general de derecho correccional”. Corte Constitucional, Sala

Plena, Sentencia C-597 de 6 de noviembre de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero, actor: Isidoro Arévalo Buitrago, exp. D-1229.

187 “Artículo 67.— La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura. // La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente. // El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad, y que comprenderá como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica. // La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos. // Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo. // La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley”.

188 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-1010 de 16 de octubre de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Actor. Armando Díazgranados Pretel.

189 “Artículo 365.— Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. // Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por

particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

190 “Artículo 370.— Corresponde al presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”.

191 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-1010 de 16 de octubre de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Actor: Armando Díazgranados Pretel. En el mismo sentido. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-214 de 28 de abril de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell, actor: Álvaro Zapata Burgos, exp. D-394. En esta providencia se sostuvo: “[...] la actuación administrativa requerida para la aplicación de sanciones, en ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración —correctiva y disciplinaria— está subordinada a las reglas del debido proceso que deben observarse en la aplicación de sanciones por la comisión de ilícitos penales”. Igualmente: Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-616 de 6 de agosto de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, actor: Álvaro Édgar Hernández, exp. D-3860. También: Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-393 de 24 de mayo de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Demandantes: Marco Fidel Ortigón y Omar García García. Exp. D-6042. También: Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-827 de 8 de agosto de 2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis, actor: Guillermo Alberto Duarte, exp. D-3345.

192 “Artículo 80.— El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. // Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. // Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas”.

193 “Artículo 92.— Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas”.

194 “Artículo 118.— El ministerio público será ejercido por el procurador general de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al ministerio público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas”.

195 “Artículo 277.— El procurador general de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: // [...] 6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”.
“Artículo 278.— El procurador general de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones: // 1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su

cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo”.

196 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-1010 de 16 de octubre de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Actor: Armando Diazgranados Pretel.

197 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-1010 de 16 de octubre de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Actor: Armando Diazgranados Pretel.

198 Sobre este particular aspecto, puede consultarse la Sentencia C-506 de 2002, de la Corte Constitucional.

199 Como ocurre por ejemplo en España, donde el artículo 25 de su texto superior dispone: “1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. // 2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. // 3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”.

200 Entre ellas se encuentran las sentencias C-195 de 1993, C-214 de 1994, C-827 de 2001, C-616 de 2002 y C-393 de 2006.

201 Al respecto el artículo 6.º del Código Civil Colombiano reza: “La sanción legal no es solo la pena sino también la recompensa: es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o la transgresión de sus prohibiciones. // En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos”.

202 B ENIGNO M ANTILLA P INEDA, Filosofía del derecho, Bogotá, Temis, 2003, p. 142.

203 H ANS K ELSEN, Teoría pura del derecho, Bogotá, Unión, 2000, p. 55.

204 G UILLERMO O SPINA F ERNÁNDEZ y E DUARDO O SPINA A COSTA, Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos, 4.ª ed., Bogotá, Temis, 1994, p. 461.

205 G ARCÍA G ÓMEZ DE M ERCADO, op. cit., p. 1.

206 PABLO FERNÁNDEZ RUIZ, “El ejercicio del ius puniendi por parte del Estado”, cit. p. 112.

207 GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, op. cit., p. 2.

208 JUAN MANUEL LAVERDE, “Sanciones administrativas: delimitación conceptual frente a otras actuaciones de la Administración”, en El poder sancionador de la Administración pública: discusión, expansión y construcción, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 275-276.

209 De esta manera se acoge el significado de la palabra sanción, en el sentido indicado por MARIO ALBERTO COPELLO, La sanción y el premio en el derecho, Buenos Aires, Losada, 1945, p. 41 y ss.

210 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, op. cit., p. 163.

211 FRANCK MODERNE, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, París, Economica, 1993, p. 5.

212 LORENZO MARTÍN RETORTILLO BAQUER, “Multas administrativas”, en Revista de Administración pública, n.º 79, 1976, p. 10.

213 SANTAMARÍA PASTOR, op. cit., p. 380.

214 Acierta A NDRÉS F ERNANDO O SPINA cuando afirma que la definición de sanción administrativa no es un asunto fácil y exige la combinación de diferentes indicios, como por ejemplo el formal, el orgánico, el funcional, etc. A NDRÉS F ERNANDO O SPINA G ARZÓN, “El fundamento del poder de sanción de la Administración: terapia para el abandono de un complejo”, en El poder sancionador de la Administración pública: discusión, expansión y construcción, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 23.

215 En el mismo sentido puede leerse a R EBOLLO P UIG et al., “Panorama del derecho...”, cit., p. 24.

216 De la que hace mención el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011.

217 En las circunstancias autorizadas por la ley.

218 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1189 de 22 de noviembre de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Actor: Hugo Alejandro Jiménez Balcázar. Exp. D-5804. En esta sentencia se dijo: “El retiro del servicio del empleado que incurra en abandono del cargo es una medida administrativa consecuente con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C. P. art. 209) que rigen la Administración pública, en tanto la misma debe contar con la posibilidad de proveer rápidamente un cargo que ha sido abandonado, para que un funcionario entre a cumplir las labores idóneamente, a fin de evitar traumatismos en la marcha de la administración. El proceso disciplinario, por el contrario, estaría dirigido, principalmente, a establecer la

responsabilidad individual del funcionario, a fin de imponerle la sanción respectiva”.

219 MARÍA L OURDES RAMÍREZ TORRADO, “La sanción administrativa y su diferencia con otras medidas que imponen cargas a los administrados en el contexto español”, en Revista de Derecho, n.º. 27 Barranquilla, Universidad del Norte, p. 281.

220 Ibid., p. 282.

221 Tal como lo sostienen OMAR MEJÍA PATIÑO, “Realismo vs. garantismo en los límites entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador”, en Cuadernos de Derecho Penal Económico, n.º 2, Ibagué, Universidad de Ibagué, 2008, p. 26 y ss. Y como puede evidenciarse en múltiples providencias de la Corte Constitucional, entre las que destacan las siguientes: C-599 de 1992, T-145 de 1993, C-214 de 1994, C-564 de 2000, C-827 de 2001, C-506 de 2002, C-616 de 2002, C-530 de 2003 y C-595 de 2010.

222 Pueden citarse como referencia las sentencias de la Corte Constitucional C-208 de 1996, C-244 de 1996, C-827 de 2001 y C-595 de 2010.

223 Al respecto se ha planteado por ejemplo que “El derecho administrativo es el sistema de normas que regulan las relaciones entre la Administración pública, al obrar por finalidades propias, y sus sujetos subordinados. Si estas normas van acompañadas de sanciones penales, se tiene el llamado derecho penal administrativo”. GIUSEPPE MAGGIORE, Derecho penal,

vol. I, Bogotá, Temis, 1954, pp. 45-46. Comentario válido en otros Estados donde se le da tal connotación, pero no aplicable en Colombia.

224 M AGGIORE, op. cit., p. 46. En igual sentido en el ámbito colombiano, A LFONSO R EYES E CHANDÍA, “Derecho penal y contravenciones financieras”, en Derecho penal financiero, Bogotá, Centro de Estudios Jurídicos y Económicos, 1984, pp. 17 y ss.

225 En el mismo sentido puede leerse G ARCÍA G ÓMEZ DE M ERCADO, op. cit., p. 3.

226 R OXIN, op. cit., p. 30.

227 C ARLOS A RTURO G ÓMEZ P AVAJEAU, Dogmática del derecho disciplinario, 5.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 54.

228 En la Sentencia C-329 de 2000, expresó la Corte Constitucional con respecto a este punto: “Así, numerosas normas de la carta y de los tratados de derechos humanos hacen referencia específica al proceso penal (CP arts. 29, 32, 34), precisamente para rodearlo de las mayores garantías posibles, por cuanto se parte del supuesto de que las sanciones penales son las más graves, por lo cual la persona debe contar con los mejores mecanismos para su defensa”.

229 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia: C-595 de 27 de julio de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. Actor: Juan Gabriel Rojas López,

exp. 7977.

230 Un argumento similar de distinción entre la consecuencia de la transgresión de la normativa penal y la administrativa puede encontrarse en otras providencias de la Corte Constitucional. Entre ellas resalta la Sentencia C-597 de 1996, en la que se sostuvo: “Ahora bien, lo anterior no significa que los principios del derecho penal se aplican exactamente de la misma forma en todos los ámbitos en donde se manifiesta el poder sancionador del Estado, ya que entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no solo afecta un derecho tan fundamental como la libertad, sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no solo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial —como los servidores públicos— o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores”. También se esgrimió este elemento de distinción en la Sentencia C-506 de 2002, en la que se expresó: “[...] Para la Corte es claro que la imposición por la Administración de sanciones por el incumplimiento de deberes tributarios es actividad típicamente administrativa y no jurisdiccional. Aunque desde un punto de vista conceptual pueda parecer difícil distinguir entre la actividad sancionatoria en cabeza de la Administración y la actividad sancionatoria jurisdiccional, lo cierto es que una y otra acusan diferencias no solo normativas, sino también sustanciales: en cuanto a las primeras, puede decirse que en el proceso sancionatorio administrativo se juzga el desconocimiento de normas relativas a deberes para con la Administración y no de estatutos penales propiamente tales, y que en él está descartada la imposición de sanciones privativas de la libertad. Además la decisión sancionatoria adoptada por la Administración está sujeta a control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo [...]”. De igual forma se acudió a este argumento en las sentencias C-827 de 2001 y C-530 de 2003.

231 Entre las que sobresalen las sentencias: C-597 de 1996, C-827 de 2001, C-506 de 2002 y C-530 de 2003, ya referenciadas.

232 En realidad, en otras providencias de la Corte Constitucional se ha establecido con toda claridad que en efecto la privación de la libertad es tan solo una de las modalidades de sanción penal que existen en el ordenamiento jurídico colombiano. Al respecto puede leerse la Sentencia C-628 de 1996, en la que se sostuvo: “[...] La pena implica entonces, la eliminación o disminución de un derecho fundamental de la persona encontrada responsable de la infracción penal (vida, libertad, patrimonio, etc.). Su función es de carácter retributivo, preventivo, protector y resocializador. // El estatuto penal ha previsto dos modalidades de penas o sanciones: 1) las privativas del derecho a la libertad —la prisión y el arresto— y 2) las que recaen sobre el patrimonio económico, dentro de la cual el legislador ha previsto la multa, que se concreta en la exigencia al condenado de cancelar una determinada suma de dinero en favor del Estado”.

233 En este punto se reconoce que al menos en Colombia está proscrita la posibilidad de que autoridades en ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa impongan sanciones consistentes en la privación de la libertad, lo cual constituye un parámetro diferenciador desde el punto de vista local. Sin embargo, esta diferencia no es sustancial u ontológica.

234 Artículo 25, multas hasta por cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

235 Artículo 131: “[...] Las multas a las personas jurídicas que se encuentren dentro del ámbito de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud se impondrán hasta por una suma equivalente a dos mil quinientos (2.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y su monto se liquidará teniendo en cuenta el valor del salario mínimo vigente a la fecha de expedición de la resolución sancionatoria. Las multas se aplicarán sin perjuicio de la facultad de revocatoria de la licencia de funcionamiento, cuando a ello hubiere lugar”. Artículo 132: “[...] La Superintendencia de Industria y Comercio impondrá multas hasta de cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 SMLMV) a cualquiera de las entidades, agentes y actores de las cadenas de producción, distribución, comercialización y otras formas de intermediación de medicamentos, dispositivos médicos o bienes del sector salud, sean personas naturales o jurídicas, cuando infrinjan el régimen aplicable al control de precios de medicamentos o dispositivos médicos. Igual sanción se podrá imponer por la omisión, renuencia o inexactitud en el suministro de la información que deba ser reportada periódicamente”.

236 Artículo 40: “[...] 1.º Multas diarias hasta por cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes”.

237 Artículo 3.º, régimen sancionatorio cambiario.

238 Arts. 634 y ss.

239 Sobre este particular aspecto, M I R P U I G reconoce la posibilidad de que las sanciones administrativas puedan llegar a ser más graves que las propias sanciones penales. Al respecto, plantea: “La multa es una sanción que puede ser penal o administrativa, y ocurre que ciertas multas

administrativas son mucho más elevadas que otras multas penales”. MIR P
UIG, op. cit., p. 6.

240 PABLO RANDO CASERMEIRO, “El modelo penal de la seguridad
ciudadana en el derecho administrativo sancionador”, en Indret, Revista
para el Análisis del Derecho, Barcelona, 2010, p. 8.

241 JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, citado por OSSA
RBELÁEZ, op. cit., p. 529.

242 Este argumento fue esgrimido por la Corte Constitucional en la
Sentencia C-616 de 2002, en la cual, al respecto, se dijo: “La potestad
sancionadora administrativa se diferencia cualitativamente de la potestad
punitiva penal. Con la potestad punitiva penal, además de cumplirse una
función preventiva, se protege ‘el orden social colectivo, y su aplicación
persigue esencialmente (sin perjuicio de la concurrencia de otros fines
difusos) un fin retributivo abstracto, expiatorio, eventualmente correctivo o
resocializador, en la persona del delincuente’, mientras que con la potestad
administrativa sancionatoria se busca garantizar la organización y el
funcionamiento de las diferentes actividades sociales”. Tal argumento fue
utilizado también en las sentencias C-564 de 2000, C-506 de 2002 y C-595
de 2010.

243 NIETO, citado por OSSA RBELÁEZ, op. cit., p. 530. Igual
criterio de distinción fue utilizado por la Corte Constitucional colombiana
en la Sentencia C-595 de 2010, ya citada.

244 De igual forma es importante anotar que, en efecto, la propia Corte Constitucional ha reconocido ese papel preventivo que cumple la infracción administrativa. Al respecto, puede leerse: Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-818 de 9 de agosto de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Actor: Ernesto Matallana Camacho. Exp. D-5521.

245 O SSA A RBELÁEZ, op. cit., p. 530.

246 Aquí, sobre este particular aspecto valdría la pena preguntar por la finalidad resocializadora de la pena de multa.

247 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-595 de 27 de julio de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. Actor: Juan Gabriel Rojas López, exp. 7977.

248 Ibid.

249 Es claro que de acuerdo con la Corte Constitucional colombiana existen diferencias sustanciales entre las infracciones penales y las administrativas, tal como se echa de ver también en la Sentencia C-506 de 2002, en la que se dice: “Aunque desde un punto de vista conceptual pueda parecer difícil distinguir entre la actividad sancionatoria en cabeza de la Administración y la actividad sancionatoria jurisdiccional, lo cierto es que una y otra acusan diferencias no solo normativas, sino también sustanciales: en cuanto a las primeras, puede decirse que en el proceso sancionatorio administrativo se juzga el desconocimiento de normas relativas a deberes para con la Administración y no de estatutos penales propiamente tales, y que en él está descartada la imposición de sanciones privativas de la libertad. Además, la

decisión sancionatoria adoptada por la Administración está sujeta a control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Ahora bien, la jurisprudencia también ha establecido diferencias sustanciales con base en los distintos fines que se persiguen en cada caso: la actividad sancionadora de la Administración persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública a los que alude el artículo 209 de la carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), al paso que la actividad jurisdiccional en lo penal se orienta a la preservación de bienes sociales más amplios y a la consecución de fines de tipo retributivo, preventivo o resocializador”. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-506 de 3 de julio de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Actor: Humberto de Jesús Longas Londoño. Exp. D-3852.

250 M IR P UIG, op. cit., p. 5.

251 L AURA P OZUELO P ÉREZ, “De nuevo sobre la denominada ‘expansión’ del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos”, en el Funcionalismo en derecho penal . Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2003, pp. 117-118. Manifiesta esta doctrinante: “No puede olvidarse que la decisión acerca de lo necesario o innecesario de intervenir administrativa o penalmente en una determinada materia no deja nunca de ser una cuestión política. Esto es, que la regulación de un ámbito social sea o no satisfactoria –o lo sea en mayor o menor medida— dependerá siempre de los parámetros que se estén teniendo en cuenta desde una determinada posición político-criminal”.

252 Entre las que destacan las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-599 de 1992, T-145 de 1993, C-214 de 1994, C-564 de 2000, C-827 de 2001, C-506 de 2002, C-616 de 2002, C-530 de 2003 y C-595 de 2010.

253 G ÓMEZ T OMILLO, op. cit., p. 56.

254 Sobre esta concepción, expresa S ILVA S ÁNCHEZ : “Como es sabido, las tesis clásicas (o del aliud) distinguían entre el ilícito penal e ilícito administrativo, atribuyendo al primero el carácter de lesión éticamente reprochable de un bien jurídico, mientras que el segundo sería un acto de desobediencia ético valorativamente neutro. Posteriormente, sin embargo, fue consolidándose como doctrina ampliamente dominante la tesis de la diferenciación meramente cuantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, según la cual lo característico de este último es un menor contenido de injusto”. J ESÚS M ARÍA S ILVA S ÁNCHEZ, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales, Buenos Aires, B. de F., 2006, p. 135.

255 H EINZ M ATTES y H ERTA M ATTES, Problemas de derecho penal administrativo. Historia y derecho comparado, Jaén, Edersa, 1979, pp. 138-139.

256 Ibid., pp. 144-145.

257 Con su obra Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Rechts, cuya primera edición data de 1801 y su decimocuarta edición, de 1843. Citada por M ATTES, p. 146.

258 F EUERBACH, citado por M ATTES, op. cit., pp. 145-146.

259 M ATTES, op. cit., pp. 146-147.

260 HANS ERNST VON GLOBIG y JOHANN GEORH USTER, Vier Zugaben zu der im Jahre 1782 von der okonomischen Gesellschaft zu Bern gekronten Schrift. Altenburg, 1785, citados por M ATTES, op. cit., p. 151.

261 JAMES G OLDSCHMIDT, citado por M ATTES, op. cit., p. 194.

262 ERIK WOLF, citado por M ATTES, op. cit., pp. 208-209.

263 Esta parece haber sido la tesis acogida por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-595 de 2010, pese a que en la actualidad es cada vez menos acogida en el derecho comparado, y ciertamente se encuentra en declive dentro de las teorías del derecho administrativo. Cita reiterada en los argumentos de la Corte que puede leerse en la obra de GÓMEZ TOMILLO, op. cit., p. 57, fundamentada en el estudio juicioso de M ATTES. De igual forma, esta tesis es defendida por SILVA SÁNCHEZ, op. cit., pp. 125-126. En Colombia puede leerse a ENRIQUE LOWMURTRA, “Policía administrativa y actividad financiera”, en Revista de Derecho Económico, año III, n.ºs 5 y 6, Bogotá, 1986, pp. 7-8.

264 VON STEIN, citado por M ATTES, op. cit., p. 182.

265 Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-145 del 21 de abril de 1993. Actor: Sociedad Bradford Rodríguez y Ltda. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. T-7077.

266 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-214 del 28 de abril de 1994. Actor: Álvaro Zapata Burgos, M. P. Antonio Barrera Carbonell. Exp. D-394.

267 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-827 del 8 de agosto de 2001. Actor: Guillermo Alberto Duarte, M. P. Álvaro Tafur Galvis. Exp. D-3345. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-597 del 6 de noviembre de 1996. Actor: Isidoro Arévalo, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-1229.

268 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-506 de 3 de julio de 2002. Actor: Humberto de Jesús Longas, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Exp. D-3852.

269 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-616 de 6 de agosto de 2002. Actor: Álvaro Édgar Hernández, M. P. Manuel José Espinosa. Exp. D-3860.

270 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-530 de 3 de julio de 2003. Actor: Abella Hernández de Campillo y otro, M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Exp. D-4386 y D-4396.

271 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-595 de 27 de julio de 2010. Actor: Juan Gabriel Rojas López, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. Exp. D-7977.

272 Hasta tal punto ha resultado su fragilidad, que tal como lo relata G ARCÍA G ÓMEZ DE M ERCADEO, op. cit., pp. 2-3, la tendencia actual ha conducido al abandono de la distinción entre la infracción penal y la administrativa sobre bases ontológicas.

273 C LAUS R OXIN, Derecho penal, citado por G ÓMEZ T OMILLO, op. cit., p. 57.

274 G ÓMEZ T OMILLO, op. cit., p. 58.

275 Caso presentado con tanta frecuencia en Colombia, en el cual un conductor bajo el influjo del alcohol provoca un accidente de tránsito con saldo letal. Cada vez que esto ocurre, es normal que la opinión pública y las autoridades clamen por la penalización de la conducción de esta clase de vehículos en estado de embriaguez. Ello pone de presente que, en efecto, la conducción de automóviles en circunstancias como las descritas no constituye una conducta que desde el punto de vista ético pueda ser considerada neutra.

276 G ARCÍA A MADO, op. cit., p. 32.

277 E UGENIO R AÚL Z AFFARONI, Derecho penal, parte general, 2.^a ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 178.

278 Ibid., p. 179.

279 CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEU, La dogmática jurídica como ciencia del derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 254.

280 OSSA ARBELÁEZ, Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática, op. cit., p. 158.

281 CARLOS MARIO ISAZA SERRANO, Teoría general del derecho disciplinario, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 2009, p. 61.

282 SANTAMARÍA PASTOR, op. cit., p. 381.

283 GÓMEZ PAVAJEAU, La dogmática jurídica..., op. cit., pp. 252-253.

284 Delito de privación arbitraria de la libertad.

285 Delito de prolongación ilícita de la libertad.

286 Delito de detención arbitraria.

287 Delito de desatención al habeas corpus.

288 Delito de peculado por apropiación.

289 Delito de peculado por uso.

290 Delito de peculado por aplicación oficial diferente.

291 Delito de peculado culposo.

292 Delito de destino indebido de recursos del tesoro para el beneficio de explotadores y comerciantes de metales preciosos.

293 Delito de concusión.

294 Delito de cohecho.

295 Delito de cohecho impropio.

296 Delito de cohecho por dar u ofrecer.

297 Delito de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en materia contractual.

298 Delito de interés indebido en la celebración de contratos.

299 Delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

300 Delito de tráfico de influencias.

301 Delito de enriquecimiento ilícito.

302 Delito de prevaricato.

303 Delito de prevaricato por omisión.

304 Delito de abuso de autoridad.

305 Delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia.

306 Delito de revelación de secreto o violación de reserva.

307 Delito de utilización de asunto sometido a reserva.

308 Delito de utilización indebida de información oficial privilegiada.

309 Delito de asesoramiento ilegal.

310 Delito de intervención en política.

311 Delito de empleo ilegal de la fuerza pública.

312 Delito de omisión de apoyo.

313 Delito de abuso de función pública.

314 Delito de asociación para la comisión de un delito contra la Administración pública.

315 Delito de favorecimiento de fuga.

316 Ley 599 de 2000.

317 S ANTAMARÍA PASTOR, op. cit., p. 381-382.

318 Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 6 de noviembre de 2002. Actor: Carlos Mario Isaza y otro, M. P. Álvaro Tafur Galvis. Exp. D-3937 y D-3944.

319 En la Sentencia T-572 de 2005 sostiene la Corte que los rasgos distintivos de este tipo de relación son los siguientes: “1) la subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); 2) como consecuencia de dicha subordinación, el interno está sometido a un régimen jurídico especial, el cual incluye controles disciplinarios y administrativos, y la posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso de algunos catalogados como fundamentales; 3) el ejercicio de la potestad disciplinaria especial y la limitación de los derechos fundamentales por parte de las autoridades penitenciarias debe estar autorizado por la Constitución y la ley; 4) la finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales es la de garantizar el ejercicio de los demás derechos de los internos (con medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena: la resocialización; 5) como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos, salud, en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado, lo cual implica que en algunos casos las autoridades públicas están obligadas al desarrollo de conductas activas que permitan el efectivo goce de los derechos”. Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-572 de 27 de mayo de 2005. Actor: Luis Francisco León, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Exp. T-948889.

320 Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-133 de 23 de febrero de 2006. Actor: Gilberto Monroy Sosa, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Exp. T-1212136

321 Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-714 de 16 de diciembre de 1996. Actor: Luis Arnobe Quintero y otros, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exps. T-106841, T-106842, T-106843 y T-106844.

322 Entre otros, por E DUARDO G ARCÍA DE E NTERRÍA y T OMÁS- R AMÓN F ERNÁNDEZ, M ANUEL G ÓMEZ T OMILLO, R AMÓN P ARADA V ÁSQUEZ, S ANTIAGO M IR P UIG, Ú BEDA T ARAJANO, M UÑOZ C ONDE, T ERRADILLOS B ASOCO, F RANCISCO B UENO A URÚS, M IGUEL B AJO F ERNÁNDEZ, J OSÉ C EREZO M IR, J OSÉ G ARBERÍ L LOBREGAT y F RANCISCO G ARCÍA G ÓMEZ DE M ERCADO . En el mismo sentido, véase R OXIN, Derecho penal , parte general , op. cit ., pp. 65-66. Igualmente, K LAUS T IEDEMANN, “Empresas multinacionales y delincuencia fiscal”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, fas. 3, Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 1976, p. 497. De igual forma, B ERND S CHUNEMANN, “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, en Hacia un derecho penal económico europeo , Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 1995, pp. 583-584, entre muchos otros.

323 J AKOBS afirma sobre este particular que “el derecho positivo se resiste a una delimitación cualitativa tajante de infracción penal y contravención. No cabe determinar diferencias cualitativas entre infracción penal y contravención de claridad contrastable en la práctica [...]. Los criterios de diferenciación mencionados en la teoría son en parte obsoletos y en parte no necesariamente cualitativos en su origen. Obsoleta es la argumentación basada en una posición especial de la Administración: su funcionamiento no se puede definir como bien jurídico, como ocurre con cualquier otra unidad funcional; se trata únicamente de la cuestión de cuándo y en qué medida la Administración es digna de protección. Todos los demás criterios se pueden interpretar como puntos-límite de diferencias cuantitativas”. Derecho Penal. Parte general ..., op. cit ., pp. 67-68.

324 G ÓMEZ T OMILLO, op. cit., p. 72.

325 Pues como lo relata V ON H IRSCH, este concepto del bien jurídico es ajeno a la dogmática penal angloamericana, en la que aparece en su reemplazo el concepto del harm principle (el principio del daño). A NDREW VON H IRSCH, “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, en La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 38.

326 Al respecto, sostiene el profesor Y ESID R EYES A LVARADO, “Bien jurídico, prevaricato y abuso de autoridad”, en Derecho Penal Contemporáneo, n.º 3, Bogotá, Legis, 2003, p. 74, que, pese a que se trata de una figura relativamente antigua, el origen, la noción y la utilidad del bien jurídico dentro de la teoría del delito sigue siendo un tema de frecuentes disputas doctrinales y jurisprudenciales. Sin embargo, con excepción de algunas recientes discusiones sobre si el derecho penal está o no instituido como un mecanismo más de protección de los bienes jurídicos, parece estar consolidada la tesis de que si una conducta no lesiona o pone en peligro efectivamente un bien jurídico (antijuridicidad material), no puede ser considerada ilícita y, por tanto, debe permanecer al margen del derecho penal.

327 C LAUS R OXIN, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, en La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 444.

328 Ibid., p. 448.

329 Ibid.

330 MICHAEL KAHLO, “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en el derecho penal”, en La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 56.

331 WILFRIED HASSEMER, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 95-104.

332 ROLAND EFENDEHL, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 182-183.

333 KUTTMELUNG, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 236.

334 HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND, Tratado de derecho penal. Parte general, 5.ª ed., Granada, Comares, 2002, pp. 7-8.

335 Ibid., p. 8.

336 G ERHARD S EHER, “Legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico”, en La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 76.

337 Ibid., p. 76.

338 E NRIQUE G IMBERNAT O RDEIG, “Presentación”, en La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 11.

339 J AKOBS, citado por R OXIN, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, cit., p. 456.

340 W OHLERS, citado por S EHER, “Legitimación de normas penales...”, cit., p. 75.

341 H IRSCH, citado por R OXIN, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad...?, cit., p. 445.

342 S TRATENWERTH, citado por R OXIN, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad...?, cit., p. 445.

343 G ARCÍA A MADO, op. cit., p. 32.

344 B USTOS R AMÍREZ, Derecho penal, op. cit., p. 35, sostiene, retomando algunas ideas de V ON L ISZT, que el bien jurídico surge como una síntesis normativa (fijada por el ordenamiento) de una relación social determinada y dinámica. Es decir, donde hay varios sujetos en juego, determinados entre sí, en conexión con objetos, con un quehacer social y adoptando determinadas formas y modos. El ordenamiento lo único que hace es fijar o seleccionar ciertas relaciones, dentro de lo cual una norma prohibitiva o de mandato a su vez selecciona un determinado ámbito de ella. Así, por ejemplo, el ordenamiento ha seleccionado como bien jurídico la relación matrimonial monogámica, dando lugar a una serie de reglas jurídicas (con diferentes valoraciones) a su alrededor, y una norma concreta, la prohibitiva, fija un determinado ámbito de lesión de ese bien jurídico, especificando, entonces, unas intercomunicaciones entre los sujetos y los objetos.

345 Para los efectos de este planteamiento, entiéndase que tanto la Constitución Política como la ley pueden estar sustentadas en principios, de los cuales podría extractarse el respaldo normativo del bien jurídico en un momento dado.

346 En este libro se parte del reconocimiento de la existencia de principios del derecho, pero se es consciente de que, en efecto, el tema de los principios no es pacífico y universalmente aceptado, pues tanto tras el argumento que niega su existencia como el que parte de su aceptación subyace un debate fundamental de profundo calado filosófico entre positivistas y sus críticos, que durante las últimas décadas se han centrado en la discusión. Sobre este aspecto puede leerse a R ONALD D WORKIN, Los derechos en serio, Barcelona, Ariel, 2012; R OBERT A LEXY, Teoría

de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; id., Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; id., El concepto y validez del derecho, Barcelona, Gedisa, 1994; MARTIN B OROWSKI, La estructura de los derechos fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; HERBERT L IONEL A DOLPHUS H ART, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, en Revista de Ciencias Sociales, n.º 36, 1980; L UIS P RIETO S ANCHÍS, Ley, principios, derechos, Madrid, Dykinson, 1998; G ENARO C ARRIÓ, Principios jurídicos y positivismo jurídico, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970; y C ARLOS B ERNAL P ULIDO, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

347 En el mismo sentido se ha expresado la Corte Constitucional en las sentencias C-070 de 1996, C-420 de 2002, C-355 de 2006 y C-417 de 2009.

348 Atinadamente F ERNÁNDEZ C ARRASQUILLA plantea que si todos los intereses vitales para el individuo pudieran ser penalmente tutelados, no solo se obtendría, contra todos lo esperado, deseado y postulado, un derecho penal máximo, sino que se obtendría una verdadera e insoportable penalización de la vida social que la haría prácticamente invivible. J UAN F ERNÁNDEZ C ARRASQUILLA, Derecho penal. Parte general, Bogotá, Ibáñez, 2011, p. 271.

349 S ANTIAGO M IR P UIG, Derecho penal, Parte general, 5.ª ed., Barcelona, Tecfoto, 1998, p. 91.

350 Así lo reconoce R OXIN, cuando afirma que la protección de los bienes jurídicos no se realiza solo mediante el derecho penal, sino que a ello

ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El derecho penal solo es incluso la última entre todas las medidas protectoras que hay que considerar. R OXIN, Derecho penal, op. cit., p. 65.

351 C EREZO M IR, op. cit., p. 45, plantea que la exclusión del concepto del bien jurídico del ámbito del llamado derecho penal administrativo carece de fundamento. No es posible precisar una diferencia entre los intereses de la Administración tutelados por el derecho y el resto de los bienes jurídicos.

352 Como lo reconoció por ejemplo la Corte Constitucional frente al tema de la seguridad social, en la que se le dio a este servicio la categoría de bien jurídico constitucionalmente tutelado. Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-110 de 22 de febrero de 2011. Actor: Ana Ofelia Esquivel, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Exp. T-2644270.

353 Así, cuando la opción de protección de los bienes jurídicos obedece a la lógica del derecho sancionador, varias pueden ser las alternativas para seguir. Por ejemplo, en la Sentencia C-762 de 2009, sostuvo la Corte Constitucional: “Las diversas expresiones del ius puniendi pueden determinar afectaciones sobre los derechos constitucionales, pues así lo determinan las sanciones a ser impuestas que van desde el llamado de atención, o la carga monetaria a favor del fisco, hasta la suspensión o cancelación de una licencia profesional o la inhabilitación temporal para desempeñar funciones públicas, o, en el caso más extremo, la privación de la libertad, medidas que significan restricciones o limitaciones a derechos y libertades cuyos alcances se reducen a la par que operan las sanciones administrativas, disciplinarias y penales impuestas, y tales afectaciones a los ámbitos de libertad o de derecho son legítimas, al estar soportadas en el derecho y ser el resultado de haberse adelantado un debido proceso, al igual que por no atentar contra dimensiones o facetas ius —fundamentales de aquellos u otros derechos constitucionales— ni ir en contra de la dignidad

humana o el mínimo vital”. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-762 de 29 de octubre de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Actor: Andrés Eduardo Dewdney. Exp. D-7607.

354 Un reconocimiento claro de la existencia del bien jurídico tutelado en el ámbito del derecho administrativo sancionador realiza A NÍBAL Z ÁRATE en su análisis sobre los bienes jurídicos tutelados por medio del control de la gestión y actividad de las empresas de servicios públicos domiciliarios. A NÍBAL Z ÁRATE P ÉREZ, “La especialidad relativa de la potestad sancionadora en materia de servicios públicos domiciliarios”, en El poder sancionador de la Administración pública: discusión, expansión y construcción, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 788 y ss.

355 Al respecto puede leerse a R OXIN, Derecho penal, op. cit., p. 57.

356 Concretamente, G ÓMEZ P AVAJEAU sostiene que pensar que el derecho disciplinario rige la idea de “bien jurídico” es tanto como caer en el error metodológico que anunció C ARNELUTTI: “Empírica es aquella ciencia que mientras busca la regla del obrar ajeno, desconoce la regla del propio”. Este autor se opone rotundamente a esta idea, y para ello se apoya en la consideración de que el derecho disciplinario está regido fundamentalmente por la noción de la relación especial de sujeción y en la noción de deber funcional. G ÓMEZ P AVAJEAU, La dogmática jurídica como ciencia del derecho, op. cit., pp. 244-247.

357 En efecto, resulta bastante llamativa la forma como la Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario, agrupa las faltas disciplinarias gravísimas a partir de auténticos bienes jurídicos, de forma similar a como lo hace el Código Penal.

358 Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002. En el mismo sentido pueden leerse las sentencias C-181 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Véanse, igualmente, entre otras, las sentencias C-708 de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis; C-155 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; y C-373 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

359 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-708 de 22 de septiembre de 1999. Actor: Jorge Luis Pabón, M. P. Álvaro Tafur Galvis. Exp. D-2329.

360 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-769 de 10 de diciembre de 1998. Actor: Carlos Fernando Muñoz, M. P. Antonio Barrera Carbonell. Exp. D-2086.

361 Es interesante el planteamiento de R OXIN, que al analizar la problemática del bien jurídico de cara a la contravención (infracción administrativa) y el delito, ha dicho: “Igualmente el intento por delimitar hechos punibles y contravenciones por medio de un concepto de bien jurídico preconcebido es difícilmente practicable. Pues por una parte existen contravenciones como provocar un ruido perturbador para la salud, que menoscaban claramente bienes jurídicos preexistentes de los individuos; y por otra parte existen numerosos hechos en el campo de los delitos económicos, tributarios y ambientales, cuyos objetos son creados solo por reglamentaciones estatales, pero cuya necesidad de pena, pese a ello, no se puede poner seriamente en duda. Y en general, a la vista de la importancia vital de las misiones de prestación de servicios por parte del Estado no se comprende por qué no se podría considerar como bien jurídico, p. ej. ‘el funcionamiento sin perturbaciones de la Administración’”. R OXIN, Derecho penal, op. cit., p. 54.

362 J UAN C ARLOS H ENAO P ÉREZ, La responsabilidad civil del Estado y el poder disciplinario, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación, 1998, pp. 23-25.

363 Aun cuando plantea una diferencia, porque sostiene que con la infracción disciplinaria se tutela el bien jurídico de la organización administrativa, en tanto que con el delito, el servicio que la sociedad tiene derecho a exigir a la Administración. E MILIO O CTAVIO DE T OLEDO, La prevaricación del funcionario público, Madrid, Civitas, 1980, pp. 267 y ss.

364 J OSÉ C EREZO M IR, Curso de derecho penal español, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 65. En el mismo sentido Z AFFARONI, Derecho penal, op. cit., p. 179.

365 Cfr. supra, §§ 81, 82 y 89.

366 T ERRADILLOS B ASOCO, citado por J ULIO C ÉSAR R ODAS M ONSALVE, Responsabilidad penal y administrativa en derecho ambiental colombiano, 1.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 43.

367 M IGUEL B AJO F ERNÁNDEZ y S ILVINA B ACIGALUPO S AGGESE, “Las medidas administrativas y penales de prevención del blanqueo de capitales en el ámbito urbanístico: Límites entre las infracciones administrativas y delito”, en Anuario, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, 2008, p. 19. Al respecto sostiene además que en la actualidad no se reconoce una diferencia

ontológica por su contenido (entre la infracción penal y la administrativa), sino solo por la naturaleza de la sanción propuesta para cada uno de ellos. La diferencia entre el delito y la infracción administrativa solo puede encontrarse en consideraciones formales.

368 G ARCÍA G ÓMEZ DE M ERCADO, op. cit., p. 17. En el mismo sentido G ARCÍA DE E NTERRÍA y F ERNÁNDEZ, op. cit., p. 163.

369 O SSA A RBELÁEZ, Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática, op. cit., p. 464.

370 G ÓMEZ T OMILLO, op. cit., p. 71. Sobre el tema del bien jurídico, véase: V ON H IRSCH, “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, cit., p. 37 y ss.

371 Como plantea S TEMBERG- L IEBEN, que sostiene: “Hasta qué punto resulta necesario en estas circunstancias acudir al arma más afilada del Estado, el derecho penal, es una cuestión que queda sin embargo abierta [...]. Como la conducta del sujeto ni desvalor de resultado [...] ni tampoco desvalor de acción referido a este, las acciones que en sí mismas ni siquiera ponen en peligro bienes jurídicos deberían castigarse como meros ilícitos administrativos”. D ETLEV S TERNBERG- L IEBEN, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, en La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 116.

372 Tesis que al parecer fue la acogida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-595 de 2010, ya citada, en la que se dijo: “La Corte entró a

delimitar el contenido de la potestad sancionadora de la administración, que se distingue del poder punitivo por la vía judicial penal en los objetivos, particularmente, en los bienes jurídicos materia de protección . La potestad sancionatoria penal propende por [sic] la garantía del orden social en abstracto —bienes sociales más amplios—, la consecución de fines retributivos, preventivos y resocializadores, y presenta un mayor grado de afectación de los intereses jurídicamente protegidos que daría lugar a la privación de la libertad. No ocurre lo mismo con la potestad sancionatoria administrativa, que busca primordialmente garantizar la organización y el funcionamiento de la Administración y cumplir los cometidos estatales; cuestionar el incumplimiento de los deberes, prohibiciones y los mandatos consignados, que descartan la imposición de sanciones privativas de la libertad”. En el mismo sentido se encuentra la Sentencia C-506 de 3 de julio de 2002, de la Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Actor: Humberto de Jesús Longas Londoño. Exp. D-3852.

373 En la Sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional planteó que la dignidad humana, el principio de proporcionalidad y la propia Constitución Política se constituían en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se tratara de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006. Actor: Mónica del Pilar Roa y otros, MM. PP. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas. Exps. D-6122, 6123 y 6124. En el mismo sentido puede verse la Sentencia C-329 de 2000.

374 G ÓMEZ T OMILLO, op. cit., pp. 62-64.

375 Ibid., p. 64.

376 R OXIN, Derecho penal, op. cit., p. 71.

377 Ibid., p. 72.

378 Ibid. Sobre esta concepción expresa también S ILVA S ÁNCHEZ :
“Como es sabido, las tesis clásicas (o del aliud) distinguían entre el ilícito penal e ilícito administrativo, atribuyendo al primero el carácter de lesión éticamente reprochable de un bien jurídico, mientras que el segundo sería un acto de desobediencia ético valorativamente neutro. Posteriormente, sin embargo, fue consolidándose como doctrina ampliamente dominante la tesis de la diferenciación meramente cuantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, según la cual lo característico de este último es un menor contenido de injusto”. S ILVA S ÁNCHEZ, La expansión del derecho penal ..., op. cit., p. 135.

379 Ibid.

380 Ibid., p. 73.

381 Como lo plantea Gómez Tomillo, que afirma que así las cosas, la tesis de Roxin termina siendo una tesis cualitativa con independencia de que se le cambie de etiqueta, es decir, camuflada. Gómez Tomillo, op. cit., p. 64.

382 G ÓMEZ T OMILLO, op. cit., p. 65

383 Ibid., p. 65.

384 Z AFFARONI, Derecho penal..., op. cit., p. 179.

385 Establecía el Decreto Ley 100 de 1980 en el artículo 301: “ Acceso carnal mediante engaño . El que mediante engaño obtenga acceso carnal con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años”.

386 Prevista en el artículo 260 del Decreto Ley 100 de 1980 . De igual forma, en el artículo 261 se elevaba a la categoría de delito el matrimonio ilegal.

387 El artículo 323 del Código Penal de 1936 sancionaba con pena de prisión a quienes consumaran el acceso carnal homosexual, cualquiera fuere su edad.

388 Consignadas en la Ley 48 de 1936, sobre “vagos, maleantes y rateros”.

389 Tal tipo penal se encontraba incluido en el artículo 117 del Decreto Ley 100 de 1980, con pena de prisión de seis meses a dos años. El artículo 461 de la Ley 599 de 2000 de igual forma lo replicó, ahora con pena de multa. Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-575 de 2009, lo declaró inexecutable.

390 Ilustrativa sobre este aspecto resulta el artículo de MARIO A GUILERA P EÑA “Ofensas al honor y duelos a muerte”, en Credencial Historia, n.º. 132, Bogotá, diciembre, 2000, y en la Biblioteca Virtual Luis Ángel Arango. Al respecto, plantea dicho autor: “En el período republicano y hasta el código promulgado a mediados de la llamada República Liberal (1930-1945), la ley penal tendió a ser permisiva frente al duelo o desafío. En los códigos colombianos hubo unanimidad en diferenciar el asesinato y varias modalidades de homicidio, de aquel homicidio ‘reglamentado’, producto de un duelo. nos referimos a códigos originados en contextos muy diferentes, es decir, al primer Código Penal colombiano, el de 1837; al de 1890, o al promulgado en 1983 (sic), el primero en el siglo XX, impregnado por nuevas corrientes modernizadoras. Sobre el último de los mencionados, basta con señalar que la pena en caso de la muerte de uno de los duelistas oscilaba entre uno y cinco años, siempre y cuando se hubiera observado el reglamento del desafío. En cambio, si la muerte había sobrevenido por la violación de las condiciones del duelo, el hecho podía asimilarse a los homicidios castigados con pena de ocho a catorce años o a un asesinato con pena de quince a veinticuatro años”.

391 Esto ha sido reconocido ampliamente por la jurisprudencia colombiana, tal como puede evidenciarse en la sentencia de la Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-444 del 25 de mayo de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Actor: Yadira Alarcón Rojas. Exp. D-8350.

392 Sobre este particular aspecto pueden leerse, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-035 de 1995, C-013 de 1997, C-194 de 1998, C-329 de 2000, C-939 de 2002 y C-417 de 2009.

393 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994. Actor Alexandre Sochandamandou, M. P. Carlos Gaviria Díaz, exp. D-429.

394 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-574 de 22 de julio de 2011. Actor: Guillermo Otálora Lozano y otros, M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Exp. D-8371. En el mismo sentido puede leerse la sentencia de la Corte Constitucional C-491 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

395 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-030 del 30 de enero de 1997. Actor: Luis Alfonso Castaño, M. P. Jorge Arango Mejía. Exps. D-1344 y D-1345.

396 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-587 de 12 de noviembre de 1992. Actor: Luis Eduardo Mariño, M. P. Ciro Angarita Barón. Exp. D-055.

397 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-013 de 23 de enero de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Actor: José Eurípides Parra Parra. Exps. D-1336 y D-1359.

398 Ibid.

399 Ibid.

400 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-226 de 2 de abril de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis. Actor: Carlos Humberto Gómez, exp. D-3695.

401 Ibid.

402 Es importante anotar en este punto que desde las primeras sentencias emitidas por la Corte Constitucional se apeló a este argumento. Tal fue el caso de las sentencias C-504 de 1993 y C-038 de 1995.

403 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-504 del 4 de noviembre de 1993. Actor: Carlos Alberto Urrego, MM. PP. Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, exp. D-271.

404 Art. 68, inc. 1.º, de la Ley 488 de 1998.

405 Art. 68, inc. 5.º, ibid.

406 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-559 de 4 de agosto de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Actor: Juan Manuel Camargo González, exp. D-2297.

407 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-420 de 28 de mayo de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño. Actor: Pedro Augusto Nieto Góngora, exp. D-3665.

408 En la cual se llevó a cabo el control de constitucionalidad del decreto legislativo 1900 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas en materia penal y procesal penal contra las organizaciones delincuenciales y se dictan otras disposiciones”.

409 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-939 de 31 de octubre de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Exp. R. E.-119, 2002. En el mismo sentido puede verse la Sentencia C-070 de 1996.

410 Ibid.

411 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-235 de 18 de marzo de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Exp. LAT -226.

412 De igual forma resulta relevante mencionar el papel que el propio Consejo de Estado les ha dado a los tratados y convenios internacionales, como fuente prevalente de derecho interno. Esto se hizo especialmente evidente en la sentencia emitida por la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo en el caso de la nulidad del acto de destitución del exalcalde de Bogotá, Gustavo Petro Urrego. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, sentencia del 15 de noviembre de 2017, M. P. César Palomino Cortés. Demandante: Gustavo Petro Urrego. Radicación: (1131-2014).

413 “Art. 32.— Ausencia de responsabilidad . No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: // 7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia

y que no tenga el deber jurídico de afrontar”. “Art. 122.— Aborto . La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. // A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior”. “Art. 123. — Aborto sin consentimiento . El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años”. “Art. 124.— Circunstancias de atenuación punitiva . La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. // Parágrafo .— En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto”.

414 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006, MM. PP. Jaime Araújo Rentería-Clara Inés Vargas Hernández. Actor: Mónica del Pilar Roa López y otros. Exps.: D-6122, 6123 y 6124.

415 Ibid.

416 Ibid.

417 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-417 del 26 de junio de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Actor: Daniel Bonilla Maldonado. Exp. D-7483.

418 G ARCÍA DE ENTERRÍA entiende que la distinción entre las sanciones administrativas y las penas propiamente dichas se encuentra en un dato formal, precisamente la autoridad que las impone. G ARCÍA DE ENTERRÍA y F ERNÁNDEZ, op. cit., p. 163.

419 HANS A CHENBACH, “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán”, en Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 381-399, considera que pese a que solo el derecho penal puede imponer penas privativas de la libertad, no existe una verdadera diferencia entre las funciones de la pena y de la multa, a propósito de la distinción entre las diferencias entre las infracciones administrativas y el delito. En Colombia, el artículo 28 de la Constitución sería el fundamento para la prohibición de sanciones administrativas privativas de la libertad.

420 S CHUNEMANN, “La punibilidad...”, cit., pp. 583-584.

421 Haciendo en este punto la claridad de que el derecho disciplinario puede recaer exclusivamente sobre servidores públicos, es decir, personas naturales que son quienes pueden llegar a ostentar tal calidad, lo que evidencia que también existen sanciones administrativas cuyos destinatarios son exclusivamente las personas naturales, tal cual como ocurre en la actualidad en el derecho colombiano con respecto a las sanciones penales.

422 Obligatoria referencia debe hacerse al caso inglés, en el que desde el siglo XIX se reconoce la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ejemplo de ello, el famoso caso Affaire Pharmaceutical Society vs. The London And Provincial Supply Association Ltd, juzgado en 1880 por la Cámara de los Lores, en el cual se amplió la interpretación restrictiva introducida por el Parlamento y se comprendió, a menos que no

se desvirtuara por intención contraria, que en la expresión “persona” se debía incluir los grupos corporativos. R AMÓN L UIS R ODRÍGUEZ V INDAS, Responsabilidad penal de empresas . ¿ Societas delinquere potest ?, Medellín, Dike, 2002, p. 75.

423 Ello puede evidenciarse en la sentencia de la Corte Constitucional C-320 de 1998.

424 J ESCHECK, Tratado de derecho penal. Parte general, op. cit., p. 24. En el mismo sentido, R OXIN, Derecho penal, op. cit., pp. 146 y 195.

425 A pesar de ello, la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no ha sido un tema abordado pacíficamente ni siquiera en aquellos sistemas en los que normativamente se ha aceptado. Sobre este particular, véase a A LEXIS C OUTO DE B RITO, “A responsabilidade penal das pessoas jurídicas”, en Direito Penal Brasileiro, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 728-729. En el mismo sentido, léase a E NRIQUE B ACIGALUPO, “La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el derecho penal europeo”, en Derecho penal económico, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 65.

426 G UNTER H EINE, “La responsabilidad colectiva. Una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea”, en Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 199.

427 Establece el artículo 129 del Código Penal español: “1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por

medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este código, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. // 2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior solo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. // 3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el juez instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7. ”.

428 CARLOS G ÓMEZ- JARA DIEZ, Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Buenos Aires, B. de F., 2010, pp. 474-475.

429 Señala el artículo 31bis del Código Penal español: “1. En los supuestos previstos en este código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. // En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. // 2. La responsabilidad penal de las personas

jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos. // 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente. // 4. Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: // Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. // Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. // a. Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. // b. Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. // 5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los organismos reguladores, las agencias y entidades públicas empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. // En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus

promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.

430 H EINE, op. cit., p. 199.

431 Ibid.

432 Ibid., p. 200.

433 S ILVINA B ACIGALUPO, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Barcelona, Bosch, 1998, p. 319.

434 Artículo 2.º de la Ley 20.393 de 2009 de Chile.

435 Artículo 3.º de la Ley. En efecto, el artículo 5.º de la norma en comento prevé la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica en los siguientes términos: “La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3º, se presente alguna de las siguientes situaciones: 1) la responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 6 del artículo 93 del Código Penal. 2) En el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 3.º se decretare el sobreseimiento temporal de el o los imputados, conforme a las causales de las letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal. También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del

artículo 1.º y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3.º, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3.º”.

436 C OUTO DE B RITO, “A responsabilidade penal...”, cit., p. 725.

437 W ILLIAM S. L AUFER, “La culpabilidad empresarial y los límites del derecho”, en Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 123.

438 New York Central & Hudson River Railroad Company vs. United States.

439 El texto de la sentencia fue consultado el 4 de abril de 2012 a las 6:35 p. m., en <
<http://bulk.resource.org/courts.gov/c/US/212/212.US.481.57.html> >.

440 Ibid.

441 L AUFER, “La culpabilidad empresarial...”, cit., p. 127.

442 Cfr . supra . § 84.

443 G U N T E R H E I N E, “Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa”, en Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 22.

444 C O U T O D E B R I T O, “A responsabilidade penal...”, cit., p. 725.

445 Ibid., p. 22.

446 Ibid.

447 Al respecto plantea G Ó M E Z - J A R A D I E Z, op. cit., p. 13, que al haberse creado las categorías del derecho penal a partir de las características del ser humano, y puesto que las organizaciones empresariales no cuentan con dichas características, el resultado de este silogismo es, inexorablemente, que las organizaciones empresariales no tienen cabida en el derecho penal.

448 Que da cuenta del tránsito de un modelo de heterorresponsabilidad penal a uno de responsabilidad autónoma de la persona jurídica. S I L V A S Á N C H E Z explica sobre este particular aspecto que las propuestas de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas oscilan entre un modelo de responsabilidad por atribución y otro denominado responsabilidad por un hecho propio, en función de que la atribución de la responsabilidad a la persona jurídica se produzca por una mera transferencia a esta de la responsabilidad originada por el hecho cometido por alguna persona física situada en la cúspide de su entramado administrativo, o bien por la atribución de una responsabilidad propia a la

persona jurídica como tal. J ESÚS M ARÍA S ILVA S ÁNCHEZ, Normas y acciones en derecho penal, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, pp. 70-71.

449 En el sistema estadounidense algunos autores hablan por ejemplo de la culpabilidad corporativa, que puede entenderse como proactiva, reactiva o de hecho, la culpabilidad por la política corporativa. G ÓMEZ- J ARA, op. cit., p. 279 y ss.

450 Se parte de la base de que así como frente a las personas naturales existen condiciones de imputabilidad e inimputabilidad. Lo propio podría decirse de las personas jurídicas, pues la personalidad jurídica no sería per se condición suficiente para la atribución de responsabilidad penal a ellas.

451 Algunas de las más agudas críticas pueden encontrarse en A LEX VAN W EEZEL, Límites de la imputación penal. Estudios 2000-2010, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 35 y ss. Este autor sostiene por ejemplo, frente al modelo adoptado en Chile, que la extendida idea que consiste en considerar el delito de la persona natural como una condición objetiva de punibilidad respecto de la persona jurídica es un reconocimiento del carácter objetivo de esta responsabilidad, pues significa que uno de los elementos indispensables para fundar el reproche penal no necesita ser imputado objetiva ni subjetivamente a la persona a la que se va a imponer la pena.

452 C OUTO DE B RITO, op. cit., p. 727: “Las personas jurídicas no tienen capacidad de acción. Si el delito tiene como fundamento un comportamiento humano, activo u omisivo, es evidente que las personas jurídicas son, a partir de esta perspectiva, incapaces de actuar” (traducción libre).

453 Ibid., p. 728: “Las personas jurídicas no tienen capacidad de culpabilidad. Los entes colectivos no podrían ser declarados culpables. Si la culpabilidad está estructurada normativamente sobre un juicio de reprobación, la persona jurídica no posee el libre arbitrio indispensable para la posibilidad de autodeterminación sobre la cual se construye este elemento del delito” (traducción libre).

454 Ibid., p. 729: “Las personas jurídicas no tienen capacidad de pena: esta no podría cumplir fines preventivos ni expiatorios. Si la pena no puede tener finalidades preventivas generales sobre la persona jurídica (no se disuade) ni preventivas especiales (no es resocializable), la pena no perseguiría fin alguno” (traducción libre).

455 Y ESID R EYES A LVARADO, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Derecho Penal Contemporáneo, n.º. 25, Bogotá, Legis, 2008, pp. 60-61.

456 Por la importancia jurídica de la sentencia, se transcribe in extenso : “A la ley no se le prohíbe sancionar el abuso de la personalidad jurídica. La utilización del esquema societario con móviles penales o de enriquecimiento ilícito, aparte de implicar para sus gestores sanciones privativas de la libertad, puede legítimamente dar lugar a variadas reacciones del ordenamiento jurídico en relación con los actos societarios, el objeto social, el patrimonio social o la persona jurídica misma. La norma objetada no descarta que el hecho punible pueda concretarse en cabeza de la persona jurídica. Así como una persona natural, por ejemplo, puede incurrir en el delito tipificado en el artículo 197 del C. P., por fabricar una sustancia tóxica sin facultad legal para hacerlo, es posible que ello se realice por una persona jurídica, en cuyo caso de acreditarse el nexo entre la conducta y la actividad de la empresa, el juez competente, según la gravedad de los

hechos, estará facultado para imponer a la persona jurídica infractora una de las sanciones allí previstas. En supuestos como los considerados en los tipos penales —relativos a los delitos de peligro común o de menoscabo al ambiente—, la persona jurídica puede soportar jurídicamente atribuciones punitivas. La sanción de naturaleza penal significa que la conducta reprobada merece el más alto reproche social, independientemente de quien la cometa. Si la actividad la realiza la persona jurídica, si ella se beneficia materialmente de la acción censurada, no se ve por qué la persecución penal habrá de limitarse a sus gestores, dejando intocado al ente que se encuentra en el origen del reato y que no pocas veces se nutre financieramente del mismo. Se sabe que normalmente la persona jurídica trasciende a sus miembros, socios o administradores; estos suelen sucederse unos a otros, mientras la corporación como tal permanece. La sanción penal limitada a los gestores, tan solo representa una parcial reacción punitiva, si el beneficiario real del ilícito cuando coincide con la persona jurídica se rodea de una suerte de inmunidad. La mera indemnización de perjuicios, como compensación patrimonial, o la sanción de orden administrativo, no expresan de manera suficiente la estigmatización de las conductas antisociales que se tipifican como delitos. Resulta contradictorio aceptar que los administradores actúan como órganos del ente social, pero ciertas acciones suyas cumplidas en ese carácter y con ese objeto se sustraen de la regla general a cuyo tenor los actos así ejecutados generan vínculos directos para este con prescindencia de que sean positivos — v. gr., celebración de un contrato que reporta beneficios tangibles para la organización— o negativos — v. gr., producción de un hecho lesivo que acarrea consecuencias perjudiciales como las derivadas de una sanción administrativa o de una condena por responsabilidad—. La ley penal brinda la máxima protección jurídica a bienes valiosos para la persona humana y la vida social. La traducción de esta defensa en sanciones penales tiene un propósito tanto comunicativo como disuasorio. Cuando la acción prohibida por la norma penal es susceptible de ser realizada por un ente —y no solamente por una persona natural—, limitar a esta última la imputabilidad penal reduce el ámbito de protección acotado por la norma. La tipificación positiva de un delito tiene el sentido de comunicar a todos que la realización de una determinada conducta rompe la armonía social y, por ende, quien lo haga será castigado con una específica sanción. Este doble efecto en el que reside la eficacia de la legislación penal podría desvanecerse si la condena

se limitase a los gestores del ente que ha extendido ilícitamente su giro social a actividades prohibidas y claramente deletéreas (sic). para la comunidad. En el campo de ciertos delitos, la extensión de la imputabilidad penal a las personas jurídicas resulta necesaria para proteger debidamente a la sociedad. Es el caso de los delitos vinculados con el lavado del dinero proveniente del enriquecimiento ilícito, de los delitos financieros que afectan a los pequeños ahorradores, de los delitos de peligro común o que puedan causar grave perjuicio para la comunidad, de los delitos que amenacen el ambiente o causen daños en él, de los delitos cometidos contra los consumidores etc. En una economía dominada por los grandes capitales, las acciones sociales gravemente desviadas no pueden siempre analizarse a partir del agente individual. De otro lado, la realización de hechos punibles en el seno de las empresas (delincuencia económica y ecológica), puede en muchos casos corresponder a políticas no explícitas que se desarrollan a través de periodos largos de tiempo y, además, a esquemas de acción que abarcan de manera más o menos intensa a empleados que no solo constantemente se renuevan, sino que apenas controlan procesos aislados de la compañía que, no obstante todo esto, se encuentra globalmente incurso en una actividad contraria a las normas penales y resulta ser beneficiaria real de sus resultados. Los procesos de socialización que envuelve la condena penal tienen un significado inequívocamente educativo tanto en fase preventiva como sancionatoria. La sanción penal que se extiende a la persona jurídica la enfrenta a la censura social, puesto que ella, lejos de aparecer como simple víctima del administrador que ilegítimamente hizo uso de su razón social, se muestra como autora y beneficiaria real de la infracción, por lo cual está llamada a responder. En realidad, la fraccionada reacción punitiva enderezada únicamente contra los administradores, cuando la actividad del ente se mueve en el terreno de la ilicitud, contribuye a relajar las instancias no estatales de control de los comportamientos potencialmente delictivos. De esta manera, se le resta vigor a la asunción plena de los valores éticos por parte de todos los actores sociales. Es evidente que las sanciones a ser aplicadas a las personas jurídicas serán aquellas susceptibles de ser impuestas a este tipo de sujetos y siempre que ello lo reclame la defensa del interés protegido. En este sentido, la norma examinada se refiere a las sanciones pecuniarias, a la cancelación del registro mercantil, a la suspensión temporal o definitiva de la obra y al cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones. Esta

clase de sanciones —que recaen sobre el factor dinámico de la empresa, su patrimonio o su actividad— se aviene a la naturaleza de la persona jurídica y, en modo alguno, resulta contraria a las funciones de la pena. Por el contrario, su imposición en muchos casos constituye la única manera de no dejar indemnes a los verdaderos beneficiarios del delito y de expresar de manera inequívoca la relevancia social de los bienes jurídicos afectados. La infracción penal denota en el más alto grado la gravedad de la conducta que lesiona intereses sociales básicos cuya tutela penal por esta razón se torna imperiosa a juicio del legislador. El pago de una indemnización, como única consecuencia del reato, estimula la perniciosa praxis de franquear el usufructo de posiciones de poder sustentadas sobre la explotación ilícita de una actividad, gracias a la capacidad y probabilidad de asumir su costo. En este orden de ideas, la valoración ética de un modo de proceder termina por ser reemplazada por un cálculo de beneficios y costos ligados a cierta acción u omisión. La imputación penal de ciertos delitos a las personas jurídicas no se deduce con fundamento en el puro nexo de autoría jurídica. Es indispensable a este respecto que la violación penal se haya cometido en el interés objetivo de la persona jurídica o que esta haya reportado beneficio material del mismo. La persona jurídica está sujeta al cumplimiento de variados patrones de diligencia en el ejercicio de su objeto (culpa in eligendo y culpa in vigilando). Así como el legislador civil gradúa las culpas, el legislador penal hace lo propio y consagra tipos penales en los que el ingrediente del delito lo constituye el dolo o la culpa. El reconocimiento de capacidad penal a las personas jurídicas exige que en su caso por fuerza la culpabilidad esté referida a un esquema objetivo que tome en consideración la forma particular como se coordinan los medios puestos por la ley a su disposición en relación con el fin por ellas perseguido, de modo que con base en este examen se deduzca su intención o negligencia. En este sentido es importante precisar que si bien el objeto social contrario a la ley excluye el discernimiento o asunción de la personalidad jurídica, las actuaciones societarias que en desarrollo de este se cumplan con menoscabo de la ley por regla general no son incompatibles con dicha personalidad, aunque ciertamente exponen al ente corporativo a recibir las respectivas sanciones consagradas en aquella. De la misma manera que el legislador en diversos órdenes parte de la premisa según la cual las personas jurídicas voluntariamente se apartan de la ley y se exponen en consecuencia a tener que soportar en razón de sus actos u

omisiones ilícitas las respectivas imputaciones que son el presupuesto de posteriores sanciones, puede el mismo órgano soberano en los supuestos que establezca y a propósito de conductas susceptibles de llevarse a cabo por ellas disponer que tales entes, al coordinar medios ilícitos con el fin de perseguir sus intereses, autorizan al juez competente a dar por configurado el presupuesto para aplicar en su caso la sanción penal prevista en la ley. A este respecto, señala el profesor alemán G ÜNTHER J AKOBS : ‘En la doctrina se discute si una persona jurídica (o cualquier otra asociación) es acaso capaz de acción en sentido penal, lo que la doctrina dominante niega no solo de lex lata (societas delinquere non potest), pero injustamente: ya para las personas físicas la comprobación de si concurre acción no se resuelve desde un punto de vista exclusivamente naturalístico; más bien lo importante es la determinación valorativa del sujeto de la imputación, es decir, qué sistema psicosomático se trata de juzgar por sus efectos exteriores. Pero no cabe fundamentar que en la determinación del sujeto el sistema que ha de formarse deba estar compuesto siempre de los ingredientes de una persona física (mente y cuerpo) y no de los de una persona jurídica (estatutos y órganos). Más bien los estatutos y los órganos de una persona jurídica se pueden definir también como sistema, en el cual lo interno —paralelamente a la situación en la persona física— no interesa (ejemplo: el acuerdo de dos órganos para cometer un delito no es aún un actuar delictivo, al tenor del 30 StGB, de la persona jurídica), pero sí interesa el output [...]’. Pero también se descarta renunciar en absoluto a la comprobación de la culpabilidad. Al igual que en las personas físicas, hay supuestos en que la persona ciertamente actúa, pero puede hacer comprender que las condiciones internas de la acción pueden considerarse indisponibles, o sea, han de disculparse. La persona jurídica no es un simple receptáculo formal de acciones u omisiones. La ley recurre a la personificación jurídica con el objeto de satisfacer específicas necesidades de organización y expresión de la acción colectiva orientada a la consecución estable de fines lícitos. Si se examina con detenimiento el régimen jurídico que hace posible introducir este actor de la vida social, se concluye que está dotado de instrumentos y mecanismos prudenciales para controlar, dentro del campo en el que despliega su objeto, las acciones y omisiones, que le pueden ser genéricamente imputadas, según sus consecuencias. En realidad, lo contrario no lo haría apto como sujeto de derecho. No siempre la evitación del comportamiento prohibido debe recaer

únicamente en las personas físicas que fungen como gestores del ente o limitarse la responsabilidad consiguiente al resarcimiento de los daños causados por un tercero. A las personas jurídicas el ordenamiento suministra órganos y medios para establecer su dominio —control— inclusive sobre los actos y omisiones que violen la ley. No enfrenta la persona jurídica, por el simple hecho de tener esta naturaleza, la circunstancia ineluctable de no poder prevenir ni reaccionar ante las acciones u omisiones con capacidad para destruir bienes y valores sociales supremos. Las fallas que en este sentido se presenten —no obstante la existencia de medios, órganos y mecanismos legales y estatutarios idóneos jurídicamente para deliberar, decidir, reaccionar y corregir los distintos cursos de la acción social— pueden ser tenidas en cuenta por el legislador para asignar, cuando ello sea posible, responsabilidad penal al mismo ente societario, sin perjuicio de su responsabilidad patrimonial y de la responsabilidad también penal que se pueda deducir a sus gestores. La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva. Es un asunto, por tanto, que se libra dentro del marco de la Carta a la libertad de configuración normativa del legislador y, concretamente, a su política sancionatoria, la cual puede estimar necesario por lo menos en ciertos supuestos trascender el ámbito sancionatorio donde reina exclusivamente la persona natural —muchas veces ejecutora ciega de designios corporativos provenientes de sus centros hegemónicos—, para ocuparse directamente de los focos del poder que se refugian en la autonomía reconocida por la ley y en los medios que esta pone a su disposición para atentar de manera grave contra los más altos valores y bienes sociales. De conformidad con lo expuesto, la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica en relación con los delitos a que se ha hecho mención no viola la Constitución Política. De otra parte, tratándose de personas jurídicas y sociedades de hecho, la presunción de responsabilidad, apoyada en la prueba sobre la realización clandestina del hecho punible o sin haber obtenido el correspondiente permiso, tampoco comporta quebranto de la Constitución Política. Las actividades peligrosas que subyacen a los tipos penales descritos autorizan plenamente al legislador a calificar la responsabilidad de un sujeto con base en determinados hechos. La realización de una actividad potencialmente

peligrosa para la sociedad —sujeta a permiso, autorización o licencia previa —, sin antes obtenerlos, denota un grado de culpabilidad suficiente para que el legislador autorice al juez competente para tener a la persona jurídica colocada en esa situación como sujeto responsable del hecho punible. De otro lado, la realización clandestina del hecho punible manifiesta un comportamiento no solamente negligente, sino específicamente dirigido a causar un daño y, por consiguiente, sobre él puede edificarse un presupuesto específico de responsabilidad. En ambos casos, la presunción que consagra la norma, debidamente acreditado su presupuesto, admite prueba en contrario, puesto que, como se desprende de los antecedentes de la norma, ella se limita a invertir la carga de la prueba en lo que respecta a la exoneración de responsabilidad. No se puede alegar que se viola la presunción de inocencia, dado que el Estado para imputar al agente la responsabilidad por el acto ha debido desplegar una significativa actividad probatoria tendente a demostrar la comisión del hecho punible, la realización clandestina del comportamiento prohibido o la falta de permiso, autorización o licencia. Así mismo, la prueba del presupuesto de la presunción, la que debe aducir el Estado, se refiere a dos circunstancias que por su gravedad normalmente son indicativas de culpabilidad, además de que ellas revelan comportamientos que pueden ser evitables y controlables a través de los mecanismos de actuación que la ley dota a las personas jurídicas”. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-320 del 30 de junio de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Referencia O. P. 024. En el mismo sentido se encuentra la Sentencia C-674 de 1998.

457 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-558 de 1.º de junio de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Actor: Mauricio Fernando Rodríguez. Exp. D-4930.

458 Artículo 91 de la Ley 906 de 2004.

459 “Artículo 34.— Medidas contra personas jurídicas . Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente. // En los delitos contra la Administración pública o que afecten el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas. // De conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando con el consentimiento de su representante legal o de alguno de sus administradores o con la tolerancia de los mismos, la sociedad haya participado en la comisión de un delito contra la Administración pública o contra el patrimonio público”.

460 S ILVA S ÁNCHEZ , Aproximación al derecho penal contemporáneo , op. cit. , pp. 246-247.

461 Cfr . supra . §§ 96 y 97.

462 R OXIN , Derecho penal , op. cit. , p. 65.

463 B ERNARDO F EIJOO S ÁNCHEZ , Normativización del derecho penal y realidad social , Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 187.

464 Ibid., p. 188.

465 Ibid.

466 Sobre este particular, bien pertinente e ilustrativa resulta la Sentencia T-067 del 7 de febrero de 2011, de la Corte Constitucional, M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Actor: Gabriel Jaime Correa. Exp. T-2.808.968.

467 A LEJANDRO N IETO expresa que, en efecto, hablar de identidad ontológica no es correcto, puesto que en últimas la determinación sobre lo que habrá de entenderse como ilícito penal o administrativo no depende de elementos metanormativos, sino de la voluntad del legislador, que apelando a criterios coyunturales, puede de la noche a la mañana definir lo que será considerado penal o administrativo. N IETO, op. cit., p. 158.

468 Para los propósitos de este libro, se entiende que los principios rectores constituyen el referente finalístico y axiológico necesario para guiar la actividad sancionadora de la Administración por los cauces de la legitimidad, y representan el primer ámbito de garantías para los ciudadanos que se ven enfrentados al poder punitivo del Estado.

469 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-117 de 22 de febrero de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño. Actor: Fernando Antonio Fuentes Perdomo. Exp. D-5950. En el mismo sentido: Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-530 de 3 de julio de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Demandantes: Arabella Hernández de Campillo y Carlos Enrique Campillo Parra. Exps. D-4386 y D-4396.

470 Resulta pertinente citar a J ORGE I VÁN R INCÓN, cuando reconoce que la sustancialidad del derecho administrativo no se debe buscar en negarlo innegable: este comparte unos principios comunes con el derecho penal. J ORGE I VÁN R INCÓN C ÓRDOBA, “Origen, justificación y presupuestos de la potestad sancionadora de la Administración en el ordenamiento jurídico colombiano”, en El poder sancionador de la Administración pública: discusión, expansión y construcción, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 120.

471 Desde el propio preámbulo constitucional, pasando por los artículos 1.º, 2.º, 4.º, 6.º, 13, 29, 122, 124, 150 y 230, entre otros.

472 Sobre este principio, y refiriéndose concretamente al acto administrativo, expresa el profesor A LBERTO M ONTAÑA, op. cit., p. 194, que no se trata de un principio más predicable de los actos administrativos, sino como un principio que constituye la base lógica de su construcción teórica.

473 Consultado en < http://www.tendencias21.net/derecho/Declaracion-Universal-de-los-Derechos-del-Hombre-y-del-Ciudadano-de-1789-adoptada-por-la-Asamblea-Constituyente-francesa_a47.html > el 16 de noviembre de 2011, a las 5:45 p. m.

474 Sobre este aspecto señalan G ARCÍA DE E NTERRÍA y F ERNÁNDEZ, op. cit., p. 436, que a partir de la Revolución, la Administración se concibe como una creación abstracta del derecho y no como una emanación personal de un soberano, y actúa sometida necesariamente a la legalidad, la cual, a su vez, es una legalidad objetiva, que se sobrepone a la Administración y no un mero instrumento ocasional y relativo de ella.

475 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de marzo de 2014, M. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Demandante: Alonso Salazar. Radicación (0263-13).

476 En el mismo sentido puede leerse a R IVERO, op. cit., p. 15.

477 J OSÉ R AMÓN R ODRÍGUEZ C ARBAJO, “El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad”, en Manual de derecho administrativo sancionador, op. cit., p. 124.

478 N IETO, op. cit., p. 199.

479 G ARCÍA DE E NTERRÍA y F ERNÁNDEZ, op. cit., p. 174.

480 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-343 de 3 de mayo de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Actor: Félix Antonio Quintero Chalarca. Exp. D-6046.

481 N IETO, op. cit., p. 200.

482 G ÓMEZ T OMILLO, op. cit., p. 100.

483 S ANTAMARÍA PASTOR, op. cit., p. 385. En el mismo sentido, G ÓMEZ T OMILLO, op. cit., p. 100. Igualmente: G ARCÍA A MADRO, op. cit., p. 19 y ss.; O SSA A RBELÁEZ, op. cit., p. 193.

484 En la Sentencia C-818 de 2005, la Corte Constitucional manifestó al respecto: “El principio de reserva de ley se manifiesta en la obligación del Estado de someter el desarrollo de determinadas materias o de ciertos asuntos jurídicos necesariamente a la ley, o al menos, a tener como fundamento la preexistencia de la misma. Así lo reconoce expresamente el artículo 29 del texto superior, cuando establece que nadie podrá ser juzgado sino ‘conforme’ a leyes preexistentes al acto que se le imputa”. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-818 de 9 de agosto de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Actor: Ernesto Matallana Camacho. Exp. D-5521.

485 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-570 de 6 de noviembre de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz. Actor: Carlos Mario Isaza Serrano. Exp. D-1670. En el mismo sentido puede leerse la sentencia de la Corte Constitucional C-229 de 1995, en la cual se sostuvo: “La Corte considera entonces que la expresión ‘conforme a la ley’ hace referencia no a la posibilidad de que el legislador pueda trasladar a otras autoridades la imposición de las sanciones derivadas del poder disciplinario preferente del ministerio público, sino al principio de legalidad que rige el derecho disciplinario, según el cual, corresponde a la ley regular los tipos de sanciones disciplinarias, así como los procedimientos de investigación desarrollados por la Procuraduría”. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-229 de 25 de mayo de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Actor: María Florángela Izquierdo. Exp. D-706.

486 Sin embargo, es importante anotar que dichas disposiciones normativas tampoco representan los únicos casos de determinación constitucional de la reserva de ley, puesto que en muchos otros apartes del texto constitucional se establece tal requerimiento.

487 Sobre este particular aspecto resulta relevante citar las sentencias C-037 de 1996 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa), C-162 de 1999 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-662 de 2000 (M. P. Fabio Morón Díaz), C-836 de 2002 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-319 de 2006 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), en las cuales se abordó el problema de la reserva de ley especial.

488 Justificación adicional para el caso colombiano, pues se reconoce que esta forma de Estado tan solo corresponde a una de las categorías posibles de configuración del Estado. Ello no quiere significar que aquellos Estados que hayan adoptado otra forma de Estado no puedan justificar la reserva de ley.

489 PEDRO G ONZÁLEZ T OBARRA, “El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad”, en Manual de derecho administrativo sancionador, op. cit., p. 124.

490 En los precisos casos previstos en la Constitución Política. Es decir, las permisiones de los artículos 150, numeral 10, y 341, y en virtud de la declaración de los estados de excepción.

491 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-597 de 6 de noviembre de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Actor: Isidoro Arévalo Buitrago. Exp. D-1229.

492 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-921 de 29 de agosto de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería. Actor: Guillermo Francisco Reyes. Exp.

D-3428.

493 “Artículo 75.— El estatuto del profesor universitario expedido por el Consejo Superior Universitario, deberá contener entre otros, los siguientes aspectos: a) Régimen de vinculación, promoción, categorías, retiro y demás situaciones administrativas. b) Derechos, obligaciones, inhabilidades, incompatibilidades, distinciones y estímulos. c) Establecimiento de un sistema de evaluación del desempeño del profesor universitario. d) Régimen disciplinario”. “Artículo 79.— El estatuto general de cada universidad estatal u oficial deberá contener como mínimo y de acuerdo con las normas vigentes sobre la materia, los derechos, obligaciones, inhabilidades, situaciones administrativas y régimen disciplinario del personal administrativo”. “Decreto 1210 de 1993. Artículo 26.— Estatuto de personal administrativo . El Estatuto del personal administrativo que adopte el Consejo Superior Universitario contemplará, entre otros, el régimen de derechos, obligaciones, inhabilidades e incompatibilidades según su clase de vinculación y el régimen disciplinario, de conformidad con las normas vigentes, y estará basado en criterios de selección e ingreso, y promoción por concurso y evaluación sistemática y periódica”.

494 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-829 de 8 de octubre de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Actor: Ricardo Silva Betancur. Exp. D-4003.

495 Ibid.

496 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-507 de 6 de julio de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis. Actor: Miguel Arcángel Villalobos Chavarro. Exp. D-6063.

497 El artículo completo señala: “Artículo 55.— Régimen sancionatorio. Corresponde a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, sancionar administrativamente a los particulares, personas naturales o jurídicas relacionadas con el sector, por la violación de los reglamentos aeronáuticos y las demás normas que regulan las actividades del sector aeronáutico. Las sanciones aplicables son: amonestación; multa hasta por cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales; suspensión o cancelación de licencias, matrículas, registros; suspensión de la utilización de bienes o servicios; suspensión o cancelación de permisos o cualquier autorización expedida por esta autoridad. Estas sanciones se aplicarán de acuerdo con la gravedad de la infracción y podrán imponerse acumulativamente y agravarse con la reincidencia. // Las sanciones se aplicarán previo traslado de cargos al inculpado, quien tendrá derecho a presentar sus descargos y solicitar pruebas dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación. Contra la resolución sancionatoria solo procede el recurso de reposición en efecto devolutivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación. // Cuando se trate de infracciones detectadas en flagrancia, cuya realización atente contra la seguridad aérea o aeroportuaria a juicio de las autoridades aeronáuticas, se tomarán las medidas preventivas inmediatas que sean necesarias para neutralizar la situación de peligro creada por el infractor, las cuales pueden incluir medidas de conducción y retiro de personas y bienes, para lo cual se contará con la colaboración de las autoridades policivas. //
Parágrafo.— El reglamento aeronáutico fijará los criterios para la imposición de las sanciones de que trata el presente artículo”.

498 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-853 de 17 de agosto de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño. Actor: Fernando Abello España. Exp. D-5637.

499 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-825 de 31 de agosto de 2004, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes. Actor: Miguel Antonio Peña. Exp. D-5082.

500 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-593 de 9 de junio de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Actor: Juan Pablo Cardona González. Exp. D-5505.

501 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-393 de 24 de mayo de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Demandantes: Marco Fidel Ortegón y Omar García García. Exp. D-6042.

502 Corte Constitucional. Sentencia C-860 de 18 de octubre de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Demandante: María Camila Silva Mogollón. Exp. D-6235.

503 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-343 de 3 de mayo de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Actor: Félix Antonio Quintero Chalarca. Exp. D-6046.

504 Ibid.

505 M ARÍA L OURDES R AMÍREZ T ORRADO, “La reserva de ley en materia sancionadora administrativa colombiana”, en Jurid, Manizales, enero-junio, 2009, p. 150.

506 En España, tal como relata P ARADA, op. cit., p. 504, surge el concepto de “cobertura legal” para describir aquella situación que se presenta en el ámbito de las sanciones administrativas con fundamento

reglamentario, en contraposición al concepto de reserva absoluta de ley, que aplicaría en el ámbito penal.

507 Cfr . supra . § 149.

508 G ÓMEZ T OMILLO, op. cit ., p. 123.

509 R EBOLLO P UIG et al. , “Panorama del derecho...” , cit., p. 35. En el mismo sentido pueden leerse las sentencias de la Corte Constitucional C-208 de 1996, C-653 de 2001, C-796 de 2004 y C-393 de 2006.

510 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de marzo de 2014, M. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Demandante: Alonso Salazar. Radicación (0263-13).

511 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-208 de 25 de junio de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Exps.: D-1067 y D-1076.

512 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-393 de 24 de mayo de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Demandantes: Marco Fidel Ortigón y Omar García García. Exp. D-6042.

513 Sobre este aspecto, pertinente resulta la sentencia del Consejo de Estado en caso del exministro Sabas Pretelt de la Vega, en la cual se puede observar el efecto de no hacer una correcta adecuación típica de la conducta

que se va a investigar. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 30 de junio de 2016, M. P. Luis Rafael Vergara. Demandante: Sabas Pretelt de la Vega. Radicación (0583-11).

514 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-653 de 20 de junio de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Demandante: Roberto Augusto Serrato y otro. Exp. D-3313.

515 Al respecto pueden leerse las sentencias C-559 de 1999, C-843 de 1999, C-739 de 2000 y C-205 de 2003.

516 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C- 127 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Demandante: María Consuelo del Río y otro. Exp. D-179.

517 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-530 de 3 de julio de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Demandante: Arabella Hernández de Campillo y otro. Exps. D-4386 y D-4396.

518 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-121 de 22 de febrero de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Demandante: Julián Arturo Polo. Exp. D-8634.

519 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencias C-417 de 1993 y C-310 de 1997.

520 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-653 de 2001. En el mismo sentido, sentencias C-708 de 1999 y C-570 de 2004.

521 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-030 de 1.º de febrero del 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Actor: Silvio San Martín Quiñones. Exp. D-8608. En el mismo sentido puede leerse la Sentencia C-818 de 2005.

522 Sobre este particular aspecto se pronunció la Corte Constitucional, entre otras providencias, en las sentencias C-530 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; C-406 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas; y C-769 de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

523 Argumento sostenido, entre otras, en las sentencias C-404 de 2001, T-1093 de 2004 y C-030 de 2012.

524 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-818 de 9 de agosto de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Actor: Ernesto Matallana Camacho. Exp. D-5521. En el mismo sentido, puede leerse la Sentencia C-030 de 2012.

525 Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2012. En el mismo sentido, pueden leerse las sentencias C-406 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; C-818 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil, C-921 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentarías; C-475 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; y C-818 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

526 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-280 de 25 de junio de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Demandante: Andrés de Zubiría Samper. Exps. D-1067 y D-1076.

527 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-010 de 19 de enero de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Demandante: Ernesto Rey Cantor. Exp. D-2431.

528 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-567 de 17 de mayo de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Demandante: Benjamín Ochoa Moreno. Exp. D-2664-2665.

529 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-373 de 15 de mayo de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño. Demandante: Néstor Iván Osuna Patiño. Exp. D-3778, en la cual se sostuvo: “Es cierto que dada la particular naturaleza de las conductas interferidas por el derecho disciplinario, al legislador le está permitido describir los tipos con cierto grado de generalidad o indeterminación y acudir a una técnica de tipos abiertos que configura un margen valorativo para el aplicador de la norma. No obstante, al amparo de la legitimidad constitucional de esa técnica legislativa no se puede llegar al extremo de tipificar una serie de ilícitos disciplinarios que remiten a conductas que cuestionan la conducta del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben, ni tampoco consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permiten la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de todo ilícito disciplinario. Mucho menos se puede partir de unos supuestos tan cuestionables frente a la carta con el fin de generar inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas”.

530 Ibid.

531 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-098 de 11 de febrero de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería. Demandante: Marcela Patricia Jiménez.

532 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-406 de 4 de mayo de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Demandante: Ángela María Muñoz. Exp. D-4874. En esta sentencia se sostuvo: “El uso de conceptos indeterminados es admisible, siempre y cuando ellos sean determinables en forma razonable, esto es, que sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados. Puede admitirse entonces, que, para efectos de la concreción de los conceptos indeterminados, se acuda a las reglas que cada profesión tiene para su buen hacer o ‘lex artis’, en su esencia cambiante por la propia naturaleza renovadora de ciertas profesiones, que surge de experiencias y costumbres, y que marcan un especial modo de actuar y entender las reglas respectivas y propias de cada ejercicio profesional. Igualmente juega un papel importante al momento de hacer la correspondiente determinación de conductas sancionables la costumbre mercantil, que tiene fuerza reguladora dada su condición intrínseca o de común aceptación como regla adecuada de conducta comercial cuando es pública, uniforme y reiterada. Por el contrario, si el concepto es a tal punto abierto, que no puede ser concretado en forma razonable, entonces dichos conceptos desconocen el principio de legalidad, pues la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que valoran y sancionan libremente la conducta sin referentes normativos precisos”.

533 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-570 de 8 de junio de 2004, M. P. Manuel José Espinosa. Demandante: Diana María Méndez. Exp. D-4952.

534 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-350 de 20 de mayo de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa. Demandante: David Alonso Roa. Exp. D-7394.

535 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-762 de 29 de octubre de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Demandante: Andrés Eduardo Dewdney. Exp. D-7607.

536 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-030 de 1.º de febrero de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Demandante: Silvio San Martín Quiñones. Exp. D-8608.

537 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-107 de 6 de marzo de 2013, M. P. María Victoria Calle Correa. Demandante: Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo. Exp. D-9240.

538 SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, Tratado de derecho administrativo y derecho público en general, t. I, Madrid, Civitas, 2004, p. 494.

539 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-713 de 15 de julio de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Exp. PE 030.

540 Ibid.

541 Corte Suprema de los Estados Unidos, caso Connally, Commissioner of Labor of Oklahoma, et al . vs. General Construction Co. (1926), 269 U.S. 385, 391: “Any statute which either forbids or requires the doing of an act in terms so vague that men of common intelligence must necessarily guess at its meaning and differ as to its application”. Citada por la Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.

542 Ibid.

543 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Sunday Times, sentencia de 26 de abril de 1979, fundamento jurídico 49. Citado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-713 de 2008.

544 G ÓMEZ T OMILLO, op. cit., p. 135 y ss. En el mismo sentido, N IETO, op. cit., p. 242.

545 O SSA A RBELÁEZ, op. cit., p. 274 y ss.

546 Ibid., p. 276.

547 “Artículo 8.º.— Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”

548 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-083 de 1.º de marzo de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz. Demandante: Pablo Antonio Bustos Sánchez. Exp. D-665.

549 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-181 de 12 de marzo de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Demandante: Carlos Mario Isaza Serrano. Exp. D-3676.

550 Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

551 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-922 de 2001. En el mismo sentido puede leerse la Sentencia C-878 de 2011.

552 En la Sentencia C-692 de 2008 sostuvo la Corte Constitucional que en la imposición de sanciones la autoridad respectiva no podía aplicar normas en forma retroactiva, salvo la garantía del principio de favorabilidad, que debía ser analizado en cada caso concreto.

553 Argumento sostenido, entre otras, en las sentencias T-438 de 1994 (M. P. Carlos Gaviria Díaz), T-233 de 1995 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), T-625 de 1997 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), T-1102 de 2005 (M. P. Jaime Araújo Rentería), T-1034 de 2006 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-962 de 2008 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa) y C-878 de 2011 (M. P. Juan Carlos Henao Pérez).

554 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-181 de 12 de marzo de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Demandante: Carlos Mario

Isaza Serrano. Exp. D-3676.

555 Ibid.

556 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-328 de 29 de abril de 2003, M. P. Manuel José Cepeda. Demandante: Hernando Barreto Ardila. Exp. D-4224.

557 O S S A A R B E L Á E Z, op. cit., 2.ª ed., p. 311.

558 J A K O B S, op. cit., p. 365.

559 J E S C H E C K, op. cit., pp. 30-31.

560 J E S C H E C K y W E I G E N D, op. cit., p. 437.

561 Ibid.

562 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-239 de 20 de mayo de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz. Demandante: José Eurípides Parra. Exp. D-1490.

563 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, M. P. Enrique Gil Botero. Radicado: 05001-23-24-000-1996-0680-01.

564 Cfr . supra . § 136.

565 ALEJANDRO NIETO, Derecho administrativo sancionador, 5.ª ed., reimpresión, Madrid, Tecnos, 2018, p. 392.

566 REYES ALVARADO, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, cit., pp. 60-61.

567 JESCHECK, Tratado, op. cit., 5.ª ed., p. 437.

568 Artículo 12 de la Ley 599 de 2000 . En el mismo sentido, el Decreto 100 de 1980 establecía en el artículo 5.º el principio de culpabilidad. Dicha disposición era del siguiente tenor: “Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.

569 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-626 de 1996. M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Demandante: José Fernando Reyes Cuartas. Exp. D-1341. En esta misma sentencia, la Corte Constitucional sostuvo: “Resulta abiertamente inconstitucional la norma de la ley penal que prevea hechos punibles sancionables objetivamente, esto es, únicamente por la verificación de que la conducta del sujeto encaje materialmente en los presupuestos normativos, sin que se tenga en cuenta la culpabilidad”.

570 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-239 de 20 de mayo de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz. Demandante: José Eurípides Parra. Exp. D-1490. En esta sentencia, la Corte explicó que “El derecho penal del acto supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual solo puede llamarse acto al hecho voluntario”.

571 Artículo 22 del Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000.

572 Artículo 23, ibid.

573 Artículo 24, ibid.

574 O SSA A RBELÁEZ, op. cit., 2.^a ed., p. 347.

575 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, M. P. Enrique Gil Botero. Radicado: 05001-23-24-000-1996-0680-01.

576 R EBOLLO P UIG et al., “Panorama del derecho...”, cit., p. 251.

577 Dicha disposición establece: “Como ilícito administrativo puede punirse únicamente el hecho doloso, salvo que la ley conmine expresamente con una pena pecuniaria administrativa el hecho culposo”. P ARADA, op. cit., 18.^a ed., p. 461.

578 La Ley 689 de 1981, art. 3.1, determina que en las infracciones administrativas cada cual es responsable de su propia acción u omisión, consciente o voluntaria, ya sea esta dolosa o culposa.

579 Lo cual puede evidenciarse en el tema de las infracciones tributarias (STS del 20 de abril de 2002, ar. 5912), infracciones disciplinarias (STS del 25 de septiembre de 2006 ar. 6558), infracciones en materia de prevención de riesgos laborales (STS de Navarra del 20 de febrero de 2003).

580 Al respecto sostuvo el Consejo de Estado en providencia de 1985: “En la aplicación de tales sanciones que bien pueden entrar en el marco genérico de las contravenciones, existen principios generales propios del derecho penal que tienen plena aplicación, pues en un Estado democrático el ejercicio de la facultad punitiva común tiene puntos de coincidencia esencial con el ejercicio de la facultad de imponer sanciones administrativas. Por ejemplo, el principio de la legalidad: Nulum crimen sine nula poena sine lege : el principio de la favorabilidad, la ley posterior se aplica de preferencia a la ley anterior cuando es favorable al inculcado y aun cuando en materia de faltas administrativas no procede analizar el grado de culpa, dolo o preterintención del responsable y es dable, desde luego, sancionar a las personas jurídicas, también es aplicable la regla de que la fuerza mayor o caso fortuito son factores eximentes de responsabilidad. Esta regla es aplicable puesto que a nadie puede pedírsele un imposible. La sala reserva su criterio sobre la posible aplicación en esta materia de otros factores eximentes de responsabilidad pues ellos no entran en juego en el caso sub lite ”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-

Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de abril de 1985, C. P. Enrique Low Murtra.

581 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-597 de 6 de noviembre de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Actor: Isidoro Arévalo Buitrago. Exp. D-1229.

582 Ley 734 de 2002, art. 13.

583 Ley 142 de 1994, art. 81.

584 Ley 1437 de 2011, art. 3.º.

585 Ibid., art. 2.º.

586 Ibid., art. 50.

587 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-616 de 6 de agosto de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Demandante: Álvaro Édgar Hernández Conde. Exp. D-3860.

588 Ley 633 de 2000, art. 41.

589 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-530 de 3 de julio de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Actor: Arabella Hernández de Campillo y otro. Exps. D-4386 y D-4396.

590 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-980 de 1º de diciembre de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Actor: Julián Arturo Polo y otra. Exp. D-8104.

591 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-089 de 16 de febrero de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Demandante: Ricardo Meneses Santamaría. Exp. D-8206.

592 Ibid.

593 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, M. P. Enrique Gil Botero. Radicado: 05001-23-24-000-1996-0680-01.

594 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, M. P. Enrique Gil Botero. Radicado: 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367).

595 También resulta relevante la sentencia del Consejo de Estado del 7 de noviembre de 2012, en la que sostuvo: “En efecto, los derechos penal, disciplinario, sancionador, fiscal, entre otros, integran el derecho punitivo

del Estado, razón por la cual, respecto de los mismos siempre será predicable el debido proceso en toda su amplia gama (v. gr. la caducidad en un contrato estatal se impone previa verificación del incumplimiento del contratista, es decir, a la sanción la antecede una culpa de este último)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de noviembre de 2012, M. P. Enrique Gil Botero, rad. 05001-23-31-000-2003-02308-01(37046). También puede consultarse la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del 17 de marzo de 2010. C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 18394.

596 Que parece ser la idea explorada por D ANIEL F ERNANDO J IMÉNEZ, “Responsabilidad objetiva”, en 80 años de Superintendencia Bancaria, Bogotá. Superintendencia Bancaria de Colombia, 2003, p. 6, en el que sostiene que la proscripción de la responsabilidad objetiva no implica la deducción de una responsabilidad subjetiva.

597 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-690 de 5 de diciembre de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Demandante: Inés Jaramillo Murillo. Exp. D-1353.

598 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-616 de 6 de agosto de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Demandante: Álvaro Édgar Hernández. Exp. D-3860.

599 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-595 de 27 de julio de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. Demandante: Juan Gabriel Rojas López. Exp. D-7977.

600 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-123 de 22 de febrero de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Demandante: Giovanna Alejandra Rey y otros. Exp. D-5936.

601 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-780 de 26 de septiembre de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Demandante: María Angélica Vega y otra. Exp. D-6739.

602 Así se deduce de la obra de D ANIEL F ERNANDO J IMÉNEZ, La culpa en el derecho sancionador, Bogotá, Universidad de los Andes, 2008, pp. 15-20, en la que se habla de las tres clases de responsabilidad objetiva y se incluye la hipótesis de la presunción de culpa como una de ellas.

603 Así lo reconoció la Corte Constitucional en las sentencias T-457 de 1994 y T-270 de 2007, y fue ratificado en la Sentencia C-089 de 2011.

604 Tal como lo consideró la Corte Constitucional en la Sentencia C-616 de 2002, en la que sostuvo esos requisitos eran los siguientes: “[...] que 1) carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina llama ‘rescisorias’, es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; 2) tengan un carácter meramente monetario; y 3) 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”.

605 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-599 de 10 de diciembre de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz. Demandante: Jaime Horta Díaz. Exp. D-062 y D-104.

606 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-010 de 23 de enero de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Demandante: Emilio Wills Cervantes y otra. Exp. D-4092.

607 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia del 25 de marzo de 2004, M. P. María Inés Ortiz Barbosa. Radicado 13495.

608 Al desarrollar el tema del principio de culpabilidad, implícitamente se ha desarrollado todo lo relativo al principio de presunción de inocencia. Cfr . supra . §§ 182 al 192.

609 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-599 de 10 de diciembre de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz. Demandante: Jaime Horta Díaz y otros. Exps. D-062 y D-104. En el mismo sentido puede leerse la Sentencia T-145 de 1993.

610 G ÓMEZ T OMILLO, op. cit ., p. 627.

611 Ibid., p. 168.

612 JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, El principio de non bis in idem, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 14-15.

613 Ibid., p. 15. Según el Digesto, decía GAYO : “No es conforme a la buena fe que se reclame dos veces por lo mismo”.

614 Sentencias de PAULO, citada por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, op. cit., p. 15.

615 En el siglo IX se sentenció en los capitulares de BENEDICTO L EVITA . Cita de LÓPEZ DE BARJA DE QUIROGA, ibid.

616 Ibid., p. 16.

617 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-478 de 13 de junio de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Demandante: Hélder Hernández Lozano. Exp. D-6564.

618 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-870 de 15 de octubre de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Demandante: Carlos Mario Isaza Serrano. Exp. D-3987.

619 Ibid.

620 I GNACIO R EDONDO A NDREU, “Principio de non bis in idem ”, en Manual de derecho administrativo sancionador, op. cit., p. 269.

621 Sin perjuicio de lo que ocurre cuando se presenta el concurso de conductas punibles.

622 En tanto se cumplan todas las condiciones requeridas para la prohibición del non bis in idem.

623 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-214 de 28 de abril de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell. Demandante: Álvaro Zapata Burgos. Exp. D-394. En el mismo sentido pueden leerse las sentencias T-438 de 1992, T-438 de 1994, SU-637 de 1996, C-1265 de 2005 y C-632 de 2011.

624 Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. 15 de julio de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño. Demandante: Hilda Inocencia Blanco. Exp. T-538.259. Sentencia T-537 de 2002. Igual criterio se expresó en la Sentencia C-870 de 2002.

625 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-478 de 13 de junio de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Demandante: Hélder Hernández Lozano. Exp. D-6564. En el mismo sentido se encuentran las sentencias C-479 de 1992, T-520 de 1992 y T-368 de 1993.

626 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-121 de 22 de febrero de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Demandante: Julián Arturo Polo.

Exp. D-8634.

627 Corte Constitucional, Sentencia T-652 de 1996, en la cual expresó la corporación, refiriéndose a la relación entre non bis in idem y cosa juzgada: “Para esta corporación, por el contrario, estas dos nociones se implican mutuamente, son inconcebibles por separado. Non bis in idem es una expresión latina que significa ‘no dos veces sobre lo mismo’; esta ha sido empleada para impedir que una pretensión, resuelta mediante una decisión judicial contra la cual no cabe recurso alguno, sea presentada nuevamente ante otro juez. En otras palabras, quiere decir que no debe resolverse dos veces el mismo asunto”.

628 En la Sentencia C-543 de 1992 la Corte estableció la diferencia entre los conceptos de cosa juzgada material y cosa juzgada formal en los siguientes términos: “Debe distinguirse entre los conceptos que en la doctrina se conocen bajo las denominaciones de cosa juzgada material y cosa juzgada formal. La segunda hace que no se pueda volver a revisar la decisión adoptada mediante fallo ejecutoriado dentro del mismo proceso y por los mismos hechos y fundamentos que motivaron tal resolución, mientras que la primera, también conocida como cosa juzgada sustancial, implica la absoluta inmutabilidad de la sentencia en firme, no ya dentro de un proceso determinado, sino ante cualquier otro proceso y en relación con cualquier motivo o fundamento, pues a ella se accede por el agotamiento de todas las posibilidades procesales y supone, por tanto, que la actividad jurisdiccional del Estado se desplegó íntegramente en relación con la materia debatida”.

629 Sentencias T-162 de 1998 y T-575 de 1993. En la doctrina también se reconoce esta estrecha vinculación. Al respecto, véase N IETO, op. cit., p. 402.

630 Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. Sentencia T-413 de 5 de junio de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón. Accionante: Hugo Ernesto Fernández. Exp. T-480 y T-814. A este mismo argumento se apeló en la Sentencia C-259 de 1995.

631 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 22 de noviembre de 1990, citada en la Sentencia C-244 de 1996.

632 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-244 de 30 de mayo 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz. Demandante: Marcela Adriana Rodríguez. Exp. D-1058. En el mismo sentido se encuentran las sentencias C-194 de 2005 y C-471 de 2006.

633 Ibid.

634 Ibid.

635 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-632 de 24 de agosto de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Demandante: Luis Eduardo Montealegre Lynett. Exp. D-8379. Igual planteamiento expresó la Corte en la sentencias C-244 de 1996, C-870 de 2002 y C-570 de 2004.

636 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-478 de 13 de junio de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Demandante: Hélder Hernández Lozano. Exp. D-6564. En el mismo sentido, puede verse la Sentencia C-1265 de 2005.

637 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-554 de 30 de mayo de 2001, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Demandante: Alexánder López Quiroz. Exp. D-3231. En el mismo sentido, la Sentencia C-088 de 2002.

638 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-554 de 30 de mayo de 2001, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Demandante: Alexánder López Quiroz. Exp. D-3231.

639 Ibid. En el mismo sentido, puede consultarse la Sentencia C-088 de 2002.

640 Este aspecto será motivo de análisis en el último capítulo.

641 Algunos autores hablan de dos ámbitos de la proporcionalidad. El primero, la proporcionalidad abstracta, aplicable al legislador a la hora de redactar la ley; la segunda, la proporcionalidad subjetiva, encaminada a que sea el operador jurídico el que pondere las circunstancias para la imposición de una razonada sanción. JOSÉ MARÍA QUIRÓS LOBO, citado por OSSA ARBELÁEZ, op. cit., 2.ª ed., p. 417. En el mismo sentido: MARÍA LOURDES RAMÍREZ-TORRADO, “Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano”, en Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 12, n.º 1, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, p. 160. En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha dado cuenta de esos dos momentos en la Sentencia T-422 de 1992. Sobre los límites del legislador penal relacionados con el principio de proporcionalidad, véase la Sentencia C-125 de 2003.

642 BERNAL PULIDO, op. cit., p. 40.

643 Ibid., p. 41.

644 DIEGO PÉREZ MARTÍNEZ, “El principio de proporcionalidad”, en Manual de derecho administrativo sancionador, op. cit., p. 245.

645 ALEXY, op. cit., p. 101. En el mismo sentido puede leerse a MARTIN B OROWSKI, La estructura de los derechos fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 129.

646 BERNAL PULIDO, op. cit., pp. 38-39. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al acoger este planteamiento en la Sentencia C-872 de 2003, en la que expresó: “El principio de proporcionalidad comprende tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El primero se refiere a que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, que la medida legislativa debe ser lo más benigna posible con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto; y la tercera alude a que la intervención en el derecho fundamental intervenido debe compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general”. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-872 de 30 de septiembre de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Demandante: Alirio Uribe Muñoz. Exp. D-4537.

647 Ibid., p. 38.

648 B OROWSKI, op. cit., p. 130.

649 B ERNAL P ULIDO, op. cit., p. 38.

650 Ibid., p. 38.

651 B OROWSKI, op. cit., p. 131.

652 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-796 de 24 de agosto de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Demandante: César Augusto Ospina. Exp. D-4997. Este argumento fue reiterado en las sentencias T-982 de 2004, C-897 de 2005 y C-393 de 2006.

653 O SSA A RBELÁEZ, op. cit., 2.^a ed., p. 417.

654 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-897 de 30 de agosto de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Demandante: Gonzalo Rodrigo Paz y otros. Exp. D-5667.

655 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-916 de 29 de octubre de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Demandante: Camilo Andrés Baracaldo. Exp. D-4020.

656 Ibid.

657 Ibid.

658 BERNAL PULIDO, op. cit., p. 39 y ss. En esta obra se realiza un importante estudio sobre el origen del principio de proporcionalidad. Aquí se reconoce que este concepto se viene moldeando desde la antigüedad, pero se plantea que como concepto del derecho público comienza a gestarse en los tiempos de la Ilustración, cuando se comienzan a definir sus características centrales, depuradas con el paso de los años hasta la actualidad.

659 Ibid., pp. 44-45.

660 Ibid., p. 51.

661 A propósito de ello, CARLOS BERNAL PULIDO plantea que el principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. BERNAL PULIDO, op. cit., p. 77.

662 GÓMEZ TOMILLO, op. cit., p. 246.

663 O SSA A RBELÁEZ., op. cit., 2.^a ed., p. 417.

664 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-916 de 29 de octubre de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Demandante: Camilo Andrés Baracaldo. Exp. D-4020.

665 Ibid.

666 Cfr. supra. § 31.

667 Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-1021 de 22 de noviembre de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño. Accionante: Leonor Rojas. Exp. T-564507.

668 Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-048 de 24 de enero de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Accionante: Armando Nieto y otros. Referencia: Exps. T-1711038, T-1718216 y T-1720526 (acumulados). En el mismo sentido puede consultarse la Sentencia T-103 de 2006.

669 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-103 de 16 de febrero de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Accionante: Universidad Francisco de Paula Santander. Exp. T-1209468. En el mismo sentido, puede consultarse la Sentencia C-602 de 2002.

670 Corte Constitucional. Sentencia T-073 de 1997. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. En el mismo sentido, puede verse la Sentencia T-982 de 2004.

671 Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-982 de 8 de octubre de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Accionante: Olga María Gutiérrez. Exp. T-916680. En esta providencia se dijo al respecto: “Siendo entonces un desarrollo del principio de legalidad, el debido proceso administrativo representa un límite jurídico al ejercicio de las potestades administrativas, en la medida en que las autoridades únicamente podrán actuar dentro de los ámbitos establecidos por el sistema normativo, favoreciendo de esta manera a las personas que acuden ante quienes han sido investidos de atribuciones públicas en virtud de la Constitución o la ley. Ello ocurre, por una parte, porque conocerán de antemano cuáles son los medios para controvertir e impugnar lo resuelto en su contra, y por la otra, porque sabrán los términos dentro de los cuales deberán presentar las alegaciones y recursos procedentes a su favor”.

672 Ibid.

673 Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-1021 de 22 de noviembre de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño. Accionante: Leonor Rojas de Aguilera. Exp. T-564507. En el mismo sentido, pueden leerse las sentencias C-551 de 2001 y C-213 de 2007.

674 Ibid.

675 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-315 de 2 de mayo de 2012, M. P. María Victoria Calle Correa. Demandante: Manuel Eduardo Castillo y otros. Exp. D-8694.

676 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-599 de 10 de diciembre de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz. Demandante: Jaime Horta Díaz. Exp. D-062 y D-104.

677 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-244 de 28 de abril de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell. Demandante: Álvaro Zapata Burgos. Exp. D-394.

678 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-762 de 29 de octubre de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Demandante: Andrés Eduardo Dewdney. Exp. D-7607.

679 O SSA A RBELÁEZ, op. cit., 2.ª ed., p. 334.

680 Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-474 de 29 de julio 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero. Accionante: Moisés Tuaty Alexánder. Exp. T-1270.

681 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-1553 de 21 de noviembre de 2000, M. P. (e) Jairo Charry Rivas. Exp. T-197.391.

682 Sobre este particular aspecto resulta bien ilustrativa la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo que anuló la sanción disciplinaria de destitución del señor Gustavo Petro Urrego, exalcalde de Bogotá. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, sentencia del 15 de noviembre de 2017, M. P. César Palomino Cortés. Demandante: Gustavo Petro Urrego. Radicación: (1131-2014).

683 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-762 de 29 de octubre de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Demandante: Andrés Eduardo Dewdney. Exp. D-7607.

684 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, M. P. Enrique Gil Botero. Radicado: 05001-23-24-000-1996-0680-01.

685 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, sentencia del 12 de agosto de 2016, M. P. William Hernández Gómez. Demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruiz. Radicación (1210-11).

686 Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-145 de 21 de abril de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Accionante: Sociedad Bradford y Rodríguez Ltda. Exp. T-7067.

687 Cfr. § 2.

688 Cfr. § 16.

689 Cfr. § 19 y ss.

690 Cfr. § 79 y ss.

691 Toda la doctrina, sin embargo, no está de acuerdo con la utilización de la expresión “resocialización”. Al respecto, A LESSANDRO B ARATTA plantea la pertinencia de utilizar mejor la expresión “reintegración social”. “Resocialización o control social”. Consultado el 23 de julio de 2013 a las 8:10 p. m. en < <http://es.scribd.com/doc/80416092/baratta-Alessandro-Resocializacion-o-Control-Social> >.

692 Cfr. § 27.

693 Cfr. § 106.

694 Cfr. § 110 y ss.

695 Cfr. § 46 y ss.

696 J UAN C ARLOS H ENAO P ÉREZ, El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 37.

697 Cfr. AUGUSTO IBÁÑEZ, La cosa juzgada y el non bis in idem en el sistema penal, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, p. 25.

698 Así fue reconocido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-391 de 2002. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 8 de septiembre de 2005, C. P. Camilo Arciniegas Andrade. Rad. 15001-23-31-000-2004-02742-01(pi), actor: Froilan Antolines Cuadros. Demandado: Sigifredo González Amézquita.

699 Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicación 110010328000200600115-00 (4056).

700 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, M. P. Rodrigo Arenas Monsalve. Radicación 11001-03-15-000-2009-00708-00(PI). Es de advertir que los salvamentos y aclaraciones de voto fueron numerosos.

701 Este ejemplo permite evidenciar la forma como se presenta una clara vulneración al principio lógico de contradicción, que constituye una de las leyes fundamentales del pensamiento universal y según el cual no es posible afirmar que un enunciado sea y no sea al mismo tiempo, es decir, que se afirme en una disposición, o en este caso providencia, que la conducta es constitutiva de violación al régimen de inhabilidades y a renglón seguido se sostenga que la conducta no es constitutiva de violación del régimen de inhabilidades. Sobre el particular, cfr. IRVING M. COPI y CARL C OHEN, Introducción a la lógica, 2.ª ed., México, D. F., Limusa, 2012, p. 788.

702 Ley 1881 de 2018.

703 Así ha sido reconocido por la propia Corte Constitucional en las sentencias C-507 de 1994, C-247 de 1995 y C-473 de 1997. También el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, sentencia del 23 de marzo de 2010, C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Rad. 11001-03-15-000-2009-00198-00(PI). En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, sentencia de 25 de mayo de 2004, C. P. Germán Rodríguez Villamizar. Rads. 11001-03-15-000-2003-1463-01 y 11001-03-15-000-2004-00132-01 (PI).

704 Con independencia del nombre del sujeto que en la práctica protagonizó este episodio, la postura que aquí se adopta se plantea en abstracto sin consideración al involucrado y mucho menos con el propósito de ejercer su defensa en particular.

705 Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-147 de 7 de marzo de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo. Accionante: César Augusto Pérez. Exp. T-2.768.074.

706 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 16 de julio de 2009. C. P. Martha Sofía Sanz Tobón. Actor: Josué Martínez Romero, rad. 25000-23-15-000-2008-00700-01(PI).

707 Artículo 184 de la Constitución Política y artículo 111, numeral 6, de la Ley 1437 de 2011.

708 Artículo 152, numeral 15, de la Ley 1437 de 2011.

709 Artículo 2.º de la Ley 734 de 2002 y de la Ley 1952 de 2019.

710 El procedimiento disciplinario se encuentra regulado por la Ley 734 de 2002, y en el futuro, por la Ley 1952 de 2019, y el procedimiento de pérdida de investidura está previsto en la Ley 1881 de 2018.

711 En el futuro, Comisión Nacional de Disciplina.

712 Sin perjuicio de que en materia disciplinaria sea aplicable el non bis in idem, lo que significa que con fundamento en la misma conducta ya investigada y eventualmente sancionada no se podría adelantar otra investigación de la misma naturaleza y mucho menos imponer otra sanción disciplinaria.

713 Artículo 143 de la Ley 1437 de 2011.

714 Artículo 25 de la Ley 734 de 2002 y artículo 44 de la Ley 1474 de 2011

-

715 Artículo 183 de la Constitución Política.

716 Artículo 55 de la Ley 136 de 1994 y artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

717 Artículo 43 de la Ley 734 de 2002 y en el artículo 52 y siguientes de la Ley 1952 de 2019.

718 Al tenor de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 734 de 2002 y en el artículo 67 de la Ley 1952 de 2019.

719 Cfr. § 238.

720 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-247 de 1.º de junio de 1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Actor: Luis Guillermo Nieto Roa. Exp. D-714. 1995.

721 Gaceta Constitucional n.º 79, p. 65.

722 Este argumento se observa, entre otras, en las sentencias de la Corte Constitucional C-319 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara; y T-935 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. En similar sentido, Corte Constitucional, Sentencia T-544 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño, y C-254 de 2012.

723 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, sentencia del 23 de marzo de 2010. C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Rad. 11001-03-15-000-2009-00198-00(PI).

724 Artículo 114 de la Constitución Política.

725 Consultado en < <http://thelawdictionary.org/impeachment/> > el 21 de julio de 2013 a las 7:49 a. m.

726 “El presidente, el vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos serán separados de sus puestos al ser acusados y declarados culpables de traición, cohecho u otros altos crímenes y delitos menores” (traducción libre).

727 Consultado en <<http://www.historyplace.com/unitedstates/impeachments/>> el 21 de julio de 2013 a las 7:40 a. m.

728 Artículo 113 de la Constitución española.

729 Artículos 100 y 101 de la Constitución argentina.

730 Artículo 67 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana.

731 Artículo 49, fracción II, de la Constitución.

732 Así sucedió con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2007.

733 En la Sentencia T-147 de 2011 sostuvo la Corte Constitucional: “Si bien, al parecer los supuestos fácticos son los mismos, el proceso disciplinario llevado contra el acá solicitante por la Procuraduría Regional de Antioquia y confirmado por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa tenía un propósito bien diferente. En efecto, dicho proceso buscaba establecer la comisión de una falta disciplinaria por parte del acá accionante en aras de preservar los fines y principios de la Constitución y la ley para el ejercicio de la función pública. La responsabilidad que allí se debatía era disciplinaria, no política; para imponer una sanción —que no podía ser la pérdida de la investidura— era indispensable demostrar que la conducta se cometió a título de dolo o culpa. Es decir, la responsabilidad era subjetiva. Circunstancia que no necesariamente se exige cuando se está en presencia de la pérdida de investidura ”. (Bastardilla fuera de texto).

734 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo. C. P. Filemón Jiménez Ochoa. Actor: Jorge Alberto Méndez García Demandado: Jorge Enrique Gómez Montealegre. Rad. 11001-03-15-000-2009-00598-00(PI).

735 Consejo de Estado, Sección Primera. C. P. Camilo Arciniegas Andrade. Actor: Fabio Germán Zambrano. Demandado: John Wilson Erazo, rad. 52001-23-31-000-2004-0483-01(PI).

736 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo. C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Actor: César Alberto Sierra. Demandado: Luis Felipe Barrios, rad. 11001-03-15-000-2009-01219-00(PI).

737 Ibid.

738 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-155 del 5 de marzo de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Actor: Carlos Mario Isaza. Exp. D-3680.

739 Artículo 1.º de la Ley 1881 de 2018 .

740 Equivalente a la disposición contenida en el artículo 65 de la Ley 1952 de 2019 .

741 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-720 del 23 de agosto de 2006, M. P. Clara Inés Vargas. Actor: Sandra Vanegas Leño. Exp. D-5968.

742 J UAN F ERNÁNDEZ C ARRASQUILLA , Derecho penal fundamental , 2.ª ed., vol. I , Bogotá, Temis, 1986, p. 54.

743 Ejemplo de ello puede encontrarse en las sentencias de la Corte Constitucional C-720 de 2006 y T-161 de 2009.

744 Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-161 del 16 de marzo de 2006, M. P. Mauricio González Cuervo. Accionantes: Ernesto Gómez Guarín y otros. Exp. T-2.081.769.

745 Cfr. §§ 231 al 233.

746 Uno de los ejemplos más emblemáticos que evidencia esta tensión se presentó con el publicitado caso de la senadora Piedad Córdoba, a quien la Procuraduría General de la Nación, mediante fallo del 27 de septiembre de 2010, le impuso la más drástica de las sanciones disciplinarias por la supuesta relación que mantenía con grupos subversivos, apoyándose para ello en los famosos “computadores de Raúl Reyes”, incautados en la denominada Operación Fénix, de los cuales supuestamente se extrajeron las pruebas que la incriminaban con organizaciones al margen de la ley, mientras que la Corte Suprema de Justicia, que la investigaba penalmente por la misma conducta, desestimó tal material probatorio por todas las irregularidades presentadas en su recaudación y en consecuencia adoptó una decisión que le resultó favorable en el ámbito penal. En efecto, a igual conclusión había llegado la Corte Suprema de Justicia con la investigación adelantada en contra del exrepresentante a la Cámara Wilson Borja (auto inhibitorio del 18 de mayo de 2011). Aquí la reflexión tiene que conducir necesariamente a preguntar: ¿cómo puede ser posible que a una persona se le investigue dos veces por un mismo hecho y se le pueda sancionar mediante vías distintas? Y lo peor: ¿cómo cuando aplicando de manera rigurosa los principios del derecho punitivo en materia penal se llega a una conclusión favorable al investigado se permite que mediante otro esquema punitivo se le sancione omitiendo considerar la decisión judicial previa y, sobre todo, los estándares de ley para apreciar y valorar la prueba?

747 Así lo sostuvo por ejemplo la Corte Constitucional en la Sentencia C-870 de 2002, en la que expresó: “La Corte ha considerado que una misma persona puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos cuando la

jurisdicción es diferente, dado que tales hechos son calificados como infracciones diversas por regímenes sancionadores distintos”.

748 La Sentencia C-620 de 2001 (M. P. Jaime Araújo Rentería) declara exequibles las sanciones correccionales imponibles por los jueces en el curso del proceso penal, bajo el fundamento según el cual la sanción correccional es una medida diferente, en su objeto y finalidad, de las sanciones penales. Según la Corte, “el non bis in idem no implica que una persona no pueda ser objeto de dos o más sanciones de naturaleza diferente por la comisión de un mismo hecho, siempre y cuando con su conducta se vulneren distintos bienes jurídicos tutelados”.

749 J OAN M ANUEL T RAYTER, Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 343.

750 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-427 de 29 de septiembre de 1994, M. P. Fabio Morón Díaz. Actor: Jaime Enrique Lozano. Exp. D-562.

751 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de mayo de 1999, M. P. Jorge Aníbal Gómez.

752 E RLEANS DE J ESÚS P EÑA O SSA, Delitos contra la Administración pública, Bogotá, Ibáñez, 2005, p. 32. Este autor plantea categóricamente que es la Administración pública el objeto o bien jurídico que se protege con los delitos consignados en el título XV del Código Penal colombiano.

753 ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ y CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, Delitos contra la Administración pública, 3.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 32.

754 Ibid., p. 34.

755 Ibid.

756 Tal como ocurrió con el publicitado caso de Yidis Medina, que resultó condenada por la Corte Suprema de Justicia tras encontrarla penalmente responsable del delito de cohecho propio. En esta providencia se sostuvo: “Demostrado de manera inconcusa e inobjetable que: 1) la congresista acusada apoyó decididamente el proyecto de reforma constitucional (Acto Legislativo n.º 02 de 2004); 2) tal respaldo definitivo para su aprobación no surgió como fruto de su libre examen y convencimiento sobre las bondades de la propuesta, sino gracias a las canonjías impúdicas que le ofrecieron y recibió; entonces, deviene ilegítima la actividad constitucional desplegada”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de junio de 2008.

757 GÓMEZ MÉNDEZ, op. cit., p. 299.

758 Artículo 40 de la Ley 1333 de 2009.

759 GÓMEZ PAVAJEAU, Dogmática ..., op. cit., p. 378. Cita a la Corte Constitucional, Sentencia C-564 de 2000.

760 I BÁÑEZ, op. cit., p. 27 y ss.

761 Gaceta Constitucional, n.º 84, p. 8.

762 Tal como lo establece el artículo 43 del Código Penal colombiano, Ley. 599 de 2000, que expresamente establece como penas privativas de otros derechos la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y la pérdida del empleo o cargo público.

763 C OPI y C OHEN, op. cit., p. 788.

764 O la persona o entidad.

765 N IETO, op. cit., p. 380.

766 O SSA A RBELÁEZ, Derecho administrativo sancionador. Una aproximación ..., op. cit., p. 250.

767 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-774 de 25 de julio de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Actor: Diógenes Escobar. Exp. D-3271.

768 Cfr. §§ 187 y 188.

769 Cfr. § 189.

770 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-597 de 6 de noviembre de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Actor: Isidoro Arévalo Buitrago. Exp. D-1229.

771 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-599 de 10 de diciembre de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz. Actor: Jaime Horta Díaz. Exp. D-062 y D-104.

772 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-616 de 6 de agosto de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Actor: Álvaro Édgar Hernández. Exp. D-3860.

773 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-010 de 19 de enero de 2010, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Actor: Ernesto Rey Cantor. Exp. D-2431.

774 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-690 de 5 de diciembre de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Actor: Inés Jaramillo Murillo. Exp. D-1353.

775 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-506 de 3 de julio de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Actor: Humberto de Jesús Longas. Exp. D-3852.

776 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-595 de 27 de julio de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. Actor: Juan Gabriel Rojas López. Exp. D-7977.

777 Artículo 11 de la Ley 1437 de 2011.

778 Estos argumentos fueron utilizados en las sentencias C-690 de 1996 y C-506 de 2002, entre otras.

779 Este argumento puede encontrarse en las sentencias T-411 de 1992, C-058 de 1994, C-519 de 1994, C-328 de 1995, C-495 de 1996, C-535 de 1996, C-126 de 1998 y C-595 de 2010, entre otras.

780 Cfr . Sentencias C-690 de 1996, C-597 de 1996, C-160 de 1998, C-054 de 1999 y C-506 de 2002.

781 Cfr . Sentencias C-599 de 1992, C-010 de 2000 y C-616 de 2002.

782 Hecho que se evidencia con la simple comparación del número de delitos incluidos en el Código anterior (arts. 111 al 368) y el Código actual (arts. 101 a 472).

783 Fuente: Información estadística del Inpec.

<http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/SeccionInpeccomoinstitucion/Consolidado_estadistico > (consultado el 10 de agosto de 2013 a las 2:05 p. m.).

784 Fuente:

<http://www.larepublica.co/economia/%C2%BFcu%C3%A1nto-le-cuesta-al-pa%C3%ADs-mantener-un-pres%C3%B3_34699 > (consultado el 10 de agosto de 2013 a las 2:20 p. m.).

785 CASERMEIRO, “El modelo penal...”, cit., p. 11.

786 Ibid.

787 En efecto, también podría pensarse que este crecimiento exponencial de las potestades punitivas de la Administración y el aumento paulatino de los montos de las sanciones pecuniarias algo tiene que ver con la creciente necesidad de recursos económicos para enfrentar el déficit fiscal. Así las cosas, las sanciones administrativas podrían ser utilizadas como una fuente importante de financiación estatal.

788 IBÁÑEZ, op. cit., p. 40.

789 Como ocurrió en el mencionado caso de la exsenadora Piedad Córdoba. Cfr. Nota de pie de página 746.

790 L UIS V EGA y P AULA O LMOS, Compendio de lógica, argumentación y retórica, 2.ª ed., Madrid, Trotta, 2012, p. 142.

791 Ibid.

792 Cfr. § 234 y ss.

793 Ibid.

794 Cfr. § 255 y ss.

795 Sobre este particular aspecto, J OHN S TUART M ILL, Sobre la libertad, Barcelona, Orbis, 1985, p. 81, sostiene que ello constituye precisamente el límite de la libertad.

796 M IR P UIG, Derecho penal, op. cit., pp. 5-6.

797 R OXIN, Iniciación ..., op. cit., p. 32. Sobre este mismo particular plantea M IR P UIG, Derecho penal. Parte general, op. cit., p. 6. “El derecho penal ha de limitarse a ofrecer el último recurso – ultima ratio —, para cuando los demás medios de control social, jurídicos o no, resultan insuficientes”.

798 ALBRECHT, citado por P OZUELO P ÉREZ, “De nuevo...”, cit., p. 111.

799 GUNTHER JAKOBS, Estudios de derecho penal, Madrid, Civitas, 1997, pp. 365-366.

800 ROXIN, Iniciación..., op. cit., p. 30.

801 Entendida no en términos clásicos o tradicionales, sino desde una perspectiva amplia que incluya los fenómenos de reconducción de la conducta mediante un estímulo pedagógico o coactivo.

802 GERMÁN SILVAGARCÍA, “La resocialización y la retribución. El debate contemporáneo sobre los fines y las funciones de la pena”, en XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 311.

803 Esta consideración se hace evidente en el caso de la normativa disciplinaria en Colombia, donde se dispone por ejemplo en el artículo 16 de la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario) que la sanción disciplinaria tiene una función preventiva y correctiva para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales que se deben observar en ejercicio de la función pública. Ello pone de presente que en efecto su finalidad no es retributiva.



**Editado por el Departamento de Publicaciones de la
Universidad Externado de Colombia en abril de 2020**

**Se compuso en caracteres Palatino de 11 puntos y se imprimió
sobre Holmen Book Cream de 60 gramos**

Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem

Otras publicaciones

Control político en el ordenamiento constitucional colombiano: ¿un concepto diluido en el control jurídico o una idea que debe consolidarse?
Germán Lozano Villegas
2010, 314 pp.

El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina
Humberto Nogueira Alcalá
2010, 558 pp.
Coedición con el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)

El crecimiento casi desmedido de las potestades punitivas de la Administración que se ha presentado en las últimas décadas, que ha abarcado prácticamente todos los sectores de la sociedad y de la actividad económica, y que ha venido acompañado de una tendencia legislativa, doctrinal y jurisprudencial afín con una mayor drasticidad de las sanciones administrativas, en la misma forma en que se justifica de manera pacífica la idea de la “matización” de las garantías históricas del derecho punitivo en el ámbito del derecho administrativo sancionador, ha sido la razón primordial para realizar este trabajo, que pretende plantear la urgencia de llegar a un punto de equilibrio entre la necesidad de la realización del control social, por la vía punitiva administrativa, y la protección de los derechos fundamentales.

En la actualidad no se pone en tela de juicio la necesidad que se tiene de dotar a la Administración de potestades sancionadoras que le permitan cumplir sus funciones de vigilancia y control de las múltiples actividades económicas y sociales. En efecto, es deseable que tales atribuciones operen con altos estándares de eficacia. Sin embargo, no puede desconocerse que en desarrollo de esas funciones –que son el reflejo de una importante prerrogativa pública– se corre el riesgo de menguar las garantías ciudadanas y, de paso, afectar los derechos fundamentales de quienes se encuentran sometidos al control administrativo.

Por tal razón, es necesario reflexionar sobre la demarcación de los límites que deben existir en el contexto de las potestades sancionatorias de la Administración, para procurar el mantenimiento del difícil equilibrio entre la necesidad de realizar el control social por la vía punitiva y el respeto de los derechos fundamentales.

