

**APLICABILIDAD DE LA BUENA FE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR ADUANERO A PARTIR DE LA DOCTRINA DE LOS LICITOS
ATIPICOS**

JAVIER FRANCISCO REINA SANCHEZ

**FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA
2009**

**APLICABILIDAD DE LA BUENA FE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR ADUANERO A PARTIR DE LA DOCTRINA DE LOS LICITOS
ATIPICOS**

JAVIER FRANCISCO REINA SANCHEZ

**TRABAJO DE APLICACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO PARA
OBTENER EL TÍTULO DE MAGISTER**

DIRECTOR:

DR. JAVIER ALEJANDRO ACEVEDO GUERRERO

**FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA**

2009

AGRADECIMIENTOS

A los doctores Oscar Mejía Quintana, Mauricio Enrique Rodríguez Delgado y Javier Alejandro Acevedo Guerrero por su invaluable aporte para la elaboración de esta obra.

DEDICATORIA

A Francisco Javier, milagro de la vida, por quien se justifica este esfuerzo de sacrificio y crecimiento profesional.

A Patricia, a quien el Todopoderoso escogió para que ese milagro se hiciera realidad.

A mis padres y a mis hermanos

A todas aquellas personas que siempre estuvieron pendientes de la realización de esta obra y que con su incondicional apoyo coadyuvaron para que la misma se pudiera culminar.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	9
1. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE PRECISION HISTORICA, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL	9
1.1 DEL CONCEPTO DE LA BUENA FE	10
1.2 ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONCEPTO DE LA BUENA FE	17
1.2.1 En el Derecho Romano.	17
1.2.2 En el Derecho Canónico.	19
1.2.3 En el Derecho Mercantil en la Edad Media.	19
1.3 CONSAGRACION DEL CONCEPTO DE LA BUENA FE EN COLOMBIA	20
1.3.1. Estipulación de la Buena Fe en el Código Civil.	20
1.3.2. Estipulación de la Buena Fe en el Código de Comercio.	21
1.3.3. Estipulación de la Buena Fe como Principio en la Constitución Política.	21
1.3.4. De la Buena Fe en el Procedimiento Administrativo Sancionador Aduanero.	23
1.4 MARCO JURISPRUDENCIAL DE LA BUENA FE EN COLOMBIA	30
CAPITULO II	36
2. DOGMATICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO	36
2.1. DEL CONCEPTO DEL ILICITO	37

2.2 DE LA DIFERENCIA ENTRE LOS DELITOS Y LAS CONTRAVENCIONES	41
2.2.1 De la forma de asunción de la responsabilidad en los delitos y en las infracciones.	53
2.3 DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	57
2.3.1 Los principios del derecho administrativo sancionador.	68
CAPITULO III	101
3. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ADUANERO	101
3.1. GENERALIDADES	102
3.2. DEL CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.	104
3.3. BREVE RESEÑA HISTORICA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ADUANERO	106
3.4 NUEVAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES DE LA TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	113
CAPITULO IV	131
4. LA TEORIA DE LOS LICITOS ATIPICOS Y SU APLICACIÓN HERMENEUTICA AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ADUANERO	131
4.1 PRECISION CONCEPTUAL SOBRE LA TEORIA DE LOS LICITOS ATIPICOS	132
4.2 DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ADUANERO DE DEFINICION DE SITUACION JURIDICA DE MERCANCIAS APREHENDIDAS	134

4.2.1 De la causal de aprehensión y decomiso consagrada en el numeral 1.16 del estatuto aduanero colombiano	136
4.3 DEL CONSTRUCTO HERMENEUTICO COMO ALTERNATIVA DE SOLUCION FRENTE A LA INAPLICACION DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ADUANERO Y SU ARTICULACION CON LA TEORIA DE LOS LICITOS ATIPICOS	139
4.3.1 Licitud atípica y carácter perentorio de las reglas.	145
4.3.2 De la propuesta hermenéutica como solución al problema jurídico objeto de investigación	149
BIBLIOGRAFÍA	153

RESUMEN

TITULO: APLICABILIDAD DE LA BUENA FE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ADUANERO A PARTIR DE LA DOCTRINA DE LOS LICITOS ATIPICOS*

AUTOR: JAVIER FRANCISCO REINA SANCHEZ**

Palabras claves: Hermenéutica, Buena Fe, Responsabilidad Objetiva, Derecho Administrativo Sancionador, Lícitos Atípicos, Decomiso, Reexportación, Principio, Reglas, permisión, prohibición.

DESCRIPCIÓN

La presente obra busca, por una parte, identificar y analizar las causas por las cuales el principio de la Buena Fe alegado en los procesos administrativos aduaneros para obtener la entrega de los vehículos importados temporalmente en turismo, cuya aprehensión y decomiso se materializa por no reexportarlos dentro del plazo autorizado, no es aplicable como argumento para la obtención de su devolución y, por otra, pretende, justamente, buscar una solución al problema mencionado a través de un planteamiento hermenéutico, elaborado desde la teoría de los LICITOS ATIPICOS, de los profesores españoles JUAN RUIZ MANERO y MANUEL ATIENZA, fijando el alcance del principio (la Buena Fe) frente a la regla (causal de aprehensión y decomiso), en el sentido de pasar de lo que está *prohibido* (regla) a lo que debe ser *permitido* (principio), lo que implica necesariamente reconsiderar la posición de la Administración frente a la interpretación del principio de la Buena Fe y de contera frente al concepto de la responsabilidad objetiva en el Derecho Administrativo Sancionatorio, a través de la elaboración de la causal hermenéutica de justificación a que he hecho referencia.

* Trabajo de grado

** Escuela de Derecho y Ciencia Política. Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho Director. Javier Alejandro Acevedo Guerrero

ABSTRACT

TITLE: APPLICABILITY OF GOOD FAITH IN THE ADMINISTRATIVE LAW CUSTOMS PENALTIES FROM THE DOCTRINE OF ATYPICAL TENDERERS*

AUTHOR: JAVIER FRANCISCO REINA SANCHEZ**

KEY WORDS: Hermeneutics, good faith, strict liability, punitive administrative law, legal atypical seizure, re-export, principle, legal rules, permission, prohibition.

This book seeks, first, identify and analyze the causes for which the principle of Good Faith alleged in the customs administrative processes to obtain delivery of vehicles temporarily imported into tourism, which materializes seizure and confiscation by not re-exported within the time allowed, is not applicable as an argument for obtaining a refund and, secondly, seeks precisely to seek a solution to the problem mentioned by a hermeneutic approach, drawn from the theory of tenderers ATYPICAL, teachers Spanish JUAN RUIZ MANERO and MANUEL ATIENZA, setting the scope of the principle (Good Faith) against the rule (cause of arrest and seizure), in the sense of moving from what is forbidden (rule) to what should be permitted (principle), which necessarily implies reconsidering the position of the administration against interpreting the principle of Good Faith and tip against the concept of strict liability in punitive administrative law, through the development of hermeneutics causal justification to which I referred.

* Work of grade

** School of Right and Political Science. Master in Artificial Hermeneutics and Managing Right.
Javier Alejandro Acevedo Guerrero

INTRODUCCION

El paso del tiempo ha traído la transformación y la evolución de las comunidades sociales, de sus costumbres, sus economías, sus sistemas políticos y por supuesto de sus ordenamientos jurídicos. En este nuevo auge de cambios acelerados las políticas económicas de los distintos gobiernos orientadas al libre mercado, han ocasionado que el comercio internacional se expanda trayendo como consecuencia la globalización, la cual, sin lugar a dudas ha beneficiado significativamente no solo el desarrollo de las economías, sino también el de las tecnologías, las comunicaciones y la cultura.

Colombia, no ha escapado de estos nuevos rumbos originados por el fenómeno globalizador y es por ello que al unísono con éste, disciplinas jurídicas como el Derecho Aduanero, trascendental en la regulación de los regímenes de importación y exportación de mercancías, han adquirido la importancia que antes no tenían, máxime cuando su interpretación hasta hace poco era limitada a un determinado sector del ejecutivo nacional y de la rama jurisdiccional del poder público, específicamente la Contenciosa Administrativa.

Hoy en día, el panorama es diferente, pues ya la interpretación de sus disposiciones se ha extendido a todas las personas que de alguna u otra manera se relacionan con el tema aduanero, las que a decir verdad, no son pocas, pues dicha legislación permite que los usuarios, destinatarios de aquellas, actúen en ciertos casos directamente, sin intermediarios, como sujetos activos de los regímenes de importación, exportación y tránsito aduanero de mercancías, lo cual posibilita su participación desde el simple trámite formal de “ventanilla”, hasta el jurídico más complejo, de impugnación de las decisiones de la administración en sede gubernativa.

Pues bien, dentro de las diversas actuaciones que profiere la Administración, se encuentran aquellas relacionadas con la aprehensión y el decomiso de las mercancías de procedencia extranjera que hubieren ingresado o se encuentren irregularmente dentro del territorio aduanero nacional, las cuales han de corresponder a específicas causales taxativamente señaladas por el legislador extraordinario, en el Decreto 2685 de 1999 –Estatuto Aduanero Colombiano-. Dentro de estas causales, se encuentra la consagrada en el numeral 1.16 del Decreto ibídem, que establece la no reexportación del vehículo de turismo importado temporalmente dentro del plazo autorizado, medida ésta que independientemente de la intención de quien la soporta, lo perjudica, en especial a los propietarios de los vehículos (en su mayoría turistas dada la cercanía de la región con la República Bolivariana de Venezuela), con la pérdida definitiva del rodante, pues como se verá en el presente trabajo, la legislación aduanera no permite el pago por concepto de rescate para este tipo de mercancías.

Las razones jurídicas que invoca la Administración para justificar la medida de aprehensión y la decisión del decomiso, no distan de una simple y sencilla aplicación objetiva y lógica de la norma, la que cotejada con la situación fáctica concreta representada en el vencimiento de un término que puede ser incluso de minutos y hasta de segundos, trae como resultado la fatal consecuencia, sin que al respecto se hubiese analizado y tenido en cuenta por parte de la autoridad aduanera la conducta del sujeto y los móviles que conllevaron al incumplimiento, no solo a la luz del principio de la buena fe, sino de las diferentes eximentes de responsabilidad, las cuales paradójicamente son aceptadas por el mismo ordenamiento aduanero vía interpretación conceptual, pero para situaciones diferentes de la comentada.

A lo anterior se suma también el hecho de que el principio de la buena fe como está consagrado actualmente en Colombia, elevado a norma de rango constitucional, ha sido en determinados casos, utilizado de manera inapropiada por parte de quienes se han visto involucrados en esta clase de procesos

administrativos, toda vez que al invocarse como mandato constitucional en los recursos ordinarios o extraordinarios, intentan “persuadir” por ese solo hecho, a los funcionarios con el propósito de obtener la devolución de las mercancías decomisadas, con las consabidas consecuencias que conllevaría un eventual desacato a la norma constitucional. No obstante, la experiencia ha demostrado que también un número considerable de usuarios aduaneros incurso en procesos administrativos de decomiso de mercancías, cuyas actuaciones de realidad en verdad estuvieron impregnadas de buena fe, sin intención dañina de vulnerar el ordenamiento jurídico, se han visto perjudicados por las decisiones de la Administración, que los pondera en igualdad de condiciones con quienes han actuado de mala fe, incluso desatendiendo el análisis de la responsabilidad subjetiva o de eximentes de responsabilidad como la fuerza mayor o el caso fortuito.

La Administración, poco o nada se ha preocupado por establecer diferencias¹ entre los destinatarios de sus procedimientos administrativos sancionatorios y de decomiso de mercancías, las cuales son necesarias realizar, precisando que para este último procedimiento si bien probatoriamente la ley exige medios de prueba sujetos al sistema de tarifa legal para su devolución, mide con “el mismo rasero” a quienes actúan de mala y de buena fe, restringiendo el uso de la sana crítica como sistema de valoración probatoria e impidiendo incluso la desvinculación de los procesos de aquellas personas que si bien perjudicadas con la pérdida de la mercancía, demuestran proceder de buena fe, generando un problema de credibilidad en sus procedimientos jurídicos, toda vez que como molde, la autoridad aduanera se ha acostumbrado a aplicar una decisión igual para todos los administrados que se encuentran incurso en este tipo de investigaciones.

¹ Las diferencias aludidas no son otras que considerar en la práctica a cada destinatario de la investigación, como un sujeto distinto de la pluralidad que conforman a la totalidad preconcebida que tiene la autoridad aduanera, respecto de quienes no presume su buena sino su mala fe.

La afirmación del principio de la Buena Fe como eje central de las relaciones entre el Estado y los particulares, ha sido una de las transformaciones más importantes que la Constitución de 1991 ha introducido en nuestro que hacer diario, consecuencia de esa reconstrucción del espacio de lo público en donde la bipolaridad de vieja data entre lo público y lo privado, cede para dar paso al surgimiento de un nuevo escenario, el de lo colectivo, caracterizado por su autonomía, en el que se expresan y definen plenamente derechos y responsabilidades que no son publicas ni privadas sino precisamente colectivas.

De ahí, la necesaria creación de un ambiente de confianza y respeto recíproco entre la Administración y el administrado para que el Estado funcione, de tal manera que en dicho marco, se destaquen el compromiso del Estado y sus agentes como el compromiso del ciudadano ya sea a nivel individual o colectivo, pues como lo señala la Corte: “La buena fe a la que se ha hecho mención, mas que un catálogo de buenos propósitos en la relaciones interpersonales, implica una obligación jurídica, como principio general de derecho, que protege la confianza razonable que debe existir en el comportamiento del otro, quien como ser social debe ser cooperativo y solidario.”²

Por ello se hace necesario que la autoridad aduanera, en tratándose de este específico caso de aprehensión y decomiso, desde la óptica de la subjetividad de las actuaciones de los administrados, analice todas las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores del hecho sancionable, a efectos de dar aplicación al principio que establece la presunción de la Buena Fe en las actuaciones de los particulares ante la Administración, lo cual exige, para este escenario, la elaboración de una casual hermenéutica de justificación de la responsabilidad objetiva a partir de la Teoría de los LÍCITOS ATÍPICOS, mediante la aplicación de una excepción a la regla prohibitiva, a través de la utilización de una razón mas fuerte no contemplada en la misma, que justifique la permisión.

² Corte Constitucional Sentencia T-124 de 1993. M.P: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Ahora bien, la intención de este trabajo, no es pretender una absoluta erradicación de la responsabilidad objetiva del panorama administrativo sancionador aduanero, pues en mi concepto, contrario a lo afirmado por un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia, sí la considero necesaria, principalmente para el cumplimiento de los cometidos estatales relacionados con la observancia de las obligaciones de los administrados para con la Administración, que se reducen en la práctica a la imposición de multas y sanciones por el incumplimiento de formalidades que van desde el no suministro de una simple información hasta la presentación extemporánea de un documento, pues sería casi que imposible que ante incumplimientos de ésta índole se estuviera acudiendo en cada caso a un análisis subjetivo de la conducta. No obstante, cuando se trate de decomisos como el señalado, es innecesaria la referencia a la responsabilidad objetiva, pues acá lo que se requiere es que la autoridad aduanera evalúe ciertas condiciones como la referida al análisis subjetivo de la conducta del individuo, en donde no solo cobrarán importancia la ausencia del dolo o la culpa, sino la posibilidad de lograr la eficacia del principio constitucional de la Buena Fe, mediante la creación de una causal hermenéutica de justificación para la responsabilidad objetiva, desde el enfoque dado a partir de la teoría de los LICITOS ATÍPICOS y cuyo desarrollo se llevará a cabo en concreto en el último capítulo de la presente obra.

De ahí la pertinencia de esta investigación, no solo porque en materia aduanera son escasas las producciones intelectuales en aspectos como los referenciados, lo cual permite un valioso aporte a través de un novedoso e interesante enfoque para la solución de un problema eminentemente hermenéutico como el de marras, sino además porque la excesiva impugnación de las decisiones de la Administración referidas a procesos de decomiso de mercancías por la aprehensión de vehículos importados temporalmente en turismo, provenientes de la República Bolivariana de Venezuela, en su inmensa mayoría, que no son reexportados dentro del plazo autorizado, en donde la Buena Fe pretende ser la tabla de salvación de aquellos

quienes no tienen opción diferente que apelar a su invocación, ha generado para la Administración, una recarga laboral a nivel de la evacuación de expedientes en la vía gubernativa, y para el administrado un daño irreparable como es la pérdida definitiva de su vehículo.

La presente obra busca, por una parte, identificar y analizar las causas por las cuales el principio de la Buena Fe alegado en los procesos administrativos aduaneros para obtener la entrega de los vehículos importados temporalmente en turismo, cuya aprehensión y decomiso se materializa por no reexportarlos dentro del plazo autorizado, no es aplicable como argumento para la obtención de su devolución y, por otra, pretende, justamente, buscar una solución al problema mencionado a través de un planteamiento hermenéutico, elaborado desde la teoría de los LICITOS ATÍPICOS, de los profesores españoles JUAN RUIZ MANERO y MANUEL ATIENZA, fijando el alcance del principio (la Buena Fe) frente a la regla (causal de aprehensión y decomiso), en el sentido de pasar de lo que está *prohibido* (regla) a lo que debe ser *permitido* (principio), lo que implica necesariamente reconsiderar la posición de la Administración frente a la interpretación del principio de la Buena Fe y de contera frente al concepto de la responsabilidad objetiva en el Derecho Administrativo Sancionatorio, a través de la elaboración de la causal hermenéutica de justificación a que he hecho referencia.

Para esta investigación se tendrán como antecedentes normativos la Constitución Política, el Decreto 2685 de 1999 que recoge el Estatuto Aduanero Colombiano, con sus respectivas modificaciones, aclaraciones y adiciones, algunos fallos proferidos por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, así como una muestra de los actos administrativos de decomiso por la causal de aprehensión mencionada, proferidos por la DIAN Bucaramanga durante el último año, que fueron objeto del recurso de reconsideración ante la División Jurídica de la mencionada entidad y que culminaron con decisión confirmatoria a favor de la Administración.

Esta obra constará de cuatro capítulos, el primero de los cuales estará dedicado a la consagración del principio de la buena fe en el ordenamiento colombiano, su evolución histórica y su desarrollo doctrinal y jurisprudencial; el Segundo Capítulo abordará el tema de la ilicitud, la tipicidad y el concepto de infracción en el Derecho Administrativo Sancionatorio, como tema necesario para la aproximación a la Teoría de los LICITOS ATÍPICOS; el Tercer Capítulo desarrollará el tema de la Responsabilidad Objetiva en el Derecho Administrativo Sancionador en donde se estudiarán sus orígenes en el derecho administrativo y en especial en el aduanero, su desarrollo normativo, doctrinal, así como las actuales tendencias jurisprudenciales y las razones por las cuales ha de erradicarse de algunos escenarios del contexto sancionatorio aduanero y, finalmente el Cuarto Capítulo sobre la teoría de los LICITOS ATÍPICOS y su aplicación hermenéutica al procedimiento administrativo de definición de situación jurídica de vehículos importados temporalmente en turismo, decomisados por no reexportarse dentro del plazo autorizado, por medio de la cual se busca una solución al problema mencionado, a través de la creación de una causal hermenéutica de justificación para la responsabilidad objetiva, mediante la aplicación de la teoría esbozada por los profesores MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO.

No obstante, debo ser realista y tal vez algo escéptico para que la Administración Aduanera acoja este planteamiento, pues no cabe duda que dados los significativos avances tecnológicos y de modernización de la entidad en aras de garantizar un servicio excelente a los usuarios y contribuyentes, no puede decirse lo mismo frente al desarrollo de sus procedimientos jurídicos, los cuales, considero desuetos y en cierta forma arbitrarios, pues no están acordes con las actuales corrientes de interpretación jurídica que caracterizan al “nuevo derecho”, que aboga por una verdadera eficacia de éste, como una herramienta para la solución de los conflictos, teniendo siempre como referente a la Constitución Política como garante de los derechos fundamentales de las personas, pues por el contrario en la DIAN, éstos procedimientos tendientes a la imposición de multas y sanciones en

su gran mayoría de carácter pecuniario necesarias para el cumplimiento de metas de gestión de la entidad, siempre se han caracterizado por su excesivo formalismo y “culto al imperio de la ley”, en donde la regla es de manera general, la regla y el principio, por regla general, la excepción. Y ello es así, por cuanto la esencia de la entidad, mas que el servicio, es la fiscalización, el control y el cumplimiento de metas por concepto de recaudo, y en desarrollo de estas actividades los funcionarios encargados de realizarlas, proceden con un tremendo temor reverencial frente a las consecuencias penales, fiscales y disciplinarias que conllevarían “la inobservancia y el desacato de la ley”, para dar lugar a la aplicación de un principio, de tal manera que ante este panorama resulta casi que imposible tomar decisiones de índole administrativo fundamentadas en la aplicación de dichos postulados, los cuales para la DIAN no pasan de ser unas bonitas construcciones literarias que solo sirven para adornar las páginas iniciales de sus compendios normativos.

Sin embargo, como la esperanza es lo último que se pierde, tengo absoluta fe, que algún día el principio de la Buena Fe, obtenga el lugar y el reconocimiento que le corresponde dentro del ordenamiento jurídico aduanero colombiano, máxime cuando la actual Constitución Política redefinió las responsabilidades de los individuos, de la sociedad y del Estado como corolario de esa anhelada visión de la administración pública que desde otrora hemos deseado los colombianos.

CAPITULO I

1. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE PRECISION HISTORICA, LEGAL Y JURSIPRUDENCIAL

En el presente capítulo se desarrollará el concepto de la buena fe, su evolución histórica como principio general del derecho y su consagración como norma de rango constitucional, en virtud de la positivización de la que fue objeto con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991; de igual forma, se analizarán cuales son las razones por las que siendo una presunción que debiera merecer un mejor tratamiento y aceptación por parte de la Administración, no ha sido nunca utilizada como una herramienta que pueda ser útil para resolver conflictos jurídicos, especialmente cuando es invocado en el trámite de procesos administrativos sancionatorios aduaneros. De ahí la importancia del estudio de este instituto en el escenario al que se ha hecho referencia, toda vez que frente a las decisiones que profiere la Administración basadas en la aplicación de normas constitutivas de obligaciones o de reglas prohibitivas que implican la imposición de sanciones, es imperiosa la necesidad de que la autoridad pública presuma en realidad de verdad, la buena fe en las actuaciones que desplieguen los particulares ante aquella, dejando de lado temores y prejuicios que imposibiliten la incorporación del valor ético de la confianza que ha de caracterizar esta clase de relaciones, máxime cuando el derecho de las sociedades contemporáneas caracterizadas por su dinamismo y complejidad, no ha sido ajeno a las transformaciones que ha traído consigo la constitucionalización de sus enunciados, en donde los principios jurídicos en su concepción de norma regulativa adquieren una dimensión de peso o importancia frente a las reglas, siempre planas, finitas y cerradas. En el análisis del principio mencionado, se encuentra implícita la teoría de Robert Alexy, quien señaló que “el punto decisivo

para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas”³; de tal manera que “los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diverso grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende, de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.”⁴ Así pues, que considerada la Buena Fe como un principio en los términos mencionados, se armonizará con la Teoría de los LICITOS ATÍPICOS, de los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, quienes inspirados en Alexy dan cuenta de los principios para señalar que lo *prima facie* prohibido por una regla, de paso a lo finalmente permitido, como consecuencia de los principios relevantes del sistema.

1.1 DEL CONCEPTO DE LA BUENA FE

Consagrado como un principio General del Derecho, es prioritario establecer el significado de dicho concepto para poder entender su consagración como principio de rango constitucional. La Buena Fe como principio, encuentra su mayor grado de desarrollo en el Derecho moderno, cuyo paradigma es la noción de regla moral en las obligaciones civiles predicada por Georges Ripert, quien señala que si el derecho positivo se funda en una idea mas o menos de justicia, esa concepción de justicia debe basarse en un ideal moral impuesta por la razón o la conciencia, que evite el abuso del derecho y repruebe toda forma desleal e inequitativa de actuar dentro del mundo jurídico. “En realidad no hay entre la regla moral y la regla jurídica ninguna diferencia de dominio, de naturaleza ni de objeto. Ni puede haberla, por que el derecho debe realizar la justicia y la idea de lo justo es una

³ ALEXY, Robert citado por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero en “Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”, Ed. Ariel, Barcelona, 2005, p. 31.

⁴ Idem., p. 31.

idea moral”⁵. Gorphe señala que la Buena Fe es “la consagración del deber moral de no engañar a los demás, el cual no es otra cosa que la aplicación de la norma general que ordena no hacer mal al prójimo o no dañar a nadie sin derecho o sin necesidad: *neminem laedere*”⁶. La *bona fides* “es un principio que informa e integra el ordenamiento jurídico con el valor de la confianza que gravita en la conciencia social, por lo cual la doctrina científica lo ha considerado, con acertada razón, como la base del tráfico y el principio supremo y absoluto que domina el derecho de las obligaciones”⁷. Apreciación bastante atinada si se tiene en cuenta que gran parte de la doctrina jurídica privada, considera al derecho civil que regula el tema de las obligaciones, conjuntamente con el derecho procesal, como la base fundamental del derecho, de tal manera que dicho principio adquiera una relevancia preeminente en el derecho privado.

Ahora bien, en aras de obtener una mayor precisión conceptual acerca de la noción de Buena Fe, es importante definir su contenido y establecer el ámbito de aplicación que como herramienta para solucionar problemas hermenéuticos ofrece la Buena Fe como principio, siendo importante establecer las diferencias como regla de derecho y como principio general del derecho.

Bien, Luís Díez – Picazo considera que un principio general del derecho es un valor no legislado que permite dentro del ordenamiento jurídico llenar las lagunas de la ley: “(...) una respuesta no positiva del problema, por virtud de la cual sea necesario acudir en ocasiones a criterios no legislados y no consuetudinarios. Aparece así la necesidad de decidir o de resolver con arreglo a criterios

⁵ RIPERT, Georges. La regla moral en las obligaciones civiles. Ed. La Gran Colombia, Bogotá, 1946, p. 18

⁶ BENITEZ PARRA, Jorge. Introducción al derecho. Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2003, p. 150.

LARENZ, Karl. Derecho de las obligaciones, revisión por Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, p. 144.

extralegales, lo cual no quiere decir ni mucho menos que estos criterios extralegales deban considerarse como extrajurídicos”⁸

Por su parte dos de los principales exponentes de la teoría jurídica contemporánea, el positivista L. H. A. Hart y el neo-iusnaturalista Ronald Dworkin, ha planteado diferencias importantes entre un *principio general* y una *regla de derecho* desde la óptica de una hermenéutica basada en precedentes jurisprudenciales; para Hart algunas de las perplejidades vinculadas con la idea de validez jurídica “se refieren a la relación entre la validez y la eficacia del derecho” y señala que si “con eficacia se quiere aludir al hecho de que una regla de derecho que exige cierta conducta es mas frecuentemente obedecida que desobedecida, resulta obvio que no hay una conexión necesaria entre la validez de una regla particular y su eficacia, salvo que la regla de reconocimiento del sistema incluya entre sus criterios, como algunas lo hacen, la provisión (algunas veces llamada regla de desuso) de que ninguna regla ha de valer como regla del sistema si hace mucho que ha dejado de ser eficaz.”⁹

Dworkin por su parte además de criticar a Hart por considerar que el Derecho solo son reglas, plantea, en contraposición, la existencia de otros parámetros legales, esto es, los principios jurídicos, los cuales a diferencia de las reglas no exigen una decisión cuando operan, toda vez que su función es la de apoyar la decisión judicial. “Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia.”¹⁰

También señala Dworkin que al considerar los principios jurídicos como parte de la teoría del derecho, Hart debe abandonar los criterios suministrados por la regla de reconocimiento, así como el criterio de discrecionalidad predicado a favor de los

⁸ DIEZ-PICAZO, Luís. Sistema de Derecho Civil. Tomo I. Sexta Edición. Madrid, p. 152.

⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. El concepto de derecho. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1992, p. 129

¹⁰ DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Ed. Ariel. Barcelona, 1977, p. 77.

jueces en los casos difíciles. Dworkin afirma que la regla de reconocimiento no permite identificar los principios, razón por la que debe ser desechada como herramienta para la determinación de los principios jurídicos.

En relación con el concepto de discrecionalidad de los jueces frente al evento de casos difíciles, las partes en el proceso tienen el derecho a obtener una solución acorde con el ordenamiento jurídico preexistente, pues en criterio de Dworkin el juez no puede estar aplicando en la solución de tales situaciones, su criterio personal y, por ende creando derecho, sino que por el contrario, frente a problemas como los que plantean los casos difíciles, que tienen que ver con la existencia de reglas jurídicas de textura abierta, el juez recurre a la aplicación de los principios jurídicos que a pesar de no funcionar igual que las reglas, son de carácter obligatorio.

Dworkin concibe un método de decisión en el cual un juez, con capacidades extraordinarias, a quien denomina “Hércules”, encuentra en cada caso difícil los principios que explican de la mejor manera posible las reglas vigentes y que proveen la mejor justificación moral para la decisión del caso.¹¹

Y precisamente, esos principios que tienen un contenido moral y no propiamente jurídico, son los que se conocen como principios generales del derecho y son aquellos en donde se ubica la noción de Buena Fe. Noción que debe ser aplicada como un auxiliar de las reglas del derecho, pero inclusive como una regla misma del derecho, de acuerdo con lo expresado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de junio 23 de 1.958 que al respecto estableció lo siguiente: “(...) El ordenamiento jurídico no está constituido por una suma mecánica de textos legales. No es, como muchos pudieran creerlo, una masa amorfa de leyes. Todo orden jurídico está integrado por ciertos principios generales, muchos de

¹¹ DWORKIN, Ronald. El imperio de la justicia. Ed. Gedisa. Barcelona., 2005, p. 38.

ellos no enunciados concretamente por el Código Civil, pero de los cuales sin duda, se han hecho aplicaciones concretas”¹²

Por ende, la Buena Fe es un principio general del derecho que se aplica y reconoce como fuente del derecho, incluso mucho antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, toda vez que el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 establece que: “Art. 8º.- Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.”

Ahora bien, sabiendo que la Buena Fe es considerada como un principio general del derecho, es preciso desentrañar aún más su significado para establecer qué es en concreto la Buena Fe.

Bien, al respecto es preciso señalar, que el Diccionario Jurídico Espasa Lex, en su edición de 1999 le dedica algunas páginas sin que al respecto llegara a una conclusión o definición única de este concepto, advirtiéndose más bien, que su definición obedece a consideraciones que se apoyan en diferentes puntos de vista, lo que significa, entonces, que la buena fe posee un concepto desde la óptica del Derecho Constitucional, del Derecho Civil, del Derecho Laboral, del Derecho Aduanero, del Derecho Penal, del Derecho Comercial, del Derecho Administrativo, etc. En relación con el Derecho Civil que es el que le da origen al principio, se establece: “(...) La buena fe se consagra como un principio general del derecho, que puede ser entendido de dos diferentes maneras: subjetiva o psicológica y objetiva o ética. Para la concepción psicológica, la buena fe se traduce en un estado de ánimo consistente en ignorar, con base en cualquier error o ignorancia, la ilicitud de nuestra conducta o de nuestra posición jurídica. La concepción ética exige, además, que en la formación de ese estado de ánimo, se

¹² Gaceta Judicial. T LXXXVIII, p. 232.

haya desplegado la diligencia socialmente exigible, con lo cual, solo tiene buena fe quien sufre error o ignorancia excusable”¹³

Para Rodrigo Escobar Gil “La buena fe es el cause por medio del cual el derecho recoge el valor ético social de la confianza, constituye un principio general del derecho, que como tal, forma parte del ordenamiento jurídico, tiene valor normativo y existencia propia como fuente del derecho, al margen de que haya sido o no reconocido por el legislador o la jurisprudencia.” Como puede apreciarse, esta definición recoge el sentido verdadero de la Buena Fe como un valor ético, consecuencia de su carácter axiológico y extrajurídico, el cual específicamente en materia sancionatoria aduanera no es reconocido por la autoridad aduanera, cuando es alegado por los destinatarios de las aprehensiones de los vehículos importados temporalmente en turismo, en desarrollo del proceso administrativo de definición de situación jurídica de mercancías. La *bona fides*, según Luis F Bohórquez en su Diccionario Jurídico Colombiano, no es una norma jurídica, “sino un principio general jurídico fundamental, esto es, algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico. Informa la totalidad del mismo y aflora de modo expreso en múltiples y diferentes normas en las cuales, muchas veces el legislador se ve obligado a acudir en forma integroversable y expresa, y se le atribuyen efectos jurídicos en forma literal. Además de lo anterior, la *bona fides* se muestra como la convicción de no perjudicar a otro, de no defraudar la ley, en la honestidad y leal concertación y cumplimiento de los negocios jurídicos.”

No obstante haberse percibido como un principio jurídico fundamental, puede advertirse una marcada tendencia hacia una definición “conductual”, dentro de la cual, según Karl Popper, “la Buena Fe viene a considerarse como una conciencia que se plasma fenomenológicamente en una conducta valorativa, producto de una estructura noológica humana, esto es, que un individuo común dentro del desenvolvimiento connatural que posee en su entorno familiar a posteriori de su

¹³ Diccionario Jurídico Espasa. Lex. Madrid 1.999, p. 120

concepción, aprehende tanto consciente como inconscientemente a capturar y a adecuar los valores reflejados en dicha convivencia familiar, generando así, una estructura axiológica que redefine su proceder ético por el resto de su vida.”

Por ello, podría determinarse que el origen mismo de la Buena Fe se encuentra en esa estructura noológica (racional), muy propia del ser, por cuanto la Buena Fe se constituye en una convicción y como tal es parte integral del ser humano, relacionada y ligada indubitablemente con conductas como la honestidad, la lealtad, la solidaridad, la confianza, las cuales, más allá de encontrarse en las disposiciones legales, no dejan de ser conductas inherentes a la formación integral de las personas, adyacentes, al hecho de que el legislador las haya consagrado dentro del ordenamiento jurídico vigente.

Sin embargo, la buena fe, bien como regla moral, bien como regla jurídica, requiere para efectos de explayar su verdadera eficacia, en una sociedad tradicional, pre moderna, repentista, inmediatista y oportunista como la colombiana, que se parta de la implementación de programas institucionales formativos, formadores y educativos, con especial énfasis en el fortalecimiento de la cultura ciudadana, de respeto y acato a la ley, que redunde en beneficio de la reconstrucción del tejido social actual, que posibilite a un mediano plazo intentar siquiera el surgimiento o conformación de una sociedad bien ordenada, es decir, “de una sociedad efectivamente regulada por una concepción pública de la justicia”¹⁴.

¹⁴ Esta concepción de la idea de una sociedad bien ordenada, fue planteada por John Rawls en “Justicia como equidad”, paidos 2002, Pág. 31 a la 33. Parte de la base de una sociedad regulada por una concepción pública de justicia en la que cada cual acepta y sabe que todos los demás aceptan, la misma concepción política de la justicia ; en segundo lugar la estructura básica de la sociedad conformada por sus principales instituciones políticas y sociales, satisface esos principios de justicia y, en tercer lugar, de acuerdo con la idea de regulación efectiva, los ciudadanos tienen un sentido normalmente efectivo de la justicia, el cual los capacita para entender y aplicar los principios públicamente reconocidos de justicia y, en su mayor parte, para actuar según lo exige su posición en la sociedad, con sus deberes y obligaciones.

Lo contrario es ceder en el intento y continuar siendo convidados de piedra dentro de una sociedad que además de tradicional, no pareciera acomodarse a la observancia e implicaciones que conlleva el acatamiento a ese *deber ser* de sus disposiciones legales, y mas bien lo que denotan es un lamentable desconocimiento de su sistema jurídico al cambiar *el deber ser* por el *querer ser* con las conocidas consecuencias de ineficacia de ciertas reglas y principios en conglomerados sociales como el nuestro. Lo anterior por cuanto es claro que en el ordenamiento jurídico colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza.

1.2 ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONCEPTO DE LA BUENA FE

1.2.1 En el Derecho Romano. Su bien es cierto el concepto de la Buena Fe al que se ha hecho alusión en el presente texto está estrechamente circunscrito al ámbito de aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador, específicamente cuando es invocado en el procedimiento de definición de situación jurídica de mercancías aprehendidas *-Aprehensión y decomiso de los vehículos importados temporalmente en turismo por no reexportarse dentro del plazo autorizado-* regulado por el Estatuto Aduanero Colombiano¹⁵, es pertinente, para efectos académicos, al momento de estudiar cualquier figura jurídica, conocer su parte histórica, y la evolución conceptual que la misma ha tenido, para poder entender lo que en la actualidad significa; por eso, se cree necesario presentar un breve reseña histórica del principio de la Buena fe, remontándose para ello a los albores del Derecho Romano, y posteriormente en el aporte del Derecho Canónico al ámbito mercantil, sobre el desarrollo de la institución antes mencionada.

Bien, la Buena Fe en el Derecho Romano no fue consagrada como un principio tal y como en la actualidad es considerada, esto es, como Principio General del Derecho y como Principio Constitucional reconocido en el artículo 83 de nuestra

¹⁵ Véase numeral 1.16 de artículo 502 del Decreto 2685 de 1999.

Carta Magna, solamente se aludía a la denominada *fides* o "fe, a secas, entendida como virtud y comportamiento honesto, diligente, leal, a la que luego se le agregó el adjetivo calificativo de *buena*, especialmente con referencia a la posesión... que no tiene que confundirse con la denominada buena fe comercial".¹⁶ En la obra *Los Contratos, Parte General*, LÓPEZ SANTAMARÍA, citando al profesor Georges Rouhette, señala que "La *fides* es un principio ético de honorabilidad, fundamento de la justicia, motor del Derecho contractual romano. En *De Officiis*, Cicerón la representa como la Fuente de Vida. La *fides* implica en lo contractual, el respeto de la palabra y de las promesas; la obligatoriedad del contrato. La *fides* tiene un contenido normativo: impone la obligación de cumplir o ejecutar lo prometido.

El contrato, a la luz de la *fides*, es un acto de fidelidad. Pero también de probidad u honestidad: el deudor debe respetar escrupulosamente los usos o costumbres del comercio; no debe engañar al acreedor, ni incurrir en ninguna especie de fraude; debe cumplir puntual y escrupulosamente su promesa. Salvo que el cumplimiento fuere perjudicial al acreedor o a la República, pues entonces prima el deber de no dañar, *naeminem laedere*. Si las circunstancias cambian, también los deberes se modifican. La *fides* comprende un límite que es la idea de lo justo; y el contrato es acto de justicia"¹⁷

Es claro de acuerdo con las definiciones antes anotadas, que la buena fe que nos interesa, es la referida a ese axioma o principio ético, que como tal ha de caracterizar el recto proceder de las personas, máxime cuando estas actúan o desarrollan tramites ante las autoridades de la República, de tal manera que estas puedan presumirla y reconocerla sin dubitaciones, cuando es alegada por aquellas.

¹⁶ HINESTROSA, Fernando, Salvamento de Voto, Sala de Casación Civil y Agraria, CORTE SUPERMA DE JUSTICIA Sentencia del 7 de mayo de 1968, M.P. Dr. Guillermo Ospina Fernández, Gaceta Judicial N° CXXIV, p. 117 SS.

¹⁷ LÓPEZ SANTAMARÍA, Jorge. Los Contratos, parte general. Tomo I. tercera edición. Ed. Jurídica de Chile, 1998, p. 47.

1.2.2 En el Derecho Canónico. Pese al auge y expansión del Derecho Canónico en gran parte de Europa durante la edad media, el concepto de la Buena Fe continuaba ligado al tema contractual y no como una figura autónoma e independiente del acuerdo de voluntades, sino por el contrario como una “espiritualización” del contrato, “consistente en la valoración preeminente o exclusiva de la voluntad subjetiva de los contratantes, la cual tendría fuerza obligatoria por sí misma, pues por motivos éticos es menester que el hombre respete la palabra empeñada. Según se infiere de la suma teológica, faltar a una promesa es un engaño, una mentira, y por consiguiente un pecado”.¹⁸

No obstante, sí puede afirmarse que aquel concepto inicial de la *fides* romana, fue evolucionado con ocasión de la aplicación de la Doctrina de la Iglesia Católica, quien se encargó de perfeccionarlo al adicionarle el término *buena (bona)*, partiendo obviamente, de la concepción filosófica, de ser el hombre bueno por naturaleza, por lo que las actuaciones que realice están amparadas por la presunción de Buena Fe. Sin embargo, es preciso señalar, que a pesar de su valioso aporte al desarrollo de esta figura, no fue el Derecho Canónico el precursor de su introducción y aplicación en el Derecho, pues restringía su utilización solamente para los católicos, dejando de lado, por supuesto, a quienes comulgaban con religiones o creencias diferentes.¹⁹

1.2.3 En el Derecho Mercantil en la Edad Media. Es importante señalar que además del aporte del Derecho Canónico al desarrollo del principio-deber de la Buena Fe, fue el auge del derecho mercantil durante los siglos XII y XIII, con sus prácticas, costumbres y usos de la época recopilados en la *Lex mercatoria*, el que posibilitó la introducción de algunos principios jurídicos básicos, acogidos y aceptados por los sistemas legales de aquel entonces, en donde la buena fe, se destacaba como un principio básico, sobre el cual se edificaron innumerables

¹⁸ *Ibíd.*, pp. 56-57.

¹⁹ BERMAN, Harold J. La Formación de la tradición jurídica de Occidente. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1993, p. 362.

formas contractuales desarrolladas por el gremio de los mercaderes, como por ejemplo el de la creación de nuevos recursos de crédito.²⁰

1.3 CONSAGRACION DEL CONCEPTO DE LA BUENA FE EN COLOMBIA

1.3.1. Estipulación de la Buena Fe en el Código Civil. La Buena Fe en el Código Civil Colombiano, aparece como un concepto ligado al tema contractual especialmente en las obligaciones que han de observar las partes intervinientes en el contrato. De igual forma, dicho concepto se encuentra referido al poseedor que pretenda adquirir el dominio de las cosas al definirla como “la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio.” A renglón seguido señala la disposición que “en los títulos traslaticios de dominio, la Buena Fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber fraude ni otro vicio en el acto o contrato. Un justo error en materia de hecho, no se opone a la Buena Fe. Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.”²¹ De esta manera se desprende de nuestra codificación civil, respecto del valor que atribuye a la Buena Fe, que, además de considerarla como principio inspirador, su infracción lo equipara al dolo y, por ende, cuando no corresponda a una apreciación discrecional de los hechos, no admite prueba en contrario. Es decir, se trata de un acto eminentemente subjetivo, propio del fuero interno del individuo.²²

Ahora bien, el Código Civil Colombiano establece que la Buena Fe se presume salvo que la misma ley establezca lo contrario, debiendo por lo tanto probarse la

²⁰ Ibid., pp. 366-367.

²¹ Véase artículo 768 del Código Civil

²² Al explicar la interpretación de este concepto en el derecho civil Chileno, Luis Claro Soler advierte que “se trata, pues, de un acto del fuero interno del individuo; de una convicción formada, por la apreciación intelectual de los hechos, de que ninguna otra persona tiene derecho en la cosa, y que hace que el poseedor se considere dueño exclusivo, de una ílesa –conciencia del que piensa que la cosa es suya-.” Claro Solar, Luis. Explicaciones del derecho civil chileno y comparado. Santiago, Editorial jurídica de Chile, p.490.

mala fe en los demás casos.²³ El artículo 1324 ibídem consagra, a propósito de la petición de herencia y de otras acciones del heredero, que “El que de buena fe hubiere ocupado la herencia no será responsable de las enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias, sino en cuanto le hayan hecho mas rico; pero habiéndola ocupado de mala fe, lo será de todo el importe de la enajenaciones o deterioros.”²⁴

1.3.2. Estipulación de la Buena Fe en el Código de Comercio. Por su parte el Código de Comercio en el Libro Cuarto De los Contratos y Obligaciones Mercantiles, señala en el título I referido a las Obligaciones en General, referente a la representación para la celebración de los negocios jurídicos, que “En los casos en que la ley prevea un estado de buena fe, de conocimiento o de ignorancia de determinados hechos, deberá tenerse en cuenta la persona del representante salvo que se trate de circunstancias atinentes al representado”.²⁵ Consagra la presunción de Buena Fe, aun la exenta de culpa, precisando que “quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo.”²⁶ Se presumirá la Buena Fe, aun la exenta de culpa, solo que acá encuentra una mayor acogida en cuanto a precisión, pues el artículo 863 expresamente se refiere a dicho principio cuando dispone: "las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen"²⁷.

1.3.3. Estipulación de la Buena Fe como Principio en la Constitución Política. Cuando el constituyente de 1991 en la exposición de motivos de la disposición recogida en el artículo 83 de la C.N. planteó la posibilidad de consagrar normativamente lo que tan solo era un principio general del derecho, lo hizo pensando solamente desde la óptica de la situación de inferioridad en la que se

²³ Ibid. artículo 769

²⁴ Ibid. artículo 1324

²⁵ Véase artículo 834 del Código de Comercio

²⁶ Ibid. artículo 835

²⁷ Véase Código de Comercio art. 863.

encuentran los particulares frente al Estado²⁸, específicamente de las trabas y obstáculos de las autoridades y de los particulares que ejercen funciones públicas, en donde ponen al administrado como si siempre se presumiera su mala fe y no su Buena Fe; por ello el surgimiento de la ponencia que realizaran al respecto los constituyentes Álvaro Gómez Hurtado y Juan Carlos Esguerra Portocarrero en la gaceta Constitucional No. 19, que a la letra estableció lo siguiente: *“La buena fe, como principio general que es, no requiere consagración normativa, pero se hace aquí explícita su presunción respecto de los particulares en razón de la situación de inferioridad en que ellos se encuentran frente a las autoridades públicas y como mandato para éstas en el sentido de mirar al administrado primeramente como el destinatario de una actividad de servicio. Este mandato, que por evidente parecería innecesario, estaría orientado a combatir ese mundo absurdo de la burocracia, en el cual se invierten los principios y el cual, para poner un ejemplo, no basta con la presencia física del interesado para recibir una pensión, sino que es necesario un certificado de autoridad que acredite su supervivencia, el cual en ocasiones, tiene mayor valor que la presentación personal”*²⁹

El artículo 83 de la Constitución Política preceptúa que “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”³⁰

No obstante, y sin bien es cierto no en vano dicha aspiración tuvo su razón de ser, toda vez que no son pocas las entidades estatales que abusan de su poder con los usuarios que acuden a utilizar sus servicios, no es menos cierto que en no muy pocos casos, también son los usuarios quienes alegando una inexistente mala fe abusan del Estado, cuando este espera de los demás que procedan en la misma forma.

²⁸ Véase Gaceta Constitucional No. 19

²⁹ Véase RAWLS, John. Justicia como equidad. Ed. Paidós, Buenos Aires, 2002, pp. 27 -33.

³⁰ Véase Constitución Política

1.3.4. De la Buena Fe en el Procedimiento Administrativo Sancionador Aduanero. En aspectos como los esbozados en el acápite anterior es cuando el principio de la Buena Fe no puede ser considerado absoluto cuando es invocado para efectos de exculpación por quien ha transgredido el ordenamiento legal, pues en tratándose de asuntos aduaneros, es admisible que la ley presuma que la actuación del usuario no está provista de Buena Fe, cuando éste ha incumplido sus obligaciones aduaneras, lo que corrobora lo dicho en el sentido de que el principio consagrado en el artículo 83 de la Constitución, no tiene una aplicación absoluta, con la excepción hecha referida a que dicho incumplimiento no este afectado por dolo o culpa grave.

Lo anterior adquiere una especial relevancia cuando entratándose de procesos administrativos aduaneros sancionatorios, los investigados destinatarios de sus disposiciones, particularmente aquellos que han incumplido sus obligaciones dolosa y mal intencionadamente, acuden a su invocación, para efectos de su aplicación obligatoria, del artículo 83 de la carta política, exigiendo de la autoridad aduanera su aplicación absoluta, como una eventual herramienta intimidatoria y de coacción, que busca ejercer sobre el servidor público cierta presión a efectos de obtener el archivo de las investigaciones e incluso pretender la devolución de mercancías válidamente aprehendidas y decomisadas, creyendo que por el hecho de aludir a una disposición de índole constitucional que exige de las autoridades presumir la Buena Fe de los particulares ante aquellas, se dejen de lado *ipso facto* consideraciones probatorias que demuestran precisamente todo lo contrario de lo preceptuado en dicho principio.

Sin embargo, también es cierto y no de menor ocurrencia, que investigados en procesos aduaneros, quienes demuestran haber obrado de Buena Fe se encuentren en idéntica situación de los que no lograron comprobar que procedieron de Buena Fe en sus gestiones ante la autoridad aduanera, siendo por ello, en consecuencia, sancionados sin que tan siquiera se ponderen al respecto

antecedentes que de seguro hubiesen incidido en el trámite de su actuación que culmina con la imposición de dicha sanción. Lo anterior aunque en apariencia absurdo e injusto, denota una limitación en el accionar interpretativo de la Administración respecto al verdadero alcance del principio de la Buena Fe, en el sentido de que al no diferenciar en cada caso concreto las especiales circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los hechos, los antecedentes del investigado, la naturaleza de la operación, el país de origen de la mercancía, entratándose de decomisos, termina midiendo, como reza el conocido dicho popular, “con el mismo rasero” a probos y rectos, de igual forma que a improbos y mal intencionados.

Ahora bien, a propósito de la pertinencia disciplinar y hermenéutica para la solución de problemas regionales ligados al tema jurídico abordado, lo anotado cobra importancia, entratándose específicamente de la aprehensión y decomiso de vehículos de turistas importados temporalmente al territorio nacional, por no reexportarse dentro del plazo autorizado, pues ha sido una constante que la autoridad aduanera no admita como argumentos para la obtención de la devolución de la mercancía para efectos de la reexportación, aquellos que explicitan circunstancias fortuitas o de fuerza mayor ligadas a un factor subjetivo que de ninguna manera denota intención de vulnerar el ordenamiento jurídico y que, todo lo contrario, demuestran un proceder desprovisto de mala fe, que sin embargo, reitero, no es admitido por la Administración.

Por ello es importante analizar cuáles son las verdaderas razones que esgrime la Administración frente a la inaplicación del principio de la Buena Fe cuando es alegado por quienes se encuentran incursos en este tipo de investigaciones; y es aquí en donde aparece otro concepto jurídico que de articularse fehacientemente con los argumentos configurativos para el éxito de la presunción de la Buena Fe como principio general en esta clase de procedimientos sancionatorios, va a favorecer indiscutiblemente a aquellos que demuestren que su accionar siempre

estuvo enfocado al acatamiento de las obligaciones y disposiciones legales, como es el de la responsabilidad subjetiva, en contraposición de la responsabilidad objetiva, que para la administración aduanera no está proscrita para el tema sancionatorio aduanero, y el cual es invocado para no admitir la Buena Fe cuando esta es alegada por los destinatarios de las sanciones, tema al cual me referiré, en detalle, mas adelante en un capítulo destinado para su análisis.

Ahora bien, como la Administración justifica su accionar (decomiso de la mercancía) con base en argumentos que establecen su acatamiento a la regla jurídica que señala la específica causal de aprehensión para este caso particular, que impide una decisión diferente del decomiso del vehículo, salvo accidente comprobado ante la autoridad aduanera, es por lo que resulta oportuno encontrar una salida jurídica de índole hermenéutico que posibilite una solución para quienes acrediten que el incumplimiento de la reexportación de su rodante dentro del plazo autorizado, obedeció a circunstancias ajenas a su voluntad (por ende a la mala fe) que imposibilitaron el cumplimiento de la obligación aduanera y así, de esta manera, no concluir necesariamente, con el decomiso de vehículo aprehendido. Para ello, y considerando que puede darse una solución jurídica a este problema, aludiré también, mas adelante, a analizar la teoría de los profesores españoles Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero de los *Lícitos Atípicos*, figura conversa a la de los *ilícitos atípicos*, que posibilita que los actos *prima facie* prohibidos por una regla, se conviertan en permitidos en virtud de un principio, -el de la Buena Fe para nuestro caso-, consideradas todas las circunstancias, y en especial aquellas referidas al elemento subjetivo que haría parte de aquellas situaciones a valorar como un LICITO ATIPICO.

Entonces, esbozada una solución parcial al problema de la inaplicabilidad del referido principio frente al tema del decomiso de los vehículos importados temporalmente en turismo y que no se reexportan dentro del plazo autorizado, respecto de quienes no buscan alterar el sistema jurídico ni el orden económico y

social y, sin embargo, resultan incursos en investigaciones de esta índole, es preciso analizar la otra cara de la moneda respecto de quienes por sus antecedentes y actividades *non sanctas* comprobadas, pretenden salvar con la “amenaza” constitucional del artículo 83 de la Carta Política, su responsabilidad.

Acá es importante llamar la atención respecto de aquellas personas que si bien son minoría, caracterizadas por la habitualidad y frecuencia de sus actuaciones conculcadoras de las disposiciones aduaneras, pretenden justificar su equívoco proceder alegando que siempre obraron de Buena Fe, personas estas que tienen como común denominador, que culturalmente poseen una concepción diferente del respeto a la justicia y acato a la Ley. Ello tiene su fundamento, no en meras suposiciones o apreciaciones subjetivas, sino en el respaldo que dan informaciones de inteligencia adelantadas por las autoridades aduaneras, quienes con base en ellas, elaboran unos perfiles de riesgo atendiendo a circunstancias especiales de origen, procedencia, valor, importador, naturaleza y destinación de la mercancía.

Este grupo social que infortunadamente aumenta en sociedades como la nuestra, ve en la ley la mejor oportunidad para desafiarla y buscar la obtención de beneficios egoístas y particulares, precisamente, porque no creen, ni les interesa la conformación y existencia de una sociedad bien ordenada,³¹ caracterizada por la importancia que dan al *deber ser* que exige el respeto por las reglas jurídicas y sociales, en donde la familia es la institución mas importante en lo social, la Constitución en lo político y en la economía el mercado; sino por el contrario justifican la existencia de sociedades en donde impere el *querer ser*, en la que prevalecen consideraciones personales, culturales, egoístas e individuales, que indiscutiblemente influyen como obstáculo en la idea de una sociedad bien ordenada, en la que existan no solo decisiones “buenas” para ellos, sino justas para todos.

³¹ Véase RAWLS, John. Justicia como equidad. Ed. Paidós, Buenos Aires, 2002, pp. 27 -33.

La existencia de una pugna entre la Buena Fe versus una legitimidad tradicional carismática, en donde la Buena Fe en su doble connotación perspectivista bien, como un *principio* en un contexto de *legitimidad*³², bien como una *regla* en un contexto de *validez*, no resulta una herramienta eficaz cuando es alegada por quienes se encuentran incursos en procesos administrativos aduaneros de definición de situación jurídica de mercancías aprehendidas, específicamente el que surge con ocasión de la aprehensión de los vehículos importados temporalmente en turismo que no son reexportados dentro del plazo autorizado, hace imperiosa la necesidad de realizar un ejercicio hermenéutico que permita al intérprete no quedar “anclado” exclusivamente a la regla, sino que a través de la aplicación de la teoría de los *Lícitos Atípicos*, se extraigan consecuencias prácticas, aplicables a situaciones concretas y de relevancia jurídica y que excluya, por supuesto, aquellas situaciones en las que se comprueba la configuración de infracciones administrativas aduaneras o la aportación de documentos apócrifos o adulterados que falsean la verdad para la devolución de mercancías decomisadas, por parte de quienes con su desleal proceder en las relaciones jurídicas, hacen de las operaciones de comercio exterior caldo de cultivo para el aumento de flagelos como el contrabando, como una práctica antijurídica atentatoria del orden económico y social, apéndice de toda una empresa criminal que pretende la higienización de sus actividades ilícitas a través del ingreso ilegal de mercancías al territorio aduanero nacional.

Lo anterior se explica, por cuanto infortunadamente estamos inmersos en una sociedad caníbal (tradicional)³³, en la que pululan leyes para vegetarianos y en donde se robustecen cada día más los postulados de desconocimiento y desacato a la ley, lo cual, a todas luces, denota un prolegómeno de enormes dimensiones.

³² Véase MEJIA QUINTANA, Oscar. Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho. La relación problemática entre legitimidad, validez y eficacia. Ed. Temis, Bogotá 2005, pp. 53-103.

³³ Véase HABERMAS, Jürgen, Ciencia y técnica como ideología, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 53-112.

No obstante, y retomando el específico tema del derecho aduanero en Colombia, y en especial el referido, a la aprehensión de los vehículos importados temporalmente en turismo que no son reexportados dentro del plazo autorizado, es preciso recabar aquellas situaciones en donde ciudadanos del común, quienes ocasional o habitualmente ingresan mercancías extranjeras al territorio nacional, ora como turistas, ora como comerciantes probos y legalmente establecidos, se ven afectados por medidas y sanciones como las aduaneras, siendo injustamente *“medidos con el mismo rasero”* con el que se miden a quienes por sus antecedentes, han hecho del ingreso ilegal de mercancías extranjeras su *modus vivendi* y de paso una empresa criminal paralela a la de quienes se someten a la legalidad, afectando no solo la sana y leal competencia, sino al orden económico y social.

Es así como este grupo de personas, afectadas por las decisiones aduaneras, válidas y legítimas dentro del contexto de la legalidad y observancia de sus actuaciones y del debido proceso, se ven impotentes ante la argumentación de la Administración para darles la razón, cuando la sanción o medida administrativa del decomiso recae sobre mercancías respecto de las cuales no existía el menor asomo por parte de sus propietarios o poseedores, de dolo o mala fe en su ingreso y permanencia dentro del territorio nacional. Por expresa disposición legal mercancías aprehendidas y decomisadas independientemente de las consideraciones subjetivas del perjudicado con la medida, no son viables devolver, salvo que efectivamente se acredite mediante el sistema de tarifa legal (único permitido para este específico procedimiento, esto es, el de definición de situación jurídica de mercancías aprehendidas), la aportación del documento que demuestre su legal introducción y permanencia dentro del territorio aduanero nacional, o que se trata de mercancías de origen nacional, caso en el cual se desvirtúan los motivos que originaron la medida.

Sin embargo, en el evento en que si bien no se logró reexportar la mercancía dentro del plazo autorizado pero se demostró que no hubo intencionalidad del autor para su ilegal permanencia dentro del territorio nacional, es decir, que procedió de Buena Fe, es cuando el accionar de la Administración debe revisarse, ya que no es correcto que personas que no pretendían conculcar las disposiciones aduaneras con el desafortunado incumplimiento en la reexportación de la mercancía, se deban vincular a un proceso administrativo de decomiso de las mismas, y de paso, si la cuantía de aquellas supera los cincuenta (50) SMMLV, (hoy 1000 UVT en consideración a lo dispuesto por la Ley 1111 de 2006) ser destinatarios de una investigación de índole penal por el presunto delito de favorecimiento del contrabando.

De ahí la pertinencia de este documento, no solo porque en materia aduanera son escasas las investigaciones en aspectos como los referenciados, lo cual permite con este breve trabajo de aplicación la posibilidad de brindar nuevo conocimiento, útil para la solución de problemas jurídico administrativos aduaneros como el de marras, sino además porque la excesiva impugnación de las decisiones de la Administración referidas a procesos de decomiso de mercancías por la aprehensión de vehículos importados temporalmente en turismo, provenientes de la República Bolivariana de Venezuela, en su inmensa mayoría, que no son reexportados dentro del plazo autorizado, en donde la Buena Fe pretende ser la tabla de salvación de aquellos quienes no tienen opción diferente que apelar a su invocación, ha generado un aumento a nivel de evacuación de expedientes en la vía gubernativa, que de seguro va a reflejarse en el consecuencial incremento de demandas no solo de nulidad y restablecimiento sino de reparación directa en la jurisdicción contenciosa administrativa, por cuanto la inaplicación de dicho principio ha ocasionado que paguen “justos por pecadores”, lo cual, como lo demostraré, se solucionaría con un planteamiento jurídico a través de la elaboración de una causal hermenéutica de justificación para la responsabilidad objetiva a partir de la teoría los LICITOS ATÍPICOS, fijando el alcance del

principio frente a la regla, en el sentido de pasar de lo que está *prohibido* (regla) a lo que debe ser *permitido* (principio), lo que implica necesariamente que la Administración reconsidere su posición frente a la interpretación del principio de la Buena Fe y de contera frente al concepto de la responsabilidad objetiva en este tema específico.

1.4 MARCO JURISPRUDENCIAL DE LA BUENA FE EN COLOMBIA

Hasta ahora lo observado, es que la noción de Buena Fe se presenta como un concepto unitario, el cual se pierde cuando se la combina con las reglas técnicas que influyen en función del mecanismo jurídico al cual se integran, ya que al tratarse de un principio general del derecho, encuentra una noción particular al unirse a una regla de derecho concreta que regula o define un derecho particular, evento en el cual adquiere una noción y un carácter propio y singular. Desde este punto de vista y al revisar las líneas jurisprudenciales, la primera conclusión a la que se llega, es que no existe una sola línea jurisprudencial que recoja una sub-regla de aplicación del principio de la Buena Fe, toda vez que son muchas las líneas jurisprudenciales que definen sub-reglas frente a la aplicación de derechos diversos, sub-reglas que por si solas no pueden ser interpretadas ni mucho menos aplicadas, sino en tanto y cuanto estas sub-reglas se consideren frente a una sub-regla mucho más amplia y universal, que es precisamente la que expresamos como contenida en el principio objeto de estudio en este capítulo, es decir, un proceder leal, equilibrado, justo, equitativo, sensato y honesto, tendiente a que los objetivos y propósitos de los intervinientes en las relaciones de los particulares ante la Administración Pública, se logren de manera que el derecho opere sin que se exija al administrado mas allá de lo que las normas establecen.

Desde la entrada en vigencia de la Constitución de Política de 1991, diversos han sido los pronunciamientos de la Corte Constitucional en aras de la protección y el reconocimiento de la Buena Fe como un principio fundamental, que ha de

observarse y garantizarse en las actuaciones que desarrollen los particulares ante la Administración. Así lo reconoció expresamente la Corporación³⁴ al señalar en uno de sus fallos:

“Cuando la Constitución exige que las actuaciones de los particulares y de las autoridades se ciñan a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas, consagra un postulado que obliga a las entidades y a los servidores públicos a revisar radicalmente la posición que tradicionalmente han venido observando ante el ciudadano, marcada por la prevención y la mala voluntad. Tal principio exige de gobernantes y gobernados el compromiso de obrar honesta y desprevénidamente, en el marco de unas relaciones de mutua confianza, de tal manera que, sometidos todos al orden jurídico y dispuestos a cumplir sus disposiciones con rectitud, no haya motivo alguno de recelo. La norma en mención no obliga tan sólo al particular sino que se aplica con igual severidad al servidor público, que ni puede presumir la mala fe de la persona respecto de la cual cumple su función, ni le es permitido, en lo que toca con sus propios deberes, asumir actitudes engañosas o incorrectas.”

La importancia del pronunciamiento antes esbozado, radica precisamente en la necesidad de la Administración, de presumir en realidad de verdad, la Buena Fe en las actuaciones que desplieguen los particulares ante aquella, dejando de lado temores y prejuicios que imposibilitan la incorporación del valor ético de la confianza que ha de caracterizar esta clase de relaciones. Claro está, que el fallo no limita dicha exigencia tan solo a una de las partes, pues dicho postulado obliga recíprocamente que Administración y administrados procedan con rectitud y lealtad en el desarrollo de sus cometidos. Lo que sucede, es que la realidad ha demostrado que en la gran mayoría de las ocasiones, son los particulares los más perjudicados por el no reconocimiento de dicho principio por parte de la

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-532/95. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo

Administración. Y ello, por cuanto ha sido una constante y principalmente en desarrollo de procedimientos administrativos sancionatorios, que se presume no la inocencia³⁵ sino la culpabilidad del investigado, situación está estrechamente ligada a la no aplicabilidad del principio de la Buena Fe, por considerar de manera *a priori*,³⁶ que la vulneración al ordenamiento jurídico fue consecuencia de un proceder doloso y malintencionado del agente, en donde la desconfianza³⁷ reciproca entre Administración y administrado es el común denominador de sus relaciones, lo que no siempre necesariamente será así.

³⁵ **Presunción de buena fe y presunción de inocencia.** "2.3.1. Desconocimiento de la presunción de buena fe y, consiguientemente, de la presunción de inocencia consagrada, en los artículos 83 y 29 de la Constitución que, conforme al artículo 4º, es "norma de normas".

El contenido de la disposición demandada no quebranta las presunciones previstas en los artículos referidos, por las razones siguientes: a) Presunción de inocencia (art. 29). El sentido de dicha presunción es este: Si a una persona se le imputa una conducta jurídicamente ilícita, quien hace la imputación es quien debe probarla. Ahora bien: el artículo 9º demandado no releva de esa prueba. Lo que establece es algo bien distinto: que si a una persona se le atribuye una conducta ilícita y se prueba que en realidad la observó, no es admisible la excusa de que ignoraba la norma que hace ilícita la conducta. Cosa bien distinta es que el agente haya incurrido en la hipótesis de la conducta ilícita sin que le haya sido dado evitarla (conozca o no la norma que contempla el supuesto). Se trataría allí de un caso fortuito o de una fuerza mayor, perfectamente diferenciales de la ignorancia de la ley, y con efectos jurídicos significativamente distintos.

b) Presunción de buena fe. Lo que dispone el artículo 83 de la Constitución, es que en las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas, se presume que aquellos no actúan movidos por propósitos de engaño o dolo, y que si alguien asevera que es ese el caso, debe probar su aserto. Tan próxima se encuentra esta presunción a la de inocencia que son virtualmente inescindibles. Por tanto es pertinente, con respecto a ella, el argumento anteriormente expuesto, a saber: que si alguien aduce que ignoraba que su conducta torticera fuera censurada por el derecho, la eficacia de tal argumento esta jurídicamente descartada". Corte Constitucional Sentencia C-651, dic. 3/97. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

³⁶ "La sociedad necesita desenvolverse en un clima de confianza en el cual los actos de las personas no sean **a priori** calificados de ilícitos o indebidos sin haber establecido previamente que en efecto ello es así. Se requiere suponer que, como regla general, los asociados obran con transparencia, sinceridad y lealtad, dentro de los postulados y reglas que rigen la organización social."Corte Constitucional Sentencia T-578A/95. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

³⁷ "La buena fe es un principio general de derecho que fue incorporado a nuestra Constitución Política de 1991. Permite, por razones estrechamente vinculadas a la conducta normal de una persona digna, ampliar el universo de las garantías o, cuando menos, hacerlo más efectivo en cada una de las diversas circunstancias en las cuales se halle presente. La aplicación efectiva del principio de la buena...comporta un aspecto relevante dentro del actual marco nacional. Es indudable la desconfianza reciproca entre administrados y la administración pública en sus constantes relaciones, lo que produce un distanciamiento entre ellas y una correlativa falta de legitimidad de los ciudadanos hacia el Estado. Frente a este panorama desalentador se hace necesario que ambas partes cambien radicalmente de actitud, actuando con lealtad, honestidad y confianza, para que esos vínculos vuelvan a adquirir su carácter de relaciones entre seres humanos". Corte Constitucional Sentencia T-534/92. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

Es por ello, que en tratándose de la aprehensión y el decomiso de los vehículos importados temporalmente en turismo por no reexportarse dentro del plazo autorizado, la aplicabilidad del mencionado principio conllevaría a evitar sin ambages, decisiones injustas y arbitrarias que si bien amparadas en el formalismo de un precepto normativo, no están considerando las especiales circunstancias³⁸ que en la mayoría de los casos motivaron el desconocimiento de la norma que conllevó a la aprehensión, pero que en modo alguno son admitidas por la autoridad. Tal es el caso, de situaciones fortuitas o de fuerza de mayor que ante la imprevisibilidad, irresistibilidad e inevitabilidad de su acaecimiento, impiden el cumplimiento de la obligación dentro del término señalado, o el advenimiento de una enfermedad, la muerte de un ser querido o la atención de una urgencia o necesidad apremiante, que dificultan la reexportación del vehículo dentro del plazo autorizado, pero no por que voluntariamente el administrado lo hubiera deseado, sino porque son situaciones que no escapan a ninguno de los mortales y que sin embargo no son admitidas por la autoridad aduanera, desconociendo no solo su palabra³⁹, sino presumiendo de *facto* dicho accionar como de mala fe⁴⁰, quedando

³⁸ “La buena fe incorpora el valor ético de la confianza, la cual se vería traicionada por un acto sorpresivo de la administración que no tenga en cuenta la situación concreta del afectado. Las facultades discrecionales de la administración deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Un momento inoportuno para adoptar la medida, la desproporción de la misma o la indiferencia respecto de la situación especial de la persona afectada por la decisión, dan lugar al control jurisdiccional de la actuación administrativa en defensa de los derechos fundamentales”. Corte Constitucional Sentencia T-427/92. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁹ “El artículo 83 de la Constitución Política, consagra el principio general de la buena fe, el cual pretende simultáneamente proteger un derecho y trazar una directiva para toda la gestión institucional. El destinatario de lo primero es la persona y el de lo segundo el Estado. El derecho que se busca garantizar con la presunción de la buena fe es el derecho de las personas a que los demás crean en su palabra, lo cual se inscribe en la dignidad humana, al tenor del artículo primero de la Carta. Ello es esencial para la protección de la confianza tanto en la ética como en materia de seguridad del tráfico jurídico. Y el principio de gestión estatal que se encuentra subyacente con la buena fe es el de la celeridad, eficiencia y economía, consagrados en el artículo 209 de la Carta.” Corte Constitucional Sentencia C-575/92. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁰ “La buena fe ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional (CP art. 83). Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta (“*vir bonus*”). La buena fe supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada. En las gestiones ante la administración, la buena fe se

dicho principio relegado a una mera aspiración del constituyente y a una simple expectativa del gobernado. Claro está, que la pretensión del reconocimiento de la buena fe por parte de quien sin proponérselo conculcó el ordenamiento jurídico, no significa, desde luego, que este principio se convierta en una excusa para que cada vez que exista vulneración al mismo, se acuda a la aplicación de esta figura para justificar el reprochable accionar, pues, aceptarlo de esta forma, sería desnaturalizar su esencia lo cual le terminaría de restar la poca credibilidad que tiene ante las autoridades públicas. Al respecto la Corte Constitucional señaló que el principio de la buena fe no puede ser considerado eximente de responsabilidad al expresar lo siguiente: “La buena fe no puede implicar que el Derecho la admita y proclame como criterio eximente de la responsabilidad que, según las leyes, corresponde a quienes incurren en acciones u omisiones dolosas o culposas que ameritan la imposición de sanciones judiciales o administrativas. Hacer del principio de la buena fe una excusa de ineludible aceptación para consentir conductas lesivas del orden jurídico equivale a convertir éste en sistema inoperante. Pese a la obligatoriedad del principio constitucional enunciado, éste se edifica sobre la base de una conducta cuidadosa de parte de quien lo invoca, en

presume del particular y constituye guía insustituible y parámetro de acción de la autoridad. La doctrina, por su parte, ha elaborado diversos supuestos para determinar situaciones contrarias a la buena fe. Entre ellos cabe mencionar la negación de los propios actos (***venire contra factum proprium***), las dilaciones injustificadas, el abuso del poder y el exceso de requisitos formales, sin pretender con esta enumeración limitar el principio a tales circunstancias. No es posible reducir la infracción de la buena fe a casos tipificados legalmente. De ahí que la aplicación de este principio suponga incorporar elementos ético-jurídicos que trascienden la ley y le dan su real significado, suscitando en muchas ocasiones la intervención judicial para calificar la actuación pública según las circunstancias jurídicas y fácticas del caso. La administración y el administrado deben adoptar un comportamiento leal en el perfeccionamiento, desarrollo y extinción de las relaciones jurídicas. Este imperativo constitucional no sólo se aplica a los contratos administrativos, sino también a aquellas actuaciones unilaterales de la administración generadoras de situaciones jurídicas subjetivas o concretas para una persona. El ámbito de aplicación de la buena fe no se limita al nacimiento de la relación jurídica, sino que despliega sus efectos en el tiempo hasta su extinción. El principio de la buena fe incorpora la doctrina que proscribe el "***venire contra factum proprium***", según la cual a nadie le es lícito venir contra sus propios actos. La buena fe implica el deber de observar en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento administrativo, la credibilidad del Estado y el efecto vinculante de sus actos para los particulares. La revocatoria directa irregular que se manifieste en la suspensión o modificación de un acto administrativo constitutivo de situaciones jurídicas subjetivas, puede hacer patente una contradicción con el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios, si la posterior decisión de la autoridad es contradictoria, irrazonable, desproporcionada y extemporánea o está basada en razones similares. Este es el caso, cuando la administración, luego de conceder una licencia de funcionamiento a una persona para el ejercicio de una determinada actividad, luego, sin justificación objetiva y razonable, procede a suspender o revocar dicha autorización, con el quebrantamiento consecuente de la confianza legítima y la prohibición de "venir contra los propios actos". Corte Constitucional Sentencia T-475/92. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

especial si la ley ha definido unas responsabilidades mínimas en cabeza del que tiene a su cargo determinada actividad.”⁴¹

No obstante, con la consagración constitucional⁴² del principio de la Buena Fe se buscó precisamente, que la efectivización de dicha garantía se materializara en las relaciones jurídicas en que fuera invocado y no constituyera letra muerta como siempre lo había sido, a pesar de su existencia en el ordenamiento jurídico como un principio general del derecho caracterizado precisamente por su inoperancia en el procedimiento administrativo sancionatorio aduanero. El rango constitucional que se confiere a dicho postulado encuentra su fundamento en la necesidad de reconocer como presupuesto básico de las relaciones sociales y políticas la "bona fides", es decir, la transparencia y ausencia de dolo en las manifestaciones de voluntad, tanto en las relaciones interpersonales como en lo concerniente a la actividad del Estado, cuya existencia y poderes únicamente tienen justificación, si se los encuadra en los objetivos esenciales del bien común y la primacía de los derechos inalienables de la persona.

⁴¹ Corte Constitucional Sentencia T-568/92. M.P. Dr.: José Gregorio Hernández Galindo.

⁴²“La buena fe es considerada por el ordenamiento jurídico con una pluralidad de matices y de consecuencias. Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva de las mismas, se pueden destacar las siguientes: a- La buena fe es una causa o creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Sobre esto ha dicho Franz Wieacker: "Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe". b- La buena fe es una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico. c- La buena fe se considera como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma. Con la constitucionalización del principio de la buena fe, se logra que éste se convierta en eficaz instrumento para lograr que la administración obre con el criterio rector de la efectividad del servicio público por encima de las conductas meramente formales que han desnaturalizado su esencia.”_Corte Constitucional Sentencia T-487/92. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero

CAPITULO II

2. DOGMATICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

En el presente capítulo se llevará a cabo el análisis de conceptos que como los intitulados de ilicitud, tipicidad e infracción (contravención), correspondientes en su esencia a la orbita del derecho penal, influyen en gran medida en el Derecho Administrativo Sancionatorio, hasta el punto que los principios que rigen el derecho punitivo son los mismos que aplica esta vertiente del derecho administrativo. No obstante, este es el tema de discusión de un amplio sector de la doctrina foránea, nacional y de la jurisprudencia, que por supuesto será agotado en este aparte, ya que consideran la inexistencia de diferencia cualitativa alguna que posibilite un tratamiento distinto entre los conceptos de delito y contravención, en tanto que otro sector, considera, en aras de justificar dicha diferencia, la necesidad de construir una teoría que desarrolle la autonomía del derecho infraccional de naturaleza administrativa. Lo anterior, frente al objeto de estudio de la presente obra, cobra mayor importancia, toda vez que al analizar la conducta del infractor aduanero a luz del principio de la buena fe, ha de indagarse sobre los motivos que conllevaron a la violación de la regla, lo que implica un análisis detallado de la conducta, que en observancia de los principios que rigen el Derecho penal y aplicados al Derecho Administrativo Sancionador, por lo menos *prima facie*, excluya la responsabilidad objetiva de esa conducta y posibilite que a partir de la teoría de los lícitos atípicos, sea tenida en cuenta como una de las circunstancias que inciden para la elaboración de una causal hermenéutica de justificación de la responsabilidad objetiva. Finalmente el capítulo mencionado, analizará diez de los principios del derecho Administrativo Sancionador, que en concepto del autor son los de mayor aplicación y observancia en el Derecho administrativo aduanero, aludiendo al análisis de las disposiciones del Código de Aduanas que los contiene.

2.1. DEL CONCEPTO DEL ILICITO

Baste señalar de manera muy sencilla la figura converso del ilícito, para entender acorde con lo señalado por el Diccionario de la Lengua Española ⁴³ que lícito es todo aquello que es considerado justo o permitido; por ende *contrario sensu*, y muy de Perogrullo, ilícito es todo aquello que no es justo o no está permitido. El ilícito es por definición un antijurídico y lo antijurídico solamente aflora cuando hay un derecho o bien jurídico conculcado, de tal manera que nada hay antijurídico por sí solo, pues todo hecho punible requiere, antes que así lo sea, de una norma que así lo prevea, por cuanto la naturaleza de los ilícitos es eminentemente normativa.

Ahora bien, el fundamento de imposición de una sanción es la contrariedad entre el *ser* y el *deber ser* establecido por el ordenamiento jurídico. En tratándose del Derecho Penal dicha ilicitud corresponde al concepto mismo de delito, el cual necesariamente alude a sus elementos estructurales como son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad respecto de la comisión de determinadas conductas. El artículo 9º del Código Penal (C.P.L. 599 de 2000) establece: Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Por ello, para que el derecho penal se haga operante, se requiere que la conducta desplegada por un ciudadano se encuentre previamente definida en la ley penal como delito, que exista una “contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico”⁴⁴ y que además el sujeto haya actuado con culpabilidad. Estos elementos estructurales del ilícito penal responden adicionalmente de su categoría dogmática, a principios del derecho penal que han sido positivados en normas rectoras (C.P., art. 10, 11 y 12), que funcionan de una parte como garantías ciudadanas y, a su vez, como limitantes al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Estas normas rectoras como lo establece el artículo del

⁴³ Diccionario de la Lengua Española. Editorial Voluntad S.A. Bogotá, 1996, Pág.238.

⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal. Ed. Bosch. Barcelona, 1975, pp. 139-155.

mismo compendio, constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalen sobre las demás e informan su interpretación (C.P. art. 13).

En el ordenamiento jurídico colombiano no se encuentra una previsión normativa que expresamente determine la necesidad de verificación de las categorías dogmáticas de tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad para tener por supuesta la existencia de una infracción administrativa que fundamente la imposición de una sanción. Sin embargo, a pesar de que en el Derecho Administrativo sancionatorio no existe un cuerpo normativo unificado que contenga los principios propios aplicables, es posible acudir a la entelequia de principios del derecho sancionador recurriendo a aquellos principios vigentes en el ordenamiento administrativo sancionador a pesar de la ausencia de consagración normativa expresa, valiéndose para ello de la denominada matización de principios, verificado principalmente en sede jurisprudencial, recurriendo al derecho penal y al derecho administrativo.

Es por esta razón por la que las normas rectoras del derecho penal, como la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son consideradas como principios del derecho sancionador, que se matizan en el ordenamiento administrativo, dada la ausencia de regulación expresa, por lo que la definición del delito que consagra el derecho penal podría ser aplicable al de las infracciones administrativas, precisando claro está, que además de poseer naturaleza jurídica diferente, la punición o sanción corresponde a la Administración y no a los jueces penales.

Sin embargo, la anterior definición resulta bastante riesgosa en circunstancias como las actuales en las que el nuevo Código Penal actualiza el concepto jurídico penal de acción y replantea la teoría del comportamiento punible, específicamente en temas de suma importancia como son el tipo y la culpabilidad, a propósito de la ineludible aplicación del tipo subjetivo, lo que conlleva a ratificar la tesis sostenida por el autor, en procura de la elaboración de una causal de justificación para la

responsabilidad objetiva a partir de la teoría de los LICITOS ATÍPICOS, sin que sea necesario sustraer del derecho administrativo sancionatorio aduanero y en general de todo el Derecho Administrativo Sancionador, el concepto de *responsabilidad objetiva*, no obstante que la admisión de dicha responsabilidad ya no solo involucra a la culpabilidad sino a la misma tipicidad, la cual en esencia, constituye el principio de legalidad sobre el cual se sostiene todo el andamiaje jurídico del Estado Social de Derecho.

Ahora bien, es indiscutible acorde con lo acotado, que el concepto de ilícito al que hemos hecho referencia, se encuentra estrechamente ligado al concepto de *tipo penal*, entendiendo por éste como aquella descripción de una hipótesis fáctica concreta a la cual se le atribuye una específica consecuencia jurídica, esto es, una pena. Acá es dable destacar, que el concepto jurídico del tipo penal ha adquirido una evolución significativa desde la perspectiva de sus componentes y de su posición dentro de las categorías originalmente integrantes de la conducta punible, siendo la más importante, para efectos del propósito fundamental del presente trabajo, la concepción del tipo subjetivo desde la dimensión dogmática a partir de la formulación de la Teoría Final de la Acción de WELZEL⁴⁵, que en este específico aspecto coloca al dolo⁴⁶ y la culpa⁴⁷ como parte integrante del tipo (tipo

⁴⁵ A propósito del dolo WELZEL en su obra Derecho Penal Alemán, señaló lo siguiente: “Esta función final-objetiva del dolo para la acción se presupone siempre en el derecho penal cuando se define el dolo como conciencia del hecho y resolución al hecho. Dolo es saber y querer la realización del tipo. En tanto se emplee el dolo como concepto jurídico penal (como dolo de tipo), su objeto es la realización del tipo objetivo de un delito. Dolo, en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito.” WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Parte general. Ed. Jurídica de Chile, 1993, p. 77.

⁴⁶ El Código Penal adoptado mediante la Ley 599 de 2000, define al dolo en el artículo 22 de la siguiente manera: “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.” Definición esta que corresponde a la defendida por la escuela finalista, que a diferencia del Código Penal de 1980, excluye el conocimiento de la antijuridicidad como parte del mismo, razón por la cual el elemento cognitivo del dolo se refiere exclusivamente a los “hechos constitutivos de la infracción penal” (tipo objetivo), tal y como lo señala el artículo 22 mencionado y, no al hecho punible en general, es decir, incluyendo el conocimiento de la antijuridicidad, como sucedía en la legislación anterior.

subjetivo) y no de la culpabilidad, como sucedía en el pensamiento de la anterior doctrina filosófica y jurídica, anticipando de ésta manera, parte del ejercicio de imputación objetiva⁴⁸ al propio juicio de adecuación típica. En otras palabras, para

⁴⁷ La culpa se encuentra definida en nuestro Código Penal en el artículo 23 en los siguientes términos: “La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.” Esta definición de culpa también alude a la concepción que de ella ha realizado la Teoría Finalista de la Acción, toda vez que a la tradicional concepción de previsibilidad contemplado en el Código Penal de 1980, se le adiciona la condición de la violación al deber objetivo de cuidado, el cual como afirma WELZEL, se trata de un concepto normativo referido no al autor sino al “ámbito de relación”, no a las circunstancias propias de cada acción –u omisión- en concreto, sino al modelo que hubiera seguido un hombre prudente y razonable.

⁴⁸ Sobre la Imputación Objetiva, Bacigalupo expone de manera bastante clara y sencilla el contenido de dicha teoría en los siguientes términos: “Esta teoría, que tiende a imponerse ampliamente en la actualidad, reconoce sus orígenes (...) en la teoría de la relevancia. Su punto de partida es el reemplazo de la relación de causalidad, como único fundamento de la relación entre la acción y el resultado, por otra relación elaborada sobre la base de consideraciones jurídicas y no naturales. En este marco la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado. Por lo tanto: comprobada ya la causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar: 1. Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; 2. Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado), creado por la acción. Ambos juicios son deducidos de la función del Derecho Penal. Este sólo tiene por objeto acciones que crean para el bien jurídico un riesgo mayor que el autorizado y la producción de un resultado que se hubiera podido evitar. De ello se pueden deducir criterios que permiten eliminar, ya en el nivel de la tipicidad, comportamientos que son irrelevantes para el Derecho penal (...). Como es claro, no toda creación de un riesgo del resultado puede ser objeto de una prohibición del Derecho penal, pues ello significaría una *limitación intolerable de la libertad de acción*. Por ello existen *riesgos permitidos*, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, aunque de ellos se pueda derivar un resultado típico. *Ejemplo*: el que conduce un coche dentro de los límites de velocidad y con respeto de las demás reglas de tráfico crea un peligro, pero permitido. Si como consecuencia de ello, porque un peatón inesperadamente se cruza por un lugar no autorizado, éste resulta con lesiones (...), no habrá dudas de que se ha causado el resultado, pues si el conductor no hubiera circulado por ese lugar, no se hubiera producido el mismo, pero ese resultado no será objetivamente imputable. La suposición de que el riesgo permitido sólo podría operar como una causa de justificación, implícita en la tesis de quienes piensan que el riesgo permitido no excluye la imputación objetiva implica una extensión del tipo penal de una manera intolerable para la libertad. Lo mismo ocurre con la *realización del riesgo* en el resultado producido, que no se debe confundir con el nexa causal, pues se trata de una exigencia adicional a la causalidad, de acuerdo con la cual <<en el resultado se debe actualizar aquél riesgo que es la razón de la prohibición de la conducta>>. Los principios de la imputación objetiva surgen (...) en primer lugar del *fin del Derecho penal*, de garantizar expectativas normativas. De aquí se deduce que las conductas socialmente adecuadas, es decir, que se desarrollan dentro del orden social, no pueden ser alcanzadas por el tipo penal o, con otras palabras, nunca serán típicas. Del fin del derecho penal se deducen especialmente los criterios del *riesgo permitido*, el *principio de confianza*, la *prohibición de regreso* y la *comisión en posición de garante*. La otra fuente de los principios de la imputación objetiva concierne a la realización del riesgo creado por la acción en el resultado producido y proviene de la estructura de los *tipos de resultado*, que requieren que solo el resultado que sea la concreción del peligro creado por la acción de lugar a la consumación del delito. En todo caso es necesario subrayar que la secuencia de la comprobación de la imputación

significarlo mejor, el dolo y la culpa, a diferencia del Código Penal de 1980⁴⁹, no se expresan en la nueva legislación penal (Ley 599 de 2000) como una modalidad de la culpabilidad, sino de la conducta. Esta situación que es recogida en el Código Penal Colombiano, es el reflejo del cambio paradigmático de nuestra tradición jurídica, gracias al advenimiento de constituciones políticas modernas como la nuestra, que estructuran el concepto de la persona con base en la protección y garantía de sus personalísimos derechos al libre desarrollo de la personalidad⁵⁰ y a su dignidad, incompatibles sustancialmente con consideraciones alusivas a la responsabilidad objetiva de la conducta, concepto este que en materia administrativa sancionatoria no debe seguirse invocando en forma absoluta para justificar el proceder punitivo de la administración.

2.2 DE LA DIFERENCIA ENTRE LOS DELITOS Y LAS CONTRAVENCIONES

La ilicitud puede manifestarse de diversas maneras, bien en la forma de delito, ora como representación de una contravención, una falta o una infracción administrativa. El derecho punitivo concreta su esencia en la formulación de la teoría de la conducta punible, en la medida que su contenido la hace merecedora de una pena, pero teniendo aquella de nuestro ordenamiento diversas manifestaciones que son junto al delito, fuente del ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

objetiva requiere que en primer lugar se establezca una relación de causalidad entre un resultado típico (p.ej.: interrupción del estado de embarazo, en el delito de aborto (...)) y una determinada acción. A continuación se debe verificar 1) si esta acción en el momento de su ejecución constituía un peligro jurídicamente desaprobado (si era socialmente inadecuada) y 2) si ese peligro es el que se ha realizado en el resultado típico producido.” BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal parte general. Ara Editores. Primera Ed. Lima, 2004, pp. 265 a 267.

⁴⁹ En el Código penal de 1980 el estudio de la adecuación de la conducta se hacía secuencialmente a través de su examen a la luz de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; por su parte esta última definían al dolo y la culpa en Capítulo Séptimo del Título III, artículo 35 bajo el acápite de “Formas”

⁵⁰ El artículo 16 de nuestra Constitución Política preceptúa el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad, a través del cual se determina la libertad de acción como fuente de todo comportamiento de los asociados y por lo tanto el entorno de protección y restricción a la misma.

La legislación penal colombiana, específicamente en su artículo 19, ha diferenciado dos especies de conductas punibles: *los delitos y las contravenciones*. Estas últimas por supuesto, corresponderán a aquellas contravenciones de índole penal (para diferenciarlas de las administrativas, conocidas como faltas o infracciones). El punto diferenciador entre las conductas señaladas en el artículo mencionado, lo constituye el carácter valorativo que le imprima el legislador, pues cuando a juicio de éste un hecho es considerado como grave porque lesiona o pone en peligro intereses sociales trascendentales, debe por lo mismo, sancionarlo en forma más drástica, configurándolo para ello como delictuoso; *contrario sensu*, cuando considera que los intereses que puede lesionar o poner en peligro son menos importantes y que por lo tanto solo basta para su punición sanciones menos severas, lo estatuye en contravencional.

No obstante, el tema sobre la naturaleza jurídica y por ende las diferencias entre delitos y contravenciones, no ha dejado de ser espinoso en el desarrollo que sobre el mismo han tenido la doctrina y la jurisprudencia, pues es un hecho que no han bastado casi dos centurias para que administrativistas y penalistas encuentren las diferencias trascendentales entre lo que el ilícito penal enmarca y las contravenciones delimitan, entre lo que los distancia y lo que los une. Sin embargo, dichas discrepancias jurídicas y filosóficas ha conllevado al planteamiento de la existencia de diferencias ontológicas y de quienes proponen la identidad sustancial de ambos conceptos. Para ello, doctrinantes y estudiosos de estos temas han elaborado diversos criterios que van desde el estudio del concepto de la antijuridicidad de la conducta, la naturaleza de la pena y del funcionario legitimado para ejercer el *ius puniendi* del Estado, hasta la forma de asumir la responsabilidad (eje principal del presente trabajo) en aras de establecer si existen o no diferencias cualitativas entre delitos y contravenciones o infracciones administrativas.

En Colombia la controversia en torno al tema aludido se encuentra en pleno vigor, máxime cuando no han sido pocos los fallos proferidos por las altas cortes y en especial por el Consejo de Estado, quien a través de sus decisiones se ha empeñado en establecer diferencias de índole ontológica, cualitativa y sustancial entre ambos conceptos, mas con el propósito de justificar la eficiencia del Estado en sus funciones de regulación económica y fiscalizadora, que de elaborar un análisis de fondo que sienta un precedente jurídico sobre el particular. Caso contrario ocurre con la Corte Constitucional, quien en sus providencias ha sido enfática en negar cualquier tipo de diferencia cualitativa.

Doctrinariamente parece estar superada esta controversia, toda vez que la teoría moderna ha estado encaminada en abolir cualquier separación entre la contravención penal caracterizada por poseer idénticas características estructurales del delito y la administrativa correspondiente a las infracciones o faltas, pues tratadistas internacionales y en buen número nacionales, han sido enfáticos en señalar que no existen diferencias entre uno y otro concepto punible, posición por demás predicable por un amplio sector de la jurisprudencia nacional, salvo algunos casos excepcionales, veamos:

TERUEL CARRALERO⁵¹ afirma que la identidad entre el delito y la contravención no es otra cosa que la diferencia que el legislador realiza por la gravedad de la infracción.

El profesor JOSE DUARTE⁵², señala que la controversia es romántica, toda vez que existe una razón de de orden práctico y objetivo, independientemente de aquellas tendencias filosóficas que conduzcan a la diferenciación entre el cúmulo de violaciones a la ley, pues en su concepto, “Hay hechos que el Estado castiga o reprime por una cuestión de necesidad social y en función de un interés

⁵¹ TERUEL CARRALERO, Domingo. Cita Jorge Pinzón y Fernando carrillo en su obra Sector Financiero y Delincuencia Económica. Edit. Temis. Bogotá, 1985, p. 289.

⁵² Duarte, José. Cita. Ibídem. , p.289.

preventivo. Por este motivo los acoge, los define, los clasifica y les fija la sanción correspondiente”.

MERKL⁵³ manifiesta que: “se pierden útiles esfuerzos tratando de determinar qué figuras delictivas corresponden al derecho penal y criminal y cuáles al derecho penal administrativo. Se creía que era posible lograr notas internas distintivas para ambos tipos, y con ello, para la demarcación de las esferas respectivas de sus derechos penales, de modo que el derecho positivo al repartir la competencia entre los tribunales y las autoridades administrativas, no haría sino dar satisfacción a una necesidad derivada del hecho sometido, en cada caso, a la sanción penal. Se trata de una idea quimérica..., reducida la diferencia esencial entre derecho penal administrativo y derecho penal criminal, a una razón de competencia administrativa y judicial respectivamente. Se ha de considerar al derecho penal administrativo como derecho penal auténtico y pleno”.

No obstante, el español JUAN BUSTOS RAMIREZ, al analizar las diferencias entre los conceptos que se estudian y en especial alusión a los “Delitos contra la Hacienda Pública” consagrados en la legislación española que estatuyó para establecer la frontera entre lo que se considera ilícito penal administrativo y el ilícito penal criminal, el criterio más homologable que es el de una determinada cuantía, partiendo del concepto que la diferenciación de estos dos comportamientos no es de orden cualitativo sino cuantitativo, a propósito de la consagración en el Código Penal Español del delito de exportación ficticia que requiere que la desgravación pública que se obtenga falseando las condiciones requeridas para su concesión supere determinado monto de dinero, concluyó lo siguiente: “El punto más complejo a resolver es que si bien, como hemos dicho no hay diferencias cualitativas entre injusto penal administrativo y uno criminal, sí las hay en la configuración cuantitativa material de los tipos. En general, en los tipos

⁵³ MERKL. Teoría general del derecho administrativo. Traducción Española. 1935, p. 350 y s.s. Cita MONTORO PUERTO, Miguel en su obra La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanciones. Ed. Nauta. Ríos Rosas 57. Barcelona. España. 1965, p. 244.

de infracción administrativa se trata de adelantar al máximo la punibilidad, es decir, configurar una protección previa al bien jurídico (cfr. Art. 83 de la Ley General Tributaria). Por eso, en esta configuración de los tipos de infracción se atiende de modo especial a los deberes del sujeto. Pero no habrá entonces que entenderlos como deberes éticos o sociales y tampoco como deberes de lealtad frente al Estado, sino limitados a deberes en relación al bien jurídico protegido, que surgen desde éste. Es, por eso, entonces que en general en el ilícito penal administrativo se tiende a configurar los tipos como castigo a actos preparatorios o bien como tipos de peligro abstracto, lo cual no sería legítimo en el derecho penal criminal que exige la afección del bien jurídico (ya sea por una puesta en peligro concreto o por una lesión) y, por ello, no permite que se presuma ni un elemento subjetivo ni tampoco el peligro mismo. En cambio, como en el Derecho Penal Administrativo muchas veces el acento está en el deber que para los sujetos surge desde el bien jurídico, conforme a su posición, ello permite que la infracción de ese deber se pueda conectar con el bien jurídico protegido, sin necesidad de atender a la existencia de un elemento subjetivo o bien a la puesta en peligro concreto. Lo que sí tiene que existir es la relación con el bien jurídico, ya que el ilícito es el mismo. Por ello, un cambio cuantitativo de ilicitud, que es lo que marca el ilícito criminal, implica necesariamente la exigencia del elemento subjetivo o la lesividad respecto del bien jurídico. Se trata de dos límites materiales cuantitativos que separan el ilícito penal administrativo del ilícito penal criminal. Lo que no es legítimo entonces es confundir ambos niveles y convertir tipos penales administrativos de actos preparatorios o tipos de peligro abstracto en tipos delictivos: Con ello se vulnerarían los principios formales y materiales de carácter político criminal que rigen la intervención penal criminal del Estado (principio de legalidad, por una parte, y, por otra, la necesidad de la pena, el bien jurídico y la dignidad de la persona humana)".⁵⁴

⁵⁴ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Los delitos contra la hacienda pública. Ed. Tecnos, S.A. Madrid, España. 1987, pp. 52- 53.

Alemanes como KLAUS TIEDEMANN afirman por ejemplo, que “Por este motivo básico, la regulación alemana de las contravenciones, de 1968, parte del supuesto de que entre Derecho Penal Administrativo y Derecho Penal en sentido restringido no hay ninguna diferencia cualitativa, como pretendía la teoría clásica del Derecho Penal Administrativo, sino tan solo cuantitativa, y de que sus límites son maleables. Por ello, para la teoría del bien jurídico, resulta imposible admitir que solo haya intereses jurídicos individuales, excepto el mantenimiento de la existencia del Estado. Antes bien, tanto las leyes como la doctrina y la jurisprudencia alemanas reconocen que también los aspectos centrales del bienestar común constituyen intereses jurídicos, tutelados por el Derecho Penal”.⁵⁵

Otros tratadistas consideran que el delito contraría los principios de la ley natural, en tanto que las contravenciones se justifican atendiendo a un mero criterio de “utilidad ciudadana”⁵⁶

Por su parte autores nacionales como JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA⁵⁷ señalan al respecto, que: “no hay, pues, definitivas diferencias sustanciales entre ilícito administrativo y penal, de un lado, y pena administrativa y criminal, del otro. La separación entre ellos es formal y técnica, dependiente de los criterios político-criminales del legislador, único a quien compete valorar la mayor o la menor gravedad del hecho y la necesidad más o menos intensa de una pena de severidad fluctuante. En ambas ilicitudes hay, señala CEREZO MIR, un contenido

⁵⁵ TIENDEMANN, Klaus. Poder económico y delito. Ed. Ariel. Barcelona. España. 1985, p. 69.

⁵⁶ Entre quienes piensan de esta manera se encuentran Carrara y Carminagni de acuerdo a lo expuesto por Florian al señalar que “Es útil recordar que dicha escuela toscana, en su primera concepción, derivaba el carácter diferencial de la distinción entre leyes promulgadas para la seguridad social y las encaminadas a fomentar la prosperidad social”. Posteriormente refiere a Puccioni quien afirma a propósito de las contravenciones que “tienen por objeto aquellas acciones u omisiones que, siendo indiferentes a la luz del derecho natural y de la moral, se prohíbe u ordena su realización para mayor utilidad de los ciudadanos y a fin de proteger la seguridad pública y privada, la prosperidad, el erario y la economía pública. Cfr. Puccioni, “Il código penale toscano. I. p. 21 citado por FLORIAN, Eugenio. “Parte general del derecho penal” Tomo II Ed. Biblioteca de la Revista Cubana de derecho. Habana, 1987-1988, Pág, 398.

⁵⁷ FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho penal fundamental. Segunda ed. Vol. 1. Ed. Témis. Bogotá 1986, p. 58.

de dañosidad que es la *ratio legis*; solo que en la penal es más cercana e intensa la relación protectora con los bienes jurídicos más importantes y más apremiante la necesidad de tutela con los últimos recursos jurídicos (que son en todo caso los penales, no los administrativos). También hay desvalor cultural y ético-social en las faltas y penas administrativas, aunque en las penas son ellos más destacados. El Estado de derecho debe procurar el equilibrio entre los dos sistemas sancionatorios, sin incurrir en la hipertrofia del derecho penal administrativo (absorbiendo en la administración verdaderos delitos y extendiendo insoportablemente la pena administrativa a meras irregularidades.)”.

JAIRO RODRIGO HERNANDEZ VASQUEZ⁵⁸, señala que en efecto, entre los delitos y las contravenciones, no existe ninguna diferencia de índole cualitativo y que por ello es preferible acoger el criterio legal, por ser el más seguro, de tal manera que solo al legislador le asiste la facultad de transmutar una conducta delictuosa en una simple contravención⁵⁹, o viceversa, en atención a las

⁵⁸ HERNANDEZ VASQUEZ, Jairo Rodrigo. El derecho penal administrativo en Colombia. Ed. Pax, Bogotá, 1974, p. 39.

⁵⁹ Precisamente en aspectos como el anotado y en consideración a que el presente trabajo está estrechamente relacionado con el Derecho Administrativo Sancionador Aduanero, es importante destacar que en Colombia el contrabando dejó de ser delito para convertirse en una infracción de carácter administrativo, mediante la expedición del Decreto Ley 1750 del 4 de julio de 1991. Posteriormente, en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 383 de 1997, el legislador volvió a tipificarlo como delito, pero condicionado a un tope en salarios mínimos legales mensuales vigentes, los cuales fueron modificados por la Ley 488 de 1998, para que finalmente quedara consagrado en la Ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano. En dicho ordenamiento se tipificó como conducta constitutiva del delito de contrabando ingresar mercancías de procedencia extranjera al territorio nacional por lugares no habilitados, sin presentarla, ocultarla o disimularla a la autoridad aduanera, en cuantía superior a los 50 SMLMV, de tal manera, que la aprehensión y el decomiso de mercancías que no excedan de dicho valor, no comprometen penalmente la conducta del individuo, quien solamente será destinatario de la vinculación dentro del proceso administrativo de definición de la situación jurídica de la mercancía aprehendida tendiente a declarar su decomiso o devolución si hubo aportación de pruebas satisfactorias. Otro caso que ilustra, las trasmutaciones a que hemos aludido, lo constituyen las disposiciones penales protectoras de la confianza pública en el sector financiero que tuvieron su origen como contravenciones desde la expedición de la Ley 45 de 1923 y que posteriormente se constituyeron en delitos en virtud del Decreto 2920 de 1982. Frente a la constitucionalidad de dicha disposición la sentencia que para el efecto se profiriera por la Honorable Corte Constitucional estableció lo siguiente: “Por lo anterior, obligatorio es señalar, que la diferencia entre delitos y contravenciones, no puede hacerse con criterio jusfilosófico, sino refiriéndola al concepto valorativo que emana del legislador. En efecto, cuando a juicio del legislador un hecho es grave porque lesiona o pone en peligro intereses sociales importantes y debe, por lo mismo, sancionarse en forma severa, lo configura como delictuoso; cuando, en

variaciones de índole sociológico que se puedan suscitar al interior del conglomerado social, sin que haya alteración al texto de la incriminación e incluso, sin variar la sanción en ciertos y determinados casos, toda vez que ésta puede ser principal para ambas situaciones; lo anterior denota a toda luces, que el tratamiento que pueda darse a uno y otro comportamiento de acuerdo con su clasificación, está condicionado al especial y particular criterio del legislador, que por lo demás es común a la diferenciación entre las conductas que deben o no penalizarse, no sustentándose en un principio de orden objetivo sino completamente circunstancial.

Ahora bien, en la jurisprudencia nacional existen interesantes pronunciamientos recogidos en la obra del profesor JAIME OSSA ARBELAEZ quien al respecto señaló: “Por lo que toca con la jurisprudencia colombiana, es de destacar que en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 4 de febrero de 1944, la corporación se apegaba al criterio cualitativo de las infracciones para calificarlas, dada la circunstancia de que, por esa época, se le asignaba a la policía el conocimiento de delitos menores en tratándose de lesiones personales y algunos delitos contra la propiedad.

Sin embargo, ya en el fallo del 31 de mayo de 1984, al juzgar la constitucionalidad de la ley 2 de 1984, asumió una posición de cautela al considerar que los tres primeros artículos de dicho estatuto no fijaban ningún elemento diferenciador que

cambio, considera que los intereses que puede lesionar o poner en peligro son menos importantes y que bastan para su punición sanciones de menor gravedad, lo erige en contravencional. Parecer del legislador que no es homogéneo, pues él responde a las variables condiciones del medio social para el cual legisla. La estimación que hace el legislador está determinada mas por condiciones históricas que teóricas, y mas políticas que científicas, tan es así, que lo que hoy se concerta en consagrar como delito y se corporiza así legalmente, puede mañana transformarse en contravención y viceversa por razones de conveniencia social, económica o política. La legislación actual nos indica entonces, que el discernimiento con que hoy se está actuando, es el de transmutar las conductas tipificadas como delitos para convertirlas en contravenciones. Prueba de ello es la Ley 23 de 1991 que despenalizó diecinueve conductas que antes de su vigencia se tipificaban como delitos para convertirlas en contravenciones especiales. En este sentido, se concluye que la diferencia entre delito y contravención está determinada por la misma ley, que se ocupa de la sistematización o clasificación dentro de los códigos que al efecto regulan el sistema penal.” Sentencia C-549. De 1992. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

lograra clasificar los hechos punibles que tuvieran carácter contravencional, o los que correspondían a la naturaleza de delitos. Agregó, en aquella oportunidad, que: <<atendida la naturaleza básicamente preventiva o aún correctiva y no represiva de la regulación sobre contravenciones, que permite otorgar competencia a la autoridad administrativa en sustitución de la judicial, carece de solidez desconocer de suyo la facultad legislativa de atribución de jurisdicción contravencional a las autoridades de policía, con el mero argumento de que declarándola exequible la Corte estaría dando pie a la posible arbitrariedad nominal derivada del cambio de comportamientos delictivos por el rótulo de contravencionales>>.

En dicho fallo este organismo judicial hizo particular hincapié, con la ponencia del jurista MANUEL GAONA CRUZ, en la autonomía de la rama judicial y dejó en claro que:

<<No le está constitucionalmente permitido sino prohibido al legislador, conferir, como lo hizo mediante lo dispuesto en los numerales 2° y 3° del artículo 1° de la Ley 2 de 1984, competencia de juzgamiento de delitos de lesiones personales y contra el patrimonio económico a las autoridades de policía, en lugar de atribuírsela a los jueces, así como la facultad para aquellas de sanción por vía remisoria sobre algunos delitos, como lo dispuso en el artículo 2° de la misma ley, o distribuir competencia entre autoridades policivas y judiciales sobre los mismos, como lo consagró en el artículo 3° de la citada ley (...)>>.

Y parte importante por lo demás, es el siguiente trozo de la memorable sentencia:

<< Destácase en todo caso que no obstante la pretensión de calificar esos delitos como *infracciones leves*, con fundamento en la cuantificación accidental de los días de incapacidad o de las consecuencias que se deriven para los lesionados, o del monto del patrimonio afectado, esos hechos punibles jamás perderán naturaleza ni entidad, sino que siguen siendo delitos, y son necesariamente más

graves que las conductas contravencionales y por ende distintos de éstas, tanto más cuanto que, en el caso *sub examine* pertenecen a los denominados delitos por definición, es decir, a aquella categoría de hechos punibles que no pueden ser regulados como infracciones menores, dados los esenciales atributos humanos que protegen, y que precisamente forman parte fundamental de la tutela especial que el Estado les debe a los habitantes respecto de su vida... y bienes, a la luz de lo prescrito en el artículo 16 del Estatuto Superior>>(resaltado fuera de texto).

Hoy en día no debe perderse de vista que las normas que atribuyen a las autoridades de policía el conocimiento de los hechos punibles sancionables con pena de arresto, así sean contravencionales, son constitucionales pero solo mientras la ley le atribuye esa competencia a las autoridades jurisdiccionales, según el artículo 28 transitorio de la Carta Fundamental. Pero esa circunstancia ya se superó. Así se verá luego.

Excepcionalmente también la Constitución atribuye en el artículo 116 a las autoridades administrativas, el conocimiento de las contravenciones de tránsito sancionadas con pena distinta a la privativa de la libertad personal.

Se trata de funciones jurisdiccionales, que no propiamente judiciales, pues estas tienen reserva constitucional únicamente adscrita a la rama jurisdiccional administrativa del poder público. Es el ejercicio de una función jurisdiccional administrativa y no de una función judicial que es propia del órgano jurisdiccional. Es que la diferencia entre función judicial y la jurisdiccional radica en que la jurisdiccional resuelve los conflictos intersubjetivos y la función judicial implica la resolución de los conflictos intersubjetivos por un órgano imparcial que, se supone, no está en la autoridad administrativa ya que esta juzga su propio acto.”⁶⁰

⁶⁰ OSSA ARBELAEZ, Jaime. Derecho administrativo sancionador, hacía una teoría general y una aproximación para su autonomía. Ed. Legis. Bogotá, 2000, pp. 516- 518.

Por su parte la Corte Constitucional en defensa de su postura respecto de la cual niega cualquier tipo de diferencia cualitativa entre delitos y contravenciones afirmó lo siguiente:

“Por otra parte, encuentra la Corte que no es posible afirmar la identidad de situaciones jurídicas entre las figuras del delito y de la contravención. En efecto, parece innegable la menor gravedad que el legislador le reconoce a la conducta que tilda de contravencional, frente a los comportamientos que estima delictuales. Es así como las sanciona con penas más reducidas, como sucede por ejemplo en los casos regulados por los artículos 170 y 176 del Código Penal. Si bien en otros tiempos la doctrina encontró otros criterios de diferenciación, hoy en día puede afirmarse que el criterio de la menor gravedad de la conducta, determinada por varios factores entre los cuales está la cuantía del bien jurídico protegido, es el factor diferenciador entre los delitos y las contravenciones. En relación con éste tema, la jurisprudencia de esta Corporación tuvo oportunidad de sentar los siguientes conceptos: “En nuestra legislación se han calificado como delitos las conductas que se consideran afectan los bienes jurídicos de mayor importancia, o comportan una mayor lesividad para los bienes protegidos, quedando las contravenciones limitadas a los hechos de menor gravedad, o que vulneran derechos de menor relevancia. La decisión por una u otra denominación, permite al legislador, entre otras cosas, establecer procedimientos distintos, más breves, más breves en el caso de las contravenciones, fijar un régimen sancionatorio proporcional a la entidad del bien jurídico tutelado, etc.” (Sent. C-346/96 .M.P. Carlos Gaviria Díaz). Así las cosas, sobre el supuesto de que no son iguales las conductas que determinan la comisión de una contravención y las que determinan la comisión de un delito, es justificado y no vulnera el principio de igualdad el que su juzgamiento sea regulado por normas también diferentes, adecuadas a lo que se debate en cada caso”.⁶¹

⁶¹ Corte Constitucional Sentencia C-542 de 1996. M.P: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

Sin embargo, es preciso señalar que en el año de 1998⁶² esta misma Corporación se pronunció al respecto señalando que “el ejercicio de la potestad sancionadora

⁶² La sentencia aludida, esto es, la C-160 de 1998, al respecto señaló lo siguiente, a propósito de la infracción tributaria, el poder sancionador del Estado y la aplicación restrictiva de los principios que rigen el derecho penal: “El poder sancionador que se ha reconocido a la administración, tiene como fundamento del ius puniendi que ostenta el Estado. Potestad ésta, que no solo es ejercida por los jueces, sino por los diversos funcionarios de la administración, que, para lograr el cumplimiento de las funciones que les han sido asignadas, deben hacer uso de éste, para garantizar el adecuado funcionamiento del aparato estatal. El ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, se encuentra limitado por el respeto a los principios y garantías que rigen el debido proceso, tal como lo expresa el artículo 29 de la Constitución. A efectos de darle contenido a éste mandato constitucional, esta Corporación ha señalado, en varias de sus providencias, que los principios y garantías propios del derecho penal, con ciertos matices, pueden ser aplicados al campo de las sanciones administrativas, y, concretamente, a las infracciones tributarias. Aplicación que debe hacerse en forma restrictiva, a efectos de garantizar el interés general implícito en ellas, y sin desnaturalizar las características de cada una de las áreas en las que el Estado ejerce su facultad sancionadora. (Sentencias T-145 de 1993, Magistrado Ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz; C-214 de 1994, Magistrado Ponente, doctor Antonio Barrera Carbonell; C-597 de 1996 y C-690 de 1996; Magistrado ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero, entre otras). Al respecto, se dijo: “El Constituyente colombiano hizo extensivo el derecho al debido proceso y a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (CP 29). Las garantías mínimas del debido proceso penal son aplicables, con algunas atenuaciones, a las actuaciones administrativas sancionatorias. En materia sancionatoria de la administración, la estimación de los hechos y la interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio legítimo debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva – nulla poena sine culpa-, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del non bis in idem y la analogía in malam partem, entre otras. (...) “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 mas 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 desconocido.” (subrayas fuera de texto) (Corte Constitucional, sentencia T-145 de 1993, Magistrado ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz). En el campo de las infracciones tributarias, como consecuencia de los traumatismos que puede generar la inobservancia del deber de contribuir con el financiamiento del Estado, y de las obligaciones accesorias que de él se derivan, el legislador ha consagrado una serie de sanciones, generalmente de carácter patrimonial, cuyo objetivo, no es solo sancionar, sino prevenir y reprimir conductas que lesionen o pongan en peligro el interés general. El poder coactivo de la administración, en el ámbito de ésta infracciones, tiene características muy particulares, que impiden su asimilación con el poder punitivo que, en el ámbito penal, ejerce el Estado. Lo anterior, empero, no significa que los derechos y garantías fundamentales del administrado sean desconocidos, pues, expresamente, se encuentran garantizados en el artículo 29 de la Constitución. Al respecto la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado: “(...) la sanción administrativa que se impone a quien incumple el deber constitucional de tributar (C.P. art. 95, ord 9) goza de ciertas prerrogativas en beneficio de la administración, toda vez que esa facultad es un instrumento que permite la realización de la naturaleza misma del Estado, de tal forma que los derechos y garantías de los ciudadanos se atenúan o matizan en relación con las garantías máximas del derecho penal” (Corte Constitucional, sentencia C-690 de 1996. Magistrado ponente,

de la administración, se encuentra limitado por el respeto a los principios y garantías que rigen el debido proceso. Los principios y garantías propios de derecho penal, con ciertos matices, pueden ser aplicados en el campo de las sanciones administrativas, y, concretamente, a las infracciones tributarias. Aplicación que debe hacerse en forma restrictiva, a efectos de garantizar el interés general implícito en ellas, y sin desnaturalizar las características de cada una de las áreas en las que el Estado ejerce su facultad sancionadora. En conclusión, los principios que inspiran el debido proceso, tienen aplicación en el campo de las infracciones administrativas, incluidas las tributarias, aplicación que debe conciliar los intereses generales del Estado y los individuales del administrado.”

2.2.1 De la forma de asunción de la responsabilidad en los delitos y en las infracciones. En opinión del autor es éste tal vez uno de los subtemas que más importancia merece a propósito del tema de investigación, que como se recordará, apunta a la adopción por parte de la administración aduanera, de un régimen sancionatorio más justo y acorde con los preceptos garantistas de la Constitución, que con base en el análisis de un caso, como es la aprehensión y el decomiso de los vehículos importados temporalmente en turismo por no reexportarse dentro del plazo autorizado, permita la real aplicación del principio de la Buena Fe consagrado en el artículo 83 de la Carta Magna, a la luz de una interpretación fundamentada en un principio constitucional como el mencionado y sistémicamente acompañada con un criterio subjetivo de responsabilidad, que coadyuve a la elaboración de una causal hermenéutica de justificación para la responsabilidad objetiva, a partir de la teoría de los LICITOS ATÍPICOS, y así, de esta, manera, garantizar, derechos fundamentales como el de la dignidad humana, partiendo de la presunción de la Buena Fe de los particulares cuando actúan ante la Administración.

doctor Alejandro Martínez Caballero). En conclusión, los principios que inspiran el debido proceso, tienen aplicación en el campo de las infracciones administrativas, incluidas las tributarias, aplicación que debe conciliar los intereses generales del Estado y los individuales del administrado. Por tanto, estos principios deben ser analizados en cada caso a efectos de darle el alcance correspondiente. (Sentencia C- 160 de 1998. M.P. Dra. Carmenza Isaza de Gómez).

Y lo anterior cobra mayor importancia si se tiene en cuenta que el criterio que ha caracterizado a nuestro ordenamiento jurídico, es el que refiere a que en las infracciones administrativas la responsabilidad se asumiría sin consideración al examen de intención del sujeto, en tanto que, *contrario sensu*, en los delitos dicha responsabilidad constituye un presupuesto indispensable de la conducta punible.

Ahora bien, es importante destacar tal y como ya se había anotado, que desde el punto de vista cualitativo tanto los delitos como las infracciones traducen el esquema de la norma jurídica en el sentido de que tanto unos como otros suponen necesariamente la detallada descripción fáctica del precepto, de cuya observancia se deriva la sanción preceptuada para cada tipo en concreto. Bajo este esquema, la operatividad de las normas en materia de infracciones es exactamente la misma de la norma penal, reafirmando su pertenencia a dicho escenario cuando al tratar de establecer diferencias sustanciales con el delito, los intentos por hacerlo resultan fallidos.

La tendencia actual y respecto de la cual doctrinariamente existe unidad de criterio, es la de la ausencia de diferencias cualitativas entre los delitos y las infracciones⁶³, no solo en la doctrina nacional sino también en la extranjera⁶⁴, así

⁶³ El tratadista español Alejandro Nieto García señala que a partir de la unidad potestativa sancionadora del Estado, tanto las infracciones administrativas como los delitos, son manifestaciones del “ius puniendi” del Estado. Trae a colación en su obra fallos tan connotados como el proferido por el Tribunal Superior Español, el 4 de noviembre de 1980 en donde se señala fehacientemente que el ejercicio de la facultad sancionatoria de la administración, como especie de la potestad sancionadora del Estado, debe regirse por las normas del derecho penal, toda vez que la finalidad de la potestad administrativa es la misma que en materia penal, por lo que aquella se impregna de los principios de ésta, habida consideración que ambas se alimentan del poder represivo e intervencionista, propios del Estado. De igual forma arguye el autor, que en la legislación alemana existe una separación entre infracciones administrativas y delitos, pero precisando que dicha separación es meramente formal toda vez que la ilicitud depende de la decisión exclusiva del legislador. Esta situación es similar a como ocurre en Colombia, en donde a criterio de legislador se establecen que conductas son constitutivas de delito y cuáles de contravención o infracción. (cfr. NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. Ed. Tecnos. Madrid, 1994, p. 80 y 197).

⁶⁴ Al respecto véase autores destacados a propósito del tema en comento: JIMENEZ DE ASUA, Luis (Tratado de derecho penal. Tomo I. Ed. Losada Buenos Aires 1950, p. 54), SOLER, Sebastián (Derecho penal argentino. Editorial Tea. Vol. I. Buenos Aires, 1992, p. 298), JAKOBS, Gunther.

como también jurisprudencialmente, de acuerdo a lo esbozado anteriormente, existiendo claro está, algunas excepciones y específicamente por parte de la justicia contencioso administrativa, quien a través de los fallos proferidos por el Consejo de Estado, ha dejado clara su posición de no admitir la negación de cualquier tipo de diferencia de índole cualitativa en ambos conceptos, es decir, para significarlo mejor, considera que dichos fenómenos jurídicos son diferentes y por ello en tratándose del análisis de la responsabilidad en las infracciones⁶⁵ administrativas, sostiene que también es diferente del análisis de responsabilidad del tipo penal, haciendo evidente cada vez más en sus decisiones la aplicabilidad de la responsabilidad objetiva como se verá *ut infra*, prescindiendo del análisis subjetivo de la conducta del sancionado, lo que en casos como el decomiso de marras, denota una flagrante vulneración a sus derechos fundamentales y en especial al de la dignidad humana, tan celosamente protegido por nuestra Constitución Política, pero tan abiertamente desconocida por cierto número de operadores judiciales.

Ahora bien, la tesis sostenida mayoritariamente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, especialmente la de la Corte Constitucional, ha sufrido innumerables reparos, pues sus críticos censuran lo que consideran una dañina “penalización” de institutos jurídicos ajenos al derecho penal, lo cual afectaría el ejercicio de la función pública administrativa en detrimento de los principios de eficiencia y celeridad por la aplicación de las garantías básicas del derecho penal.

En nuestro concepto esta confrontación entre la eficiencia y las garantías del procesado entraña, de una parte, una posible *arbitrariedad* por parte del Estado,

Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación”. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1995, p. 67, RODRIGUEZ DEVESA, José María. (Derecho penal español. Parte general. Ed. Dykinson, Madrid, 1993, p. 352)

⁶⁵ Para los profesores Manuel Rebollo Puig, Manuel Izquierdo Carrasco, Lucía Alarcón Sotomayor y Antonio Bueno Armijo Investigadores del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba (España), la infracción administrativa es aquella conducta contraria al ordenamiento jurídico que además de estar tipificada en la ley como infracción, se exige la ocurrencia de un requisito de culpabilidad.

en el evento en que en ejercicio del *ius puniendi* solamente se tuviese en cuenta la eficiencia del mismo, como si la imposición de sanciones de ésta índole, fuera otro instrumento para la captación de recursos por parte del Estado, en tanto, que, en el caso contrario, la demora en la obtención de sus resultados bajo el argumento de un falso garantismo, traería como consecuencia una lamentable situación de *impunidad*.

Lo cierto, es que en un Estado Social de Derecho como el nuestro, ninguno de estos dos extremos pueden ser viables jurídicamente, pues no serían más que los insumos mínimos para el desconocimiento e inobservancia de los elementales principios de convivencia y armonía social y por ende de la negación del derecho ⁶⁶ como elemento regulador de la conducta del ser humano en la sociedad, máxime cuando los principios rectores del derecho sancionatorio son perentorios en consideración a su origen en el pacto social y a su consagración constitucional.⁶⁷

⁶⁶ El penalista colombiano Juan Fernández Carrasquilla opinó al respecto: “Dado que los principios jurídico-positivos del derecho penal son garantías para el ciudadano y, correlativamente cláusulas de autolimitación del poder punitivo estatal, no pueden ellos admitir excepciones porque aparecería el Estado auto-derogando, en forma contradictoria o desleal, las propias reglas que auto-limitan su poder, con lo que entonces tales reglas no lo vincularían realmente. La autolimitación de que aquí se habla no es, con todo, autonomía, ya que sin ella el derecho no existe como tal”. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. “Principios y normas rectoras del derecho penal.” Ed. Leyer, Bogotá, 1999, p. 60.

⁶⁷ La Corte Constitucional a propósito del tema de marras, mediante pronunciamiento realizado a través de la Sentencia C-506 de 2002, señaló lo siguiente: “Dentro de las manifestaciones del poder sancionatorio en el Estado social de derecho, aparece la potestad sancionadora en materia administrativa al lado de la potestad sancionadora en materia penal. El reconocimiento de la primera, que ha sido posterior en el tiempo, ha venido aparejado con el incremento de las actividades administrativas, el cual a su vez se ha producido por el cambio en la concepción del papel del Estado contemporáneo. Si en sus inicios el Estado constitucional liberal se justificaba como garante de los derechos y libertades individuales, pero sin ningún compromiso con la verdadera promoción de los mismos, el Estado social de derecho se concibe como el promotor de toda la dinámica social hacia la efectividad de tales derechos y garantías. A estos efectos, el Estado ha sido llamado al cumplimiento de nuevas actividades y al ejercicio de funciones como las de la planeación e intervención de la economía, la redistribución del ingreso para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos fundamentales, la protección del medio ambiente, etc. Ahora bien, la nueva concepción del Estado según la cláusula “social del derecho” produjo especialmente un incremento en las facultades administrativas. Si bien el constituyente y el legislador previeron y desarrollaron nuevos mecanismos de acción pública para el logro de los nuevos cometidos estatales, gran parte de esta actividad recayó en la administración pública. El creciente aumento de las actividades ejecutivas

2.3 DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Como se advirtió *ut supra* a propósito de la idea generalizada por parte de la doctrina y cierta fracción de la jurisprudencia colombiana, respecto de la inexistencia de diferencia cualitativa alguna que posibilite un tratamiento diferente entre delito y contravención, es importante destacar, que en aras de justificar dicha diferencia, se ha venido trabajando por parte de los estudiosos del derecho, en la construcción de una teoría que desarrolle la autonomía del derecho infraccional de naturaleza administrativa, por cuanto resulta imprescindible erradicar aquellas concepciones que predicán la *administrativización del derecho penal*⁶⁸ o contrario sensu, la *penalización del derecho administrativo*, de tal manera, que pueda contarse con una teoría avanzada que teniendo como referente los principios constitucionales, la ubique como una rama autónoma del derecho público estatal y así, de esta manera, desligarla de cualquier dependencia del derecho penal a efectos de lograr la erradicación definitiva del nombre con el que comúnmente se ha conocido al Derecho Administrativo Sancionador: *Derecho Penal Administrativo*.

A este esfuerzo realizado por los teóricos del derecho se le ha denominado *Derecho Administrativo Sancionador*.

significó el correlativo incremento de sus poderes, entre ellos el de sancionar el incumplimiento de los deberes para con ella.

⁶⁸ Sobre el particular Sánchez Silva afirma que la protección de bienes jurídicos como el medio ambiente, caracterizados por su generalidad, ha incidido para que el derecho penal haya tenido alcances que sobrepasen los bienes jurídicos tradicionalmente tutelados por la norma, para ocuparse de otros de menor trascendencia, convirtiéndose casi que en “un derecho de gestión punitiva de riesgos generales”, lo cual denomina como “administrativización del derecho penal”, el cual implica la primacía de la generalidad sobre los bienes jurídicos individualmente afectados.” (Cfr. SANCHEZ SILVA, Jesús María. La expansión del derecho penal. Aspecto de la política criminal en las sociedades postindustriales. Civitas Ediciones. España, 1999. P. 100.

En nuestro medio el doctor ENRIQUE LOW MURTRA⁶⁹, destacado iniciador del estudio del *Derecho Penal Administrativo* en Colombia, ya había afirmado que el derecho administrativo punitivo no hace parte del derecho penal común ni puede ser regido por sus orientaciones y principios y mucho menos autorizar que a este se extiendan sus reglas.

Por su parte el magistrado NILSON PINILLA PINILLA señaló al respecto: “Por lo que ya se ha expuesto y por lo que en adelante se dirá, con respaldo jurisprudencial, puedo repetir en este momento –y lo hago con énfasis- que el Derecho Administrativo Sancionatorio no forma parte del Derecho Penal, ni es un Derecho Penal Especializado, ni contiene “normas incriminadoras” según el término utilizado por Federico Estrada Vélez al referirse al artículo 375 en la relación explicativa del Proyecto de Código Penal de 1979 (Cit. Por Cahn-Speyer, ensayo Cit. En la bibliografía, PS. 38 y 39), así participe de algunas características contiguas, que le han llevado a recibir el más común pero menos apropiado nombre de Derecho Penal Administrativo.”⁷⁰

La Corte Suprema de Justicia desde hace ya bastante tiempo, diciembre 15 de 1969, con ponencia del Magistrado Hernán Toro Agudelo, había dicho: “El Decreto 444 de 1967 en parte alguna califica las infracciones al régimen de cambios como ilícitos de naturaleza penal, se trata de violación a normas simplemente administrativas cuya investigación no se ajusta a las prescripciones del Código de Procedimiento Penal, al cual se refiere únicamente para estimar el valor de las pruebas allegadas. Confirmando este aserto, el artículo 222 del citado Decreto señala un procedimiento especial, como es el de una investigación que se adelanta sin el conocimiento e intervención del presunto infractor, quien solo recibe el traslado del informativo cuando aquella se concluye, para que en breve

⁶⁹ LOW MURTRA, Enrique. *Policía administrativa y actividad financiera*; en revista de Derecho Económico, enero-julio, año III, Editorial Temis, Bogotá, 1986, p. 8.

⁷⁰ PINILLA PINILLA, Nilsón, *Fundamentos de derecho administrativo sancionatorio*, en revista derecho penal y criminología No. 39, septiembre/diciembre 1989, Santafé de Bogotá, 1990, p. 86.

termino formule sus descargos y solicite las pruebas del caso, que cuando fueran conducentes a juicio del Superintendente se practicarán en el término que éste señale sin exceder de 30 días”.

Y el Consejo de Estado mediante sentencia del 2 de septiembre de 1985, también había dicho con ponencia del Doctor Enrique Low Murtra que: “Las sanciones administrativas externas a la administración se han establecido generalmente por medio de multas u otros actos gravosos para los particulares que violan el orden jurídico y buscan fundamentalmente dotar a la administración de medios coercitivos que sirvan de elementos de tutela al orden publico económico o al orden social en general.

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 legalidad: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; el principio de favorabilidad, la ley posterior se aplica de preferencia a la ley anterior cuando es favorable al inculpado, y aún 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 personas jurídicas, también es aplicable la regla de que la fuerza mayor⁷¹ o caso fortuito son factores eximentes de responsabilidad...”⁷²

⁷¹ Ossa Arbeláez, refiere a la fuerza mayor como aquel “acontecimiento ajeno a la persona y a la voluntad de quien la invoca y de manera tal que esa relevante circunstancia representa una traba insalvable para el cumplimiento de una obligación. En la fuerza mayor el acontecimiento impeditivo tiene origen en la propia naturaleza y aún en los actos del hombre cuando estos sean obra de un tercero. (...) Características sobresalientes de la fuerza mayor son: Exterior en cuanto que es ajeno a la persona obligada. Imprevisible en cuanto que no pudo humanamente ser considerado por el obligado. Extraordinario en cuanto que su ocurrencia escapa a cualquier previsión e inevitable en cuanto que ese acontecimiento no puede resistirse. (...) La fuerza mayor, conforme quedó dicho, tiene origen en hechos de la naturaleza, en hechos como los enumerados en la

Esta misma Corporación mediante providencia del 6 de marzo de 1987 cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Hernán Guillermo Aldana Duque, precisó: “Las normas administrativas, su manera de ejecutarse y los procedimientos son diferentes del ramo penal y en tal virtud no pueden aplicarse a aquellos, por el mecanismo novedoso de la extensión de principios propios de otras tutelas jurídicas”. Igualmente señaló que: “Por esta razón, la sala estima que no es procedente aplicar, en tratándose de infracciones a disposiciones imperativas de

explicación que suministra la ley: Naufragio, terremoto. Pero puede ocurrir que esa fuerza mayor surja como secuela de una sequía, lluvias intensas, anegamiento, tempestad, terremoto, maremoto, plagas, etc. También por hechos del hombre como los que la misma norma señala: Apresamiento por enemigos, actos de autoridad ejercidos por funcionario público: De igual manera puede suceder que la fuerza mayor la constituya la guerra, la revuelta popular, el secuestro.” Respecto al caso fortuito dice el autor citado que la nota característica “es la de que el proceso causal no es obra de la naturaleza sino del hombre, habiendo, por lo demás, un resultado imprevisible e inevitable”. Dice además, que las dos tienen en común la imprevisibilidad y la irresistibilidad y que la jurisprudencia civil traduce el caso fortuito en imprevisibilidad y la fuerza mayor en la irresistibilidad en cuanto a que su acontecimiento puede o no evitarse. De igual manera señala que la jurisprudencia en Colombia se muestra “reacia en aplicar la teoría al campo del derecho público bajo argumentos un tanto etéreos, pues se recurre a la razón de que en el derecho administrativo las obligaciones del ciudadano nacen del imperio de la ley y su cumplimiento interesa a toda la comunidad, sin tener en cuenta que realmente nadie está obligado a lo imposible y que solo puede imputarse responsabilidad por hechos libres e injustos y no, en manera alguna, por hechos ajenos a la voluntad del inculpado. De otra parte, se olvida que el imperativo del artículo 40 del Código Penal sienta, como causal de inculpabilidad, la realización de la acción u omisión por caso fortuito o fuerza mayor.” OSSA ARBELAEZ, Jaime. Ob. Cit., Pág, 354 a 358. Lo que sucede, luego de lo esbozado anteriormente, no es otra cosa que la justificación por mantener en vigor en materia sancionatoria administrativa la absurda idea de que en ella no está proscrita la responsabilidad objetiva, lo cual constituye una forma disfrazada de legalidad, para ultrajar desmedidamente el debido proceso y el derecho de defensa. No obstante, del tema de la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador, nos ocuparemos en detalle en capítulo aparte para el efecto.

⁷² Curiosamente en materia de la aprehensión de vehículos importados temporalmente en turismo por no reexportarse dentro del plazo autorizado, la DIAN mediante concepto No. 048 del 9 de octubre de 2006, expedido por la Oficina Jurídica, no admite la aplicación de esta eximente toda vez que ante el problema jurídico planteado consistente en si es procedente la aprehensión de un vehículo ingresado al territorio aduanero nacional en importación temporal, por parte de un turista, cuando no se reexporta dentro del término autorizado, por motivos relacionados con problemas personales del turista, señaló, en desarrollo de su tesis y con desconocimiento pleno de elementales principios relacionados con eximentes de responsabilidad, que “efectuado el análisis de las disposiciones en comento y atendiendo lo preceptuado en el artículo 27 del Código Civil, *“Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. (..)”*, se evidencia claramente que la legislación aduanera vigente no contempla un procedimiento especial para regular eventos relativos a la situación particular del turista o de los miembros de su familia como es el caso de una enfermedad grave), toda vez que la única consecuencia jurídica para el incumplimiento de términos es la aprehensión y eventualmente el decomiso, sin que se haga distinción del motivo o causa por la cual se llegó a dicha situación, como tampoco de causales eximentes de responsabilidad.”

la normatividad administrativa, en materia de prescripción de acciones y de sanciones, las normas previstas específicamente para sancionar conductas mucho mas lesivas del interés social, propios de las leyes penales,”

Sin embargo, ante las anteriores apreciaciones, se han levantado argumentos que discrepan de su contenido puramente administrativista, con base en interpretaciones realizadas a la legislación penal, que establece que tanto los delitos como las contravenciones constituyen hechos punibles, siendo especies de un mismo género que deben estar sometidas a los principios rectores del derecho penal. Entre esas voces reaccionarias, se encuentran la de juristas colombianos connotados, como la del ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia JORGE VELEZ GARCIA, quien fue categórico en señalar que “cuando la administración impone una pena, todo el contorno sancionatorio pertenece y está gobernado por la rama del derecho que la doctrina ha denominado derecho penal administrativo, cuyo apelativo refleja que su objeto son las contravenciones administrativas, pero que no por ello su naturaleza deja de ser penal, ya que ostenta éste carácter cualquier normatividad del Estado en que se sancione o castigue, con fundamento en su ius puniendi único, indivisible e inmanente, cualquier falta erigida en hecho punible por la ley.”⁷³

El destacado tratadista español ALEJANDRO NIETO GARCIA, señala que el Derecho Administrativo Sancionador es ante todo derecho administrativo de la entraña del derecho público estatal y no un “derecho penal vergonzante”, en donde la potestad administrativa sancionadora es ajena de aquella potestad que posee la Administración para la gestión de los intereses públicos, de tal forma que “no es azar, desde luego, que hasta el nombre del viejo derecho penal

⁷³ VELEZ GARCIA, Jorge. La unidad punitiva del estado y la sanción de las contravenciones; en pensamiento penal moderno, Ed. Externado de Colombia, Bogotá, 1991, p. 158.

administrativo haya sido sustituido desde hace muchos años por el más propio de derecho administrativo sancionador”⁷⁴

NIETO GARCIA citado por el tratadista colombiano JAIME OSSA ARBELAEZ, señaló como complemento a lo esbozado anteriormente, que “el derecho administrativo sancionador no debe ser construido con los materiales y las técnicas del derecho penal, sino desde el propio derecho administrativo, del que obviamente forma parte, y desde la matriz constitucional y del Derecho público estatal. Conste, sin embargo, que ésta confesada inspiración no es consecuencia de un prejuicio ideológico, ni mucho menos profesoral, sino resultado de haber constatado el fracaso de una metodología, la extensión de los principios del derecho penal, que ha demostrado no ser certera desde el momento en que la traspolación automática es imposible y que las matizaciones de adaptación son tan difíciles como inseguras; hasta el punto que el resultado final nada tiene que ver con los principios originarios, cuyo contenido tiene que ser profundamente falseado. Para rectificar el fracaso, no hay más remedio que volver a empezar desde el principio y en el principio están, como he repetido, la Constitución, el derecho público estatal y el derecho administrativo, por éste orden. En esta tarea la presencia del derecho penal es no ya solo útil sino imprescindible. El derecho penal ha de seguir operando, no obstante y en todo caso, como punto de referencia, como pauta técnica y, sobre todo, como cota de máxima de las garantías individuales que el derecho administrativo sancionador debe tener siempre presentes.”⁷⁵

Ahora bien, en desarrollo de la aplicación del Derecho Administrativo Sancionador, emerge el concepto del *ius puniendi* del Estado, que no es otra cosa que la potestad sancionadora del Estado, el cual siendo uno solo, se manifiesta o ejerce simultáneamente tanto por la jurisdicción como por la Administración, teniendo

⁷⁴ NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho administrativo sancionador, 2º ed. ampliada, Edit. Tecnos S.A. Madrid, 1994. Ob. Cit., p. 23.

⁷⁵ OSSA ARBELAEZ, Jaime. Ob. Cit., p.177.

como común denominador a la sanción, como consecuencia jurídica derivada de la comprobación fáctica del supuesto de hecho de la misma.

El artículo 29 de la Constitución Política como fundamento de la potestad sancionadora del Estado, ha sido reconocido por el propio operador jurídico constitucional cuando en la Sentencia C-506 de 2002, sostuvo que “si bien el fundamento constitucional de esta facultad sancionadora de la Administración no aparece explícito en las normas superiores, sí existe dentro de la Carta la referencia implícita a tal potestad.”⁷⁶

De igual forma, dicha Corporación mediante Sentencia C- 818 de 2005 con ponencia del magistrado Dr. Rodrigo Escobar Gil, señaló referente a la potestad sancionadora del Estado y sus proyecciones en el ámbito jurídico lo siguiente: “ Esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que el derecho sancionador del Estado en ejercicio del *ius puniendi*, es una disciplina compleja que envuelve, como género, al menos cuatro especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario y el derecho correccional. Salvo la primera de ellas, las demás especies del derecho punitivo del Estado, corresponden al denominado derecho administrativo sancionador.

El derecho administrativo sancionador, en términos de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, supone una ruptura del principio clásico de la tridivisión de los poderes, en la medida en que la represión de los ilícitos ya no corresponde de manera exclusiva al poder judicial y más concretamente a la justicia penal. En efecto, el modelo absoluto de separación de funciones del poder público, se reveló como insuficiente ante el incremento de deberes y obligaciones de los particulares, como de funciones públicas de los servidores del Estado, que ante su incumplimiento, merecían la imposición de una sanción. Sin embargo, no todas las infracciones eran susceptibles del mismo tratamiento, pues en atención a

⁷⁶ Véase Sentencia C-506 de 2002

los intereses que se pretendían proteger con cada una de las disciplinas del derecho punitivo del Estado, se distinguieron aquellas que serían objeto de sanción directa por la Administración, y aquellas otras que se reservarían para la justicia penal.

En la actualidad, es innegable que a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción⁷⁷ que no solo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas.

Es entonces en la existencia de una pena o castigo, en donde se distinguen el derecho administrativo sancionador de otras instituciones que se proponen defender y amparar el mantenimiento del orden jurídico, como lo son, por ejemplo, las acciones públicas en defensa de la Constitución, frente a las cuales las ordenes de protección pueden limitarse a la simple exigencia de una acción u omisión de determinados actos (C.P. art. 86 y 88).

La doctrina *ius publicista* reconoce que la potestad sancionadora de la Administración forma parte de las competencias de gestión que

⁷⁷ Para los profesores Manuel Rebollo Puig, Manuel Izquierdo Carrasco, Lucía Alarcón Sotomayor y Antonio Bueno Armijo Investigadores del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba (España), las sanciones administrativas en la madre patria, tienen un régimen especial fundamentado en el derecho penal y en el derecho procesal, caracterizado por ofrecer garantías a los ciudadanos mas que los que estos tienen en cualquier otro tipo de actuaciones administrativas, similar a las que tienen los ciudadanos frente a jueces y tribunales. Afirman que si bien las leyes no ofrecen definición alguna del concepto de sanción administrativa, este puede deducirse a partir de la jurisprudencia, como una manifestación, al igual que la pena, del *ius puniendi* del Estado, como el castigo impuesto por la administración pública de lo que se deduce que: i) Las sanciones solamente pueden ser impuestas por las autoridades administrativas, nunca por los jueces o tribunales, toda vez que éstos imponen es penas; ii) Las sanciones administrativas han de contener un contenido aflictivo; iii) Las sanciones administrativas han de imponer el mal como castigo, como una respuesta a la conducta ilegal realizada y como reproche que merece esa conducta.

constitucionalmente se le atribuyen, pues es indudable que si un órgano tiene la facultad jurídica para imponer una obligación, o para regular una conducta con miras a lograr la realización del interés general, el incumplimiento de ese mandato correlativamente debe implicar la asignación de atribuciones sancionatorias bien sea al mismo órgano que impuso la obligación o a otro distinto, con el propósito de asegurar la vigencia del orden jurídico mediante la imposición de los castigos correspondientes.”⁷⁸

Y más adelante la aludida sentencia agrega que: “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 (...) 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. (...) De otro lado, la facultad sancionadora de la Administración ha sido objeto de comparación y distinción con los conceptos de poder de policía y función de policía, en los siguientes términos: Por una parte, se distingue el poder de policía, en cuanto éste lejos de pretender preservar la vigencia del orden jurídico mediante la represión o sanción de comportamientos contrarios al mismo, se limita a regular el alcance de la libertad ciudadana mediante normas generales e impersonales, a fin de asegurar la estabilidad del orden público conforme a los parámetros de la salubridad, moralidad, seguridad y tranquilidad pública. Por la otra, la potestad sancionadora es distinta de la función de policía, pues ésta supone el ejercicio de facultades asignadas a las autoridades administrativas en ejercicio del poder de policía, con miras a garantizar el orden público en sus diversas facetas, y no a consagrar los distintos instrumentos de coacción que permitan sancionar el incumplimiento de los mandatos impuestos por las normas jurídicas a sus destinatarios. En consecuencia, a juicio de ésta Corporación, la potestad

⁷⁸ Cfr. Sentencia C- 818 de 2005 M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

sancionadora de la Administración permite asegurar la realización de los fines del Estado, al otorgarle a las autoridades administrativas las facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal (C.P. arts. 1º, 2º, 4º y 16).”⁷⁹

Así las cosas, queda claro, entonces, que el artículo 29 de la Carta implícitamente alude al *ius puniendi* como se anotó líneas anteriores, partiendo de la base que el debido proceso aplica a “toda clase de actuaciones penales y administrativas”; en este punto me atrevo a afirmar, que no solo dicha disposición refiere al caso en cuestión (*ius puniendi*), sino también el mismo preámbulo de la Constitución y artículos como el 1º y 6º *ibidem*, denotan esta particular postura, veamos:

El preámbulo de nuestro ordenamiento constitucional señala lo siguiente: “El pueblo de Colombia en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana decreta, sanciona y promulga la siguiente CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA”.

Bien, al adentrarnos en la lectura del preámbulo nos encontramos que se mencionan conceptos que necesariamente cobran la importancia debida dentro del marco de un Estado de derecho que posibilite su desarrollo y realización, pues no de otra forma podría hablarse de garantizar la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, sino existiese por parte del Estado esa herramienta jurídica que regule la conducta del ser humano en la

⁷⁹ Ídem Sentencia C-818 de 2005

sociedad y que garantice el cumplimiento adecuado de los cometidos estatales, utilizando para ello el poder de coerción mediante la aplicación de procedimientos administrativos diáfanos y claros, sin perjuicio de la garantía contenciosa-administrativa, para la revisión de las sanciones que llegaren a imponerse en virtud de la facultad sancionadora de la Administración como expresión viva del *ius puniendi*.

En igual sentido el artículo 1° constitucional alude al tema que hemos abordado al deducirse, por la vía de la definición del Estado Social de derecho, consecuencias que además de evidenciar el *ius puniendi*, lo limitan, en aras de garantizar entre otros, derechos trascendentales como el de la Dignidad Humana. Lo mismo puede decirse del artículo 6° ibídem, que al establecer la norma general de responsabilidad de los particulares y servidores públicos, está admitiendo unas consecuencias jurídicas para los infractores de las Constitución y la ley, que se materializan única y exclusivamente a través de la imposición de las sanciones correspondientes, como el resultado natural del agotamiento del procedimiento administrativo de rigor, a través del cual se preconiza el poder sancionatorio del Estado, como una evidente materialización del Derecho Administrativo Sancionador, como rama autónoma e integrante del Derecho Público Estatal.

En conclusión, tal y como lo diría OSSA ARBELAEZ, la potestad sancionadora de la Administración, está encaminada a reprimir a quien transgrede sus reglas, con el fin de sancionar aquellos hechos constitutivos de infracción administrativa, sin que ello implique, desde luego, la reparación del daño ocasionado, la restauración de las cosas a su estado inicial o a la cesación de la conducta perturbadora, pues es precisa señalar que la sanción derivada del *ius puniendi* del Estado, es eminentemente administrativa y en manera alguna tiene carácter policial.⁸⁰

⁸⁰ OSSA ARBELAEZ, Jaime. Ob. Cit., p. 178.

“Mi postura refleja, en definitiva, una vehemente suspicacia hacia la tesis oficial de concebir a la potestad sancionadora de la Administración como una emanación del poder punitivo púnico del Estado. Este rechazo, sin embargo, no me ha impulsado a regresar a la viejísima tesis de la inserción de tal potestad en la más genérica de policía, con todo lo plausible y con lo útil que ha sido durante siglos. Lo que sucede es que el concepto moderno de policía (...) ha adquirido un contenido tan distinto del tradicional que ya resulta imposible incluir en él, sin más, la potestad sancionadora. De aquí que, en trance de reintegrar en la Administración la potestad administrativa sancionadora, me haya despegado también de la tesis policial y haya terminado conectando la potestad con el concepto genérico de la gestión o, si se quiere, de la intervención, sin importarme correr el riesgo de la objeción de que pretendo así colgar nuevos y atractivos collares a los canes de siempre”.⁸¹

2.3.1 Los principios del derecho administrativo sancionador. Abundantes, por decir lo menos, resultan los principios que rigen la actividad del Derecho Administrativo Sancionador, los que en esencia son los mismos que orientan al Derecho Penal, empleando eso sí, matizaciones para cada rama, precisando, desde luego, que el *ius puniendi* del Estado es una manifestación exclusiva del Derecho Público estatal y no del derecho penal, de donde se colige que la fuente primigenia del Derecho Administrativo Sancionador es el Derecho Público y no el Derecho Penal.

Ahora bien, en consideración a que el Derecho Administrativo Sancionador carece de una regulación unificada que lo compendie plenamente, es por lo que la principalística ha jugado un papel importante para evitar la discrecionalidad y en

⁸¹ NIETO GARCIA, Alejandro. Ob. Cit., p. 28.

ocasiones la posible arbitrariedad, de las autoridades administrativas al momento de imponer las sanciones respectivas.⁸²

De acuerdo con lo anterior, se procederán a analizar los principios que en concepto del autor son los más sobresalientes, no solo por su tradicional importancia, sino porque para el tema de estudio constituyen una herramienta fundamental para evitar los excesos o abusos que genera la intolerancia administrativa, sino también la permisividad del Estado frente a los despropósitos e insensibilidad social de los administrados.

2.3.1.1 Principio de legalidad. El primero de los principios a analizar y que enmarca el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración es este de legalidad⁸³ y, así se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política cuando expresa que: *Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)*. De igual manera, esta regla también se encuentra consagrada en el Código Penal Colombiano, en los siguientes términos: “Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.” Por lo

⁸² Para el profesor Ossa Arbelaez, en el Derecho Administrativo Sancionador, “las reglas fundamentales tienen papel de primer orden en la hermenéutica jurídica ya que precisan el alcance de la institución o del contexto normativo, así ellos no estén expresamente consagrados en una disposición concreta o específica. Es justamente la naturaleza prescriptiva del precepto lo que hace del mismo una poderosa directriz para el operador jurídico y un verdadero derecho para el administrado.” Cfr. OSSA ARBELAEZ, Jaime. Ob. Cit., p. 184.

⁸³ A propósito de la legalidad, Libardo Rodríguez Rodríguez, afirma desde una óptica diferente, que “es el conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico de un país.” Pues al hablar de legalidad (...) se está haciendo referencia a la ley, tomando este concepto en el sentido general según el cual se identifica con el concepto de derecho”. (...) Entonces, “el principio de legalidad consiste en que la administración está sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico, es decir, que todos los actos que dicte y las actuaciones que realice deben respetar las normas jurídicas superiores. En sentido práctico, el principio de legalidad constituye una limitación a la actividad de la administración, por cuanto significa que ella no puede hacer todo cuanto quiera sino solamente aquello que le permite la ley.” RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. Séptima edición. Ed. Temis, Bogotá 1994, p. 210.

mismo, el Código de Procedimiento Penal preceptúa que: “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa.*”

Respecto de este importante principio, unánimes han sido las posiciones tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, en señalar que entre el principio de legalidad y la potestad sancionadora, existe un relación bastante estrecha, habida consideración que ésta se justifica y materializa desde la perspectiva reguladora de aquel, pues de lo contrario, nugatorio sería el accionar de la administración si no tuviese previsto previamente esa autorización atribuible solamente al principio de legalidad, en virtud de la cual se legitima el sustento jurídico de las actuaciones y decisiones como una manifestación del *ius puniendi* del Estado. Ello implica, desde luego, que al ser una disposición positivizada en la Constitución Política, ha de ser observada y acatada por todos sus destinatarios sin distinción alguna, desde los particulares que transitoriamente ejercen funciones públicas, hasta cada una de las tres ramas del poder público, como bien los señaló LLOBREGAT al afirmar: “El poder Legislativo dotado de rango legal correspondiente a las normas jurídicas reguladoras de delitos, faltas e infracciones administrativas y de sus respectivos órdenes de sanciones; el poder Ejecutivo absteniéndose de sancionar aquellas conductas que carezcan de las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad necesarias para erigirse en ilícitos administrativos; el poder Judicial, en fin, acometiendo esta última función en la órbita del proceso penal y anulando en el proceso administrativo aquellas resoluciones sancionadoras provenientes de la administración que no se muestren respetuosas con el derecho subjetivo a la legalidad material.”⁸⁴

De otro lado, cuando se acude al principio de legalidad es necesario hacer una alusión obligatoria a la figura de la *reserva de ley*, que influenciada por la separación tripartita de los poderes, no concibe que fuera de la Ley pudiera darse

⁸⁴ LLOBREGAT, José Garberi. El procedimiento administrativo sancionador. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia-España, 1994, p.74.

medida o decisión alguna que afecte la libertad o propiedad de los ciudadanos, por cuanto es el único instrumento auténtico de expresión de la voluntad popular.

Al respecto el Tribunal Supremo de España⁸⁵ mediante Sentencia de fecha 20 de septiembre de 1989, precisó el alcance de la reserva legal frente a la tipicidad, en los siguientes términos:

<<Los conceptos de legalidad y tipicidad no se identifican, sino que el segundo tiene un propio contenido, como modo especial de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la Ley, pero para la tipicidad se requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la Ley considere puede imponerse, siendo en definitiva medio de garantizar el principio constitucional de la seguridad y de hacer realidad, junto a la exigencia de una *lex previa*, la de una *lex certa*.>>

Bien, respecto de la reserva de ley o garantía formal como la denomina la jurisprudencia contencioso-administrativa española, el profesor español MIGUEL SANCHEZ MORON, acotó lo siguiente:

“Esta segunda consecuencia del principio de legalidad es mucho más problemática en el Derecho administrativo sancionador. La situación aquí es muy diferente al Derecho penal, en que rige una reserva absoluta de ley (orgánica), sin perjuicio de los tipos penales que se integran mediante remisiones a leyes o reglamentos en cuanto sancionan la infracción de estas otras normas. En el Derecho administrativo sancionador no solo ha sido habitual en otros tiempos la regulación por simples normas reglamentarias, sino que tampoco se pone en duda hoy en día que la reserva de ley introducida por la Constitución no excluye la colaboración del reglamento. Antes al contrario, la jurisprudencia reconoce que la

⁸⁵ NIETO GARCIA, Alejandro. Ob. Cit., p. 215.

exigencia de reserva de ley no puede ser tan estricta como en el Derecho penal, debido sea al modelo constitucional de distribución de las potestades sancionadoras, a razones de prudencia u oportunidad o incluso al <<carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en estas materias.>> (...) Lo que no siempre está claro es el alcance de la reserva de ley en éste ámbito. A este respecto la jurisprudencia ha venido introduciendo no pocos matices, ya que se ha enfrentado a supuestos de hecho muy diferentes. (...) La regla general es que no sólo el ejercicio de la potestad sancionadora precisa de cobertura por una norma con rango de ley, en todo caso, sino que la ley habilitante debe tener un *contenido material propio* relativo a la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras. No es admisible, pues, en el *ámbito de las relaciones de sujeción general*, que la ley se remita en blanco al reglamento sin una previa determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica en la propia ley. Más aún, no es posible que el reglamento cree *ex novo* tipos de infracción no previstos por la ley. La colaboración reglamentaria, en virtud de la necesaria remisión legal, debe ceñirse a precisar la definición de los tipos legales, concretando su significado, complementando espacios no totalmente agotados por la ley o reduciendo los márgenes de discrecionalidad para su interpretación y aplicación, por razones de seguridad jurídica o por exigencias técnicas. (...) Esta regla general no es aplicable, sin embargo, según la propia jurisprudencia, a la tipificación de infracciones y sanciones por normas reglamentarias preconstitucionales que no gocen de cobertura jurídica que sería necesaria según la Constitución. Y ello porque la garantía formal de reserva de ley no puede aplicarse con carácter retroactivo a un periodo histórico en que no exista. De esta manera, la jurisprudencia (...) vino a salvar un problema práctico importante, ya que a mediados de los ochenta un parte muy importante del derecho administrativo sancionador estaba contenido en reglamentos de diferente rango. Con posterioridad loa leyes de le Estado y de las Comunidades Autónomas los han ido sustituyendo, pero aún es posible encontrar

alguna norma reglamentaria sancionadora anterior a la Constitución sin la cobertura legal suficiente según la doctrina jurisprudencial mencionada.”⁸⁶

En nuestro medio, el inolado magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Dr. ALFONSO REYES ECHANDIA, mediante providencia del 1 de junio de 1982, expediente número 929, expresó, a propósito de la exigencia de texto expreso de ley para la imposición de medidas sancionatorias que:

“El principio de tipicidad a que hemos venido haciendo referencia no apunta meramente a la previa definición legal de que habla el artículo 23 de la Carta, sino esencialmente a que la descripción legislativa de las conductas delictivas o contravencionales sea de una claridad e inequívocidad tales que el juzgador (judicial o administrativo) pueda aprehender su real alcance y significado al realizar el respectivo proceso mental de adecuación típica, sin necesidad de recurrir a caprichosas complementaciones que lo sacarían del terreno de la interpretación en que ha de moverse y lo colocarían en el de la abusiva y peligrosa creación legal.”

Más adelante agrega:

“El principio de legalidad, reserva o tipicidad ha de entenderse en el sentido de que tal apotegma jurídico no está limitado a la esfera del Derecho Penal común, de los hechos humanos descritos en el código como delictivos, sino que apunta a todos aquellos comportamientos del hombre que el legislador ordinario o extraordinario ha plasmado en normas positivas como capaces de vulnerar intereses estatales, sociales o individuales dignos de tutela y susceptibles de reproches jurídicos concretable en la imposición de pena de cualquier naturaleza.

⁸⁶ SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general. Tercera Edición. Ed. Tecnos. Madrid, 2007, pp. 659-660.

Que el hecho punible se ubique, por razones de política criminal o social, en el Código Penal, en los estatutos de policía, en las legislaciones especializadas como la aduanera, la fiscal o la de estupefacientes o en marcos normativos de carácter disciplinario, es algo que siendo de naturaleza instrumental no hace desaparecer el principio de tipicidad que reclama en todas estas situaciones conducta previa y claramente descrita en la norma, procedimiento juzgador y sanción determinada e igualmente anterior a la conducta.”

Finalmente señala:

“La tesis conforme a la cual este apotegma constitucional se impone frente a comportamientos delictivos pero inaplicable respecto a contravenciones o faltas disciplinarias no solamente carece de respaldo en los artículos 23, 26 y 28 de la Carta, sino que rompe arbitrariamente la compuerta para que sea burlado, pues bastaría trasladar una conducta punible de la esfera del delito a aquella de la contravención policial o de la falta disciplinaria, ya que vestida con tales ropajes no quedaría protegida por el control constitucional de legalidad. No sobra recordar, por lo demás, que hay delitos con penas leves (multas) que las señaladas para no pocas faltas disciplinarias (destitución, suspensión del ejercicio de una profesión)”⁸⁷.

2.3.1.2 Principio de tipicidad. Como lo afirma OSSA ARBELAEZ⁸⁸, citando a NIETO GARCIA, “la tipicidad, considerada como una fórmula técnica que acumula las condiciones de previsión y certeza de las normas”, es una figura de origen penal “erigida en máxima doctrinaria de primer orden y que impregna toda la esfera del *ius puniendi*, así no esté positivizada en norma jurídica alguna”.

⁸⁷ Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de junio 1 de 1982, expediente número 929. M.P. Dr. Alfonso Reyes Echandía.

⁸⁸ OSSA ARBELAEZ, Jaime. Ob. Cit., p. 263.

Es decir, de acuerdo con este principio aplicado al ámbito administrativo sancionador, solamente constituirán infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico, consagradas como tales por una disposición de índole legal, de tal forma que, las conductas sancionables tienen que estar previamente definidas por la ley como infracciones administrativas.⁸⁹

El principio de *marra* es consagrado por la Constitución Política en el artículo 29, cuando en su inciso 2 preceptúa la expresa prohibición de juzgar por fuera de las *leyes preexistentes al acto que se imputa* (...).

Los conceptos de legalidad y de tipicidad aunque parecidos, divergen hondamente en su significado, pues en tanto que aquella “se observa cuando la infracción y la sanción están previstas (...), en la tipicidad se complementa a través de la definición de la conducta que la ley considera constitutiva de la infracción y la sanción. La tipicidad colabora, en cierta medida, a hacer realidad la *lex certa* definida en la *lex previa*.”⁹⁰

Ahora bien, al unísono con el principio de tipicidad de la infracción, rige también el de la taxatividad de las sanciones. En efecto, SANCHEZ MORON señala que “las sanciones que pueden imponerse para cada tipo de infracción deben estar predeterminadas por la ley con suficiente grado de certeza. (...) Rige, pues, no

⁸⁹ “El derecho al debido proceso reconocido por el art. 29 de la Constitución, consagra entre las garantías sustanciales y procesales que lo integran, el principio de legalidad, en virtud del cual le corresponde al legislador determinar las conductas o comportamientos que por atentar contra bienes jurídicos merecedores de protección son reprochables y, por lo tanto, objeto de sanciones. Es decir, que es función del legislador dentro de las competencias que se le han asignado para la conformación de la norma jurídica determinar o describir, en forma abstracta y objetiva, la conducta constitutiva de la infracción penal o disciplinaria y señalar la correspondiente sanción. El referido principio, que prefigura la infracción y la sanción, tiene un desarrollo específico en la tipicidad. Al paso que aquél demanda imperativamente la determinación normativa de las conductas que se consideran reprochables o ilícitas el principio de tipicidad exige la concreción de la correspondiente prescripción, en el sentido de que exista una definición clara, precisa y suficiente acerca de la conducta o del comportamiento ilícito, así como de los efectos que se derivan de éstos, o sean las sanciones. De esta manera la tipicidad cumple con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro, proteger la seguridad jurídica.” Sentencia C- 769 de 1.998 M.P. Dr. Eduardo Barrera Carbonell.

⁹⁰ *Ibidem*.

solo un principio de tipicidad sino también de taxatividad de las sanciones. Este principio no supone que la sanción correspondiente a cada conducta ilícita deba predicarse en la ley con toda exactitud. Antes bien, la ley puede otorgar a la Administración un margen de discrecionalidad para graduar la sanción conforme a las circunstancias y así suele hacerse. Lo que se prohíbe es que las sanciones tengan una formulación tan abierta, por su amplitud o vaguedad, que la efectividad de la misma dependa de decisiones prácticamente libres o arbitrarias del intérprete. ⁹¹

Igualmente afirma el citado autor, que en idéntica manera de como sucede en el derecho penal y por estrictas razones de seguridad jurídica, se prohíbe, en virtud del principio de tipicidad al que hacemos referencia, la aplicación analógica de las normas sancionadoras administrativas, toda vez que solamente proceden respecto de las conductas que reúnan los elementos del tipo descrito. ⁹²

⁹¹ SANCHEZ MORON, Miguel. Ob. Cit., p. 664.

⁹² El Decreto 2685 de 1999 por medio del cual el gobierno nacional acoge el Estatuto Aduanero para Colombia, consagra en el Título XV, Capítulo I, artículo 478, el principio jurídico al que hemos aludido, previendo la tipicidad de las infracciones, de las sanciones y la prohibición de aplicar analógicamente esta última, positivizado en un regla que al tenor literal reza lo siguiente: “El presente título, establece las infracciones administrativas aduaneras en que pueden incurrir los sujetos responsables de las obligaciones que se consagran en el presente decreto. Así mismo, establece las sanciones aplicables por la comisión de dichas infracciones; las causales que dan lugar a la aprehensión y decomiso de mercancías y los procedimientos administrativos para la declaratoria de decomiso, para la determinación e imposición de sanciones y para la formulación de liquidaciones oficiales. Para que un hecho u omisión constituya infracción administrativa aduanera o de lugar a la aprehensión y decomiso de las mercancías, o a la formulación de una liquidación oficial, deberá estar previsto en la forma en que se establece en el presente título. No procederá la aplicación de sanciones por interpretación extensiva de la norma.” Ahora bien, en tratándose de las causales de aprehensión y decomiso de las mercancías, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, como única autoridad competente para verificar la legalidad de las mercancías que se introduzcan o circulen en el territorio nacional, consagra como herramienta de represión y control, para los Regímenes Aduaneros de Importación, Exportación y Tránsito, treinta y cinco (35) causales de aprehensión y decomiso, preceptuadas taxativamente en el artículo 502 y 502-2 del Decreto 2685 de 1999. Dentro de este listado se encuentra la causal consagrada en el numeral 1.16 que establece “No reexportar el vehículo de turismo importado temporalmente dentro del plazo autorizado”. Igualmente y como se anotó anteriormente, entre los artículos 482 al 501 del Decreto ibídem se establecen las infracciones administrativas en que pueden incurrir los distintos actores que intervienen como responsables de las obligaciones aduaneras en los distintos regímenes aduaneros. En aplicación de dichas causales y de los hechos configurativos de infracción administrativa aduanera, la DIAN inicia la investigación administrativa de Definición de Situación Jurídica de la mercancías aprehendidas o de imposición de multas y

No obstante, y a propósito de lo comentado, NIETO GARCIA citado por OSSA ARBELAEZ, afirmó que “las normas penales no prohíben ni ordenan nada sino que se limitan a advertir que determinadas conductas llevan aparejadas una pena. Los tipos sancionadores administrativos, por el contrario, no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o una prohibición, cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción. Estas normas sustantivas constituyen, por ende, un pretipo, que condiciona y predetermina el tipo de la infracción. Y por ello si se quisiera ser riguroso, la descripción literal de un tipo infractor habría de consistir en la reproducción de la orden o prohibición del pretipo con la advertencia añadida de la sanción que lleva aparejada su incumplimiento, es decir una reproducción de textos en doble tipografía.”⁹³

Es lo que sucede en el Estatuto Aduanero Colombiano que consagra las obligaciones de los distintos auxiliares de la función pública aduanera, por un lado, y por el otro, las infracciones y sus correspondientes sanciones, las cuales se encuentran consagradas en el título XV.⁹⁴

sanciones según corresponda, con el propósito de obtener su decomiso o una sanción de multa, suspensión o cancelación de la autorización, inscripción o habilitación para ejercer actividades, según corresponda a la naturaleza de la infracción y a la gravedad de la falta, las que se materializaran en una resolución cuya característica es la de ser una decisión de fondo con la que culmina dicho procedimiento administrativo aduanero, susceptible de impugnarse mediante la utilización del recurso de reconsideración, con el cual se entiende agotada la vía gubernativa. No obstante es preciso señalar que la Oficina Jurídica de la DIAN, estableció mediante Concepto No.62 del 22 de abril de 2002, que “...La caducidad de la acción administrativa sancionatoria, opera respecto de las sanciones de multa, suspensión o cancelación, aplicables a las infracciones administrativas aduaneras y no frente a la declaratoria de decomiso de las mercancías introducidas al territorio nacional sin el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para el efecto.”; lo anterior, en consideración que el procedimiento administrativo de definición de situación jurídica de mercancías aprehendidas, no es considerado un trámite sancionatorio por el hecho mismo de que tanto la aprehensión como el decomiso de mercancías no son para el legislador aduanero una sanción administrativa, aunque en mi concepto si reúne todos los elementos característicos que exige una situación fáctica para ser considerada como sanción.

⁹³ OSSA ARBELAEZ, Jaime. Ob. Cit., p. 271.

⁹⁴ Los capítulos uno, dos y tres del título segundo del Estatuto Aduanero Colombiano, a manera de ejemplo, consagran respectivamente, en los artículos 26-1, modificado por el artículo 27-2 del Decreto 2883 de 2008, 32 y 40, las obligaciones de los agentes de aduana, de los usuarios aduaneros permanentes y de los usuarios altamente exportadores, en tanto que, al unísono en dicho compendio se prevén en el capítulo tres, del título quince, en los artículos 485, modificado por el artículo 6^o del Decreto 2883 de 2998, 486 y 487, las respectivas infracciones aduaneras y sus sanciones.

Ahora bien, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia –DIAN- mediante Circular Número 175 del 29 de octubre de 2001 suscrita por el Director General de dicha entidad, estableció a propósito de la aplicación de las sanciones dentro de los respectivos procesos, lo siguiente:

“Es claro que tanto dentro del estatuto tributario, como del aduanero y sus respectivas reglamentaciones, como en materia cambiaria, existen hechos tipificados como generadores de infracción administrativa que dan lugar a la aplicación de sanciones por parte de las administraciones.”⁹⁵

2.3.1.3 Principio del debido proceso. Este principio reviste una particular importancia al interior de Estados Sociales de Derecho como el nuestro, máxime cuando está erigido como norma constitucional, a través del cual se garantiza que los destinatarios de investigaciones judiciales o administrativas gocen de la plenitud de garantías en el trámite de los respectivos procesos, en los cuales se encuentran vinculados y evitar así, de esta forma, la lesión de los derechos del conglomerado social por parte del Estado cuando éste se encuentra desplegando su actividad en ejercicio de la función punitiva.

El debido proceso agrupa toda una serie de disposiciones jurídicas que representan protecciones para los administrados en ejercicio del *ius puniendi* del Estado, las cuales están representadas, por ejemplo, en los plazos y términos otorgados por la Administración para que los interesados interpongan los recursos de ley correspondientes, indicando el que proceda en cada caso, en contra de las decisiones de fondo debidamente motivadas y notificadas para garantizar el ejercicio del derecho de defensa y a la contradicción.

Al respecto la Corte Constitucional señaló que “El debido proceso tiene reglas de legitimación, representación, términos para pruebas, competencias, recursos e

⁹⁵ Véase Circular 175 de 2001 expedida por el Director General de la DIAN.

instancias, garantías establecidas en beneficio del administrado, etapas que deben cumplirse dentro del procedimiento administrativo señalado. Se concluye que estos actos deben formarse mediante procedimientos previstos en la ley, que la observancia de la forma es la regla general, no solo como garantía para evitar la arbitrariedad, sino para el logro de una organización administrativa racional y ordenada en todo su ejercicio, el cumplimiento estricto para asegurar la vigencia de los fines estatales, y para constituir pruebas de los actos respectivos, que permitan examinarlos respecto de la formación, esencia y validez de los mismos.”⁹⁶

En la DIAN este principio se encuentra plenamente observado y garantizado en virtud de la aludida Circular 175 de 2001 que para el efecto señaló:

“...En consecuencia para su debida aplicación es necesario no solo tener en cuenta que el hecho que se pretende sancionar esté expresamente contemplado en la ley, sino que se tengan claros los procedimientos, trámites o etapas que deben agotarse para poder imponerlas.

Igualmente es importante resaltar que la jurisprudencia existente sobre la materia, determina que para que la sanción sea aplicable deben configurarse varios requisitos que conlleven a la garantía constitucional del debido proceso y de la existencia de norma previa a la comisión del hecho a sancionar, como son:

- Existencia de norma que tipifique el hecho como infracción
- Existencia de norma legal que consagre la sanción aplicable a dicho hecho
- Existencia de procedimiento para su aplicación
- Configuración del daño ocasionado al Estado con la comisión del hecho
- Graduación de la sanción según la gravedad de la falta.

⁹⁶ Corte Constitucional Sentencia T-442 de 1992. M.P: Dr. Simón Rodríguez. Gaceta Corte Constitucional. T. 3. Jul./92. p. 269.

Teniendo claros los anteriores conceptos, es necesario que los funcionarios en cada caso particular, verifiquen la existencia de los mismos, pero sobre todo determinen la gravedad de la falta y el daño que se ocasiona al Estado con la comisión de los hechos de manera que al infringirse dicho daño, resulte necesario, y viable la aplicación de la sanción.

Esta previsión se encuentra contenida en el literal b) del artículo 2° del Decreto 2685 de 1999, en materia aduanera, en el artículo 684 del Estatuto Tributario y en el artículo 3° del Decreto 1092 de 1996 y 1° del Decreto 1074 de 1999. Si tales circunstancias se observan al momento de sancionar un particular, el Estado estará dando estricta aplicación a la norma, estará propugnado porque la conducta de los administrados se adecue a la misma y a los buenos principios, pero sobre todo estará garantizando que las actuaciones de los funcionarios no van más allá de lo que la ley establece, y que con su aplicación no se estarán generando daños a los particulares tales, que puedan ocasionar cierres o liquidaciones de empresas, o acciones de repetición en contra del Estado.

Así mismo en desarrollo de los diferentes procesos tributarios, deberá tenerse en cuenta que en aquellos casos en que existan diferencias de criterios frente a la aplicación de normas legales, los contribuyentes o usuarios, tienen la posibilidad de efectuar correcciones a las declaraciones sin que se requiera la liquidación de sanción alguna, acatando los procedimientos previstos . Y en los demás casos deberán aplicarse aquellas normas que permiten reducción de la sanción o aplicación del principio de favorabilidad, de acuerdo con las disposiciones que rijan para cada caso.

Sobre el particular es importante resaltar apartes de sentencias de la honorable Corte Constitucional, a propósito de las demandas elevadas contra normas legales que consagran por ejemplo la sanción por no informar.

Sentencia C-160 de 1998.

<<El ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, se encuentra limitado por el respeto a los principios y garantías que rigen el debido proceso. Los principios y garantías propios del derecho penal, con ciertos matices, pueden ser aplicados en el campo de las sanciones administrativas y, concretamente, a las infracciones tributarias. Aplicación que debe hacerse en forma restrictiva, a efectos de garantizar el interés general implícito en ellas y sin desnaturalizar las características de cada una de las áreas en las que el Estado ejerce su facultad sancionadora. >>⁹⁷

2.3.1.4 Principio del derecho de defensa. Dice OSSA ARBELAEZ que “el derecho de defensa preside todo el esquema sancionatorio de la administración pública y constituye un axioma jurídico que se levanta, en primera línea, en todos los estadios del universo jurídico.

Encierra el derecho de defensa un principio de ética jurídica, de moralidad administrativa, de buen comportamiento de la administración, de elemental respeto por los asociados, de ecuanimidad y de justicia. El constitucionalismo moderno lo consagra en sus ordenamientos fundamentales y a él acude el ciudadano cuando se ve inmerso en la actividad punitiva del Estado. Es de una elementalidad tal su observancia, que no se concibe ningún estatuto sancionatorio, por simple que parezca, sin que se consagren en él las técnicas que hagan efectivo el derecho a su ejercicio real.

⁹⁷ Cfr. Circular 175 de 2001 expedida por el Director General de la DIAN

En cualquier organización estatal se le privilegia en sus postulados y los autores de derecho enaltecen su estructura para que la jurisprudencia de las Cortes sea severa en su cumplimiento y la administración estricta en su observancia.

En el derecho punitivo de la Administración la sola consideración de que la sanción constituye un castigo que el Estado inflige al particular por la comisión de una conducta o de un hecho reprochable, habilita al ciudadano a reclamar las garantías que respeten su exculpación mediante la promoción de la contradicción.

El derecho de defensa, conocido y practicado desde antaño, se desconoce, sin embargo, por algunos sectores gubernamentales encargados de vigilar, en ciertas actividades económicas y financieras, que el desempeño oficial esté ajustado a derecho. Y ello a pesar de que en la legislación colombiana no existe vacío alguno en la protección que brinda el ordenamiento jurídico y sí, por el contrario, se prevén normas claras de imperativo cumplimiento que impelen a la administración a que sea señaladamente celosa y específicamente diligente en salvaguardar el derecho de defensa de los ciudadanos, como elemental expresión del régimen democrático.”⁹⁸

Es tan clara la explicación que sobre este principio realizó el autor citado, que al respecto resta por decir, que esta garantía va de la mano con aquella que establece el principio del debido proceso, pues es indudable que el desconocimiento o inobservancia por parte de la Administración del derecho de defensa, conlleva indiscutiblemente, de manera implícita, el desconocimiento al derecho de defensa o contradicción, pues no se estarían dando las garantías mínimas al administrado para que en desarrollo del procedimiento administrativo que contra él se sigue, materialice sus objeciones a la decisión precisamente con ocasión de los recursos de ley establecidos, únicos viables al interior de la Administración para que en ejercicio del mentado derecho, se impugnen las

⁹⁸ OSSA ARBELAEZ, Jaime. Ob. Cit., pp. 282-283.

actuaciones que a juicio del impugnante, además de controversiales resulten conculcadoras del orden jurídico preestablecido.

2.3.1.5 Principio de la presunción de inocencia. Este importante principio se encuentra positivizado en el inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución Política, y consiste en que se presume la inocencia del investigado hasta tanto no se pruebe lo contrario, correspondiéndole a la Administración que investiga y sanciona, la carga de la prueba.

Sobre este principio la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11º, reafirma el carácter fundante de la presunción, por virtud del cual: *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*.

Igualmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificado por Colombia a través de la ley 16 de 1974, establece: “...Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...” (Artículo 8º).

El Decreto 2700 de 1991 señala en su artículo 2º: “En desarrollo de las actuaciones penales prevalece el principio de la presunción de inocencia según el cual toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se produzca una declaración definitiva sobre su responsabilidad” Igualmente la ley 600 de 2000, en su artículo 7º expresa: “ Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal. En las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del procesado...”.

Ahora bien, la Corte Constitucional al respecto del principio de la presunción de inocencia estableció lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia y a que, en caso de sindicaciones en su contra, no se deduzcan sus responsabilidades sin haberla oído y vencido en el curso de un proceso dentro del cual haya podido, cuando menos, exponer sus propias razones, dar su versión de los hechos, esgrimir las pruebas que la favorecen y controvertir aquellas que la condenan. La presunción de inocencia tiene que ser desvirtuada como requisito indispensable para que se haga posible la imposición de penas o de sanciones. Es imprescindible esa garantía en orden a preservar otros derechos fundamentales (...).”⁹⁹

En igual sentido dicha Corporación estableció mediante Sentencia de Tutela¹⁰⁰ que:

“En este orden de ideas, con la consagración de la presunción de inocencia como derecho fundamental constitucional extensivo a toda disciplina sancionadora se busca vincular a las autoridades que, en ejercicio de sus funciones, impongan sanciones de cualquier índole. De esa forma, se quiere evitar la presencia de actuaciones arbitrarias, en la cual el funcionario unilateralmente imponga la sanción, y que la presunción de inocencia que establece la Constitución sólo sea desvirtuada a través de un proceso donde el sindicado tenga posibilidad de ejercer el derecho a la defensa en debida forma.”

De otra parte y a propósito del tema abordado, no está de más detenernos en esta reflexión:<< La buena fe es a la responsabilidad subjetiva lo que el *indubio pro reo* es a la presunción de inocencia>>

La anterior elucubración tiene una significativa importancia para la presente investigación, pues indudablemente se está realizando el cuestionamiento a los

⁹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-500 de 1992. M. P. Dr. José Gregorio Hernández.

¹⁰⁰ Corte Constitucional Sentencia. T-581 de. 1992. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón. Gaceta Constitucional. T. 7, nov.-dic./92, p. 322.

procesos administrativos sancionatorios de la administración aduanera, a partir de la concepción errada que posee de la aplicación de los principios constitucionales de la buena fe y la presunción de inocencia y su estrecha relación con el concepto de la responsabilidad subjetiva, el cual, por cierto, también es desconocido en su aplicación con ocasión del desarrollo de los procedimientos administrativos sancionatorios tramitados al interior de la Administración y más aún, en tratándose de la aprehensión de vehículos importados temporalmente en turismo, por no reexportarse dentro del plazo autorizado.

Y el panorama infortunadamente se torna desalentador, cuando la realidad jurídica de entidades como la aduanera, se ve alterada, atrofiada y vilmente burlada cuando se trata de no acceder al reconocimiento de elementales principios y derechos, pues es más fácil invertir la carga de la prueba en un proceso de decomiso de mercancías, que acatar lo dispuesto por la norma en el sentido de que es a la autoridad administrativa a quien le corresponde la demostración de la responsabilidad del agente; y ello, precisamente, por cuanto instituciones como la autoridad aduanera se encuentran dentro del grupo de entidades del Estado cuyo niveles de gestión y cumplimiento de sus metas anuales, son medidos a través de la consecución de resultados, lo que conlleva lamentablemente al desconocimiento de disposiciones como las mencionadas, en aras única y exclusivamente de reportar un inmediatista recaudo y una posible errada gestión, pues el afán desmedido de mostrar verdaderos positivos, conlleva a que en no pocas ocasiones también se presenten los tristemente célebres “falsos positivos”, como si el recaudo de la Nación no fuera suficiente a través de un cúmulo de impuestos legalmente establecidos, sino ahora, también, con base en sanciones ilegal y apresuradamente proferidas.

2.3.1.6 Principio del in dubio pro reo. También de origen penal este principio se ha consagrado en el derecho administrativo sancionatorio y consiste en aquella duda razonable del juez o de la Administración, cuando el operador jurídico al

valorar las pruebas allegadas al expediente determina que se tornan insuficientes para establecer responsabilidad en la autoría del hecho que se le imputa al sindicado o al administrado.

La Honorable Corte Constitucional al estudiar el principio de marras en relación con el procedimiento disciplinario, lo cual no es óbice para hacerlo extensivo al derecho administrativo sancionador, concluyó:

“El in dubio pro reo, emana de la presunción de inocencia, pues esta implica un juicio en lo que atañe a las pruebas y la obligación de dar un tratamiento especial al procesado. Como es de todos sabido, el juez al realizar la valoración de la prueba, lo que ha de realizar conforme a las reglas de la sana crítica, debe llegar a la certeza o convicción sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del implicado. Cuando la administración decide ejercer la potestad sancionadora tiene que cumplir con el deber de demostrar que los hechos en que se basa la acción están probados y que la autoría o participación en la conducta tipificada como infracción disciplinaria es imputable al procesado. Recuérdese que en materia disciplinaria, la carga probatoria corresponde a la administración o a la Procuraduría General de la Nación, según el caso, dependiendo de quién adelante la investigación, y son ellas quienes deben reunir todas las pruebas que consideren pertinentes y conducentes para demostrar la responsabilidad del disciplinado”¹⁰¹

Ahora bien, el Tribunal Constitucional Español, con base en la referencia que al respecto realizara JOSE MARIA QUIRÓS LOBO¹⁰², en aras de establecer las diferencias entre los conceptos de la presunción de inocencia y el in dubio pro reo, estableció las siguientes características:

¹⁰¹ Corte Constitucional Sentencia C-244 de 1996. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰² QUIROS LOBO, José María. Principio de derecho sancionador. Ed. Comares. Granada. España, 1996, p. 86.

- El principio del in dubio pro reo es una consecuencia de presumir la inocencia y,
- El mismo principio señala el mínimo exigible, cualitativamente y cuantitativamente, de material inculpatario útil para destruir la presunción de inocencia.

2.3.1.7 Principio de prohibición de analogía. En materia administrativa sancionatoria está proscrita, por razones de seguridad jurídica, la aplicación analógica de las normas sancionadoras, entendiéndose por analogía, desde luego, la aplicación de la ley a situaciones que no se encuentren expresamente consagradas en ella, es decir, atendiendo las voces del artículo 8 de la ley 153 de 1887, cuando haya ausencia de norma *exactamente aplicable al caso controvertido*.

Referente al tema de la analogía, la Corte Constitucional Colombiana precisó lo siguiente:

“La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí los 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 la igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, 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. 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 Constitución”

Coherente con lo esgrimido anteriormente, la legislación aduanera colombiana consagra la prohibición de la analogía en materia sancionadora, rechazando toda interpretación de criterios extensivos, al preceptuar textualmente en el artículo 478 del Decreto 2685 de 1999, que “no procederá la aplicación de sanciones por interpretación extensiva de la norma”. No obstante, es preciso señalar en aras de la debida precisión conceptual, que existen diferencias puntuales entre la analogía y la interpretación extensiva de la norma. En efecto, no son pocos los doctrinantes que han coincidido en señalar que la interpretación extensiva corresponde a la ampliación de la cobertura de la ley al caso no previsto por ella, pero que sin embargo allí aparece implícita; en tanto que la analogía “consiste en elaborar una regla jurídica idéntica a la que existe para un caso previsto por el legislador, para aplicarla a un caso no previsto pero semejante al primero”¹⁰³

De otra parte, la Corte Constitucional mediante providencia C-083 del 1 de marzo de 1995, siendo Magistrado Ponente el Dr. Carlos Gaviria Díaz, relacionado con el tema de la analogía *legis* y su diferencia con la analogía *juris*, señaló lo siguiente: “Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en la doctrina como analogía *legis*, y se la contrasta con la analogía *juris* en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada. La primera consiste en declarar que es aplicable determinada norma jurídica prevista para un caso a otro similar; va, pues, de lo particular a lo no particular. En cambio la analogía *juris* es

¹⁰³ PEREZ ESCOBAR, Jacobo. Metodología y técnica de la investigación jurídica. Segunda Edición, 1977, Ed. Horizontes, Bogotá, p. 113.

la que aplica una regla general que se obtuvo inductivamente de todo el conjunto de la legislación vigente, por encontrarse consagrada en varias normas que prevén casos semejantes a aquel no previsto.”¹⁰⁴

2.3.1.8 Principio del NON BIS IN IDEM. Este principio también se encuentra consagrado expresamente en el inciso 3° del artículo 29 de la Carta Magna cuando señala que “*toda persona tiene derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho*”, constituyéndose en un postulado de índole garantista tendiente a prohibir la duplicidad de procesos y sanciones, con ocasión de la realización de un mismo hecho, por un lado y de seguridad jurídica respecto de las decisiones de los jueces y la Administración, por el otro.

Sobre el aludido principio la Corte Constitucional mediante Sentencia de Tutela ha dicho lo siguiente:

“El principio *non bis in idem* es una garantía jurídico-penal que impide una doble imputación y un doble juzgamiento o punición por un mismo hecho. Los jueces no pueden desconocer decisiones anteriores que afectan los derechos del individuo o revisar nuevamente asuntos finiquitados con el costo y esfuerzo que ello significa para el Estado. En virtud de este principio, no le es lícito al juzgador fraccionar el hecho para convertirlo en varios delitos o traducirlo en varias penas. Tampoco le es permitido valorar un mismo factor como elemento integrante del tipo penal y, a la vez, como circunstancia agravante de delito o de la punibilidad. El principio *non bis in idem* actúa así como una protección al acusado o condenado contra una posible doble incriminación total o parcial.”¹⁰⁵

¹⁰⁴ Corte Constitucional Sentencia C-083 de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. Gaceta Corte Constitucional. T.3. marzo/95, p. 55.

¹⁰⁵ Corte Constitucional Sentencia T-575 de 1993. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Gaceta Corte Constitucional. T.12., dic/93, p. 292.

Ahora bien, es importante destacar que a pesar de lo expresado frente al susodicho principio, se presente concurrencia simultánea de un proceso penal y un proceso administrativo sancionador que implique una eventual vulneración al *non bis in idem*.

OSSA ARBELAEZ dice al respecto que “cuando exista una infracción a las normas de comercio exterior, a las de aduana, del medio ambiente, de aviación, de pesca, etc., procede iniciar el procedimiento administrativo; pero si con esa acción se infringe, así mismo, una norma de carácter penal porque se utilizaron documentos falsos, se emplearon maniobras engañosas u otros actos delictuosos, es doble la acción.

Ejemplos como los anteriores son inagotables en las disposiciones de carácter Administrativo que prevén penas para sus infractores y que al utilizar la fórmula sin perjuicio de la acción penal, están remitiendo a la jurisdicción la investigación sobre los mismos hechos o por otros conexos.

Particularmente esa perspectiva se plasma en preceptos que adscriben a las distintas Superintendencias la labor de vigilancia, control y sanción de los entes privados de diverso orden.

También el Código Disciplinario lo estatuye en el inciso 2° del artículo 2° cuando dispone que la *acción disciplinaria es independiente de la acción penal*, lo que quiere decir que las sanciones funcionariales se pueden imponer sin perjuicio de la responsabilidad penal que la conducta pueda originar. O sea que la acción punitiva de orden penal no inhibe a la Administración para imponer la disciplinaria del caso.

La Ley 383 de 1997 por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando y se dictan otras disposiciones, sigue similar derrotero. Allí se establecen sanciones penales y de índole administrativa.

El artículo 15, al describir el contrabando, no lo penaliza cuando la cuantía de los bienes involucrados sea inferior a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, *sin perjuicio de las sanciones administrativas*. Y el 16, sobre favorecimiento de contrabando, fija una pena de arresto y multa, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.”¹⁰⁶

Ahora bien, al respecto es preciso señalar, que las disposiciones de la Ley antes mencionada, fueron derogadas por los artículos 319 y 320 de la Ley 599 de 2000, los que a su vez fueron modificados por los artículos 69 y 71 de la Ley 788 de 2002 que a la letra, respectivamente, señalan lo siguiente:

“Artículo 319. *Contrabando*. El que en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, importe mercancías al territorio colombiano, o las exporte desde él, por lugares no habilitados, o las oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años y multa de trescientos (300) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se impondrá una pena de cinco (5) a ocho (8) años de prisión y multa de mil quinientos (1.500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecido en este código.

¹⁰⁶ OSSA ARBELEAEZ, Jaime. Op. Cit., p. 330

Las penas previstas en el presente artículo se aumentarán de la mitad a las tres cuartas (3/4) partes cuando se demuestre que el sujeto activo de la conducta es reincidente.

Parágrafo 1. Los vehículos automotores que transiten en departamentos que tienen zonas de fronteras de acuerdo con lo estipulado en el artículo 272 de la Ley 223 de 1995, no estarán sometidos a lo establecido en este artículo.

Parágrafo 2. La legalización de las mercancías no extingue la acción penal.

Artículo 320. Favorecimiento de contrabando. El que en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, posea, tenga, transporte, almacene, distribuya o enajene mercancía introducida al territorio colombiano por lugares no habilitados, u ocultada, disimulada o sustraída de la intervención y control aduanero, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a cinco (5) años y multa de doscientos (200) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes importados. El monto de la multa no podrá superar el máximo de pena de multa establecido en este código.

El juez al imponer la pena, privará al responsable del derecho de ejercer el comercio, por el término de la pena y un (1) año más.

No se aplicará lo dispuesto en el presente artículo al consumidor final cuando los bienes que se encuentren en su poder, estén soportados con factura o documento equivalente, con el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 771-2 del estatuto tributario.”¹⁰⁷

¹⁰⁷ Véase artículos 69 y 71 de la Ley 788 de 2002, que modifica los artículos 319 y 320 del Código Penal Colombiano

De lo acotado anteriormente se tiene, que un mismo hecho origina a la vez una conducta delictiva y una falta administrativa, cuyo conocimiento corresponderá a jurisdicciones diferentes, pues en tanto la jurisdicción ordinaria le compete sancionar la conducta del sindicado, a la jurisdicción administrativa le corresponderá definir la situación jurídica de la mercancía aprehendida. La Corte Constitucional señaló a propósito del conocimiento por parte de dos jurisdicciones lo siguiente:

“No se viola el principio *non bis in idem*, por cuanto el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance distinto. El juez disciplinario evalúa el comportamiento del acusado, en relación con normas de carácter ético, contenidas principalmente en el Estatuto de la Abogacía. Por su parte, el juez penal hace la confrontación de la misma conducta, contra tipos penales específicos que tienen un contenido de protección de bienes jurídicamente tutelados en guarda del interés social. Así que tanto la norma aplicable, como el interés que se protege son de naturaleza distinta en cada una de las dos jurisdiccionales. Por ello, es posible, como sucedió en este caso, que el juez penal haya absuelto y, por su parte, el juez disciplinario haya condenado”¹⁰⁸

Igualmente, mediante Sentencia C-259 del 15 de julio de 1995 la Corte reiteró el criterio anterior al señalar lo siguiente:

“No se da una violación al precepto citado, por cuanto el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance distinto. El juez disciplinario evalúa el comportamiento del acusado, con relación a normas de carácter ético, contenidas principalmente en el

¹⁰⁸ Corte Constitucional Sentencia T-413 de 1992. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón. Gaceta Corte Constitucional. T. 2. Jun./92. p. 287.

Estatuto de la Abogacía. Por su parte, el juez penal hace la confrontación de la misma conducta, contra tipos penales específicos que tienen un contenido de protección de bienes jurídicamente tutelados en guarda del interés social.

Así que tanto la norma aplicable, como el interés que se protege son de naturaleza distinta en cada una de las dos jurisdicciones. Por ello nada impide que de la falta disciplinaria en que eventualmente incurra un profesional de la medicina por sus actos u omisiones en ejercicio de su actividad profesional, que acarrea las sanciones correspondientes a la violación al régimen disciplinario ético médico, pueda así mismo, al quebrantar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de Colombia, ser responsable penal, civil o administrativamente, de hechos u omisiones que infrinjan los respectivos estatutos, que lo hacen acreedor de las sanciones correspondientes, diferentes a la disciplinaria.”¹⁰⁹

En el mismo sentido, el artículo 474 del Decreto 2685 de 1999, relacionado con la independencia de los procesos establece que “Cuando una infracción a las normas aduaneras se realice mediante la utilización de documentos falsos, empleando maniobras fraudulentas o engañosas u otros hechos que tipifiquen delito por sí solos o se realice en concurso con otros hechos punibles, se aplicarán las sanciones administrativas que procedan, sin perjuicio de las investigaciones penales que corresponda adelantar.”

Por su parte y referido al tema de que no hay violación al *non bis in idem* cuando con un mismo hecho se originan dos faltas administrativas, el Régimen Cambiario Colombiano, sanciona la no canalización a través de los intermediarios del mercado cambiario del valor de las operaciones obligatoriamente canalizables definidas en el Régimen Cambiario, al consagrar en tratándose del ingreso

¹⁰⁹ Corte Constitucional Sentencia C-259 de 1995. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Gaceta Constitucional. T. 6. Jun./95. p. 223.

irregular de mercancías de procedencia extranjera al territorio nacional lo siguiente:

“Se presume que existe violación al régimen cambiario cuando se introduzca mercancía al territorio nacional por lugar no habilitado, o sin declararla ante las autoridades aduaneras. En estos eventos el término de prescripción de la acción sancionatoria se contará a partir de la notificación del acto administrativo de decomiso.

La sanción cambiaria se aplicará sobre el monto que corresponda al avalúo de la mercancía, establecido por la DIAN en el proceso de definición de la situación jurídica.

Igualmente se presume que existe violación al régimen cambiario cuando el valor declarado de las mercancías sea inferior al valor de las mismas en aduanas. En estos eventos, el término de prescripción de la acción sancionatoria se contará a partir de la notificación del acto administrativo de liquidación oficial de revisión de valor.

La sanción cambiaria se aplicará sobre el monto de la diferencia entre el valor declarado y el valor en aduana de la mercancía establecido por la DIAN en la liquidación oficial de revisión de valor.”¹¹⁰

2.3.1.9 Principio de la irretroactividad de la ley. Este principio de amplia aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano se deduce también del artículo 29 de la Constitución Política, específicamente de su inciso segundo, al señalar que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa...”.

¹¹⁰ Véase artículo 72 de la Ley 488 de 1998 por medio de la cual se modificó el artículo 6° de la Ley 383 de 1997

De igual forma, el artículo 58 de la Carta Magna también alude al mentado principio al consagrar en su inciso 1º que "...Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por las leyes posteriores,..."

El artículo 363 de la Constitución Política consagra en su inciso segundo que "Las leyes tributarias no se aplicaran con retroactividad".

Por su parte, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-037 de 1996 por medio del la cual se controló la constitucionalidad de la ley estatutaria de la administración de justicia (L. 270/96) respecto del artículo 45 declaró exequible únicamente la expresión "Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política tiene efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario".

No obstante lo esbozado anteriormente, es preciso señalar que si bien en Colombia la irretroactividad de la ley es un principio general, no por ello significa que sea absoluto, pues por expresa disposición del artículo 44 de la Ley 153 de 1887 y de la Constitución Política, se establecieron las siguientes excepciones:

Artículo 44, Ley 153 de 1887. "En materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito..."

Inciso 3º, artículo 29 de la Constitución "en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable..."

Ahora bien, en materia sancionatoria aduanera, dicho principio también cobija a los Conceptos que expide la Oficina Jurídica de la DIAN, entendiendo por estos

como aquella “expresión de manifestaciones, juicios, criterios o dictámenes sobre la interpretación de las normas tributarias, aduaneras, de comercio exterior o de control de cambios, ya sea que hayan sido solicitados por los particulares o a instancia de las administraciones, para satisfacer necesidades o requerimientos de las mismas.

Tales conceptos que constituyen criterios auxiliares de interpretación de la ley no se convierten en actos o decisiones administrativas que afecten la esfera jurídica de los administrados, en el sentido de imponerles deberes u obligaciones u otorgarles derechos no contemplados en la ley. Ahora bien, en el evento en que dichos conceptos posean un alcance normativo por la obligatoriedad de aplicación para la administración o por la posibilidad o exigencia de sujeción a ellos para los administrados, podrán ser demandados ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

En consecuencia, las actuaciones de los particulares fundamentadas en los conceptos vigentes, deben ser respetadas por la administración sin perjuicio de las facultades de fiscalización en virtud de las cuales pueden llegar a determinarse irregularidades o inexactitudes cometidas por parte de los contribuyentes o usuarios, en detrimento de los intereses del Estado.”¹¹¹

A propósito de lo anotado el Consejo de Estado se ha referido entre otras, en las siguientes sentencias:

Sentencia de agosto 24 de 2001, por medio de la cual no es admisible que a través de un concepto se generalicen las situaciones particulares de los administrados y se dé una conclusión definitiva sobre la aplicación de la ley.

Sentencia de diciembre 5 de 1997, por medio de la cual se señaló que los conceptos constituyen interpretación oficial para los funcionarios de la DIAN y que

¹¹¹ Véase Circular 175 de 2001 proferida por el Director General de la DIAN.

son obligatorios en cuanto con ellos no se desconozca el ordenamiento el ordenamiento jurídico superior, sin que con ellos se pueda legislar.

Finalmente es dable señalar, que la irretroactividad de las disposiciones desfavorables y la retroactividad de las favorables se refiere no solo a las que tipifican infracciones y sanciones sino también a las que regulan otros elementos del Derecho Administrativo Sancionador, como la prescripción o las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

2.3.1.10 Principio de favorabilidad. Acorde con lo acotado en la parte final del acápite anterior, el concepto de favorabilidad no es nada distinto de la regla de la retroactividad de la ley más favorable.

Para algunos tratadistas este no es un principio universal en sentido estricto, por cuanto el supuesto general es el de la no retroactividad de la ley y más bien lo consideran como un “mandato que se sustrae a la regulación ordinaria sobre la vigencia de la ley en el tiempo”.¹¹²

El principio de favorabilidad consiste básicamente en que si con posterioridad a la comisión de un ilícito tipificado en la ley, se profiere otra norma que consagra una sanción más benigna para el mismo hecho, sea aplicará ésta última y no aquella que estaba vigente al momento en que se cometió la infracción.

La legislación aduanera colombiana alude expresamente a dicho principio cuando en el artículo 520 del decreto 2685 de 1999 consagró lo siguiente:

“Disposición más favorable. Si antes de que la autoridad aduanera emita el acto administrativo que decide de fondo, se expide un norma que favorezca al

¹¹² OSSA ARBELAEZ, Jaime. Ob. Cit., p. 342.

interesado, la autoridad aduanera deberá aplicarla obligatoriamente, aunque no se haya mencionado en la respuesta al requerimiento especial aduanero.”¹¹³

Por su parte el Conceptos Jurídicos números 218 y 235 de 2000 y 45 de 2001 proferidos por la Oficina Jurídica de la DIAN señalaron que <<el principio de favorabilidad debe aplicarse obligatoriamente, así el recurrente no lo haya invocado en el memorial del recurso, siempre y cuando el acto administrativo que decide de fondo no haya quedado en firme. >>

De igual forma el Consejo de Estado estableció que “...El principio de favorabilidad, que es aplicable en materia penal por disposición constitucional (art. 29) y que en las demás materias debe estar consagrado expresamente, como es el caso del artículo 520 del Decreto 2685 de 1999, hace referencia a la pena o sanción, según se trate de materia penal o administrativa, sin que la declaración del incumplimiento de la obligación aduanera de reembarque y la consecuente orden de efectividad de la garantía constituyan una sanción”.¹¹⁴

¹¹³ La Oficina Jurídica de la DIAN a propósito del tema en comento, señaló mediante Concepto General No. 148 del 11 de agosto de 2000, lo siguiente: “...Particularmente, en materia aduanera pueden existir eventos en que la administración haya iniciado una investigación frente a una conducta calificada como infracción administrativa con anterioridad al primero de julio de 2000, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2685, sin que la misma haya sido culminada con anterioridad a la fecha referida, y como tal, pueda ser afecta por el principio de favorabilidad. Tal es el caso, a manera de ejemplo, de las conductas sancionables como infracción con fundamento en el numeral 2° del literal b) del artículo 1° del Decreto 1750 de 1991 (...) Alterar la identificación de mercancías que no se encuentren en libre circulación y frente a las cuales la nueva ley no consagra la conducta como infracción. Evento este en que por efecto de la favorabilidad será necesario cesar de oficio su investigación. Implica ello que para viabilizar la aplicabilidad del principio de favorabilidad será necesario analizar si la conducta investigada aparece tipificada como infracción en el Decreto 2685 de 1999 y si la sanción aplicable es imputable, conforme al texto del Decreto 2685 de 1999 al sujeto investigado. De tal forma, que cuando no exista adecuación perfecta se procederá al archivo de la investigación. Ahora bien, el efecto de la favorabilidad opera igualmente frente a lo establecido como sanción, luego entonces, analizada y adecuada la conducta dentro del texto de los artículos del Decreto 2685 de 1999, y siendo el sujeto activo de la misma uno cualquiera de los por él señalados expresamente, deberá proceder al grado de sanción mas favorable, como por ejemplo, aplicar la sanción pecuniaria de menor valor, o la suspensión, en lugar de la cancelación.”

¹¹⁴ Véase Sentencia del Consejo de Estado, radicado No. 00344-02, mar. 6/2008, Consejera Ponente, Dra. Martha Sofía Sanz Tobón.

El tratadista JAIME OSSA ARBELAEZ en tratándose del principio referido y en especial referente al tiempo de realización de la infracción afirmó lo siguiente:

“...Para efectos del derecho sancionatorio de la Administración, importa determinar la fecha de ocurrencia de la infracción. Si el hecho se cometió en vigencia de la última ley, no se presenta problema alguno y por lo tanto no hay que acudir a la retroactividad. Sucede igual cosa si el ilícito fue objeto de juzgamiento y la nueva legislación empeora la situación del infractor. En este caso continúa rigiendo la ley anterior, o sea que no existe variación. Se aplicó la ley vigente y conforme a ella se dictó la sanción correspondiente.

El problema surge es cuando la infracción se perpetró bajo la vigencia de una Ley y al momento de fallar el expediente rige otra normatividad que resulta más favorable al autor de la infracción. Así mismo cuando el caso ya ha sido juzgado, y surge una nueva disposición que contempla sanciones más benignas.

Esa ley reciente entraría a operar no sólo en los casos aludidos en el párrafo precedente sino también cuando ésta disminuye la cuantía de la sanción, o la nueva ley establece plazos inferiores de prescripción, o también cuando la actual normatividad deroga el carácter infraccional a la conducta que la ley anterior consideraba como tal, es decir, cuando hay modificaciones de los elementos de tipo en forma favorable.

Se desprende de lo que acaba de anotarse que, en la doctrina, la aplicación retroactiva de la ley más favorable tiene lugar aún en los casos en los cuales ya se ha dictado la sanción, lo que lleva a afirmarse que la norma pasa por encima de la cosa juzgada...”¹¹⁵

¹¹⁵ OSSA ARBELAEZ, Jaime. Ob. Cit., pp. 344-345.

CAPITULO III

3. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ADUANERO

En este capítulo se tratará en detalle el concepto de la responsabilidad objetiva de manera general en el Derecho Administrativo Sancionador y de forma específica, en el Régimen Sancionatorio Aduanero, su evolución histórica, así como el tratamiento recibido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Ahora bien, Teniendo en cuenta que en materia penal se ha destacado la referencia al tipo subjetivo como consecuencia lógica del replanteamiento de la teoría de la acción, es por lo que analizaré cómo esta situación constituye una condición a evaluar en los casos de violación de la regla, en aras de coadyuvar mi tesis personal sobre la necesidad de elaborar una causal hermenéutica de justificación para la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador aduanero, que pueda servir como referente no solo para el específico procedimiento de definición de situación jurídica de mercancías, sino para los demás que conforma la legislación aduanera en particular y la legislación administrativa sancionatoria en general.

Ahora bien, mi intención, tal y como lo veremos en este capítulo, no es la erradicación de la responsabilidad objetiva del escenario administrativo sancionador aduanero, pues en mi concepto, contrario a lo afirmado por un sector de la doctrina y la jurisprudencia, sí la considero necesaria, principalmente para el cumplimiento de los cometidos estatales relacionados con la observancia de las obligaciones de los administrados para con la Administración, que en la práctica se reducen a la imposición de multas y sanciones por el incumplimiento de formalidades como el no suministro de una simple información hasta la presentación extemporánea de un documento, pues sería casi que imposible que ante incumplimientos de ésta índole se estuviera acudiendo en cada caso a un

análisis subjetivo de la conducta. No obstante, cuando se trate de decomisos como el señalado, sí considero innecesaria la referencia a la responsabilidad objetiva, pues acá lo que se requiere es que la autoridad aduanera evalúe ciertas condiciones como la referida al análisis subjetivo de la conducta del individuo, en donde no solo cobren importancia la ausencia del dolo o la culpa, sino la posibilidad de lograr la aplicabilidad del principio constitucional de la buena fe, mediante la creación de una causal hermenéutica de justificación de la responsabilidad objetiva, desde el enfoque dado a partir de la teoría de los *lícitos atípicos* cuyo desarrollo se llevará a cabo en el capítulo siguiente.

3.1. GENERALIDADES

Hasta el momento hemos venido presentando las principales características del Régimen Administrativo Sancionatorio en nuestra legislación, con ciertas referencias, claro está, a su aplicación en algunas legislaciones foráneas, encontrando que en términos generales el tratamiento que ha recibido, ha sido similar al que se ha dado en la nuestra, máxime cuando ha sido una constante que los principios del derecho penal en su mayoría, se han acogido por aquel.

Sin embargo, al abordarse la esfera de la culpabilidad del infractor de una disposición administrativa, los principios del Derecho Penal al que hicimos referencia en el capítulo anterior, no operan de idéntica manera cuando de estudiar la responsabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador se trata. Y es acá cuando el tema de estudio aborda otro tópico de especial interés por cuanto precisamente la conducta del infractor de disposiciones administrativas y, específicamente, de la legislación aduanera, nunca es analizada a la luz de la responsabilidad subjetiva y mucho menos armonizada con el principio de la buena fe, el cual erigido a rango constitucional desde 1991, debería tener mayor observancia y aplicación por parte de las autoridades públicas.

La entrada en vigencia del actual Código Penal Colombiano, con la reformulación de la Teoría del hecho punible y la nueva concepción del instituto jurídico de la acción penal, ha contribuido para que se analicen con mayor detalle los conceptos del tipo y la culpabilidad y, por ende, para que aún con más argumentos, los estudiosos del derecho administrativo sancionador aborden con la profundidad que se merece, un tema de gran trascendencia en el contexto actual como es el de las sanciones aduaneras y en especial, aquel que apunta a la elaboración de una causal de justificación para la responsabilidad objetiva, a partir de la teoría de los lícitos atípicos, dentro del derecho administrativo sancionador aduanero.

La indiscutible referencia al tipo subjetivo como consecuencia lógica del replanteamiento de la teoría de la acción, constituye una herramienta importante para coadyuvar mi tesis personal en aras de obtener de alguna manera la parcial erradicación de la responsabilidad objetiva del derecho administrativo sancionador, en todo caso, siempre ligada al particular análisis de la buena fe de quien se ha visto perjudicado por una actuación de la Administración. Ello, por cuanto seguir aceptando la tesis de la responsabilidad objetiva de manera absoluta, en todos los casos, ya no solo compromete al concepto de culpabilidad, sino también al de tipicidad, el cual como se sabe, es la más clara representación del principio de legalidad, expresión máxima de cualquier Estado de Derecho.

No obstante, en materia aduanera la responsabilidad objetiva si bien no se encuentra expresamente consagrada en el Decreto 2685 de 1999, si se ha venido reiteradamente aplicando por parte de los funcionarios que tienen a su cargo la sustanciación y fallo de los expedientes administrativos sancionatorios, apoyados básicamente en algunos conceptos que al respecto ha proferido la Oficina Jurídica de la DIAN, que indiscutiblemente se han visto influenciados de algunas jurisprudencias del Consejo de Estado y que en detalle se analizarán más adelante.

3.2. DEL CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Hablar del surgimiento de la Responsabilidad objetiva es remontarnos indiscutiblemente a los albores del derecho penal, cuyos historiadores atribuyen su justificada aplicación como una herramienta de protección de la comunidad, sancionando a los transgresores sin consideración al análisis de los elementos subjetivos de la conducta, pues el solo daño ocasionado con la infracción era suficiente para exigir la pena y su consecuente cumplimiento.

En el Derecho romano el concepto de voluntad fue ignorado, pues se le dio siempre preeminencia al hecho constitutivo de sanción que a la intención de quien lo cometió. TEODORO MOMMSEN¹¹⁶ señaló que los romanos en los primeros tiempos cuestionaban “sobre el hecho en sí, antes que sobre el estado del alma en que él mismo tenía base. La muerte dada a un hombre origina una deuda que debe ser reparada, haya tenido el autor intención de causarla o no la haya tenido”.

Posteriormente penalistas, criminólogos y sociólogos introdujeron los elementos jurídicos que conformaron las bases del concepto actual de responsabilidad, basada en los aspectos volitivos y cognoscitivos del ser humano.

Ahora bien, la responsabilidad objetiva es en términos generales, la negación del principio de culpabilidad por cuanto basta para su configuración la comisión de un ilícito para endilgar responsabilidad a su autor. Dicho concepto por expresa disposición constitucional, se encuentra proscrito en el sistema jurídico colombiano y específicamente del ordenamiento jurídico penal. No obstante, cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia, como se verá en detalle en el siguiente acápite, ha venido aceptando su consagración en algunos escenarios del derecho administrativo sancionador, que si bien podrían tener una puntual justificación, ha

¹¹⁶ MOMMSEN, Teodoro. Derecho penal romano. Ed. Temis. Bogotá, 1976, p.60

ido extendiéndose a otros campos jurídicos, los que vistos desde una perspectiva diferente y en especial desde aquella que ausculta por la verdadera intención del agente aunada a la presunción de la buena fe de sus actuaciones ante la administración, conllevarían necesariamente a un replanteamiento de su campo de aplicación.

En efecto, en Colombia y de manera especial en el campo financiero la Teoría de la Responsabilidad Objetiva fue abanderada por el inolado jurista ENRIQUE LOW MURTRA quien con el argumento de defender el orden público económico que exige del Estado una pronta y oportuna intervención, afirmó al respecto que “No es posible aplicar las reglas del derecho penal común a las infracciones financieras...”, por cuanto “el derecho administrativo punitivo ni hace parte del derecho penal común ni se puede regir por sus orientaciones y principios, ni es conveniente autorizar que a ésta se extiendan sus reglas”¹¹⁷

Sin embargo, como antes lo esgrimí, el hecho de que esta teoría sea aceptada para un determinado campo del derecho administrativo sancionador, no significa de manera alguna, que por ello mismo deba ser admitida y aplicada para todos los demás campos de dicho escenario, así los defensores de la responsabilidad objetiva argumenten que la sanción en el campo penal no posee la estructura jurídica que tiene en el campo infraccional, máxime cuando para ellos la figura del dolo o la culpa resulta un agregado sin importancia por no demeritar el tipo contravencional.

¹¹⁷ LOW MURTRA, Enrique. Policía Administrativa y Actividad Financiera. Revista de Derecho Económico. Asociación de Derecho Económico. Año III. Nos. 5 y 6. Ene-jun./85, p. 8.

3.3. BREVE RESEÑA HISTORICA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ADUANERO

Para ilustrar este tema, nada mejor que la investigación que al respecto hiciera JUAN MANUEL CAMARGO¹¹⁸ en su obra “NUEVO DERECHO ADUANERO”, quien apuntara lo siguiente:

“Hasta la década de los ochenta, la jurisprudencia del Consejo de Estado no admitía la responsabilidad objetiva en las sanciones administrativas, respecto de las cuales aceptaba varios de los principios que regían el derecho penal. Sin embargo, en los primeros años de la década, dicha Corporación tuvo que afrontar situaciones inesperadas provenientes del sector financiero. Colombia atravesó una crisis en esta importante área de la economía que llevó al cierre o intervención de varias entidades crediticias, lo que le valió al gobierno numerosas críticas, tanto por no haber sabido prevenir las dificultades, como por no haber adoptado a tiempo las medidas para conjurarlas. A la postre, se establecieron modernas medidas de control y se crearon nuevas sanciones, incluso penales. Pero, más que eso, se produjo en el país una renovada toma de conciencia acerca de la importancia y la necesidad de que se cumplieran estrictamente los mandatos económicos o de supervisión del Estado. Mientras que en el pasado las infracciones a la ley económica no se sancionaban, o se juzgaban con benevolencia, a partir de la década de los ochenta se descubrió que ser laxos en estos asuntos conducía a perjuicios globales de la economía y de la sociedad. Como resultado de ello, la posición jurisprudencial de Consejo de Estado se endureció, de una manera bastante repentina. Todavía en abril de 1985 era posible encontrar una sentencia en la que se afirmaba que algunos de los principios del derecho penal se aplicaban a los del derecho administrativo

¹¹⁸ Abogado egresado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, especializado en Derecho financiero de la misma universidad, actual Secretario General de Almacenes Generales de Depósito ALMAVIVA S.A., autor de la obra “Nuevo Derecho Aduanero Parte General e Importaciones.

sancionatorio. Pero un año después, en abril de 1986, ya se expedía un auto en el que se anunciaba el cambio de rumbo, indicando que el tema era muy complejo, y que existía división entre la doctrina al respecto.

En este estado de cosas, el camino que escogió el Consejo de Estado para evitar un tratamiento benigno de las infracciones administrativas fue el de negar la aplicación de los principios del derecho penal en este campo. De este modo el Tribunal se libró, en particular, de la carga de evaluar factores como la culpabilidad, el cual consideró como eminentemente subjetivo y difícil de apreciar. De ahí a sostener que se aceptaba la responsabilidad objetiva en el juzgamiento de infracciones administrativas solo había un paso, y fue el que dio el Consejo de Estado en sentencia cuyos términos han sido repetidos innumerables veces en fallos posteriores.

<<En reciente oportunidad (9 de marzo de 1987, expediente N° 296, con ponencia del Consejero Hernán Guillermo Aldana), la sala consignó su criterio con relación a la naturaleza de las infracciones de las normas administrativas en el sentido de que por principio, no las considera de índole igual a las de naturaleza estrictamente penal, no siéndoles aplicables de lleno principios y normas por los cuales se rigen éstas. En esa oportunidad no se aceptó por ejemplo, algunas normas sobre prescripción.

Dentro de esa misma orientación la Sala considera que no es aplicable en este ámbito del derecho administrativo sancionatorio, el artículo 5º del Código Penal que dispone: “culpabilidad. Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.

Este artículo al mismo tiempo que sienta el principio de culpabilidad para que una conducta prohibida pueda ser sancionada, proscribire toda forma de

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

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

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

Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, la eficacia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas, como es el caso del manejo del sistema de ahorro de valor constante que solamente puede hacerse a través de corporaciones de ahorro y vivienda y son ellas las destinatarias de las obligaciones y por consiguiente de las sanciones en que incurran por su incumplimiento, sin que pueda tener cabida el elemento de culpabilidad en el sentido que lo consagra el estatuto penal respecto de la personas naturales.>>

Los lineamientos generales de esta decisión fueron retocados, más o menos, en sucesivas oportunidades, y poco a poco se extendieron a situaciones administrativas diferentes a las que habían dado su origen. No obstante, el común denominador de este tipo de sentencias fue que se dictaron con ocasión de sanciones proferidas por la Superintendencia Bancaria, y con motivo de la infracción de la ley financiera.

Para la aduana de 1992, este tipo de decisiones fue muy oportuna. Una vez que la jurisdicción avaló la facultad del Gobierno de crear sanciones aduaneras (al declarar la legalidad del Decreto 1105 de 1992), el ejecutivo dio el siguiente paso y estableció, de forma positiva, que sus sanciones se aplicarían con un criterio eminentemente objetivo. Así sucedió, por ejemplo, en los regímenes sancionatorios de los intermediarios aduaneros (Decreto 2339 de 1996, artículo 22) y de los usuarios aduaneros permanentes (Decreto 1828 de 1996, artículo 24), en los que se incluyó un artículo expreso en este sentido. Más aún –dado que la tesis del Consejo de Estado predicaba que la responsabilidad objetiva se justificaba porque había actividades que sólo podían realizar las personas jurídicas, y no las naturales, que son las que incurren en culpa-, la aduana terminó por obligar a todos los sujetos de la actuación aduanera a conformar sociedades para poder desarrollar su labor.”¹¹⁹

En concepto del autor, lo anotado anteriormente, constituye un caso más dentro de los antecedentes de la responsabilidad objetiva en el Derecho Administrativo Sancionador Aduanero, en el que la jurisprudencia señala el derrotero a seguir para que el Gobierno Nacional eleve a rango legal sanciones de índole administrativo al expedir el Decreto que regula el Régimen Aduanero para Colombia. Sin embargo, y en ello también me adhiero al respetado tratadista, el principal inconveniente de la evolución de la teoría de la responsabilidad objetiva

¹¹⁹ CAMARGO, Juan Manuel. Nuevo derecho aduanero parte general e importaciones. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá, 2000, Págs, 586 a 588.

por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado en tratándose de infracciones administrativas, es que “fue creada a partir de un tipo especial de medidas económicas dictadas por el Gobierno, y luego fue “trasplantada” o extendida a temas diversos sin que se diera el suficiente análisis, y sin que se tomaran las medidas necesarias para adaptar la teoría a las nuevas hipótesis que se pretendía juzgar.” Es decir, la jurisprudencia producida para casos particulares y concretos fue aplicada a todas aquellas situaciones similares, sin evaluar a fondo, si los presupuestos fácticos fueron los mismos que motivaron decisiones anteriores, máxime cuando la posición jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la responsabilidad objetiva, surgió del análisis a las infracciones cometidas por las instituciones financieras como son el incumplimiento de los niveles de encaje y la concesión de créditos en eventos de iliquidez.

En ambos caso señala CAMARGO, “se trataba, grosso modo de obligaciones a cargo de las entidades financieras de invertir o congelar parte de sus recursos líquidos. En el caso de los encajes, para controlar la oferta monetaria del país. El segundo caso se refería a entidades con necesidades de liquidez, que se remediaban transitoriamente mediante la utilización de cupos de crédito concedidos por el Fondo de Ahorro y Vivienda (FAVI), pero bajo la condición de que no se aprobaran nuevos créditos, porque ello naturalmente conducía a agravar la situación que se pretendía corregir. Para estos eventos, se habían contemplado sanciones prácticamente automáticas, pero no tanto con un objetivo de represión sino como un medio para persuadir a las entidades a que cumplieran con las regulaciones, porque a ellas les resultaba más “barato” cumplir las medidas que asumir el costo de la sanción. Aun así, muchas veces los establecimientos de crédito incumplían sus deberes en este sentido, ya fuera porque tenían problemas para calcular los niveles de encaje o porque atravesaban dificultades transitorias de liquidez, o por otras razones.” (...) “era una época en la que las entidades financieras no habían desarrollado todavía una administración eficiente del todo –acostumbradas a la laxitud de la regulación anterior-, en que

había dificultades de comunicación entre las oficinas de distintas ciudades – porque no se trataba de empresas suficientemente modernizadas tecnológicamente-, y en que apenas se estaba recuperando el sector de problemas financieros que seguían mostrando secuelas en sus resultados y en sus operaciones diarias. Como resultado de todos estos factores, las excusas se multiplicaban, y prácticamente todas las entidades se defendían alegando la ausencia de culpa.

En esta situación, el Consejo de Estado se halló frente a infracciones administrativas que representaban una violación manifiesta de la ley. Ninguna de las sociedades mencionadas alegaba haber cumplido la norma; simplemente querían librarse de la sanción explicando porqué la habían infringido. Pero además el Consejo de Estado tenía que considerar que la violación de las medidas producía un perjuicio –cierto, pero indeterminado- al conjunto de la economía. No se podía relacionar un defecto en un encaje con alguna consecuencia perjudicial concreta para la marcha de la economía, pero no cabía duda que un incumplimiento generalizado conduciría a un grave traumatismo en este sentido”.¹²⁰

Ahora bien, sin desconocer las razones proteccionistas esgrimidas por el Gobierno Nacional en aras de la argüida salvaguarda del orden económico social¹²¹, no hay

¹²⁰ CAMARGO, Juan Manuel. Ob. Cit., pp. 589-590.

¹²¹ Sobre el concepto de *orden económico social* entendido como un bien jurídico tutelado por el legislador tratadistas como Bajo Fernández, lo introduce dentro del concepto de delito económico el cual define como “El conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios” (Bajo Fernández, Miguel. Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial. Editorial Civitas. España, 1978. Pág. 40). Linares Estrella afirma que en consideración al concepto integrador del derecho penal económico, el mismo comprendería como objeto de protección a las transgresiones administrativo-económicas que tutelan la actividad reguladora e interventora del Estado, las transgresiones frente a los intereses colectivos o supraindividuales como las insolvencias o el medio ambiente, y los delitos clásicos contra el patrimonio económico cuando se dirigen a atacar “objetos fácticos supraindividuales”, como es la estafa en entidades bancarias o se conviertan en elementos de abuso de medidas o instrumentos de la economía, como el uso de información privilegiada, las defraudaciones crediticias, etc. (Linares Estrella, Ángel. Un problema de la parte general del derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del derecho

que dejar pasar por alto que los pronunciamientos de la Honorable Corporación que inspiraron la defensa de dicha teoría por parte del Gobierno Nacional, obedecieron a fallos proferidos con anterioridad a la Constitución de 1991, es decir, desconociendo los claros y categóricos lineamientos garantistas de la actual Carta Magna, de cuya interpretación se colige que la responsabilidad objetiva no solo está proscrita del ordenamiento penal sino de todo el sistema jurídico colombiano. Sin embargo, tal y como se dijo líneas atrás, el Consejo de Estado inspiró sus decisiones en ciertas actividades de las entidades financieras en el entendido que eran todas ellas personas jurídicas, especializadas presuntamente, en el ágil y eficiente manejo de las transacciones, por lo que consideró que no era viable aceptar causales de justificación que en materia penal, habían sido elaboradas exclusivamente para personas naturales. Por ello el Doctor JUAN MANUEL CAMARGO, concluye que, “de este conjunto de factores surgió la teoría de la responsabilidad objetiva, que se ha mantenido desde entonces, y que no se preocupa de la justicia de la sanción, sino de su efectividad.” Así lo reconoció, afirma, dicha Corporación¹²² al expresar en sus fallos la preservación de la economía y no de la justicia:

“El derecho administrativo sancionatorio, por el contrario, tiene finalidades propias, que en el campo económico, consultan, como se dijo, al orden público económico, y por lo mismo utiliza mecanismos para hacer cumplir sus preceptos que en general tienen que ver con sanciones de índole patrimonial. En materia económica, por ejemplo, no se puede sacrificar el superior interés del Estado so

penal español y cubano. Editorial Comares. España, 2002, pp. 56- 57). Por su parte Tiedemann señala que el objeto de protección de los delitos económicos son los intereses de carácter supraindividual: “en el actual y complicado proceso económico adquieren cada vez mayor importancia numerosos bienes jurídicos intermedios entre los intereses del Estado y los intereses de un agente económico individual así como de los consumidores. Así por ejemplo, el interés supra-individual en el funcionamiento del tráfico crediticio tiene en el actual orden económico un lugar legítimo, así como el interés de una información adecuada sobre las circunstancias económicas de las sociedades mercantiles de capital (Tiedemann, Klaus. Lecciones de derecho penal económico. Editorial PPU. Barcelona, 1993, p. 35).

¹²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 5 de abril de 1991. Expediente 3116. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chaín Lizcano.

pretexto de aplicar principios extraños, que no cumplen utilidad alguna en el ámbito administrativo y sí, entorpecen las actuaciones administrativas, impidiéndoles cumplir con los objetivos para los cuales se adelantan.”

3.4 NUEVAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES DE LA TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Como ya se dijo, la promulgación de la actual Constitución Política representó un significativo cambio en la doctrina defendida por el Consejo de Estado antes de su expedición, pues la proscripción de la responsabilidad objetiva ya no solo corresponde a la esfera del Derecho Penal, sino que ahora atañe a una prohibición de índole constitucional que al decir de la propia Corte, impregna el ejercicio de toda actuación, sea judicial o administrativa, hasta el punto que la concepción económica de las sanciones administrativas también ha de reevaluarse, como lo afirmó la Corte Constitucional mediante Sentencia T-490 del 13 de agosto de 1992, con ponencia realizada por el Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, cuya cita realizara JUAN MANUEL CAMARGO en la obra mencionada¹²³:

“La recuperación de la legitimidad de las instituciones fue una de las **ideas fuerza** que guió el proceso constituyente de 1991, el cual se tradujo en una nueva concepción del ejercicio de la autoridad. No sólo la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P. art. 5) y la consagración de las garantías para su efectividad (C.P. arts. 84, 85, 86, 93 y 94) reflejan la redistribución del poder político a favor de los individuos y las colectividades, sino igualmente la convicción de que el fortalecimiento de la autoridad y de la conciencia institucional se logra por la vía de la protección de los derecho fundamentales y no mediante el ejercicio patrimonialista del poder político, tan severamente cuestionado en el pasado. Es

¹²³ CAMARGO, Juan Manuel. Ob. Cit., Pág, 591-592.

por ello que en el texto constitucional ha quedado plasmada una noción de la autoridad acorde con el principio fundamental de la dignidad humana (C.P. art. 1), con el acento puesto más en la protección de la libertad (C.P. arts. 28, 29) que en las ciegas razones de Estado.

“(…)

“Además de la garantía fundamental de la reserva judicial, se eliminaron de la Constitución las excepciones a la imposición de penas sin juicio previo y la detención y retención por orden del gobierno. De otra parte, el Constituyente elevó a rango constitucional la garantía procesal penal del habeas corpus (C.P. art. 30) y estableció la prohibición de imponer penas de destierro y prisión perpetua (C.P. art. 34). Adicionalmente, y como garantía última de la libertad, el artículo 29 de la Carta impone la observancia del debido proceso (v. gr.: el derecho de defensa, la presunción de inocencia, el principio de contradicción), en toda clase de actuaciones administrativas y judiciales, operándose una derogatoria tácita de los procedimientos contrarios a la exigencia constitucional.”

No obstante lo anterior, la tendencia administrativista es la de reconocer la responsabilidad objetiva en la comisión de infracciones, faltas o contravenciones administrativas, con base en el argumento de que en esta materia no se consagró expresamente la obligación de examinar la intención del agente y que tan solo basta con verificar el amoldamiento o adecuación de la situación fáctica al precepto normativo, para derivar de ello, la consecuencia lógica cual es la imposición de una sanción y negar de plano en no muy pocos casos, la exclusión de responsabilidad por la presencia de circunstancias excluyentes de la antijuridicidad o de la culpabilidad, a pesar que hasta hace poco tiempo se ha venido aceptando de manera excepcional, exculpaciones con ocasión de la comprobación de circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito.

Es así como el Consejo de Estado con todo y la entrada en vigencia de la nueva Constitución política, continuó manifestándose en defensa de la responsabilidad objetiva, entre otras, en las siguientes sentencias:

“Sentencia del 26 de marzo de 1993. C.P. Guillermo Chaín Lizcano. **El derecho administrativo sancionatorio, está orientado básicamente por el principio de responsabilidad objetiva** y tiene finalidades propias, las cuales como en el caso sub litis, están referidas a la preservación y seguridad del orden público económico y a la protección de los intereses patrimoniales de quienes de buena fe confían parte de sus bienes a entidades facultadas para captar ahorro del público; por ello la naturaleza de las sanciones generalmente es patrimonial. Razón por la cual resultan ajenas a este trámite instituciones necesarias para definir el grado de responsabilidad personal en el derecho penal, como la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La infracción administrativa, tiene como presupuesto la violación de un precepto previamente establecido sin consideración de la deliberada voluntad del actor de cometerla o de la invocación de culpa en su actuación.”

“Sentencia del 23 de junio de 1995, C.P. Yesid Rojas Serrano, Sala Contenciosa Administrativa. “Se utiliza una tesis de restablecimiento del derecho o reparación de un perjuicio para justificar la responsabilidad objetiva en una sanción.”

Sentencia del 13 de marzo de 1998 C.P. Germán Ayala Mantilla. Sala Contenciosa Administrativa. Sección Cuarta: “Se advierte que han coincidido la jurisprudencia y la doctrina en señalar que el derecho administrativo sancionatorio no necesita acudir al derecho penal, toda vez que posee una normatividad guiada por principios propios y autónomos que responden a unas finalidades y procedimientos diferentes a los del derecho penal. En consecuencia, las sanciones impuestas a los infractores por contravenciones administrativas, excluyen la prueba de los factores subjetivos propios de la conducta delictiva, como son el dolo y la culpa. Dentro de esta misma concepción se considera que

los sujetos activos en el derecho penal, corresponden estrictamente a las personas naturales, pues solo respecto de ellas puede predicarse la culpa como elemento determinante de responsabilidad.

En relación con los sujetos activos en el derecho administrativo, se admite que ellos pueden corresponder a una “persona natural” o “persona jurídica”, respecto de las cuales solo es admisible la fuerza mayor o el caso fortuito como eximentes de responsabilidad. Lo anterior, porque en el lenguaje jurídico son “personas” los seres capaces de tener derechos y contraer obligaciones, y porque en materia administrativa el Estado se reserva el derecho de definir las obligaciones tanto de las “personas jurídicas” como de las “personas naturales” que las representan cuando éstas desarrollan actividades económicas sujetas al control e intervención del Estado”

Sin embargo, no resulta coherente con los propósitos y finalidades propias de un Estado de Derecho, respetuoso y garantista de los derechos individuales de los asociados, que para el cumplimiento de las metas de política económica del país, se justifique la imposición de sanciones de índole pecuniario con el peligroso argumento de que ellas coadyuvan para el logro de las mismas, pues ello posibilita infortunadamente la arbitrariedad del poder en aras de justificar las ya aludidas “ciegas razones de Estado”.

En las anteriores condiciones, la Corte Constitucional en principio no avaló ninguna forma de aplicación de la responsabilidad objetiva en materia de infracciones administrativas. Manifestó sí, que los principios en materia penal no son del todo pertinentes en esta clase de sanciones, pero en manera alguna consideró la aplicación de la responsabilidad objetiva en materia administrativa sancionatoria. Al contrario, la Corte con una absoluta observancia y aplicación al derecho fundamental del debido proceso, consideró inaceptable la aplicación de

dicha teoría con base, precisamente en la referida proscripción de la misma. Al respecto dijo la Corte¹²⁴:

“El constituyente colombiano hizo extensivo el derecho al debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (C.P. art. 29). Las garantías mínimas del proceso penal son aplicables, con algunas atenuaciones, a las actuaciones administrativas sancionatorias. En materia sancionatoria de la administración, la estimación de los hechos y la interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio legítimo debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva –nulla poena sine culpa- , la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra si mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del non bis in ídem y de la analogía in malam partem, entre otras.”

Posteriormente, para el año de 1996, la Corte Constitucional¹²⁵ flexibilizó su radical posición frente al tema en cuestión, pues en forma excepcional aceptó la aplicación de la responsabilidad objetiva en materia sancionatoria, al manifestar con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero lo siguiente:

“La Corte ha declarado la constitucionalidad de ciertas formas de responsabilidad objetiva en ciertos campos del derecho administrativo como es el régimen de cambios, en donde la corporación ha considerado que dados los intereses en juego se admite la no pertinencia de los elementos subjetivos de la conducta tipificada previamente como sancionable, como son la intencionalidad, la culpabilidad e incluso la imputabilidad. Sin embargo, esto es puramente

¹²⁴ Corte Constitucional Sentencia T-145 de 1993. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹²⁵ Corte Constitucional Sentencia C-686 de 1996. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

excepcional pues los principios del derecho penal, como forma paradigmática de control de la potestad punitiva, se aplican con ciertos matices a todas las formas de la actividad sancionadora del Estado. La infracción administrativa tributaria requiere de tipificación legal preexistente al acto que se le imputa, de la manifestación clara de la antijuridicidad del hecho y de la imputabilidad de la conducta. En materia penal y en el campo sancionatorio el debido proceso implica proscripción de la responsabilidad objetiva toda vez que esta es incompatible con el principio de dignidad humana y con el principio de culpabilidad acogido por el artículo 29 de la Carta. La Corte considera que, teniendo en cuenta el principio constitucional de equidad al cual debe ceñirse la actividad tributaria, resulta desproporcionado y violatorio de la justicia tributaria la consagración de una responsabilidad sin culpa en materia tributaria, por lo cual considera que opera el principio de nulla poena sine culpa como elemento integrante del debido proceso que regula la potestad punitiva del Estado. Es indudable que en virtud de la presunción de inocencia, que también hace parte del debido proceso, corresponde al Estado probar que la persona no ha cumplido con su deber de presentar la declaración tributaria para poder imponer las sanciones previstas en la ley. El debido proceso en general, y el principio de culpabilidad en especial, no se aplican de la misma forma en el derecho penal y en los demás derechos sancionadores pues existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Hay más flexibilidad en éstos. Además en materia tributaria existe el principio de eficiencia, según el cual se debe recaudar el máximo posible con el menor costo administrativo, por lo cual los procesos sancionatorios deben ser ágiles y lo menos onerosos posibles.

Finalmente, es razonable suponer que ha habido dolo o negligencia en quienes no han presentado su declaración tributaria. Esto no implica negociación de la presunción de inocencia sino disminución de la actividad probatoria exigida al Estado. Sin embargo, se debe dar la oportunidad de ser oído para que eventualmente se pruebe certeramente el advenimiento de hechos ajenos a la culpa de la persona, constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor, en cuyo caso

habrá más flexibilidad para analizar la sanción, pero no implica que no existan los deberes sino tal vez que se puedan cumplir sin el cumplimiento total de las condiciones legales”

Posteriormente, para el año de 1998, la Corte Constitucional comenzó a influir en la decisión de asuntos tributarios y, por ello mismo, indirectamente en asuntos aduaneros. En efecto, con ocasión de la exequibilidad del artículo 651 del Estatuto Tributario que consagra las sanciones por el suministro de información errónea, se estableció mediante Sentencia¹²⁶ de dicha Corporación lo siguiente:

“El poder que se reconoce a la administración, para la aplicación de estas normas, no es ilimitado y discrecional, pues, la función sancionadora debe ejercerse dentro de los límites de la equidad y la justicia tal como lo ordena la Constitución y el artículo 683 del Estatuto Tributario, según el cual:

<< Los funcionarios públicos, con atribuciones y deberes que cumplir en relación con la liquidación y recaudo de los impuestos nacionales, deberán tener siempre por norma en el ejercicio de sus actividades que son servidores públicos, que la aplicación recta de las leyes deberá estar presidida por un relevante espíritu de justicia, y que el Estado no aspira a que al contribuyente se le exija más que aquello con lo que la misma ley ha querido que coadyuve a las cargas públicas de la Nación. >>

Es claro, entonces, que las sanciones que puede imponer la Administración, deben estar enmarcadas en criterios de proporcionalidad y razonabilidad que legitimen su poder sancionador. Por tanto, en el caso en estudio, es necesario concluir que no todo error cometido en la información que se remite a la administración, puede generar las sanciones consagradas en la norma acusada.

¹²⁶ Corte Constitucional Sentencia C-320 de 1998. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones, en el marco de las infracciones tributarias, tiene un claro fundamento en el principio de equidad, consagrado en el artículo 363 de la Constitución, equidad que, en concepto de esta Corporación, no solo debe predicarse de la obligación tributaria sustancial, sino que debe imperar en la aplicación y cuantificación de las sanciones que puedan llegarse a imponer, tanto por el desconocimiento de obligaciones tributarias de carácter sustancial, como de las accesorias a ella. El legislador, en este caso, es el primer llamado a dar prevalencia a estos principios, fijando sanciones razonables y proporcionadas al hecho que se sanciona. Pero, igualmente, los funcionarios encargados de su aplicación, están obligados a su observancia.

“(…)

“Por lo tanto, no es acertada la información del demandante, según la cual, cualquier error en la información que se suministre a la administración, da lugar a las sanciones que señala la norma acusada, pues, como se analizó, la administración está obligada a demostrar que el error lesiona sus intereses o los de un tercero. Así, los errores que, a pesar de haberse consignado en la información suministrada, no perjudiquen los intereses de la administración o de los terceros, no pueden ser sancionados.”

En el caso en estudio, si la Administración debe demostrar que del error consignado, se deduce un beneficio para el obligado, en detrimento de la administración, como ya fue explicado, ello es suficiente para relevar a la propia administración de demostrar, igualmente, que la actuación fue dolosa o culposa. Es decir, existe un desplazamiento de la carga de la prueba, pues corresponderá al contribuyente demostrar que, con su actuar, no hubo la lesión que alega la administración y que no actuó de mala fe. Actuaciones que deberán surtirse con observancia del debido proceso.”

Y más adelante la Corte concluyó en dicha sentencia:

“Los principios del derecho penal no son aplicables en su totalidad a la potestad sancionatoria de la administración, específicamente, en materia tributaria. Sin embargo, la administración debe observar el debido proceso antes de imponer las sanciones que la ley ha previsto para las infracciones tributarias de carácter sustancial y formal, de manera tal, que le permitan al administrado defenderse en debida forma.

“(…)

“No todo error en la información suministrada puede dar lugar a las sanciones previstas en el artículo 651 del Estatuto Tributario. Por tanto, las sanciones que imponga la administración por el cumplimiento de este deber, deben ser proporcionales al daño que se genere. Si no existió daño no puede haber sanción.

La carga de la prueba, en general, la tiene la administración. Pero si existió mala fe por parte del administrado al suministrar un dato erróneo, o una información que no correspondía a la solicitada, la carga de la prueba se trasladará a éste, quien deberá demostrar que no existió mala fe, y que del error suministrado, no se generó para él un beneficio no establecido en la ley, o daño a un tercero. Por tanto, la aplicación del principio de la buena fe, en los términos del artículo 83 de la Constitución no es de carácter absoluto en esta materia”

Como puede apreciarse los pronunciamientos anteriores reflejan un nuevo rumbo en la posición de la jurisprudencia, destacándose la prevalencia del derecho sustancial¹²⁷ sobre el meramente formal, centrándose no tanto en la violación

¹²⁷ La Circular 175 de 2001 expedida por el Director General de la DIAN señaló a propósito de la prevalencia del derecho sustancial que “es necesario que en los procesos y actuaciones adelantados por los funcionarios de la DIAN, se de prevalencia a lo sustancial o de fondo sobre lo forma o de simple trámite, teniendo siempre como principio que los derechos de los contribuyentes o usuarios, no se pueden desconocer so pretexto de la aplicación de disposiciones de carácter puramente formal que además desvían o quitan mérito a la intención del particular frente al Estado,

objetiva de la ley sino en las implicaciones de la infracción, sus motivaciones y consecuencias, lo cual en mi concepto, obedece indudablemente a la aplicación del artículo 228 de la Constitución Política que establece, precisamente, la prevalencia del derecho sustancial sobre la forma al consagrar: “La administración de justicia es función pública, sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial.”; en igual sentido el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo al desarrollar el alcance de los principios orientadores de las actuaciones administrativas establece la prevalencia de lo sustancial en los siguientes términos:

“ART. 3°- Principios orientadores. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordena de forma expresa.

En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

pero igualmente sin desatender el procedimiento reglado, que como lo sostiene la jurisprudencia, en muchos casos es el que da forma al derecho sustancial.”

En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo a petición del interesado.”

Del artículo 3° en mención conviene citar textualmente el siguiente aparte:

“...Estos principios servirán para resolver la cuestiones que puedan suscitarse en aplicación de las reglas de procedimiento...”

Es clara, pues, la voluntad del legislador en dos sentidos:

- a. La prevalencia que da a la cuestiones de fondo
- b. La directriz que establece que se consulte el espíritu de esos principios en cualquier actuación administrativa, escenario en donde la DIAN interactúa permanentemente con los administrados.

Lo anterior, no representa un desconocimiento de la forma, la cual como se dijo, en no pocos caso da cuerpo y existencia a lo de fondo. Se trata de que con base y solo por ella no se desatienda lo importante, lo de fondo, lo sustancial, lo relevante.

De otra parte, y con el advenimiento de la Constitución de 1991, el Consejo de Estado ha variado de apoco el tradicional apego a la tesis de la responsabilidad objetiva en las infracciones de carácter administrativo, tal vez en el intento de mantener estable su jurisprudencia.

Ahora bien, retomando la posición de la Corte sobre este específico tema, resulta oportuno traer a colación la investigación que sobre el análisis de sus pronunciamientos realizara MARIA LOURDES RAMIREZ TORRADO en el artículo

que al respecto publicara en la revista de derecho de la Universidad del Norte¹²⁸. En efecto, en el acápite “Reflexiones acerca de la culpa objetiva en el poder sancionador administrativo”, afirma que “la aceptación de la culpa objetiva por parte de la Corte, si bien tiene ocurrencia en la actividad del *ius puniendi* del Estado, opera solamente de forma excepcional, consecuencia ello de los derechos de libertad y dignidad humana (C-616/2002).”¹²⁹

Señala que la Corte Constitucional ha dado paso a la aceptación de la teoría de la responsabilidad objetiva en el ámbito cambiario (A-014/1999; C-506/2002; C-10/2003), con base en argumentos que involucran el “mantenimiento y salvaguarda del orden público”¹³⁰. De igual forma, aunque en menor grado, ha dado cabida a dicha teoría en el tema tributario y para ello trae a colación el tema probatorio para demostrar que el principio de culpabilidad en la administración tributaria “navega entre dos aguas”: la de la responsabilidad objetiva y la subjetiva; pero precisando, de todas formas, que antes que fijar una posición o criterio de aplicación de este principio en el contexto sancionador administrativo, ha establecido las excepciones de la aplicación de dicha máxima en la actividad sancionadora administrativa, aludiendo específicamente al tema cambiario y a algunos asuntos de relevancia tributaria.

Manifiesta la autora a propósito de lo comentado, que “la Corte ha disminuido la intensidad de la actividad probatoria encaminada a probar la culpa del administrado”, en consideración a ciertas prerrogativas de las que es titular el Estado, permitiéndole a éste presumir que en determinadas conductas exista el dolo o la culpa, como el caso de la no presentación de la declaración tributaria, sin que con ello se viole o desconozca la presunción de inocencia.

¹²⁸ Revista de Derecho Universidad del Norte, N° 29 Barranquilla, 2008.

¹²⁹ Ibid. Pág. 29

¹³⁰ Ibid. Pág. 29

Al respecto dijo la Corte:

“La disminución de la actividad probatoria de la Administración encaminada a probar la culpa del sancionado: es decir, a partir de ciertas circunstancias debidamente probadas, ha estimado que puede presumirse la culpa y que corresponde al sancionado demostrar la exonerante de culpabilidad.”¹³¹

Por último es preciso anotar, que la Corte mediante Sentencia C-616 de 2002 realizó un interesante estudio sobre la culpabilidad desprovista de toda idea de culpa, en donde reitera su posición en relación con la excepcionalidad de la responsabilidad objetiva señalando los requisitos que deben presentarse para que se ajuste a los postulados de la Constitución Política; es así que para que la mentada responsabilidad tenga lugar, las sanciones deben: (i) carecer de la naturaleza de las sanciones que la doctrina llama “rescisorias, o sea, de sanciones que de manera específica comprometen el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; (ii) tengan un carácter meramente monetario; y (iii) sean de menor entidad en términos absolutos como sucede, por ejemplo, en el caso de las sanciones de tránsito, o en términos relativos, como acaece en el Régimen Cambiario, donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción, o en el caso del decomiso en donde la afectación se limita única y exclusivamente a la propiedad sobre el bien cuya introducción y permanencia al territorio nacional se hizo con la inobservancia de las disposiciones legales.

De todas formas y tal como lo señala la autora aludida, la aplicación de la responsabilidad objetiva, si bien excepcional, no conlleva a que en los casos de imposibilidad absoluta, cuando opere la figura del caso fortuito o la fuerza mayor, se pueda demandar la responsabilidad del administrado. Sin embargo y cuando se creería que aquellas eximentes de responsabilidad admitidas tanto por la doctrina

¹³¹ Corte Constitucional Sentencia C-506 de 2002.

como por la jurisprudencia para ser aplicadas cuando son invocadas por quien soporta un incumplimiento a las disposiciones legales que admiten dichas figuras, sorprende que en materia administrativa sancionatoria aduanera y en especial frente al tema de la configuración de la causal de aprehensión y decomiso por no reexportarse el vehículo de turismo importado temporalmente dentro del plazo autorizado, sea la misma DIAN quien mediante concepto emitido por la Oficina Jurídica impida la utilización de estas figuras con el argumento de que la aprehensión procede “independientemente de los motivos relacionados con los problemas personales del turista”¹³².

Y es acá, frente a pronunciamientos oficiales como el mencionado, cuando nuestra propuesta adquiere relevancia, pues no es concebible que al interior de un Estado garantista como el colombiano, regido por una Constitución Política que pregona la garantía de un orden político, económico y social justo, una institución de servicio y control como la DIAN, admita conceptos edificados sobre la objetividad de los acontecimientos constitutivos de infracción sin verificar la razones que conllevaron al incumplimiento de la disposición normativa y, simplemente, se establezca que se autoriza una medida coercitiva de la gravedad que conlleva el decomiso de una mercancía cuya devolución frente a la legislación que la regula es inviable jurídicamente, con la justificante de no ser posible dar cabida a argumentos que impliquen elucubraciones referidas a la responsabilidad subjetiva del actor, impidiéndole demostrar que obró dolosa o culposamente¹³³ en la conculcación de la norma, dejando entrever, de esta forma, un craso

¹³² “Importación temporal de vehículos de turistas. Causales de aprehensión. “...Sí es procedente la aprehensión de un vehículo ingresado al territorio aduanero nacional en importación temporal, por parte de un turista, cuando no se reexporta dentro del término autorizado, independientemente de los motivos relacionados con problemas personales del turista.” (DIAN, Oficina jurídica, Conc. 48, oct. 9/2006).

¹³³ La tratadista De Palma Ángeles, afirma que en el derecho administrativo sancionador el dolo y la culpa guardan una relación inversa a lo que sucede en el derecho penal, por cuanto mientras en éste la excepción es la conducta culposa, en aquél, la misma constituye la regla general y solamente excepcionalmente debería probarse el dolo. Cfr. DE PALMA DEL TESO, Ángeles. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Ed. Tecnos. Madrid., 1996, p. 54.

desconocimiento del principio constitucional de la buena fe y por ende del análisis de las circunstancias que motivaron el incumplimiento, incluso inadmitiendo eximentes de responsabilidad reconocidas doctrinal y jurisprudencialmente como son el caso fortuito y la fuerza mayor;¹³⁴ las cuales tienen plena vigencia en el ámbito jurídico del derecho administrativo sancionador toda vez que traducen de manera negativa la finalidad de la norma represiva (penal o administrativa sancionadora) en su forma y sustancia. Por ello, al unísono con el reconocimiento de dichas causales de exclusión de responsabilidad, deben admitirse también, la insuperable coacción ajena y el miedo insuperable porque excluyen la acción; el error del tipo por cuanto con el replanteamiento de la nueva teoría, excluye la tipicidad; las causales de justificación tales como la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de una orden o un deber legal y finalmente, excluyentes de culpabilidad como el error invencible de prohibición.

No acudir al análisis de situaciones como las señaladas en la anterior parrafada, es desconocer en el actual código penal la reformulación de la teoría de la conducta punible aplicable para todo el derecho sancionador, que concibe al ordenamiento jurídico sobre el tema del comportamiento humano como fuente de efectos jurídicos sancionatorios. Por ello, en materia de infracciones administrativas aduaneras, no puede excluirse la existencia de la conducta de su adecuación al tipo objetivo dentro del análisis del juicio lógico de la adecuación típica, pues lo contrario es dar cabida a la responsabilidad objetiva absoluta que no solo es contraproducente en Estados de derecho garantistas como el nuestro,

¹³⁴ El concepto número 048 de 2006 proferido por la Oficina Jurídica de la DIAN, en uno de sus apartes señala a propósito de la no admisión de ninguna causal eximente de responsabilidad lo siguiente: “efectuado el análisis de las disposiciones en comento y atendiendo lo preceptuado en el artículo 27 del Código Civil, *“Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. (..)”*, se evidencia claramente que la legislación aduanera vigente no contempla un procedimiento especial para regular eventos relativos a la situación particular del turista o de los miembros de su familia como es el caso de una enfermedad grave), toda vez que la única consecuencia jurídica para el incumplimiento de términos es la aprehensión y eventualmente el decomiso, sin que se haga distinción del motivo o causa por la cual se llegó a dicha situación, como tampoco de causales eximentes de responsabilidad.”

sino que además contradice la lógica y estructura de la norma sancionatoria. Sobre el particular el colombiano FERNANDO VELASQUEZ anotó:

“No obstante, otras posiciones, haciendo hincapié en pautas cualitativas, postulan que las contravenciones no tienen ningún vínculo con el derecho penal: así, se afirma que mientras los delitos afectan derechos objetivos e intereses jurídicamente protegidos por la colectividad, las contravenciones – llamadas delitos administrativos- son materia extraña al derecho penal y constituyen ilícitos de policía o de finanzas, materias propias del derecho administrativo. Surge así el derecho penal administrativo, al cual se hizo referencia en su oportunidad desde cuyo punto de vista se termina predicando que las infracciones a tales preceptos no son delictivas, que las acciones imponibles no son penas, y que el contraventor no es delincuente. Semejante criterio, propio de un Estado defensista de comienzos del siglo XX, es inaceptable en la actualidad no solo por pretender la constitución de una nueva disciplina jurídica, sino también –lo que es más grave- por las desastrosas consecuencias que para la seguridad puede traer, al someter una amplia gama de conductas a los dictados del derecho administrativo, más allá de las garantías propias del derecho penal.

Resulta, pues, evidentemente que los criterios distintos ensayados han demostrado su inoperancia, y solamente el legislador histórico está en capacidad de formular distingos, pudiendo hablarse a lo sumo de diferencias cuantitativas; por lo demás así lo reconoce el artículo 111-1 del Código Penal francés de 1992, ya citado, cuando establece que las infracciones penales se clasifican en crímenes, delitos y contravenciones, “según su gravedad.””¹³⁵

Por ello, creemos que la Administración y en especial la aduanera, antes que proceder apresuradamente a imponer sanciones o edificar causales de aprehensión y decomiso sin realizar un detallado análisis de la conducta del

¹³⁵ VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Manual de derecho penal-Parte general. Ed. Temis. Bogotá, 2002, p. 72.

infractor, debe en aquellos casos en que se evidencien situaciones constitutivas de eventuales eximentes de responsabilidad, sacrificar la efectivización de sus acciones de control en aras del cumplimiento de una gestión y, en cambio, proceder de manera cauta y analítica a la luz de los principios que orientan la aplicación de las disposiciones contenidas en el Código de Aduanas, el Contencioso Administrativo y por supuesto del principio de la Buena Fe consagrado en la Carta Política, a efectos de obtener decisiones justas que por lo menos en este escenario, den un tratamiento más acorde con la realidad a aquellos infractores de la ley administrativa que excepcionalmente y sin intención vulneraron una regla que jamás quisieron ni concibieron violar, cuyo análisis a la luz de la responsabilidad subjetiva no fue realizado y, que por ello mismo, dista mucho de aquellos que como en el escenario penal, que actuaron dolosamente, idearon, imaginaron, quisieron e hicieron posible la obtención de un resultado dañino que sí amerita el rigor que conlleva sus consecuencias y respecto de los cuales obviamente, se les llevo a cabo el análisis de su culpabilidad. Ahora bien, lo anterior en manera alguna significa que no hayan infractores de la norma administrativa que procedan dolosamente, como tampoco la negación del tipo subjetivo, pues en todo caso es necesario demostrar al menos la culpa.

Sin embargo, para que estas aspiraciones se conviertan en realidades es necesario que la Administración aduanera aplique sus disposiciones sin ese exagerado acatamiento al imperio de la ley, con lo cual estoy sugiriendo que los funcionarios cuyas actuaciones por mandato constitucional no obstante ser regladas, procedan con criterio, dando cabida a una aplicación razonada y a una argumentación racional depurada a través de la aplicación de los principios, de tal manera que a través de una decisión debidamente motivada, fundada en las razones que ha tenido en cuenta su razonamiento intelectual para tomar esa específica decisión en contra de otras posibilidades, pueda no solo proferir decisiones más acertadas y en todo caso “blindadas” ante las casi seguras auditorias de la Oficina de Control Interno e investigaciones disciplinarias por la

comisión de la presunta falta, (principal motivo por el que no aplican los principios: temor a una investigación) consistente en desconocer o apartarse de la doctrina oficial de la DIAN materializada en los Conceptos proferidos por la Oficina Jurídica de la entidad. Y ello, porque infortunadamente en el Estatuto Aduanero se echan de menos disposiciones generales que permitan distinguir a los funcionarios, entre el usuario que intentó cumplir con la ley y el que solamente buscó evadirla, abriéndola posibilidad para que la autoridad en realidad de verdad, reconozca y recompense la buena fe.

Por ello, no en vano CAMARGO¹³⁶ afirmó que en un régimen excesivamente opresivo se favorece la corrupción porque “indudablemente, es más fácil “arreglar” una multa o una sanción que discutirla, así el interesado esté convencido de que tiene la razón”, pues no todas las sanciones son el resultado de la introducción ilícita de bienes al país y, por el contrario muchas veces las verdaderas defraudaciones se quedan sin castigo.

¹³⁶ CAMARGO, Juan Manuel. Ob. Cit., p. 584.

CAPITULO IV

4. LA TEORIA DE LOS LICITOS ATIPICOS Y SU APLICACIÓN HERMENEUTICA AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ADUANERO

En este último capítulo se realizará una sinopsis de la obra de Atienza y Ruiz Manero denominada *ilícitos atípicos*, así como una reseña del procedimiento de definición de situación jurídica de mercancías aprehendidas que consagra el Estatuto Aduanero Colombiano, la causal de aprehensión y decomiso objeto de análisis, para finalmente concluir con el planteamiento del constructo hermenéutico a través del cual demostraré que el principio de la buena fe puede ser aplicable en la particular situación estudiada, con base en la Teoría de los *lícitos atípicos*, la cual me va a permitir la elaboración de una causal hermenéutica de justificación de la responsabilidad objetiva, mediante la aplicación de una excepción a la regla prohibitiva, a través de la utilización de una razón más fuerte (el principio de la buena y el análisis subjetivo de la conducta) no contemplada en la misma, que justifique la permisión y por ende la no imposición de la sanción, que en este caso sería la aprehensión y el decomiso del vehículo extranjero.

Este capítulo tiene la virtud de articular la totalidad de los conceptos intitulados y estudiados en los capítulos anteriores, y de llegar a conclusiones certeras, implícitas en su desarrollo, en aras de construir la aludida causal hermenéutica de justificación, con el propósito de contribuir a través de su aplicación, a la solución de un problema de interpretación en una rama específica del derecho como es el sancionador aduanero.

4.1 PRECISION CONCEPTUAL SOBRE LA TEORIA DE LOS LICITOS ATIPICOS

A efectos de entender la Teoría de los *lícitos atípicos* se hará referencia a su figura conversa, esto es, a la Teoría de los *ilícitos atípicos*, en donde sus autores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero indican que una aplicación concreta de una norma puede transgredir un principio de Derecho dando lugar precisamente a lo que se conoce como un "ilícito atípico".

Ellos, pretenden explicar el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder, desde la concepción doctrinal del *ilícito atípico* señalando que en ocasiones la aplicación concreta de una norma puede conculcar un principio de derecho ocasionando lo que han denominado como un "ilícito atípico", doctrina que en su opinión, aún no ha sido descubierta por la Teoría del Derecho en razón a que tradicionalmente el derecho y la norma jurídica se han entendido siempre como reglas y nunca o rara vez, como principios, los cuales en sentido estricto sirven para justificar las reglas en su aplicación específica, como también para regular las conductas a través de la interpretación e integración.

Por tal razón, consideran que la función de los principios, como reguladores de la conducta, exige de la ponderación cuando se presenta un conflicto entre ellos, máxime cuando los principios están unidos a las reglas en cuanto las justifican; estas conclusiones se relacionan con la clasificación de los actos en típicos y atípicos. Tradicionalmente los ilícitos se explican a través de aquella máxima jurídica del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Sin embargo, los autores acogen un concepto de ilícito de tipo sistemático que "no denota la entera descripción del delito, sino a ciertos aspectos de ella". Dentro de este contexto los *ilícitos atípicos serían conductas contrarias a los principios, de tal manera que una norma permitiría una conducta respecto de la cual se presentaría como permisiva, pero los presupuestos que conforman dicha conducta transgreden un principio.*

Ahora bien, referente al tema de los *lícitos atípicos*, éste planteamiento presenta la misma aplicación de la teoría de los *ilícitos atípicos*, pero esbozada desde una conducta que está amparada por un principio, que en una aplicación concreta (esta vez de una norma prohibitiva) la transformaría en ilícita. En tal sentido los autores señalan tres supuestos:

- a) Caso cuando la conducta está fuera del alcance de la regla prohibitiva
- b) Caso especialísimo que constituye una excepción a una regla prohibitiva
- c) Caso cuando a pesar en que se den los supuestos que exige la norma prohibitiva, se dan tan mínimamente que por aplicación del principio de tolerancia es preferible permitir la conducta.

Es importante señalar, que la figura del lícito atípico interesa enormemente para el desarrollo de la presente obra, a efectos de la construcción de una causal hermenéutica de justificación de la responsabilidad objetiva, que tomando en consideración el principio constitucional de la buena fe y previo el análisis de rigor de la conducta del infractor a la luz de la responsabilidad subjetiva, se posibilite la devolución del vehículo decomisado, mediante la aplicación de una excepción a la regla prohibitiva, a través de la utilización de una razón más fuerte no contemplada en la misma, que justifica la permisión, que no es otra que la consagrada en el principio de la buena fe al que hemos aludido.

Finalmente, no sobra mencionar que la aproximación de la teoría mencionada hacía el específico caso analizado en este trabajo de investigación referido a la aprehensión y el decomiso de los vehículos importados temporalmente en turismo por no reexportarse dentro del plazo autorizado, busca en buena medida la elaboración de un precedente doctrinal que pueda utilizarse como referente para las demás situaciones fácticas constitutivas de infracción dentro del derecho administrativo sancionador aduanero y en lo posible extensiva a otras ramas de este derecho (sancionador), en las que previas las consideraciones particulares y

concretas de cada caso, se analice la conducta del presunto infractor o infractores a la luz de su responsabilidad subjetiva, y en todo caso al amparo de los principios, específicamente el de la buena fe de los particulares cuando actúan ante la Administración aduanera.

4.2 DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ADUANERO DE DEFINICION DE SITUACION JURIDICA DE MERCANCIAS APREHENDIDAS

El Gobierno Nacional mediante Decreto 2685 de 1999 expidió el Estatuto Aduanero Colombiano, compendio sistemático, estructurado y organizado que recoge la normatividad reguladora de los tres grandes regímenes aduaneros: Importación de mercancías, exportación de mercancías y tránsito aduanero de mercancías; igualmente regula los conceptos de declarantes, zonas primarias aduaneras, las condiciones para ser reconocidos y autorizados como tales, sus obligaciones y las respectivas sanciones así como la consagración taxativa de las causales de aprehensión y decomiso y el correspondiente procedimiento sancionatorio para su imposición.

El Título XV del mencionado Estatuto, se ocupa del Régimen Sancionatorio estableciendo las infracciones administrativas aduaneras en que pueden incurrir los sujetos responsables de las obligaciones que en el referido Decreto se consagran, las sanciones aplicables por la comisión de dichas infracciones; las causales que dan lugar a la aprehensión y el decomiso de las mercancías, así como los procedimientos administrativos para la declaratoria de decomiso, la determinación e imposición de sanciones y para la formulación de liquidaciones oficiales.

Dentro de los procedimientos administrativos sancionatorios mencionados el que ocupa la atención del presente trabajo es, claro está, el correspondiente a la definición de situación jurídica de mercancías aprehendidas, cuyo propósito

fundamental es declarar el decomiso administrativo a favor de la Nación de mercancías de procedencia extranjera ingresadas ilegalmente al territorio aduanero nacional, o establecer la legal introducción y permanencia de la misma en el país a efectos de ordenar su entrega por la aportación de pruebas satisfactorias o por que se desvirtuó la causal que generó la aprehensión de la mercancía. Dicho procedimiento se encuentra regulado específicamente en los artículos 502 al 512 del Estatuto Aduanero.

Ahora bien, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, como única autoridad competente para verificar la legalidad de la importación de las mercancías que se introduzcan o circulen en el territorio aduanero nacional, consagra como herramienta de represión y control, para los Regímenes Aduaneros de Importación, Exportación y Transito, treinta y cinco (35) causales de aprehensión y decomiso, preceptuadas taxativamente en el artículo 502 del Decreto 2685 de 1999. Dentro de dicha regla represiva se encuentra la causal consagrada en el numeral 1.16 que establece “No reexportar el vehículo de turismo importado temporalmente dentro del plazo autorizado”

Igualmente entre los artículos 482 al 501 del Decreto ibídem establece las infracciones administrativas en que pueden incurrir los distintos actores que intervienen como responsables de las obligaciones aduaneras en los diferentes regímenes aduaneros.

Surtida la aprehensión de la mercancía en aplicación de dichas casuales, la DIAN inicia la investigación administrativa de Definición de Situación Jurídica con el propósito de obtener su decomiso o entrega, actuación ésta que se materializa en una resolución cuya característica es la de ser una decisión de fondo, con la que culmina dicho procedimiento administrativo aduanero, susceptible de impugnarse mediante la utilización del recurso de reconsideración, con el cual se agota la vía gubernativa.

4.2.1 De la causal de aprehensión y decomiso consagrada en el numeral 1.16 del estatuto aduanero colombiano. El decomiso de esta clase de mercancías, es decir, los vehículos que se importan temporalmente por turistas y que no son reexportados dentro del plazo autorizado por la autoridad aduanera, se encuentra regulado en el numeral 1.16 de artículo 502 del Decreto 2685 de 1999; a su vez, la figura de la importación temporal de vehículos de turistas, está consagrada en el artículo 158 del Decreto ibídem en los siguientes términos: *“Importación temporal de vehículos de turistas. Los vehículos de turistas (automóviles, camionetas, casas rodantes, motos, motonetas, bicicletas, cabalgaduras, lanchas, naves, aeronaves, dirigibles, cometas) utilizados como medios de transporte de uso privado, serán autorizados en importación temporal, cuando sean conducidos por el turista o lleguen con él.*

Los turistas podrán importar temporalmente el vehículo que utilicen como medio de transporte de uso privado, sin necesidad de garantía ni de otro documento aduanero diferente a la tarjeta de ingreso que establezca la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, o la libreta o carné de paso por aduana, o el tríptico, o cualquier otro documento internacional reconocido o autorizado en convenios o tratados públicos de los cuales Colombia haga parte. Estos documentos serán numerados, fechados y registrados por la autoridad aduanera. En todos los casos el turista deberá indicar a la aduana de salida del vehículo importado temporalmente.

Los nacionales colombianos, no residentes en el país, al llegar deberán presentar adicionalmente, un certificado de residencia en el exterior expedido o visado por el cónsul colombiano en el país de residencia.”

De otra parte, el artículo 160 del mencionado Decreto establece el plazo para la importación temporal de vehículos de turistas, señalando que *“El plazo máximo de importación temporal para los medios de transporte de uso privado, será de seis*

(6) meses, prorrogables por la autoridad aduanera hasta por otro plazo igual, condicionado al tiempo de permanencia en el territorio aduanero nacional otorgado en la visa al turista.

En caso de accidente comprobado ante la autoridad aduanera, ésta podrá autorizar un plazo especial condicionado por el tiempo que se requiera para la reparación del medio de transporte o para que pueda salir del país en condiciones mínimas de seguridad.

En caso de destrucción o pérdida del vehículo, esta deberá acreditarse ante la autoridad aduanera.”

Finalmente, el inciso segundo del artículo 161 del Decreto aludido, establece sin consideración alguna de índole subjetivo que justifique las razones de los eventuales incumplimientos de reexportar oportunamente la mercancía, que una vez vencido el termino autorizado para la importación temporal del vehículo sin que se haya producido su reexportación, procederá su aprehensión y decomiso.

De conformidad con las disposiciones legales vigentes los vehículos aprehendidos y decomisados por la causal anotada, no pueden recuperarse por sus propietarios en consideración a que la figura jurídica que posibilita su devolución una vez ha operado la intervención de la autoridad aduanera, no aplica respecto de mercancías que posean restricciones legales o administrativas para su importación. En efecto, el Decreto 2685 de 1999, respecto de aquellas mercancías que no obstante estar aprehendidas o decomisadas sin resolución de decomiso en firme, establece la posibilidad de legalizarlas, cancelando para tal fin un porcentaje por concepto de rescate equivalente al 50% o 75% del valor en aduana de la mercancía, sin perjuicio del pago de los tributos aduaneros correspondientes (gravamen arancelario e IVA), siempre y cuando dicha mercancía no esté incurso en alguna situación configurativa de restricción legal o administrativa para su

importación, (tal sería el caso de mercancía no presentada a la autoridad aduanera, es decir, aquella que arribó al territorio nacional por lugares no habilitados por la DIAN, arribó por estos pero sin los documentos exigidos para su presentación ante la autoridad aduanera o inclusive entregando los documentos pero sin la relación de la totalidad o parte de la mercancía que está ingresando al país; o que se trate de mercancía usada, respecto de la cual se encuentra restringida su importación y por ende su legalización).

Por ello, la aprehensión de vehículos con ocasión de los operativos de fiscalización y control en las condiciones en las que la DIAN los viene realizando, en donde prima el “positivo” por encima del principio, y en todo caso en acatamiento de una regla excesivamente represiva y perjudicial para los intereses económicos de quienes la soportan, no pueden ser objeto de legalización mediante el pago del rescate, dado que al amparo de dicha modalidad de importación, los vehículos que ingresan son en su totalidad usados, pertenecientes a turistas que bien en asuntos de trabajo o de simple esparcimiento ven truncadas las esperanzas de recuperar su medio de transporte (en la gran mayoría de las veces el único que poseen), ante la implacable indolencia de un legislador que creyó que con disposiciones de este rigor sancionatorio, estaría dando solución a un problema que en la gran mayoría de las veces no es de contrabando de mercancías, sino de cultura ciudadana en unos casos y de imposibilidad en otros, por la ocurrencia de circunstancias ajenas a la voluntad del infractor, que infortunadamente no son analizadas por los funcionarios encargados de desarrollar el procedimiento administrativo aduanero de definición de situación jurídica de mercancías aprehendidas y, que podrían, al menos en estos casos, facilitar la devolución de un vehículo cuyo decomiso en lugar de solucionar un presunto atentado al orden económico y social del país, por el contrario perjudica el patrimonio del particular y lo peor, que dicho vehículo terminará pudriéndose en los almacenes de depósito mientras la DIAN determina a qué entidad lo asigna o lo dona, pues por expresa disposición gubernamental, los remates de aduana

como una de las formas de disponer de las mercancías decomisadas, se encuentran suspendidos hace poco más de cuatro años. Claro está, y en esto debo ser claro, que si analizadas las circunstancias particulares de la aprehensión se evidencia el dolo o culpa del infractor, es claro que la regla no puede ceder ante el principio, por cuanto estaría desconociendo la esencia misma de la presunción al establecerse un accionar de mala fe que lo despojaría de cualquier consideración y frente al que la tesis central del estudio que se propone, no daría lugar a su aplicación.

4.3 DEL CONSTRUCTO HERMENEUTICO COMO ALTERNATIVA DE SOLUCION FRENTE A LA INAPLICACION DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ADUANERO Y SU ARTICULACION CON LA TEORIA DE LOS LICITOS ATIPICOS

En el trámite de estas actuaciones ante la Administración, la experiencia ha demostrado que no son pocas las ocasiones en la que en aras de obtener el archivo de los procesos administrativos sancionatorios aduaneros o la devolución de mercancías válidamente decomisadas, un considerable número de recurrentes pertenecientes a una sociedad tradicional pre moderna¹³⁷ como la nuestra,

¹³⁷ Se trata de una sociedad cuya principal característica es estar regulada por una economía agrícola, con una técnica incipiente y un Estado centralizado, además de poseer una "legitimación fundada en un marco institucional de normas, valores y tradiciones que orientan las interacciones lingüísticamente mediadas de la comunidad. El medio socio-cultural determinante en este tipo de sociedad es el *lenguaje*, en la medida en que la producción y reproducción espontánea de la formación económico-social depende de interacciones lingüísticamente mediadas por la comunicación cotidiana. De aquí se deriva el marco institucional cuya red intersubjetiva proporciona el fundamento de legitimidad al orden establecido, con lo cual, en este tipo de sociedad, el aprendizaje de reglas de comportamiento, entronizadas sobre las estructuras de la personalidad, es el objetivo cardinal que permite asegurar la legitimación social y su consecuente producción y reproducción económica. Así pues, afirma Habermas, las sociedades tradicionales... "solo pueden subsistir mientras la evolución de los subsistemas de la acción racional con respecto a fines se mantiene dentro de los límites de la eficacia legitimadora de las tradiciones culturales". Por el contrario, la sociedad moderna se caracteriza por una economía capitalista, una innovación científico-tecnológica institucionalizada, una dominación político-legal (asegurada por la dinámica de la producción económica misma) y una legitimación anclada en el modelo de cálculo racional de la empresa capitalista y mediada por el derecho y su red de procedimientos jurídicos funcionales

estructura su impugnación sobre la base de una Buena Fe simulada que para la obtención de su cometido, resulta ineficaz, toda vez que al realizar el análisis probatorio a los documentos y demás piezas procesales allegadas al proceso, puede colegirse sin lugar a equívocos, la presencia de irregularidades en el trámite de cualquiera de los regímenes aduaneros por parte de los responsables directos o por intervención de la obligación aduanera o en la introducción de mercancías de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional.

Es cierto que la Buena Fe se erige como un principio fundamental en la relaciones entre particulares adquiriendo mayor trascendencia cuando éstos actúan ante las autoridades públicas, bien en demanda de sus derechos, ya en cumplimiento de sus deberes y obligaciones, debiendo en todo caso el Estado y quienes lo representan, sujetar su actividad al objetivo de realizar el bien común; sin embargo, ello no significa, desde luego, que la obligación de actuar de buena fe se predique exclusivamente de las autoridades públicas, toda vez que su consagración también exige la observancia de los particulares.

GONZALEZ PEREZ¹³⁸, a propósito de lo acotado, señala que las administraciones públicas, “son entes abstractos que han de realizar su actividad a través de personas físicas concretas, de hombres de carne y hueso, con los vicios y las virtudes de los demás hombres”, en la que aquella diferente posición institucional ha hecho de estos hombres “una casta diferente, en la que, por el olvido de la idea de servicio, sólo aparece la manifestación más pura del poder el poder, en formas más o menos arbitrarias” y, que por eso mismo, nada tiene de extraño que dicha actuación parezca incompatible con todas las virtudes que la buena fe supone conllevando inevitablemente a que se engendre en los administrados una reacción análoga.

(abstractos y despersonalizados).”Véase Oscar Mejía Quintana en su interesante obra Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho. Bogota. Temis 2005, pp. 238-239.

¹³⁸ GONZALEZ PEREZ, Jesús. El Principio general de la buena fe en el derecho administrativo. Civitas Ediciones. Madrid 1999, p. 38.

Ahora bien, cuando la invocación del principio aludido es realizado por los destinatarios de las investigaciones aduaneras, sea cual fuere el escenario procedimental en el que se encuentren, es un hecho cierto que el mismo se torna ineficaz, por cuanto en legislaciones como la mencionada, caracterizadas por ser formalistas en exceso y con gran fijación a rendirle culto al imperio de la ley, el principio de legalidad constituye la mejor excusa para justificar que en las controversias que puedan surgir en el ámbito de las relaciones administrativas, sean las normas (reglas) las que exclusivamente deban resolverlas, sin que por ello tenga cabida la aplicación del principio de la buena fe. SAINZ MORENO, citado por GONZALEZ PEREZ, corrobora lo anotado al aludir a disposiciones de la Constitución Española (cuya base filosófica en este aspecto es idéntica a la nuestra) para demostrar que no siempre la regla da la solución a los conflictos legales o que pudiéndola dar no es la justa o adecuada y para ello afirma lo siguiente:

“El que solo sea legítima la actuación administrativa cuando cuenta con una cobertura legal previa no implica que esa actuación quede sometida exclusivamente a la norma que la ampara. La cobertura legal previa condiciona *ab initio* la legalidad de la actuación administrativa, pero no agota, en modo alguno, la regulación íntegra de esa actuación.” “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (art. 1 de la Constitución). “La Administración pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa...con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho” (art. 103.1, Constitución). Toda la actuación administrativa está sometida al “ordenamiento jurídico”, al “Derecho”; por tanto, también a los principios generales que lo integran y dan sentido.”¹³⁹

En el caso de marras, la legislación nacional sanciona duramente, esto es, con la pérdida definitiva del vehículo, la no reexportación o salida del mismo del país,

¹³⁹ GONZALEZ PEREZ, Jesús. Op. Ci, p. 39.

antes del vencimiento del plazo autorizado por la autoridad aduanera, sin que al respecto la Administración evalúe cuáles fueron las razones por las cuáles se presentó dicho incumplimiento; es decir, de plano se desestiman los móviles que incidieron para que el sujeto infringiera la norma al no indagar sobre los mismos, como tampoco hay cabida para el análisis de otras situaciones, como por ejemplo, aquella referida a si efectivamente el individuo infractor procedió de buena fe y por ende sin intención de vulnerar el ordenamiento jurídico, pues basta que este se objetivamente se verifique para proceder a la aplicación de su gravosa consecuencia, quedando una vez más el principio de la buena fe como una máxima etérea, inaplicable en un medio en donde siempre la mala fe es la que, infortunadamente, se presume.

Y es que la situación mencionada no sería tan preocupante si efectivamente se comprobara que en todos los casos el accionar del infractor fue aleve, perverso, imprudente, negligente o descuidado, pues es claro que ante su evidencia, con mayor razón debe prevalecer la aplicación ejemplarizante de la sanción que consagra la norma. Sin embargo, no son pocas las ocasiones en las que ese incumplimiento no va atado a ninguno de los casos anotados y de ahí la trascendencia en la realización de un análisis diferente, pues ya no serán ni la imprudencia, ni la negligencia ni la intención perversa del agente en vulnerar la norma, sino situaciones ajenas a su voluntad que por más cuidado o diligencia o por ausencia de intención en dicha vulneración, trae como consecuencia el incumplimiento de la disposición legal. Piénsese por ejemplo en aquel turista que con su familia y luego de pasar unas merecidas vacaciones, de regreso a su país en la víspera del vencimiento del permiso, inesperadamente se enferma y desde luego, debe ser recluido en un centro médico asistencial que solo le dará de alta dos días después de su recuperación, o que el vehículo justo el último día del plazo presentó desperfectos mecánicos que solo son reparados después, cuando la fecha para la cual el permiso fue otorgado, ya habría expirado, por que dado el acaecimiento inesperado del impase tampoco hubo tiempo para solicitar la

prórroga antes del vencimiento del plazo, como lo señala norma *ut supra*; la consecuencia obvia, por la vulneración de la norma, dado que el incumplimiento del plazo no permite excepciones, eximentes ni justificaciones, es como se ha venido señalando, la aprehensión y el decomiso definitivo de su vehículo, sin posibilidad alguna de poderlo rescatar.

En una Resolución adiada el 4 de septiembre de 2008, identificada con el número 0063, proferida dentro del expediente administrativo aduanero DM 08 08 01690, por medio de la cual la División Jurídica de la DIAN Bucaramanga al resolver un recurso de reconsideración interpuesto por el propietario de un vehículo de procedencia venezolana, confirmó el decomiso, señaló ante el argumento comprobado del actor de desperfectos mecánicos el día del vencimiento del plazo cuando salía de la ciudad en la vía que de Bucaramanga (S.S.) conduce a Pamplona (N. de S.), que: *“...efectivamente la actuación de las autoridades aduaneras fue ajustada a derecho, pues no solo existe confesión que la respalda, sino que efectivamente dicha manifestación corrobora el incumplimiento al mandato legal que exige la reexportación del vehículo antes del vencimiento del plazo señalado en la Declaración de Importación Temporal en Turismo, independientemente de las motivaciones o razones de índole subjetivo o personal que directa o indirectamente hayan sucedido y que pretendan hacerlas valer como justificantes o eximentes de responsabilidad; reiterando que el único evento justificante para autorizar un plazo adicional al otorgado lo señala el artículo 160 del Decreto ibidem, al preceptuar que solo procede en caso de accidente comprobado ante las autoridades aduaneras, para efectos de la reparación del medio de transporte y poder salir así del país en condiciones mínimas de seguridad.”*¹⁴⁰

¹⁴⁰ Al respecto la División Jurídica de la DIAN Bucaramanga, ha proferido resoluciones similares a la mencionada, con ocasión de los recursos de reconsideración interpuestos dentro de decomisos declarados en los expedientes administrativos aduaneros DM 08 08 1801, DM 08 08 2771, y DM 08 08 3442. A nivel contencioso, con ocasión de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tramitada dentro del expediente 2005-1224, seguido en el Juzgado 2 Administrativo del Circuito de Bucaramanga, la DIAN en su calidad de demandada con ocasión de los alegatos de

Nótese pues, como, la Administración es tajante al señalar que en el incumplimiento del plazo no tiene en cuenta “las motivaciones o razones de índole subjetivo o personal que directa o indirectamente hayan sucedido y que pretendan hacerlas valer como justificantes o eximentes de responsabilidad”, aceptando únicamente el accidente comprobado.

Pues bien, ante este panorama es que cobra importancia la propuesta hermenéutica de este trabajo, por cuanto sin pretender una absoluta erradicación de la responsabilidad objetiva del escenario administrativo sancionador aduanero, la cual, como dije en el capítulo anterior, considero necesaria en todo caso para el cumplimiento de los cometidos estatales relacionados con la observancia de las obligaciones de los administrados para con la Administración, -pues sería casi que imposible que ante incumplimientos de simples formalidades que conllevan sanciones de la Administración se estuviera acudiendo en cada caso a un análisis subjetivo de la conducta-, máxime cuando se trata de decomisos como el señalado, a efectos de que la autoridad aduanera evalúe ciertas condiciones, como la referida al análisis subjetivo de la conducta del individuo, en donde no solo cobrarán importancia la ausencia del dolo o la culpa, sino la posibilidad de lograr la eficacia del principio constitucional de la buena fe, mediante la formulación de un modelo de constructo hermenéutico que va a posibilitar la creación de una causal hermenéutica de justificación para la responsabilidad objetiva a partir de la teoría de los lícitos atípicos.

conclusión, señaló “que el hecho que la persona afectada con la decisión administrativa del decomiso de una mercancía acredite por todos los medios que obró de buena fe, no es argumento válido y razonable para pretender subsanar irregularidades cometidas en la importación de un bien al país, máxime cuando el procedimiento administrativo que define la situación jurídica de mercancías aprehendidas, no tiene como objeto calificar la conducta de los interesados o vinculados, sino precisamente determinar si la mercancía se encuentra legalmente en el territorio nacional, conllevando a aún que en el evento en que el interesado haya obrado de buena fe, no proceda la legalización de la mercancía ingresada de forma ilegal al país...”

4.3.1 Licitud atípica y carácter perentorio de las reglas. En este acápite, mismo intitulado en el capítulo V de la obra de ATIENZA Y RUIZ MANERO,¹⁴¹ me referiré en detalle al planteamiento que a lo largo de esta obra he venido mencionando y con el cual pretendo demostrar que el principio de la buena fe cuando es invocado por los particulares en los procesos sancionatorios aduaneros, y específicamente el relacionado con el decomiso de los vehículos importados temporalmente en turismo, no es eficaz básicamente porque no existe una herramienta jurídica válida que posibilite a la autoridad aduanera su aplicación en determinadas circunstancias y bajo el acaecimiento de ciertas condiciones, entre ellas la buena fe, precisamente porque en esta materia el concepto de la responsabilidad objetiva se encuentra muy enraizado en el procedimiento administrativo sancionatorio, lo cual dificulta e imposibilita su exclusión al momento de sancionar y en el trámite en vía gubernativa con ocasión del recurso de reconsideración, e incluso a nivel contencioso, en donde los jueces administrativos, al igual que los servidores de la contribución (DIAN) han demostrado igualmente dicho respaldo al concepto aludido, con base en un aplicación literal de la regla que establece la prohibición y su consecuencia.

A propósito de las reglas, los españoles señalan que éstas son definidas como “concreciones relativas a las circunstancias genéricas que constituyen sus condiciones de aplicación, derivadas del balance entre los principios relevantes en dichas circunstancias.”¹⁴² Así mismo afirman que, dichas concreciones constituidas por las reglas “pretenden ser excluyentes y excluir, como base para adoptar un curso de acción, la deliberación de sus destinatario sobre el balance de razones aplicables al caso”¹⁴³, pretensión esta que no sería admisible “cuando el

¹⁴¹ Véase a ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos*. Ed. Trotta, S.A., Madrid, 2000, p. 115.

¹⁴² *Ibid.*, p. 124.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 124.

resultado de aplicar la regla resulta inaceptable a la luz de los principios del sistema que determinan la justificación y el alcance de la propia regla.”¹⁴⁴

Relacionado con los principios, consideran que éstos “expresan directamente los valores incorporados al sistema jurídico”, que sirven de justificación de las reglas, de una parte, y por otra, de regulación de la conducta, especialmente de la conducta consistente en establecer normas o en aplicar las normas existentes a la solución de casos particulares y concretos. Por ello, los principios a diferencia de las reglas, “no pretenden excluir la deliberación del destinatario como base de la determinación de la conducta a seguir sino que, bien al contrario, exigen tal deliberación.”¹⁴⁵

Ahora bien, referida a la LICITUD ATÍPICA los mencionados autores señalan que esta tiene lugar “en aquellas conductas que aparecen como *prima facie* prohibidas, por resultar subsumibles en una regla prohibitiva pero que, a la luz de los principios relevantes del sistema jurídico, resultan finalmente permitidas.” Para ello distinguen tres supuestos:

“ 1) El primero de ellos se da cuando un determinado caso *está fuera del alcance de una regla prohibitiva*, bajo la que resulta subsumible, porque las principales razones que respaldan la regla no son aplicables al caso”¹⁴⁶. En este punto traen como ejemplo la regla que prohíbe la entrada de vehículos a un parque con el propósito de hacer prevalecer la seguridad de los usuarios del parque, sin embargo debido a que se llevará a cabo una exposición de automóviles, se permite su ingreso en horas en que dicho lugar no esté abierto al público. Este caso se encuentra *fuera del alcance de la regla prohibitiva*, por cuanto la introducción de los vehículos en tales condiciones no pone en peligro la seguridad de ninguno de los usuarios del parque.

¹⁴⁴ Idem., p. 124.

¹⁴⁵ Ibid., p. 19.

¹⁴⁶ Ibid., p. 115.

2) “El segundo supuesto se produce cuando un determinado caso constituye una *excepción a una regla prohibitiva*, porque en relación con él se dan las razones que justifican la regla, pero también alguna razón más fuerte no contemplada en la misma que justifica la permisión.”¹⁴⁷ Por ejemplo, en el mismo parque del caso anterior y no obstante la restricción para el acceso de vehículos, ingresa una ambulancia para recoger un herido de gravedad que requiere de asistencia inmediata. Ciertamente la ambulancia puede poner en cierto peligro la seguridad de los usuarios del parque, pero ante la necesidad de salvar una vida, esta es la razón que debe prevalecer.

3) “El tercer supuesto tiene lugar cuando en un determinado caso se dan las razones que justifican la regla prohibitiva, pero en un grado tan mínimo que parece injustificado que el alcance de la regla llegue a cubrir el caso en cuestión.”¹⁴⁸ En este último supuesto vendría a operar lo que los autores denominan como *principio de tolerancia*.

Referido a dicho principio los tratadistas mencionados, aluden a Ernesto Garzón Valdés, quien ha caracterizado la tolerancia a través de la conjunción de tres elementos:

“a) La existencia de una competencia adecuada: tolera quien tiene competencia para prohibir un acto (que, sin embargo, declara permitido), pero no toleramos las acciones a las que estamos sujetos. Dicho de otra forma, no cabe hablar de tolerancia de los súbditos hacia acciones de las autoridades; b) una tendencia a prohibir el acto tolerado: no se toleran los actos que nos parecen encomiables; c) una ponderación de los argumentos a favor de la prohibición o de la permisión: la

¹⁴⁷ Ibid., p. 116.

¹⁴⁸ Ibid., p. 116.

tolerancia no es lo mismo que la indiferencia, y de ahí que tolerar sea siempre un acto intencional.”

Entonces, de acuerdo con lo acotado, ATIENZA y RUIZ MANERO encuentran otras características de dicha tolerancia al señalar que esta se aparece como una relación en la que cabe distinguir: “1) los sujetos de la tolerancia: quienes toleran y quienes son tolerados; 2) el acto que resulta tolerado, y que puede consistir tanto en una acción como en una omisión; 3) las circunstancias específicas de la tolerancia, esto es, las propiedades que deben darse para que pueda decirse que existen razones –buenas razones- para levantar la prohibición; 4) un factor temporal, pues la tolerancia exige cierta permanencia: no se es tolerante si se permite un acto (a cuya prohibición se tiende) en una cierta ocasión y se prohíbe luego en otras ocasiones en que se dan las mismas circunstancias.”¹⁴⁹

Ahora bien, los profesores españoles, no dudan en reconocer lo acertado del planteamiento de Garzón Valdés, sin embargo llaman la atención sobre el hecho de que aquel habla de tolerancia en distintos escenarios (moral, religioso, filosófico, político, científico, estético, etc), pero nunca de tolerancia en el escenario jurídico. La razón según ellos: que el derecho es un sistema único que al pretender ser supremo, no distingue entre un sistema normativo básico y un sistema normativo justificante y que por ello mismo este último pudiera resultar ser superior a él mismo, en virtud del cual acciones que el derecho prohíbe, resultaran permitidas; por ello, la tolerancia no tendría cabida en el derecho. Por tal razón, señalan, si el ordenamiento jurídico es considerado solamente en su vertiente regulativa, como un sistema de reglas, a las conclusiones anteriores es a las que debería llegarse; pero como lo que tratan es de evitar llegar a aquellas, consideran que el ordenamiento jurídico no solo está conformado por *reglas* sino también por *principios*, es decir, “el equivalente a los dos sistemas normativos de que nos hablaba Garzón Valdés (el sistema normativo básico y el sistema normativo

¹⁴⁹ Ibid., p. 117.

justificante) lo encontramos, al menos en los Derechos desarrollados, en la existencia de una cierta tensión entre el nivel de las reglas y el de los principios...”¹⁵⁰ De ahí que afirmen que una conducta puede estar prohibida por el sistema de reglas, pero permitida según el sistema de principios, sin que ello implique, entonces, que el derecho, frente a un específico caso, provea dos soluciones distintas, pues es claro que el Derecho “habla con una sola voz”.

4.3.2 De la propuesta hermenéutica como solución al problema jurídico objeto de investigación. ATIENZA y RUIZ MANERO, han sostenido que las reglas deben “ser consideradas como razones perentorias en relación con todos aquellos casos (la inmensa mayoría) que no están fuera del alcance de las mismas y no constituyen casos de excepción o casos de tolerancia. Las reglas, en definitiva, son razones perentorias dentro de su alcance justificado (lo que excluye los supuestos de fuera del alcance, los de excepción y los de tolerancia). En estos supuestos la regla fracasa como tal y la coherencia valorativa del sistema jurídico exige ponderar los principios aplicables al caso para elaborar un nuevo balance de razones que se exprese en una nueva regla. Todo lo que esto implica es que las reglas, de un lado, son razones perentorias, pero no razones absolutas, y, de otro, que existe cierta relación de prioridad de los principios en relación con las reglas. O, como diría Dworkin, que la práctica del Derecho es (debe ser) sensible a su sentido.”¹⁵¹

Así las cosas, la definición de los LICITOS ATÍPICOS planteada por los tratadistas europeos a que he hecho referencia es la siguiente:

“La conducta **A** del sujeto **S** es lícita (atípicamente lícita) en las condiciones **C**’, si y solo si:

¹⁵⁰ Ibid., p. 118.

¹⁵¹ Ibid., p. 121.

- 1) Existe una regla que prohíbe a **S** realizar **A** en las circunstancias **C**.
- 2) Los principios que fundamentan esa regla no justifican la prohibición de **A** en las circunstancias **C'**, porque –siendo **C'** igual a **C** en todos los demás aspectos-,
 - 2.1) en **C'** no se dan las razones que concurrían en **C** para justificar la prohibición (**C'** es un caso que está fuera del alcance de la regla); o bien
 - 2.2) en **C'** se dan otras razones, además de las que concurrían en **C**, que tienen un mayor peso que las que justificaban la prohibición (**C'** es un caso de excepción a la regla); o bien
 - 2.3) en **C'** se dan las razones para la prohibición, pero en un grado mínimo (**C'** es un caso de tolerancia).
- 3) En consecuencia, surge una nueva regla según la cual en las circunstancias **C'** está permitido realizar **A**¹⁵²

Ahora bien, de acuerdo con lo esbozado, el modelo de constructo interpretativo que propongo a través de la elaboración de una causal hermenéutica de justificación para la responsabilidad objetiva a partir de la teoría de los lícitos atípicos, para ser aplicado al caso cuya problemática he mencionado, esto es, la aprehensión y el decomiso de los vehículos importados temporalmente en turismo por no reexportarse dentro del plazo autorizado, por ocurrir situaciones ajenas a la voluntad del infractor que impidieron su cumplimiento, es el siguiente, veamos:

Existe una Regla en la legislación aduanera colombiana que prohíbe a los turistas que importaron temporalmente sus vehículos, transitar dentro del territorio nacional con la autorización de importación temporal vencida, cuya consecuencia es la aprehensión y el decomiso del automotor, la cual utilizando la ecuación planteada anteriormente sería de la siguiente manera:

S= Turista

¹⁵² Idem.,p.121.

A= Transitar dentro del territorio nacional

C= Autorización de importación temporal en turismo vencida

C'= Autorización de importación temporal en turismo vencida por motivos relacionados con problemas personales del turista (accionar de buena fe, caso fortuito o fuerza mayor);

Los principios que fundamentan la anterior regla, esto es, el principio de *legalidad y el debido proceso* no justifican la prohibición de **A**, esto es, transitar dentro del territorio nacional, en las circunstancias **C'**, o sea, con la autorización de importación temporal en turismo vencida por motivos relacionados con problemas personales del turista (accionar de buena fe, caso fortuito o fuerza mayor), por cuanto si bien dicha autorización se encuentra vencida, se dieron otras razones de mayor peso que las que justifican la prohibición, que hacen que en **C'** surta eficacia *el principio de la buena fe* atendiendo al análisis de los motivos relacionados con problemas personales del turista.

Por tal razón, a mi juicio, con base en la TEORIA DE LOS LICITOS ATÍPICOS, es que considero necesaria y pertinente la elaboración de una causal hermenéutica de justificación para la responsabilidad objetiva, tomando para el efecto la alternativa señalada en el numeral 2.2. *Ut supra*, que establece el planteamiento analítico al problema anterior, mediante la aplicación de una excepción a la regla prohibitiva, a través de la utilización de una razón más fuerte no contemplada en la misma, que justifica la permisión.

Esta solución puede ser utilizada, en doble vía, bien de manera oficiosa por parte de la Administración para justificar la entrega del rodante incautado, o bien mediante el uso que realice el administrado al invocarla, e incluso haciendo uso posterior de los recursos de ley. Además, se puede llegar a utilizar como argumento en la hipotética acción contenciosa de nulidad y restablecimiento del derecho, pues no se han de sorprender los operadores jurídicos encargados de

decidir, en razón a que el *nuevo derecho* está caracterizado por principios, valores y razones como la planteada. Así mismo, la formulación muestra una tendencia a la constitucionalización de sus disposiciones que se está abriendo camino, y con ello una nueva forma de interpretación, en donde las normas jurídicas regulativas, sean reglas o sean principios, han de aplicarse atendiendo a su dimensión valorativa, de sentido, contenido y alcance en la que la conducta ya no será solamente objeto de mera regulación, sino además, de justificación y crítica.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert citado por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero en “Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”, Editorial Ariel, Barcelona, 2005.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO Juan. Ilícitos atípicos Ed. Trotta, S.A., Madrid, 2000.

BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal parte general. Ara editores, primera edición, Lima, 2004.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial. Editorial Civitas, España, 1978.

BENÍTEZ PARRA Jorge. Introducción al derecho. Universidad pontificia bolivariana, 2003.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. Los delitos contra la hacienda pública. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987.

BERMAN, Harold J. La Formación de la tradición jurídica de Occidente. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1993.

CAMARGO, Juan Manuel. Nuevo Derecho Aduanero Parte General e Importaciones. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá, 2000.

DE PALMA DEL TESO, Ángeles. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

DICCIONARIO DE LA LENGIA ESPAÑOLA. Editorial voluntad S.A. Bogotá, 1996.

DICCIONARIO JURIDICO ESPASA. Lex. Madrid 1.999, p. 120.

DIEZ-PICAZO Luís. Sistema de Derecho Civil. Tomo I. Sexta Edición. Madrid.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Ed. Ariel. Barcelona, 1977.

_____ El imperio de la justicia. Ed. Gedisa. Barcelona., 2005

ESTATUTO ADUANERO COLOMBIANO. Tercera Edición. Legis Editores S.A. 2007.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho penal fundamental. Segunda edición, volumen 1. Editorial Temis, Bogotá, 1986.

GACETA JUDICIAL. T LXXXVIII, p. 232.

GONZALEZ PEREZ, Jesús. El principio general de la buena fe en el derecho administrativo. Civitas ediciones. Madrid, 1999.

HART, Herbert Lionel Adolphus. El concepto de derecho. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

HERNANDEZ VASQUEZ, Jairo Rodrigo. El derecho penal administrativo en Colombia. Editorial Pax, Bogotá, 1974.

HINESTROSA, Fernando. Salvamento de voto, sala de casación civil y agraria, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 7 de mayo de 1968, M.P. Dr. Guillermo Ospina Fernández, Gaceta judicial CXXIV, P.117.

JAKOBS, Gunther. Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de derecho penal. Tomo I. Editorial Losada, Buenos Aires, 1950.

JURGEN HABERMAS, "Ciencia y Técnica como Ideología", en Ciencia y técnica como ideología, Madrid, Editorial Tecnos, 1984.

KARL LARENZ, derecho de las obligaciones y Ludwing Enneccerus, derecho de las obligaciones, revisión por Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona.

LINARES ESTRELLA, Ángel. Un problema de la parte general del derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del derecho penal español y cubano. Editorial Comares. España, 2002.

LOPEZ SANTAMARIA, Jorge. Los contratos, parte general. Tomo I, tercera edición. Editorial jurídica de Chile, 1998.

LOW MURTRA, Enrique. Policía Administrativa y Actividad Financiera. Revista de Derecho Económico. Asociación de Derecho Económico. Año III. Nos. 5 y 6. Ene-jun./85.

LLOBREGAT, Jose Garberi. El procedimiento administrativo sancionador. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1994.

MEJÍA QUINTANA, Oscar. Teoría Política, Democracia Radical y Filosofía del Derecho. La relación problemática entre legitimidad, validez y eficacia. Bogotá. Temis.2005.

MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano. Edit. Temis. Bogotá, 1976.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal. Editorial Bosch, Barcelona, 1975.

NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. Editorial Tecnos. Madrid, 1994.

OSSA ARBELAEZ, Jaime. Derecho administrativo sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía. Legis editores S.A., Bogotá, 2000.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica. Segunda Edición. Editorial Horizontes, Bogotá, 1977.

PINILLA PINILLA, Nilson. Fundamentos de derecho administrativo sancionatorio, en revista derecho penal y criminología No. 39, septiembre/diciembre 1989, Santafé de Bogotá, 1990.

PINZON, Jorge y CARRILLO Fernando. Sector financiero y delincuencia económica. Editorial Temis. Bogotá, 1998.

QUIRÓS LOBO, José María. Principio de Derecho Sancionador. Edit. Comares. Granada. España, 1996.

RAWLS, John Justicia como equidad. Paidós, Buenos aires, 2002.

RIPERT, Georges. La Regla Moral en las Obligaciones Civiles. La Gran Colombia, Bogotá 1946.

RODRIGUEZ DEVESA, José María. Fundamentos y teoría de la imputación. Derecho penal español, parte general. Editorial Dykinson, Madrid, 1993.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. Séptima edición. Editorial Temis S.A., Bogotá, 1994.

SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo parte general. Tercera edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2007.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal. Aspecto de la política criminal en las sociedades postindustriales. Civitas ediciones, España, 1999.

SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. Editorial Tea. Vol. I, Buenos Aires, 1992.

TIENDEMANN, Klaus. Poder económico y delito. Editorial Ariel. Barcelona, 1985.

_____ Lecciones de derecho penal económico. Editorial PPU. Barcelona, 1993.

VELÁSQUEZ, VELÁSQUEZ Fernando. Manual de Derecho Penal-Parte General. Editorial Temis. Bogotá, 2002.

VELEZ GARCIA, Jorge. La unidad punitiva del estado y la sanción de las contravenciones, en pensamiento penal moderno, Editorial Externado de Colombia, Bogotá, 1991.

WELZEL, Hans. Derecho penal alemán, parte general. Editorial jurídica de Chile, 1993.

Circular 175 de 2001 proferida por el Director General de la DIAN.

Concepto No. 148 del 11 de agosto de 200 Oficina Jurídica DIAN

Concepto No. 62 del 22 de abril de 2002 Oficina Jurídica DIAN

Concepto No. 048 de 2006 Oficina Jurídica DIAN

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 5 de abril de 1991. Expediente 3116. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chaín Lizcano.

Consejo de Estado. Sentencia de marzo 6 de 2008. Consejera Ponente: Dra. Martha Sofía Sanz Tobón.

Corte Constitucional Sentencia C-549 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Simon Rodriguez Rodriguez.

Corte Constitucional Sentencia C-575 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional Sentencia C-581 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Baron

Corte Constitucional. Sentencia T-413 de junio 5 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón. Gaceta Corte Constitucional. T. 2. Junio de 1992. P. 287.

Corte Constitucional Sentencia T-427 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Sentencia T-442 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Simon Rodriguez Rodriguez.

Corte Constitucional Sentencia T-475 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Sentencia T-487 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional Sentencia T-500 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. José Gregório Hernandez.

Corte Constitucional. Sentencia T-534 de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional Sentencia T-568 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional Sentencia T-124 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, sala Tercera de revisión. Sentencia T-145 del 21 de abril de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-575 de diciembre 10 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Gaceta Corte Constitucional. T.12., diciembre de 1993.p. 292.

Corte Constitucional. Sentencia C-083 de marzo 1 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Gaceta Corte Constitucional. T.3. marzo de 1995.p.55.

Corte Constitucional. Sentencia C-259 de julio 15 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Gaceta Constitucional. T. 6. Junio de 1995. P. 223.

Corte Constitucional. Sentencia T-532 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional Sentencia T-578^a de 1995. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sentencia C-244 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional Sentencia C-542 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia C-686 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional Sentencia C-651, diciembre 3 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional Sentencia C-160 de 1998. Magistrado Ponente: Dra. Carmenza Isaza de Gomez.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-320 del 30 de junio de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Sentencia C-769 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Barrera Carbonell.

Corte Constitucional Sentencia C-818 de 2005. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Artículo 72 de la Ley 488 de 1998 por medio de la cual se modificó el artículo 6° de la Ley 383 de 1997

Artículo 768 del Código Civil Colombiano

Artículos 69 y 71 de la Ley 788 de 2002, que modifica los artículos 319 y 320 del Código Penal Colombiano

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de junio 1 de 1982, expediente número 929. M.P. Dr. Alfonso Reyes Echandía.

Revista de Derecho Universidad del Norte, N° 29 Barranquilla, 2008.