

# De la aplicación de los procedimientos penales a las contravenciones económicas

JULIO CESAR DIAZ PERDOMO \*

## INTRODUCCION

Tratan las líneas que siguen, de la aplicabilidad o no, de los principios del Derecho Penal, al que podríamos desde ya denominar Derecho Contravencional Económico, y tienen como meta general, colaborar en la clarificación que se hace menester de los parámetros legales a los cuales debe someterse este capítulo jurídico, el que es desarrollado esencialmente por las autoridades de Policía Económica, especialmente importantes, las Superintendencias Bancarias y de Control de Cambios.

Y no es baladí o redundante el ensayo que se propone, —a pesar de haberse tratado repetidamente no sólo en los estrados judiciales, sino también en distintos foros académicos—, como quiera que sobre el tópico aún no existe la claridad debida que oriente las actuaciones de las autoridades administrativas pertinentes, y de las personas por ellas controladas; ciertamente, si logramos definir —como es nuestro propósito— los procedimientos atendibles para la imposición de las sanciones, cuando quiera que se violen las contravenciones económicas o financieras dispersas en nuestra legislación, habremos obtenido nuestra meta, que como lo ilustra expresamente el título de este escrito, no tiene pretensiones de agotar la materia en forma alguna, sino que antes bien, consciente de sus limitaciones (unas inherentes a quien esto escribe, otras impuestas por la Revista —fundamentalmente de espacio—), tan solo aspira a presentar algunas ideas sobre el tema que contribuyan a su dilucidación, ideas que de otra parte, hemos de precisar, se encuentran circunscritas a la legislación nacional y al momento presente.

Por lo dicho y sin mayor preámbulo, solicitamos la benevolencia del lector para las líneas que seguidamente se consignarán.

\* Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia. Especializado en Derecho Administrativo.

## 1. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

Supone el establecer la aplicación o no de los principios penales al 'Derecho Contravencional Económico', una definición previa de éste la que haremos sencillamente diciendo que, es la parte del Derecho que se ocupa del estudio de las contravenciones existentes en nuestra legislación, en materia económica o financiera.

Y al mencionar el vocablo "contravención", evocamos necesariamente el carácter administrativo de la autoridad encargada de imponer su sanción, carácter que si bien no es reconocido en forma absoluta como esencial para la significación del término, sí ha sido, y es en nuestra jurisprudencia, reconocido como elemento ciertamente determinante de la distinción entre el delito —sancionable genéricamente por las autoridades jurisdiccionales—, y, el hecho contravencional (1).

Resulta entonces, que sin estar claramente determinado el sentido y significado del vocablo 'contravención', no puede pretenderse tal determinación absoluta o clara, en la definición y estudio que se haga de un apartado de tal conjunto normativo (el contravencional); sin embargo, acogiéndonos a la caracterización contravencional precedentemente establecida, precisaremos que refiere lo que hemos llamado Derecho Contravencional Económico, los hechos sancionables por las autoridades administrativas, cuando quiera que se identifican con los supuestos fácticos desarrollados en las regulaciones estatales sobre "la banca comercial (y a nuestro modo de ver también la central), las compañías financieras, las empresas aseguradoras, las empresas fiduciarias y en general de todas las empresas capaces de crear dinero o cuasidineros", en términos de lo 'económico' utilizados genéricamente (2). De este tipo de contravenciones resulta entonces v. gr., el que la Superintendencia Bancaria multe a las entidades a las que se ha aludido, por defectos que les encuentre en el nivel de encaje fijado por la autoridad competente.

Y así las cosas, encontrándose dificultad no sólo en la precisión de la definición de lo que debemos entender por Derecho Contravencional Económico, sino también, en su campo de acción —de mayor o menor amplitud según el criterio 'contravencional' que se acoja—, no resulta extraño el conflicto surgido en torno de los procedimientos y principios aplicables en este capítulo jurídico, cuestión de especial importancia para los entes encargados del control y vigilancia de las regulaciones financieras, y con ellos, importantes para todo el conjunto social, como quiera que sería torpe desconocer la incidencia de los asuntos económicos en la estructura y evolución de los Estados modernos. Ahora, si se agrega a la situación planteada la 'costumbre' legislativa imperante en

1. En tal sentido la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Bogotá D.E., mayo 31 de 1984, Magistrado Ponente Dr. Manuel Gaona Cruz. En Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XIII, N.º 151, julio de 1984, páginas 610 a 640.
2. Dr. Enrique Low Murtra, "Policía Administrativa y Actividad Financiera", conferencia pronunciada en el Seminario realizado por el Colegio Mayor del Rosario en mayo de 1985. Publicada en El Derecho Administrativo en Latinoamérica II, Ediciones Rosaristas, 1986, página 483.

nuestro medio, de expedir normas jurídicas como respuesta a situaciones fácticas determinadas, —por lo mismo, normas incoherentes, incoherentes entre sí y al través del tiempo, y en fin, normas extrañas a cualquier política económica estable y firme, o a cualquier criterio de planeación—, tendremos que es tarea de la doctrina y de la jurisprudencia nacional, establecer los parámetros jurídicos pertinentes en múltiples aspectos del Derecho Contravencional Económico —olvidados por el legislador—, parámetros dentro de los cuales tiene especial relevancia el aspecto procesal, donde son mínimas las disposiciones expedidas, y a partir de estas, mínimas las guías de la actividad administrativa sancionatoria, y de las personas a ella sometidas.

¿Cuáles son las disposiciones aplicables a la actividad sancionatoria administrativa del Estado colombiano, cuando debe proceder por la infracción de disposiciones contravencionales económicas o financieras? Creemos que la respuesta adecuada al interrogante, debe otorgarse en dos niveles, atendida la estructura y naturaleza misma de las disposiciones contravencionales financieras; en efecto, llamando la atención sobre la ya anotada dispersidad, incoherencia e inconexidad de las normas que conforman este aparte del derecho sustantivo colombiano, surge, de un lado, que ha dispuesto el legislador en forma casuística, diversidad de **procedimientos especiales** para la sanción de **determinadas** infracciones contravencionales; estos procedimientos, consultables en el encomiable intento de sistematización que realizó el Dr. Jairo Rodríguez Hernández, (3) con su obra 'El Derecho Penal Administrativo en Colombia', no son sin embargo, nuestra preocupación en este estudio. De otro lado, puede pretenderse establecer los principios y parámetros generales de aplicación en este capítulo jurídico, criterios que interesándonos especialmente, y con razón de la ausencia de normas positivas, sin duda alguna han de orientar la actividad policiva administrativa. En concreto entonces, y precisando la cuestión, puede preguntarse, cuáles son los principios y procedimientos generales aplicables a la actividad sancionatoria económica de la Administración, y conforme a los cuales debe interpretarse el cúmulo de procedimientos especiales existentes? O, de otra forma, son o no aplicables en este aparte jurídico los principios consignados en el Código Penal, o por el contrario, las actuaciones policivo-económicas siguen los postulados generales establecidos en el nuevo Código de los Procedimientos administrativos, lo que en rigor constituye el Libro Primero del Decreto Ley 01 de 1984? O, quizás, debe atenderse en la aplicación de las sanciones por la administración cuando se violen las contravenciones económicas, el Código Nacional de Policía, o las regulaciones seccionales y locales sobre la materia —según las competencias jurisprudencialmente reconocidas a las Asambleas y a los Concejos Municipales— (4).

3. El Derecho Penal Administrativo en Colombia, Dr. Jairo Rodrigo Hernández Vásquez, Editorial Pax, Bogotá-Colombia, 1974.

4. Consúltense la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Bogotá D. E. abril 21 de 1982, Magistrado Ponente Dr. Manuel Gaona Cruz. En Foro Colombiano Año 14; Tomo XXVI, N° 156 junio de 1982, páginas 547 a 578.

Estas cuestiones como se ve, aluden a la no precisamente novedosa discusión sobre la naturaleza jurídica de la facultad punitiva de la policía económica, en donde de tiempo atrás, se han distinguido las posiciones llamadas 'administrativista' y 'penalista', conforme a las cuales, en la primera, se diferencian las violaciones de las contravenciones económicas de las infracciones de normas contravencionales penales, en cuanto éstas suponen una subversión real contra el orden jurídico del Estado, contra la esencia misma de su estructura, en tanto que aquellas, implican tan solo un desobedecimiento de mandatos administrativos, por antonomasia, de simple gestión. La segunda tesis, ya tradicional en el estudio del Derecho Político Económico, —es decir, la penalista—, supone que las infracciones de contravenciones económicas deben ser investigadas y falladas conforme al procedimiento señalado para los delitos en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, ya que en ausencia de un régimen propio, claro y expreso señalado en la ley, los principios generales de estos Códigos deben aplicarse a esta 'especie' del 'género' penal, lo que, dicen los que la sustentan, preserva el 'debido proceso', garantía necesaria en todo verdadero Estado de Derecho.

También, de las preguntas realizadas, surge que en principio, puede pregonarse como regímenes aplicables a las contravenciones económicas o financieras, los siguientes: 1) El establecido en el Código Penal, en especial en su Libro 1º, 2) El señalado en el Código Contencioso Administrativo en su Libro 1º, y 3) Las disposiciones del Código Nacional de Policía, con las leyes y Decretos leyes que le adicionan, modifican o sustituyen.

Por manera que así demarcado el campo general dentro del cual se desarrolla nuestro ensayo, hemos de analizar las hipótesis propuestas, de donde surgirá necesariamente el procedimiento realmente atendible, en tratándose de las contravenciones económicas o financieras.

## 2. DE LA APLICACION DE LOS PRINCIPIOS PENALES

Se ha propuesto por algunos doctrinantes de la materia (5), como también por algunos litigantes (6), que en razón de la deficiencia positiva reseñada atrás, y en aras de garantizar el "constitucional derecho de defensa" (?) de los por sancionar, debe investigarse y fallarse las contravenciones económicas, atendiendo los principios señalados en el Libro 1º del Decreto Ley 100 de 1980, o Código Penal.

5. Consúltese al Dr. Rafael Eduardo Laverde Toscano, "Incidencias del Nuevo Código Penal en el campo Tributario", ponencia presentada en las Quintas Jornadas Colombianas de Derecho Tributario cuya 'Memoria' bajo el mismo título se publicó por el Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá-Colombia, 1981.
6. Véase el alegato de conclusión presentado por el Dr. Darío Laguado Monsalve, en el proceso 85-D-2555 de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; actor: Banco Ganadero, demandada: La Superintendencia Bancaria.

Fundan su tesis estos defensores de la concepción penalista del Derecho Contravencional Económico, en la prescripción del artículo 375 del estatuto citado, el cual establece en forma perentoria que:

"Las disposiciones contenidas en el Libro 1º de este Código se aplicarán también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que estas no dispongan otra cosa" (7).

Se encuentra entonces, de contera, —y desde un punto de vista estrictamente positivo—, que la aplicabilidad o no de los principios del Derecho Penal al que hemos denominado Derecho Contravencional Económico, se subordina a dos supuestos, a saber: a) Que las decisiones administrativas sobre hechos contravencionales económicos se enmarquen dentro de la categoría 'material penal', y, b) Que tales decisiones no deban estructurarse conforme a una regulación especial o propia, en cuyo efecto exclusivamente, procede la atención del Libro 1º del Código Penal.

#### **La actividad sancionatoria administrativa económica no es materia penal:**

Por el primer aspecto debe decirse, que no es posible enmarcar el Derecho Contravencional Económico, dentro de una más genérica 'materia penal', comoquiera que a más de las razones consignadas al respecto por la doctrina (8) y que reseñaremos aquí, se encuentran otras, que a tal inequívoca conclusión convergen. Se verá:

##### 1. La Naturaleza de la actividad sancionatoria.

La actividad sancionatoria administrativo económica del Estado, tiene una naturaleza diversa de la actividad penal propiamente dicha (o quizás sería mejor decir, impropia), comoquiera que la primera se dirige —como lo señala el profesor Low Murtra— a evitar y corregir desestabilizaciones del orden público económico (noción política esta, sobre actividad fundamental de las sociedades modernas por su incidencia directa e inmediata en la tarea estatal por excelencia, ésto es, el bienestar social de las mayorías dentro de una pacífica y armónica convivencia del grupo humano). en tanto, la segunda, la actividad penal del Estado, posee como objetivo primario, la protección del grupo social de elementos patógenos que sólo mediata e indirectamente atacan los fines sociales, aún cuando 'pretenda' preocuparse por la resocialización del delincuente o del contraventor penal. Puede aseverarse aquí, que hoy y en nuestro medio, a pesar de lo propuesto por los criminalistas, la actividad penal del Estado tan solo tiene fines de retaliación social o retributivos, en tanto que la actividad punitiva

7. Código Penal, Decreto 100 de 1980. Compilado por Jorge Ortega Torres, Tercera Edición, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1981, página 113.

8. Véase la nota número dos (2), páginas 491 y siguientes.

administrativa económica, es fundamentalmente correctiva, estabilizadora, sin que sin embargo por tal carácter pueda desconocerse en ella —aunque en grado inferior—, la incidencia de elementos retributivos.

## 2. La Naturaleza de las sanciones impuestas.

Diferenciada la naturaleza propia del Derecho Penal, respecto de la del Derecho Contravencional Económico, surge en consecuencia, que la respuesta del Estado frente a las infracciones pertinentes, tiene también un carácter diverso: ciertamente, las sanciones administrativas económicas tienen que ser ágiles, inmediatas, para que logren su cometido prístino, en tanto que, por su incidencia, no tiene **mayor** importancia el momento en que se imponga la sanción penal, la cual sin embargo, y de proceder jurídicamente, debe en todo caso imponerse.

Este punto, que señala en nuestro criterio la imposibilidad (cuando menos operativa) de deducir administrativamente la responsabilidad de los infractores contravencionales económicos, con sujeción a un debate 'previo' en torno de la acción punible, o, con la exigencia de que se especifique la forma culpable o subjetiva de la conducta reprochada, se estudiará en la parte pertinente, más adelante, sin que por ello dejemos de advertir, desde ahora, que no implica violación —como podría pensarse— del derecho de defensa.

## 3. El Carácter Orgánico administrativo o jurisdiccional de las decisiones.

El carácter orgánico administrativo (materialmente hablando) que impregna las sanciones económicas de que se trata, a diferencia del carácter judicial (material, se repite) que le es inherente a la sanción delictual o contravencional penal, ilustra también sobre las características distintas y especiales de las actuaciones sancionatorias administrativas económicas del Estado, frente a las que se desarrollan en el Derecho Penal; en efecto, aquellas actuaciones involucran criterios de conveniencia y discrecionalidad, de la esencia de la decisión administrativa (especialmente patentes no entrándose de multas, sino v. gr., de la toma de posesión de un establecimiento bancario, o de la nacionalización de otro), mientras que las sanciones delictuales y contravencionales penales —no sobra precisar—, en modo alguno pueden ser incididas por tales criterios.

## 4. La inaplicabilidad histórica de la norma penal.

Desde un punto de vista histórico, las Actas de discusión y elaboración de las normas penales que conforman el Código sustantivo del ramo, —y dentro de ellas, las que refieren la formación del artículo 375 del Decreto Ley N° 100 de 1980 en especial—, enseñan que no se referían los legisladores extraordinarios a las denominadas contravenciones económicas o financieras cuando redactaron el precepto citado, o

bien, aquellos conformantes de los Títulos Primero y Tercero del Libro Primero del Código Penal, Títulos que versan de 'Las normas rectoras de la ley penal colombiana' y del 'Hecho Punible'. En efecto, habiendo acogido la Segunda Comisión redactora del Código de 1980, las fórmulas propuestas por la Primera Comisión, se lee en el Acta número 11 de ésta, respecto del 'hecho punible' y en lo pertinente, que:

"...El actual Código Penal (refiere el de 1936) varió únicamente la denominación de falta por contravención, en tratándose de la **infracción penal** diferente del delito" (subraya fuera del texto).

"No soy partidario de la división tripartita en crímenes, delitos y faltas o contravenciones..., pero sí estimo conveniente proponer como inquietud a la Comisión el estudio de la subclasificación de las contravenciones en: contravenciones penales y contravenciones de policía, o con similar denominación, a efecto de considerar entre las primeras aquellas de mayor entidad, cuya represión quedaría sometida a la jurisdicción, previa la modificación de las disposiciones procedimentales pertinentes" (9).

Surge entonces del texto copiado, —que corresponde a la ponencia del Comisionado Velásquez sobre el Título 2º del Código Penal—, que existía claridad en la Comisión Legislativa primeramente integrada para el estudio de la reforma penal, en cuanto que los hechos punibles, referían los delitos propiamente dichos y las **contravenciones penales**, contravenciones éstas dentro de las cuales se encuentran las contravenciones penales de policía (sancionables administrativamente), y donde, a contrario sensu, no se hallan las contravenciones económicas. Se concluye entonces, que las contravenciones aludidas por los Comisionados gubernamentales para la reforma penal, —es decir, aquellos hechos punibles que se señalan en el hoy artículo 18 del Código Penal—, no son otras que las contravenciones penales, respecto de las cuales, propuesta la subclasificación en contravenciones penales propiamente dichas y contravenciones penales de policía, sin embargo, no se logró división alguna, lo que corroborándose en los debates pertinentes a los que remitimos (10), ocurrió —nos aventuramos a proponer—, en razón de la delimitación impropia de lo policivo a lo penal, que conscientemente evitó establecer el legislador extraordinario que se comenta.

Debe agregarse, en este tópico, que consultadas las Actas correspondientes a la elaboración de los artículos del Código Penal sobre 'culpabilidad', 'proscripción de la responsabilidad objetiva', y demás

9. Acta N° 11 de julio 7 de 1972, de la Primera Comisión integrada para la reforma del Código Penal. Publicada en los Comentarios al Nuevo Código Penal, Decreto 100 de 1980, Tomo I, Parte General, Tercera Edición, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1981, página 153. Dr. Antonio Vicente Arenas.

10. Acta N° 14 de julio 15 de 1972, *ibid.*, páginas 160 y siguientes.

atinentes, no se encontró referencia alguna a las contravenciones que hemos denominado económicas o financieras, todo lo cual converge a la conclusión preestablecida, de la inaplicabilidad de los principios del Derecho Penal a este apartado jurídico contravencional.

Surge así, que la prescripción de la responsabilidad objetiva para los hechos punibles, señalada en el artículo 5° del Código Penal, limita su alcance a los hechos punibles, lo que equivale a decir, a los delitos y a las contravenciones penales, ya estén estas y aquellos, incluidos o no dentro de la codificación de 1980. Se ratifica lo señalado en la línea anterior, con la observación de que muchas de las conductas erigidas en contravenciones económicas, se crearon con posterioridad a la expedición del Código Penal de 1980 (especialmente con motivo de la emergencia financiera por la que atravesara el país en los años de 1982 y 1983), por lo que, —cuando menos respecto de ellas—, debe predicarse su autonomía frente a los principios penales cuya aplicación se estudia, ya que, desde un punto de vista estrictamente positivo, no podía crearse en 1980 una disposición de aplicación por remisión de los principios penales, a normas entonces inexistentes. Nótese, desde el otro vértice de la cuestión, que si en 1980 se conservó en la legislación penal la clasificación tradicional de los 'Hechos Punibles' (11), ello significa inequívocamente, que aún antes de tal año las contravenciones existentes en materia económica o financiera, no se supeditaban a los principios orientadores de la actividad penal.

Finalmente, insertaremos de los 'Comentarios al Nuevo Código Penal' de Antonio Vicente Arenas, la parte correspondiente al artículo 375 del Decreto Ley N° 100 de 1980, en donde textualmente se consignó:

"Esta disposición tiende a solucionar las dificultades que puedan presentarse en la aplicación de leyes especiales de **carácter penal**. En ellas suelen tipificarse delitos y señalarse sanciones, pero como es fácil que guarden silencio sobre la aplicación de la ley en el espacio, en el tiempo y en cuanto a las personas, sobre participación **criminal**, tentativa, culpabilidad, concurso de hechos punibles, circunstancias genéricas de agravación y de atenuación, etc., se ha considerado conveniente hacer extensivas estas normas a dichas leyes especiales, siempre que en ellas no se disponga otra cosa, a fin de colmar vacíos que en la práctica pueden presentarse" (12) (Subrayas fuera del texto).

##### 5. Los sujetos activos de las conductas punibles.

También, los destinatarios de las normas punibles de que tratan las disposiciones penales y contravencionales penales, son diferentes de aquellos a quienes se dirigen las normas económicas, usualmente. En

11. Acta N° 12 de julio 8 de 1972, *ibid.*, página 157.

12. Dr. Antonio Vicente Arenas, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Decreto 100 de 1980, Tomo II, Parte Especial, Volumen II, 4a. Edición, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1981, página 487.

efecto, esta diferencia, es un elemento claramente indicante de los distintos regímenes que deben atender los ordenamientos que se comparan, comoquiera que establecida v. gr. en nuestra legislación, la responsabilidad penal exclusivamente en las personas naturales (13), si se pretendiese aplicar los principios de este ordenamiento a los tipos contravencionales económicos, se tendría que resultarían inocuas la mayoría de estas disposiciones (financieras), las que suponiendo por sujeto activo —generalmente— las personas jurídicas, harían que en la mayoría de los casos se consolidara la impunidad. Adviértase además, que las personas jurídicas no pueden en rigor actuar con culpabilidad —pues este es un predicamento volitivo inherente a las personas naturales, y necesariamente ajeno a las de creación legal, en quienes en rigor no existe voluntad—, por lo que mal podría exigirse este elemento como presupuesto de la responsabilidad.

Finalmente, en este punto y como criterio de autoridad, citaremos las palabras del tristemente desaparecido Dr. Alfonso Reyes Echandía, quien al referir la imposibilidad de que en el Derecho Penal se tuviese por sujeto activo de las conductas punibles a las personas jurídicas, sostenía:

“Entendemos, no obstante, que **dentro del ámbito administrativo** bien pueden preverse situaciones en las que la persona jurídica tome determinaciones, por medio de sus representantes, que puedan afectar intereses patrimoniales y en relación con los cuales deban imponerse sanciones adecuadas a la naturaleza jurídica de la persona moral; pero **en tales casos no juegan los principios orientadores del derecho penal común, particularmente los referentes al fundamento de la responsabilidad penal**. Ejemplo de tales medidas son las que consagra la Ley 58 de 1931 sobre Sociedades Anónimas (Art. 2º)” (14) (las subrayas no son del texto).

#### 6. La diferencia de lo 'Punible' y lo 'Penal'.

No debe confundirse, como frecuentemente se hace, lo 'punible' con lo 'penal'; en verdad, siendo los conceptos citados diferentes por grado, tal distinción se estableció con propiedad por la H. Corte Suprema de Justicia en su fallo de Sala Plena de marzo 7 de 1985, a donde entonces nos remitimos en lo pertinente. Dijo allí la corporación:

“...el DERECHO PUNITIVO 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

13. Consúltese al Dr. Alfonso Reyes Echandía, Derecho Penal, Parte General, Octava Edición, 1981, Universidad Externado de Colombia, página 148.

14. *Ibidem*.

punición por indignidad política (impeachment)...” (las mayúsculas son del texto) (15).

Así las cosas, y a pesar de que discrepamos de la clasificación específica realizada en aquella oportunidad por el Alto Tribunal, y también, de los regímenes aplicables constitucionalmente a tales especies del Derecho Punitivo, si reconocemos y compartimos la diferencia de grado que surge de contera entre el Derecho Punitivo y el Derecho Penal, o por antonomasia podría decirse, entre lo Punible y lo Penal. Y para hacer más clara nominalmente la distinción reseñada, compartimos también con el ya citado Dr. Reyes Echandía, la impropiedad de la locución 'Derecho Penal' para referir "el conjunto de normas jurídicas que, bajo la amenaza de una pena, prohíben determinados comportamientos humanos", ya que estimamos más descriptiva de su contenido y función, la acepción 'Derecho Criminal', como lo acogieran los profesores de tal materia, Carmignani y Carrara (16).

De otra forma y como lo señaló el Dr. Enrique Low Murtra, "Lo punible no siempre está en el mundo del delito y de las penas" (17).

#### 7. El control jurisdiccional de la actividad sancionatoria.

Finalmente, por este aspecto, queremos hacer notar que los juicios de policía de carácter penal o civil, por expresa disposición del nuevo Código de lo Contencioso Administrativo (artículo 84), se encuentran exentos de control por esa jurisdicción, con lo que, razonando por el absurdo y en consecuencia, si se acoge la tesis penalista del Derecho Contravencional Económico, debe deducirse la imposibilidad de que las providencias en esta materia dictadas, se juzguen en procesos contencioso administrativos, tal y como ha venido acaeciendo (18). No sobra advertir, que este criterio sería en verdad gravoso para los entes sancionados por las autoridades de Policía Económica, criterio con el que además, se contrariaría la tradición 'legalista' de nuestro Estado, caracterizado por el perfeccionamiento paulatino de los instrumentos de control, de la actividad pública, con que se ha dotado a los gobernados.

Puede entonces concluirse de todo lo anterior, sin temor a equívocos, que la actividad sancionatoria administrativo económica del Estado colombiano no se desarrolla dentro de una más amplia 'materia penal',

15. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Bogotá D. E., marzo 7 de 1985, Magistrado Ponente Dr. Manuel Gaona Cruz. En Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XIV, N° 161, mayo de 1985, páginas 425 a 433.

16. Dr. Alfonso Reyes Echandía, Ob. Cit., página 24.

17. Dr. Enrique Low Murtra, Ob. Cit., página 492.

18. Así por ejemplo: Fallo del Consejo de Estado de julio 6 de 1984, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Dr. Carmelo Martínez Conn. En Anales del Consejo de Estado, Segundo Semestre, 1984, números 483-484, Tomo CVII, año LIX, páginas 349 y siguientes, también sentencia de abril 13 de 1984, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Dr. Enrique Low Murtra en Anales del Consejo de Estado, Primer Semestre, números 481-482, Tomo CVI, año LIX, páginas 320 a 324.

—sino por el contrario, se edifica sobre supuestos autónomos y especiales de carácter administrativo—, por lo que no debe juzgarse con los principios del ordenamiento penal consignados en el Libro 1º del Decreto Ley 100 de 1980. Y siendo ello así, no se hace menester que se acometa el estudio de la no existencia de normas especiales (procesales) para la punición de las contravenciones financieras, ya que, además de haberse partido de tal supuesto, este requisito de la aplicación por remisión del ordenamiento penal a la actividad administrativa en estudio (conforme al artículo 375 visto atrás), supone el encuadramiento de lo administrativo económico dentro de lo penal, lo que —esperamos haber demostrado fehacientemente—, no ocurre en rigor.

### 3. DE LA APLICACION DEL CODIGO NACIONAL DE POLICIA.

Sin que tengamos conocimiento de partidarios de la tesis, la cual sólo se estudia por rigor metodológico, puede decirse —sin embargo—, que las disposiciones procesales aplicables a las actuaciones de la policía económica —en cuanto no estén expresamente señaladas en la ley—, son las contenidas en los Decretos Leyes 1355 de 1970 (por el cual se dictan normas sobre policía) y 522 de 1971 (el que modifica y adiciona el anterior) junto con las normas que les complementan. Ciertamente, tales estatutos prevén normas de procedimiento que pudieran reputarse de recibo dentro de la actividad policivo económica del Estado, normas dentro de las cuales puede citarse a modo de ejemplo, aquellas que determinan las competencias para la imposición de las sanciones contravencionales allí mismo establecidas (v. gr. las multas), las que determinan los fines generales de la policía, sus funciones y medios de acción, etc. (Título Preliminar: Disposiciones Generales).

No son sin embargo preceptos aplicables a las actuaciones administrativas que estudiamos, comoquiera que del claro tenor literal de las regulaciones legales citadas ello se deriva, muy a pesar de lo que pudiera inferirse, por el nexo lógico-formal del Derecho Contravencional Económico, frente al genérico Derecho de Policía, en esencia, —ya se había anotado—, Derecho Contravencional. Efectivamente, dispone el artículo 5º del Decreto Ley 1355 de 1970, que las “normas y los servicios de policía son medios para prevenir la **infracción penal**” (19), con lo que se ilustra claramente el campo de aplicación de tales estatutos, el que se corrobora repasando sus distintas disposiciones, las que refieren institutos propios del Derecho Criminal, así por ejemplo, la coparticipación, los concursos, la reincidencia, la flagrancia del contraventor, etc.

Entonces, inaplicables las disposiciones del Código Nacional de Policía a los procedimientos administrativos sancionatorios de contravenciones económicas, se impone estudiar la tercera hipótesis atrás señalada.

19. Código Nacional de Policía, Decreto 1355 de 1970. Compilado por Jorge Ortega Torres, Séptima Edición, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1976, página 11.

#### 4. DE LA APLICACION DEL CODIGO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS (LIBRO PRIMERO DEL C.C.A.)

Señala el artículo 1º del Decreto Ley número 01 de 1984, ó Código Contencioso Administrativo, que:

"Campo de Aplicación. Las normas de esta parte primera del Código (los procedimientos administrativos) se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes..., cuando... cumplan **funciones administrativas**...

"Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se registrarán por estas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles" (20) (la subraya no es del texto).

Siendo clara la naturaleza administrativa de la totalidad de las autoridades de policía en materia económica (tanto material como formalmente), y, según el texto transcrito, se tiene, que las disposiciones del Libro 1º del Decreto en cita, son las aplicables a las actuaciones sancionatorias contravencionales económicas, o, de otra forma, que tales preceptos constituyen —no existiendo normas especiales aplicables— el procedimiento debido para la actuación administrativa en comento.

En efecto, habiéndose certificado ya que los procedimientos de policía en estudio, si bien sancionatorios poseen también caracteres correctivos y estabilizadores (21), y también, habiéndose demostrado que no constituyen los 'procedimientos de policía' aludidos en el inciso 3º de la norma antes transcrita parcialmente, debe inferirse que —en ausencia de normas especiales— se rigen por lo establecido en los artículos 1º a 81 del Código Contencioso Administrativo (en cuanto sean compatibles), disposiciones adecuadas a la naturaleza de la función cumplida, según se deriva del análisis de los Principios Generales regulados en el Título Primero, Capítulo Primero del Libro Primero del Código.

No nos cabe duda, que por la remisión subsidiaria consagrada en el inciso 2º de la disposición citada, cuando quiera que se establezca una contravención económica de los caracteres definidos previamente en estas líneas, y se olvide señalar el procedimiento que deberá atenderse para su juzgamiento, éste no será otro que el establecido en el Libro de los 'Procedimientos Administrativos', en especial, el genéricamente determinado en los artículos 34, 35 y 38 (Capítulo VIII), normas

20. Código Contencioso Administrativo, Decreto Ley 01 de 1984, Indicado y Concordado por Tulio Alberto Méndez Espinosa, en "Comentarios al Código Contencioso", Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá, N° 19, Segunda Edición, Bogotá junio de 1986, página 340.

21. Véase el aparte 2-1 de este trabajo.

que tratan de aspectos medulares, como lo son las pruebas, la adopción de decisiones, la caducidad respecto de las sanciones, etc. Obviamente deberán atenderse en lo pertinente los capítulos que refieren el silencio administrativo, las publicaciones, comunicaciones y notificaciones, los recursos, pruebas y decisiones en la vía gubernativa, disposiciones todas que, como ya se había indicado, constituyen en rigor un Código de las Actuaciones Administrativas, actuaciones dentro de las cuales se incluyen las desarrolladas por las Superintendencias Bancaria y de Control de Cambios, autoridades de policía económica de mayor entidad.

Se corrobora la aplicabilidad que se pregona, con el texto de algunas de las normas integrantes de los Títulos III y IV del Libro Primero del Decreto Ley N° 01 de 1984, preceptos que tratando v. gr. de la imposición de multas por el desacato de decisiones administrativas que impongan obligaciones (artículo 65), o bien, del carácter ejecutivo de determinados actos administrativos (artículo 68), contemplan entonces, en abstracto, las situaciones usuales dentro del Derecho Contravencional Económico. Agréguese a lo anterior, que ya en la regulación del proceso contencioso administrativo —propiamente dicho— (artículo 149), se instituye al jefe máximo de las más importantes entidades de policía —el Superintendente— como representante de la Nación en los asuntos que por la entidad o contra ella se promuevan, con lo que se reafirma la sujeción de tales autoridades a las normas administrativas citadas, con razón y en desarrollo de su actividad punitiva.

## 5. CONCLUSIONES

Puede concluirse entonces, de todo lo expuesto, que la actividad punitiva económica desarrollada por la Administración en razón de la infracción de disposiciones contravencionales en esta materia, no se rige por los principios y ordenaciones penales contenidas en el Libro Primero del Código respectivo, sino que antes bien, tal fundamental tarea de los Estados modernos, se desarrolla conforme a los principios propios —administrativos— recientemente consagrados en nuestra legislación en el Decreto Ley número 01 de 1984, Libro Primero.

Ha de advertirse, sin embargo, que tal sujeción de la actividad administrativa estudiada, a los preceptos procesales administrativos, se colige, por la remisión subsidiaria de que trata el artículo 1° del Decreto en cita, lo que equivale a decir, por la inexistencia de disposiciones propias que reglamenten la materia, con lo que se exterioriza la necesidad de clarificación legal que se impone en el punto.

No obstante, y en tanto se produzcan las normas que se echan de menos con precedencia, debe decirse en concreto, que en tratándose del Derecho Contravencional Económico, y en consecuencia de la no aplicación de las normas penales tan repetidamente citadas (inaplicabilidad imposible de sortear, aún con analogía, ya que supone la inexis-

tencia de disposiciones aplicables, las que aquí se encuentran, aunque, bien, por vía de remisión subsidiaria), no está proscrita la responsabilidad objetiva (aquella que surge exclusivamente del evento acaecido, sin consideración a la conciencia y voluntariedad del sujeto activo en la realización de la conducta reprochable); con lo que se afirma, que no se hace necesario para que se tenga por sancionada debidamente una persona, que se determine en su comportamiento forma alguna de culpabilidad (dolo, culpa o preterintención). También, debe señalarse, que la capacidad de investigación y sanción de la Administración por la infracción de contravenciones financieras —eventos que refieren la caducidad de la acción y de la sanción, en rigor, de la potestad sancionatoria—, no se limita por los términos establecidos en la legislación penal (artículo 9º de la Ley 2º de 1984), sino antes bien, por los plazos señalados en el Código de los Procedimientos Administrativos (artículos 38 y 66 numeral 3º del Decreto Ley Nº 01 de 1984). Se observa, igualmente, que el debido proceso que garantiza la Constitución (pero que está diferido a la ley, en lo que hace a su regulación específica) no se aplica en materia de 'Derecho Contravencional Económico' por virtud del artículo 26 de la Carta, sino por virtud de normas diferentes de la Constitución Nacional, ya que el precepto 26 del Estatuto Mayor es de aplicación exclusiva en asuntos penales, según lo explican debidamente los doctores Dante Luis Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez y José Alejandro Bonivento Fernández, en criterio que cogemos en su integridad:

"El artículo 26 de la Constitución, no se refiere, en modo alguno a los juicios civiles, laborales o administrativos, sino única y exclusivamente a los penales, como se desprende del mismo claro texto y sentido de la disposición, de las excepciones contenidas en el artículo 27 de la misma Carta y de la reglamentación del 26 y del 28 hecha por la Ley 153 de 1887.

"La expresión 'nadie' empleada en el artículo 26 significa, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "ninguna persona" y no es, por supuesto, en los procesos civiles, laborales o administrativos en los cuales se juzga a los habitantes del territorio nacional.

"El artículo 27 que establece tres excepciones a la disposición anterior no se refiere, tampoco a juicios previos diferentes de los penales... (cfr.)", y

"Los artículos 43 a 45 de la Ley 153 de 1887 que reglamentan los artículos 26 y 28 de la Constitución Nacional, tampoco se refieren, finalmente, a juicios civiles, o laborales ni, mucho menos, a actuaciones puramente administrativas... (cfr.)" (22).

22. Consúltase el salvamento de voto suscrito por los juristas citados, a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, octubre 17 de 1984, Magistrado Ponente Dr. Carlos Medellín, publicada en *Jurisprudencia y Doctrina*, Tomo XIV, Nº 157, enero de 1985, páginas 79 y siguientes.

Agregan como corolario, los citados juristas, que:

"...el derecho de defensa es el que la ley reconozca en cada juicio y el debido proceso el que se cumpla con sujeción a ella, y, en suma, ... (que) las violaciones de uno y otro principios sólo puede darse cuando los funcionarios desconocen las ordenaciones legales —que es lo que la Constitución prohíbe— ..." (23).

Por manera que surge del texto copiado, que si bien es cierto que la Constitución garantiza el debido proceso, no lo es menos, que lo hace por referencia a la ley; de otro modo, la Constitución prohíbe las violaciones de los procedimientos establecidos en la ley, en el artículo 26 por lo que hace al Derecho Penal o Criminal, y en otras normas en tratándose de campos jurídicos diversos.

Así las cosas, resulta que en materia de 'procedimientos administrativos', la garantía constitucional de su cumplimiento no se encuentra en el artículo 26, sino mejor en el artículo 2º que ordena a las ramas del poder público ejercer sus poderes dentro de las prescripciones de la Carta, normas dentro de las cuales se halla el artículo 20 —que hace responsables a los funcionarios por infracción de las leyes, por su extralimitación de funciones, o bien, por la omisión en el ejercicio de éstas—, el artículo 76 numeral 9º, el artículo 120 numeral 2º —que ordena al Presidente de la República obedecer y velar por el cumplimiento de las leyes—, el artículo 120 numeral 15 —que otorga al Jefe del Estado la facultad de inspeccionar los establecimientos de crédito 'conforme a las leyes'—, disposiciones todas, entre otras, de las cuales surge que deben los funcionarios públicos y los particulares (artículo 10 de la Carta) cumplir con las leyes, en las cuales, ya se dijo, se precisan los distintos procedimientos.

Y si debe cumplirse el debido proceso en los procedimientos administrativos en general —se repite, no por virtud del artículo 26 de la Constitución, sino por estar señalado en la ley, que se obliga a cumplir constitucionalmente por todos los habitantes del territorio—, se colige, que también debe cumplirse en materia del 'procedimiento administrativo para la punición de las contravenciones financieras'. Corolario de lo expuesto es que, siendo el procedimiento 'legal' de las actuaciones administrativas sancionatorias de contravenciones económicas, el señalado en el Libro Primero del Código Contencioso Administrativo, sólo su violación constituirá infracción del 'debido proceso' garantizado constitucionalmente.

Finalmente, nótese que si el 'debido proceso' en materia de actuaciones administrativas, está constituido por el Libro Primero del Decreto Ley N° 01 de 1984, sólo por la infracción de uno de los preceptos

23. *Ibidem*.

que lo constituyen podrá alegarse violación del mismo, y sólo podrá haber infracción del 'derecho de defensa', en cuanto éste se establezca en el procedimiento administrativo (como lo está en el artículo 35 del Decreto Ley 01 de 1984). Por lo mismo, no puede decirse **apriori**, que existe violación del debido proceso en tratándose de la sanción de contravenciones económicas, cuando no se haya otorgado posibilidad de discusión **previa** de la medida por imponer al sancionado, ya que, en rigor, tal infracción ocurrirá sólo si se vulnera una específica prescripción legal que tal debate previo ordene, pudiendo bien la ley, diferir la controversia de la decisión administrativa del caso, tan sólo al recurso gubernativo pertinente, o bien, a la acción contenciosa precedente.

No queremos sin embargo, para terminar, dejar de anotar, que encontramos que dentro del Derecho Contravencional Económico son de recibido algunas instituciones procesales y sustantivas usuales dentro de la ciencia penal, mas no porque se contemplen en este ordenamiento, sino porque son institutos que trascienden al ámbito del Derecho Punitivo, y que cobran pleno valor con el respaldo que les ofrecen los principios generales de derecho, la filosofía del derecho, y, también, la normatividad superior del Estado. Son ellos por ejemplo, la legalidad de las conductas contravencionales, la irresponsabilidad por hechos reprochables cuando obedecen a fuerza mayor o caso fortuito, etc.

En suma, son estos nuestros criterios sobre área tan importante del Derecho Público, la que destinada a cumplir un papel protagónico en la evolución y desarrollo de las sociedades, no ha recibido aún la atención debida, que estamos seguros tendrá; entregamos entonces estas líneas, más que como una propuesta acabada, como el producto de nuestra inquietud, que personas en rigor autorizadas, están en la obligación moral de resolver.