

**ARTÍCULO DE
DIVULGACIÓN**

LA IDENTIDAD SUSTANCIAL ENTRE EL DELITO Y LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

Anotaciones a propósito de la
aplicación analógica de la ley en
el derecho administrativo sancionador

Javier Enrique Merlano Sierra*

*Abogado. Egresado del Programa de Derecho de la Universidad del Norte, Barranquilla (Colombia). *javiermerlano@gmail.com*
Correspondencia: Universidad del Norte, División de Ciencias Jurídicas, vía a Puerto Colombia, A.A. 1569, Barranquilla (Colombia).

Resumen

Sosteniéndose la legitimidad de la aplicación analógica in bonam partem de la ley, y la consecuente interdicción de la analogía in pejus, se debate la existencia de una similitud sustancial entre delitos e infracciones administrativas, que justifique la aplicación analógica de la ley, para dotar de plenitud al derecho administrativo sancionador colombiano; positivado en una regulación dispersa, sectorial e insuficiente. Por ello, sostenemos la existencia de una identidad ontológica sustancial entre la infracción administrativa y el delito, especialmente en cuanto a los principios-categorías dogmáticas que lo erigen, y que justifica la aplicación de instituciones jurídicas de efecto benéfico para el administrado, ausentes en la legislación administrativo-sancionadora nacional, pero positivadas en el Código Penal. Se empleó un método exploratorio-descriptivo, fundado en documentos de tipo bibliográfico, hemerográfico y jurisprudencial.

Palabras clave: Delito, infracción administrativa, derecho sancionador, principios, analogía.

Abstract

Sustain the legitimacy of the analogical application *in bonam partem* of the law and the consequent interdiction of the analogy *in pejus*, are debating the existence of a substantial identity between crimes and administrative offences, justifying the analogical application of the law, to give fullness to colombian administrative sanctioning law; which positive regulation is scattered, sectoral and insufficient. Therefore, we maintain the existence of an ontological identity between the administrative offence and the crime, especially on principles-dogmatic categories that built it, and that justifies the application of legal institutions for the beneficial effect for citizen, absent in the national administrative sanction law, but positivised in the Colombian Penal Code. An exploratory-descriptive methodology, in the base of bibliographical documents, periodical publications, and precedents of the justice, is used.

Key words: Crime, administrative offence, sanctioning law, principles, analogy.

Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2008

Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2008

INTRODUCCIÓN

Mucho se ha discutido acerca de las formas jurídicas de sancionar a las personas y su adecuación en torno a un principio máximo de dignidad humana. En efecto, muy variada resulta la valoración jurídica de conductas susceptibles de reproche estatal, según la concreción que se presente en diversas ramificaciones del ordenamiento jurídico.

Dos ramas del derecho resultan importantes al referirnos a la contingencia de someterse a la imposición de sanciones: En primer lugar, el derecho penal ocupa el lugar más intenso en la escala valorativa, al poder incluso restringir el derecho fundamental a la libertad individual, como medida sancionatoria. Una segunda rama se anuncia como derecho administrativo sancionador, y denota la regulación de la potestad sancionadora en instancias inicialmente administrativas, aunque sujetas eventualmente al control jurisdiccional.

Estas dos ramificaciones del derecho público expresan el fundamento y los límites de un poder excepcional y unitario radicado en cabeza del Estado, que lo faculta para emplear medios para la prevención, corrección y represión de ilícitos penales o administrativos. Es el poder punitivo del Estado, cuya regulación encuentra asidero en el artículo 29 de la Constitución Política Nacional, que propugna por un debido proceso para todas las actuaciones judiciales o administrativas (Sentencias T-145 de 1993, C-214 de 1994, C-467 de 1995, C-05 de 1998, C-506 de 2002; Ramírez Torrado: 2008, p.p. 308 y 309).

Conforme con ello, afirmábamos con anterioridad (Merlano: 2008, p. 20) que: la potestad punitiva del Estado es un poder de naturaleza política (Rosales, 2006, p. 186), dirigido intencionalmente a sancionar conductas tipificadas como delitos, contravenciones o infracciones administrativas, cuya titularidad corresponde al Estado en defensa de la sociedad (C-157 de 1997), que se contiene y racionaliza a través del derecho penal (Bailone, s.f.; Rosales, 2006) y del derecho administrativo sancionador (Sentencia C-616 de 2002).

Siendo ello así, la disertación que se propone a propósito de este escrito se centrará en determinar si, a pesar de la existencia de diferencias

que justifican la matización de principios sancionadores según la manifestación del orden jurídico en que se concrete: administrativo sancionador o penal, ¿existen también diferencias en cuanto a la naturaleza de las conductas valoradas por cada orden?, o si, por el contrario, podemos hablar de una identidad ontológica sustancial entre delitos e infracciones administrativas, que permita emplear legítimamente el procedimiento analógico para la aplicación de la ley ante los vacíos legislativos.

El artículo propuesto debate los principios-categorías dogmáticas del derecho penal y su vigencia en el derecho sancionador administrativo, y está dirigido a evidenciar la identidad sustancial que media entre ambas manifestaciones del derecho sancionador colombiano, siguiendo los postulados que conciben el delito como una conducta típica, antijurídica y culpable.

La utilidad que encierra el tema radica en la posibilidad de emplear los mecanismos de protección de los derechos humanos reconducidos al debido proceso, positivados en el derecho penal, pero ajenos a la regulación dispersa y sectorial reguladora de la potestad sancionadora administrativa, en razón de la identidad sustancial que media entre delitos e infracciones, como manifestación de lo ilícito.

Esta investigación se apoya en una adelantada con precedencia, propuesta para optar al grado en derecho, titulada 'El principio de interdicción de la analogía en el derecho administrativo sancionador colombiano', que tuvo como objetivos: Establecer la posibilidad de recurrir legítimamente a la analogía en el derecho administrativo sancionador colombiano con fundamento en el principio de legalidad, y demostrando si, por el contrario, en dicha rama del derecho impera la interdicción del método analógico, para lo cual se buscó identificar la existencia de principios fuentes del derecho administrativo sancionador colombiano, ante la ausencia de regulación unificada en dicha rama del derecho; precisar el concepto de la analogía jurídica, su regulación, su fundamento y sus clasificaciones; y determinar si en el derecho administrativo sancionador el recurso al método analógico para suplir vacíos en la ley nacional se encuentra proscrito o avalado por el derecho, a la cual remitimos para profundizar en la lectura.

Esta investigación se enmarca dentro de las investigaciones jurídicas de tipo exploratorio, no cuantitativa; se fundamenta principalmente en la revisión bibliográfica, hemerográfica y jurisprudencial.

1. GENERALIDADES

Dentro del principio clásico de la tridivisión de poderes, la potestad sancionadora sería un poder correspondiente a las autoridades jurisdiccionales, como expresión de la independencia entre las ramas del poder público, siguiendo los postulados afirmados desde el liberalismo clásico. Las nuevas corrientes de la filosofía política han propuesto concebir el poder público, como un supuesto único de poder, que aunque dividido, es regido por la colaboración armónica para el cumplimiento óptimo de los cometidos del Estado.

En el plano exclusivamente jurídico se ha presentado un fenómeno denominado despenalización de conductas o administrativización de punibles, debido a la intervención mínima con la que el derecho penal puede irrumpir en la vida del hombre y a la necesidad de garantizar el cumplimiento adecuado de los cometidos estatales, empleando el poder de coerción mediante procedimientos administrativos, sin perjuicio de la garantía contencioso-administrativa para la revisión de sanciones y de su adecuación a un debido proceso judicial y administrativo.

El principio de la colaboración armónica y el fenómeno de la administrativización de punibles han encontrado una expresión concreta en la colaboración reglamentaria, que ha hecho posible, en su mayor parte, la constitución normativa de la materia administrativo sancionadora, por oposición a la consagración eminentemente legislativa del catálogo penal, en razón del principio de reserva legal, que resulta más rígido en esta rama del derecho.

Variadas teorías se han implementado para justificar la distinción entre la doble regulación punitiva nacional, ora entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, ora entre delitos e infracciones administrativas, o bien entre sanciones del orden penal y aquellas propias del orden administrativo.

En la jurisprudencia del Consejo de Estado se afirma que el derecho administrativo sancionador se distingue del derecho penal por “el carácter eminentemente preventivo de la primera por oposición a la naturaleza esencialmente correctiva de la segunda ” [derecho penal] (C. de E. Sala de consulta y servicio civil, rad. 1454 de 2002). Rebollo Puig (2005) afirma que la gravedad de determinadas conductas, que exigen una intervención de última *ratio*, son propias de un orden penal, por oposición a aquellas conductas que, bien siendo contrarias al orden jurídico preestablecido, exigen una intervención menos limitativa. Merkl (2004) y Garrido Falla, Palomar y Lozada (2006) se muestran partidarios en justificar la distinción entre uno u otro orden en razones de política legislativa y criminal, por lo que es esta valoración la que conduce a determinar conductas propias de un catálogo penal y aquellas que ameritan una intervención de naturaleza administrativa, por lo que la distinción radicaré en el órgano competente para sancionar determinado por la política legislativa.

Es por ello que podemos afirmar que no existe en el derecho nacional un compendio de principios positivados, que imperen en el derecho sancionador que regula el sistema punitivo nacional, a manera de regulación unificada. Sin embargo, existe un catálogo de principios implícitos que rigen las actuaciones sancionadoras, bien sean estas en instancias judiciales o en las administrativas, que han sido decantados por la jurisprudencia a partir del derecho público nacional, implementando matizaciones a los principios, según la rama del derecho punitivo en que se encause la actuación sancionadora y recurriendo a aquellos ya incorporados a la legislación penal colombiana.

A partir de esta matización de principios se ha venido construyendo la principiología del derecho administrativo sancionador, modulando principios ya sólidos bien en el derecho penal o en el derecho administrativo, como los de legalidad, *non bis in idem* y la proscripción de la analogía *in peius*. Es precisamente esta modulación de principios la que hace imperiosa la necesidad de precisar la identidad que existe entre ambos órdenes normativos sancionadores, y las diferencias que le dan autonomía a cada uno respecto del otro. De ahí que para determinar la modulación de principios entre órdenes sancionadores sea necesario

volver la vista hacia el ilícito como presupuesto para la imposición de una sanción.

2. LA ESTRUCTURA DEL ILÍCITO Y LA IDENTIDAD ENTRE DELITO E INFRACCIÓN

La ilicitud, entendida como la contrariedad entre el ser y el deber ser jurídicamente establecido, es el fundamento de imposición de una sanción. En el derecho penal esta ilicitud se corresponde con el concepto de delito, como noción que cobija las características de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad respecto de la comisión de determinadas conductas. El artículo 9° 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 adelantada 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” y que además el sujeto haya actuado con culpabilidad (Muñoz Conde, 2004). Estos elementos estructurantes 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 13 del mismo estatuto, constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación (C.P., art. 13).

En el ordenamiento jurídico colombiano no se encuentra una previsión legal expresa que 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. Empero, a pesar de que en el derecho administrativo sancionador no existe un cuerpo normativo unificado que contenga los principios propios aplicable a esta nueva rama del derecho –aclarada la posibilidad de encontrar en la regulación sectorial principios normativamente consagrado–, existe la posibilidad de construir 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 o modulación de principios, que se ha verificado principalmente en sede jurisprudencial, recurriendo al derecho penal y al derecho administrativo.

Es por ello que normas rectoras del derecho penal, como la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad son consideradas como principios del derecho sancionador, que se matizan en el ordenamiento administrativo dada la ausencia de regulación expresa. García Gómez de Mercado sostiene que: si el delito se define como una acción típica, antijurídica (o típicamente antijurídica), culpable y punible, la misma definición puede aplicarse a las infracciones administrativas, con la diferencia de que, en este caso, la punición o castigo corresponde a la Administración y no a los tribunales de justicia (2007, p. 47).

2.1. La tipicidad en el derecho sancionador

Como consecuencia del principio de legalidad, defendido por la Ilustración como límite y presupuesto de actuación del soberano, se sienta como base la sujeción a la ley como imperativo máximo del ejercicio de Autoridad. En el derecho penal ese principio de manifiesta en cuatro vertientes que garantizan la reserva de ley para la determinación de conductas penalmente disvaluadas –límite forma–, la irretroactividad de la ley como límite temporal para el ejercicio del poder sancionador y la estrictez y certeza de la ley penal como límites materiales del *ius puniendi*.

Según el principio de tipicidad, la norma penal debe determinar con claridad y precisión la conducta calificada como delito y la penalidad correspondiente, por lo que la descripción de la conducta penalmente reprochable debe estar contemplada en la ley con suficiencia, de manera que *“pueda ser conocido por el ciudadano medio lo que es objeto de prohibición”* (Bricola, citado por De Vicente Martínez, 2004).

El artículo 10º del Código Penal establece que: La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estruc-

turales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.

En el derecho administrativo sancionador este principio ha sido recogido por la doctrina y la jurisprudencia (Merlano, 2008, pp. 58 a 93), por lo que se considera esencial la descripción legislativa previa de las conductas sancionables y la sanción meritoria frente a tal previsión, conforme a las garantías materiales, temporales y formales; aunque en ésta última se verifique una flexibilización del principio de legalidad debido a la posibilidad de habilitar fuentes normativas de segundo grado, como el reglamento (García Gómez de Mercado, 2007, p. 19 y ss). De conformidad con estas consideraciones, se puede concluir que para que se estructure una infracción administrativa, a semejanza con el derecho penal, se requiere que la conducta haya sido descrita de manera *“clara, precisa y suficiente acerca de la conducta o del comportamiento ilícito, así como de los efectos que se derivan de estos, o sea las sanciones [...]”*. (C-769 de 98).

2.2. La antijuridicidad

El segundo eslabón que debe verificarse como categoría dogmática estructurante del ilícito es la antijuridicidad.

El presupuesto constitucional de la antijuridicidad se encuentra en el artículo 6° que establece el principio de la responsabilidad jurídica, según el cual *“los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*, en concordancia con el artículo 90 sobre responsabilidad extracontractual del Estado y los artículos 91 y 124 constitucionales, que establecen la responsabilidad de militares, de los funcionarios civiles y de los servidores públicos respectivamente.

Muñoz Conde (2004, pp. 60-61) sostiene que la antijuridicidad es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico. La antijuridicidad es un concepto unitario válido

para todo el ordenamiento jurídico, de tal forma que lo que es antijurídico en una rama del derecho lo es también para las restantes ramas. Sin embargo, no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante. Por imperativo del principio de legalidad, sólo los comportamientos antijurídicos que, además, son típicos pueden dar lugar a una reacción jurídico-penal. La antijuridicidad penalmente relevante es entonces aquella referida a una conducta subsumible en la descripción típica de un delito.

La norma rectora contenida en el artículo 11° del Código penal establece que: Para que una conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal. Conforme este principio una conducta tipificada en la ley penal como delito puede resultar no sancionable si del juicio de antijuridicidad se verifica una causal que la excluye y, en consecuencia, a pesar de ser penalmente típica devenga sin reproche judicial, como sucedería en el caso de un homicidio cometido en legítima defensa.

En el derecho administrativo sancionador, la antijuridicidad también se erige en elemento estructurante de la infracción por lo que la conducta además de ser típica, debe verificarse en ella la contrariedad con el derecho (Nieto García, 2005, p. 363) o la ausencia de causales que justifiquen la conducta. Aunque en el ordenamiento administrativo sancionador la institución de las causales de justificación ha resultado ajena, compartimos la posición de García Gómez de Mercado al sostener que resultan aplicables las previsiones del ordenamiento penal en materia de causales de justificación, a falta de previsión expresa, entre las cuales figuran la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (2007, p. 47 y ss).

La Corte Constitucional colombiana (C-818 de 2005) ha considerado respecto de investigaciones disciplinarias que el funcionario competente para sancionador debe verificar la antijuridicidad material de la conducta imputada al servidor o particular investigado, expresamente prevista en el artículo 5° de la ley 734 de 2002, que dispone que: La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.

2.3. La culpabilidad en el derecho sancionador

El principio de culpabilidad establece la garantía constitucional en virtud de la cual una persona no puede ser sancionada por la mera verificación de la comisión de un supuesto de hecho calificado como ilícito. La Real Academia de la Lengua Española define la culpabilidad como el “reproche que se hace a quien le es imputable una actuación contraria a derecho, de manera deliberada o por negligencia, a efectos de la exigencia de responsabilidad”.

En el derecho penal la culpabilidad ha sido concebida de distintas formas, (Urbano: 2002, p. 343 y ss) sostiene que el término es empleado como sinónimo de responsabilidad penal, como principio de política criminal y norma rectora del derecho penal; o como categoría dogmática dentro de los elementos estructurales del delito, guardando relación con los esquemas del ilícito penal. El autor citado define la culpabilidad como categoría dogmática y *“desde una perspectiva meramente formal, como aquel conjunto de condiciones necesarias que permiten justificar la imposición de una pena a un sujeto que ha realizado una conducta típica y antijurídica. La culpabilidad es entonces el fundamento de la pena”*; incluyendo como elementos de tal juicio de reproche la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta¹ (p. 350). Rescatamos de Gómez Gómez (2005, p. 92) que: El principio de culpabilidad tiene como base la libertad de decisión de la persona y por eso debe determinar si ella tenía la capacidad para controlar sus inclinaciones y dirigir su determinación hacia la razón, los valores y las normas, esto es, si en la situación en que se encontraba hubiera podido actuar de otra manera.

Con acierto, se manifiesta también Fernández Carrasquilla (2000) sobre la máxima bajo análisis, al afirmar que: El principio expresa un ideario del ordenamiento jurídico-penal, asumido en el devenir cultural de la comunidad, para no aplicar penas sin culpabilidad, ni en sentido total ni en sentido parcial, y contiene a la vez una exigencia ético-política

¹ Coincide GÓMEZ GÓMEZ, Jesús (2005, p.87).

dirigida al legislador penal para que no cree y a los demás órganos para que no apliquen penas criminales sin estricto fundamento en la culpabilidad del sujeto (acusado), y tampoco penas superiores al grado o medida de la culpabilidad por el hecho deducida y legalmente comprobada para cada proceso (p. 300).

Este principio de rango constitucional encuentra asidero en el artículo 29 de la Carta, que consagra el debido proceso para todas las actuaciones judiciales y administrativas, al establecer la presunción de inocencia y la exigencia de culpabilidad declarada, con lo que se manifiesta el principio como edificador de un régimen de responsabilidad, que en el derecho penal es eminentemente subjetivo.

La Corte Constitucional se ha manifestado acerca del régimen de responsabilidad en derecho administrativo sancionador en escasas oportunidades, sentando como principio general la proscripción de la responsabilidad objetiva², con algunas excepciones reconocidas por la Corporación, como sucede principalmente con el derecho cambiario³. Sin embargo, la Corte Constitucional es clara al afirmar que

² La Corte Constitucional colombiana, en la Sentencia C- 690 de 1996, sostiene que: “Sin embargo, la posibilidad de la responsabilidad objetiva cuando el Estado ejerce poderes sancionatorios es absolutamente excepcional [...] En efecto, por expreso mandato constitucional (C.P., art. 29), las actuaciones administrativas sancionatorias deben regirse bajo los parámetros del debido proceso, por consiguiente, las garantías individuales mínimas que de este derecho se derivan deben aplicarse en el ámbito del poder tributario. Por ello, la infracción administrativa tributaria requiere de la tipificación legal preexistente al acto que se imputa, de la manifestación clara de la antijuridicidad del hecho y de la imputabilidad de la conducta. Igualmente, en materia penal, y en general en el campo sancionatorio, la Corte ha reconocido también, en varias providencias, que el debido proceso implica la proscripción de la responsabilidad objetiva, toda vez que aquella es “incompatible con el principio de la dignidad humana” y con el principio de culpabilidad acogido por la Carta en su artículo 29 [...]”.

³ Por dichas razones, en algunas de las partes del Derecho Administrativo, como es la del régimen de cambios, se admite la no pertinencia de los elementos subjetivos de la conducta tipificada previamente como sancionable, como son la intencionalidad, la culpabilidad e incluso la imputabilidad [...]. “El establecer por vía de la regulación legal correspondiente, que las infracciones cambiarias no admiten la exclusión de la responsabilidad por ausencia de culpabilidad o de imputabilidad del infractor, o lo que es lo mismo, señalar que la responsabilidad por la comisión de la infracción cambiaria es de índole objetiva, no desconoce ninguna norma constitucional (Sentencia C-599 de 1992, consideración 4a).

la exclusión de la responsabilidad objetiva no implica una excusa al deber de observación de las obligaciones, cuyo incumplimiento constituyen infracciones administrativas⁴. En el derecho tributario, tal incumplimiento determina para el administrado una inversión en la carga de la prueba, pues verificado el incumplimiento de las obligaciones tributarias, la Administración presume la culpabilidad en la comisión de la infracción⁵, quedando como recurso del administrado el ejercicio apropiado del derecho de defensa y contradicción, según el debido proceso sancionador. Frente a lo anterior, concluye la Corte Constitucional, en Sentencia C-690 de 1996, que el caso fortuito y la fuerza mayor son causales de exculpación frente a la imposición de una sanción administrativa tributaria. Adicionalmente, en Sentencia C-054 de 1999, la misma Corporación contempla la asunción de deberes de lealtad y corrección como criterios de gradación de la sanción, conforme lo señala el artículo 644 del Decreto 624 de 1989, más no como circunstancias que excluyan la responsabilidad administrativa tributaria, ya que en esos supuestos (de corrección voluntaria de errores o inexactitudes en declaraciones tributarias) se presenta uno de los eventos que caen dentro del elemento de culpabilidad: La falta de diligencia⁶.

⁴ Sentencia *idem*, consideración 15ª. En la responsabilidad objetiva la ausencia de culpa no exime de responsabilidad. Así, en el régimen cambiario una vez comprobada la correspondencia entre un hecho y la tipificación legal de infracción cambiaria procede la imposición de una sanción, sin que la prueba de haber actuado sin culpabilidad remedie la procedencia de la sanción; pero, aunque la jurisprudencia nacional no aborda el tema desde la perspectiva de los eximentes de responsabilidad, en la doctrina civilista de responsabilidad se considera que, eventualmente, la presencia de una causa extraña podría excluirla (Tamayo Jaramillo, 2007, p. 2).

⁵ Lo anterior no implica una negación de la presunción de inocencia, la cual sería inconstitucional, pero constituye una disminución de la actividad probatoria exigida al Estado, pues ante la evidencia del incumplimiento del deber de presentar la declaración tributaria, la administración ya tiene la prueba que hace razonable presumir la culpabilidad del contribuyente (C.690/96, consideración 14ª, pr.).

⁶ En salvamento de voto, dentro de la Sentencia C-054 de 1999, el Magistrado José Gregorio Hernández expresó su inconformidad con el análisis jurídico contenido en el fallo al estimar que: La buena fe del contribuyente no se puede descartar solamente a partir de equivocaciones técnicas o contables. De la regulación española vale la pena resaltar la denominada 'regularización voluntaria del obligado tributario', contemplada en el apartado 3º, del artículo 179 de la L.G.T, que contempla el principio de responsabilidad. Según este apartado tercero, los obligados impositivamente que subsanen voluntariamente las irregularidades que llegaren a presentarse en las

Por ello, se predica sin dubitaciones la existencia de una identidad sustancial entre el delito y la infracción administrativa, como ilícitos punibles que se configuran de acuerdo con la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en la comisión de conductas, si bien no constituyen presupuestos idénticos para la imposiciones de sanciones de diverso orden.

3. LA RELACIÓN ENTRE EL ILÍCITO ADMINISTRATIVO Y LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA LEY PENAL

Reconociendo la existencia de vacíos legislativos al interior de la normativa administrativo sancionadora colombiana, surge la pregunta acerca de ¿cómo proceder a la solución de situaciones controversiales, que no son ajenas al escenario de lo jurídico, pero que escaparon de la positivización del derecho, cristalizado en normas? Esta situación fue resuelta por los teóricos del derecho, desde antes del surgimiento del derecho administrativo sancionador, como rama del derecho positivo, proponiendo los métodos de integración del derecho, entre ellos la analogía.

La analogía constituye un paradigma en los medios de integración del derecho y en las fuentes del ordenamiento jurídico, al permitir suplir los vacíos de la ley, dotando de plenitud al ordenamiento jurídico; sustentando su validez en una relación de identidad sustancial o esenciales, entre un supuesto regulado y otro no regulado (Monroy Cabra, 2003; Klug, 2004; Bobbio, 2007).

En el derecho sancionador colombiano se afirma la aceptación de la analogía *in bonam partem*, como respuesta a la funcionalidad de la institución bajo la guía propia de los pilares en que se sustenta el modelo de Estado contemporáneo, estando proscrito el recurso al método analógico de tipo peyorativo (Merlano, 2008).

declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes, hasta antes de la notificación del requerimiento de cumplimiento de la obligación tributaria, de inicio del procedimiento sancionador o de la investigación administrativa, no incurrirán en sanciones. Podríamos decir entonces que estos criterios responden al principio de interdicción de la responsabilidad objetiva.

En lo correspondiente a la aplicación analógica de la ley, la discusión adquiere importancia con ocasión de la falta de instituciones que garanticen ese debido proceso que debe guiar las actuaciones judiciales y administrativas, particularmente cuando el objeto del debate está centrado en la calificación de conductas ciudadanas y la imposición de sanciones en instancias administrativas. Por ello, el paralelo con el derecho penal, en el cual sus instituciones han venido decantándose para constituirse en un verdadero límite para el ejercicio del poder punitivo del Estado y en instrumento de garantía de los derechos individuales.

Entre las instituciones del derecho punitivo colombiano, cuya aplicación resulta benéfica al procesado, consagradas en la normativa penal sustantiva, se encuentran las causales eximentes de responsabilidad, además de aquellas que impidan el ejercicio de la acción o las que devengan aplicables en razón del principio de favorabilidad.

A primera vista se estiman las causales eximentes de responsabilidad como un conjunto de circunstancias que resultan favorables o benéficas para el administrado o procesado, en razón de que su efecto es excluir la imposición de una sanción al dejar sin sustento el presupuesto que la justifica: El ilícito y la consiguiente situación jurídica de responsable; es decir que las causas eximentes de responsabilidad impiden que se edifique alguna o algunas de las categorías que estructuran el delito o la infracción.

En España, la Ley General de Tributación (LGT) recoge en el artículo 179, numeral 2º, las causas eximentes de responsabilidad por infracción tributaria, en ellas se incluyen –a modo de *numerus apertus*– (a) la falta de capacidad de obrar, (b) la fuerza mayor, (c) haber salvado el voto o no haber concurrido a la sesión en la que se adoptó la decisión colectiva generadora de la infracción, (d) el empleo de la diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, y (e) cuando la infracción sea consecuencia de una deficiencia técnica de los programas de asistencia (nuevas tecnologías) para el cumplimiento de las obligaciones tributarias; admitiéndose en estos eventos la aplicación analógica de la ley y la interpretación extensiva, circunstancia palpable especialmente a

propósito del literal (d), respecto del cual la diligencia debida se podrá valorar conforme a la interpretación razonable de la norma que haga el particular, cuando este último se acoge a los criterios publicados por la Administración o que la administración haya manifestado en respuestas a consultas, siempre que se mantenga la identidad de razón entre ambos supuestos y no hayan sido modificados los criterios de la Administración. En estas causales eximentes de responsabilidad se verifica que responden a circunstancias de inimputabilidad, fuerza mayor, hecho ajeno, ausencia de negligencia o culpa, respectivamente (Aníbarro Pérez & Sesma Sánchez, 2005; Menéndez Moreno, 2007) por lo que los autores referidos coinciden al afirmar que tal consagración resulta innecesaria, atendiendo que la presencia de una de las causales eximentes mencionadas denota una causal de inexistencia de la infracción tributaria, toda vez que faltaría la integración de alguno o algunos de los elementos necesarios para que se entienda cometida una infracción.

El artículo 32 del Código Penal colombiano establece las causas eximentes de responsabilidad penal, sin distinguir cuál categoría dogmática se excluye en cada circunstancia; no obstante tal indistinción, sostiene Gómez Pavajeau (2003) que *“siendo ellas las contracaras de las categorías dogmáticas que fundamentan la estructura del delito, también necesariamente responden a una sistemática bien determinada, sólo que corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia su ordenación científica”*.

La aplicación de principios sustanciales del derecho penal –como el de antijuridicidad y el de culpabilidad– en el ordenamiento sancionador administrativo y la consecuente identidad modulada entre las categorías dogmáticas de los ilícitos penales y administrativos, nos conducen a estimar la posibilidad de encontrar circunstancias que excluyan la responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas, similar al funcionamiento de las causales eximentes de responsabilidad consagradas para el derecho penal en el artículo 32, de la Ley 599 de 2000, por aplicación indirecta de la ley, en caso de vacío en la normativa administrativo-sancionadora.

De conformidad con lo analizado hasta el momento, la aplicación matizada de principios del derecho penal al orden administrativo sancio-

nador y la identidad esencial que media entre las categorías dogmáticas que estructuran delito e infracción como manifestaciones de lo ilícito, permiten llenar los presupuestos que hacen viable la aplicación analógica de la ley penal en el derecho administrativo sancionador, siendo la institución de las eximentes de responsabilidad una de las situaciones en las que se verifica un carácter jurídicamente benéfico para el procesado o administrado.

CONCLUSIONES

Puede hablarse de la existencia de un derecho punitivo del Estado, regulador de la potestad sancionadora estatal, que congrega el derecho penal y el derecho administrativo sancionador.

El derecho administrativo sancionador, como cause de la potestad sancionadora atribuida a la Administración pública, comparte con el derecho penal no sólo la existencia de principios comunes, empleando matizaciones para su adecuación en cada rama, sino que encuentran también un punto de encuentro al fundar el presupuesto de los ilícitos de naturaleza punible según las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Estas categorías dogmáticas, respaldadas en el derecho penal por la positivización de su regulación, permanecen a primera vista ajenas en cuanto a las infracciones administrativas, debido bien a la falta de positivización, o bien a la ausencia de una regulación unificada que compendie plenamente el derecho administrativo sancionador colombiano o el derecho punitivo nacional; no obstante, la jurisprudencia y la doctrina han reconocido la existencia de dichos principios, y conciben el ilícito administrativo también como una conducta típica, antijurídica y culpable.

Es por ello que, en el momento en que se controvierta una situación de derecho administrativo sancionador, deberá analizarse inicialmente la forma en que se estructura la infracción y cómo se sistematizan los elementos que la erigen para determinar la consolidación de una conducta como infracción y, como contracara de la misma situación, verificar que

no se presente una causal eximente responsabilidad administrativa, por lo que el empleo del procedimiento analógico respalda, particularmente en sistemas jurídicos de derecho positivo, el recurso a instituciones garantistas del debido proceso y del ejercicio legítimo de la libertad individual, aun ante la ausencia de consagración explícita.

Finalmente, la conclusión obligada ante la vasta regulación sectorial que integra el derecho administrativo sancionador, es que la eventualidad de aplicar indirectamente la ley por analogía requiere un estudio de cada situación en particular y del objeto de regulación o de prohibición contemplado en cada sector de intervención administrativa, por lo que sentar un principio general respecto del mismo sólo nos permite llegar a la aceptación de la aplicación de la analogía *in bonam partem*, así como a evidenciar la existencia de una identidad ontológica sustancial entre delitos e infracciones administrativas, como presupuesto indispensable para la aplicación analógica de la ley.

Referencias

- ANÍBARRO PÉREZ, S. & SESMA SÁNCHEZ, B. (2005). *Infracciones y sanciones tributarias*. Valladolid: Lex Nova.
- BANJO, M. La unidad del derecho sancionador. Versión on line extraída el 26 de mayo de 2008. Disponible en: <http://www.miguelbajo.com/publicacion/normal/024.pdf>
- URBANO MARTÍNEZ, et al. (2004). *Derecho penal general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CORTAZA VINUEZA, C. (s.f.). Separación entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. *Revista jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*. Extraída el 1 de febrero de 2008. Disponible en: <http://revistajuridicaonline.com/>
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2004). *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. (2007). *Sanciones administrativas. garantías, derechos y recursos del presunto responsable. Estudios de derecho administrativo*, 3a ed., dirigida por ESTANISLAO ARANA GARCÍA. Madrid: Comares.
- GARRIDO FALLA, F, PALOMAR, A. & LOSADA, H. (2006). *Tratado de derecho administrativo*, 12a ed. Madrid: Tecnos.

- GÓMEZ GÓMEZ, J.A. (2005). *La estructura de la conducta y la imputación objetiva*, 2ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- GÓMEZ PAVAJEAU, C.A. (2003). Sistemática de las causales de exclusión de responsabilidad. *Memorias de las XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*. BERNAL CUÉLLAR, J. (Coord.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (2000). *Principios y normas rectoras del derecho penal. Introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed. Bogotá: Editorial Leyer.
- KLUG, U. (2004). *Lógica jurídica*. 2a reimpr. Bogotá: Temis
- MENÉNDEZ MORENO, A. (2007). *Derecho financiero y tributario, parte general. Lecciones desde la cátedra*, 8ª ed. Valladolid: Lex Nova.
- MERKL, A. (2004). *Teoría General del Derecho Administrativo*. Albolote: Comares.
- MERLANO SIERRA, J. (2008). *El principio de interdicción de la analogía en el derecho administrativo sancionador colombiano*. [Tesis de grado]. Universidad del Norte, Barranquilla.
- MONROY CABRA, M. (2003). *Introducción al derecho*, 13ª ed. Bogotá: Temis.
- MUÑOZ CONDE, F. (2004). *Teoría general del delito*, 3ª ed. Madrid: Tirant Lo Blanch.
- NIETO, A. (2005). *Derecho administrativo sancionador*, 4ª ed. Madrid: Tecnos.
- RAMÍREZ TORRADO, M.L. (2008). Postura de la Corte Constitucional Colombiana en relación con el poder sancionador de la administración. *Revista de Derecho Uninorte*, 29. Versión on line; disponible en http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/28/11_Postura%20de%20la%20corte.pdf
- REBOLLOPUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. & BUENO ARMIJO, A. (2005). Panorama del derecho administrativo sancionador en España. Los derechos y las garantías de los ciudadanos. Extraído el 15 de febrero de 2008. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2314908>
- TAMAYO JARAMILLO, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II, 2ª ed. Bogotá: Legis.
- MARIO ARBOLEDA VALLEJO (Coord.) (2004). *Código penal y de procedimiento penal*. 15ª ed. Bogotá: Leyer.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA (2005). 21ª ed. Compilada, concordada y anotada por GÓMEZ SIERRA, F. Bogotá: Leyer.

Conceptos de entidades oficiales:

Concepto 00052580 del 29 de agosto de 2000, emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Extraído el 28 de octubre de

2007. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/Conceptos/Conceptos/Agosto/52580.php>
Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil, rad. 1454 de 2002.

Sentencias de la Corte Constitucional colombiana:

- Sentencia C-599 de 10 de diciembre de 1992. Expedientes D- 062 y D- 104.
Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.
- Sentencia C-690 de 5 de diciembre de 1996. Expediente D-1353. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C- 054 de 3 de febrero de 1999. Expediente D-2121, Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Meza.
- C-214 de 28 de abril de 1994. Expediente D-394, Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell
- C-467 de 18 de octubre de 1995. Expediente T-72394, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- C-005 de 22 de enero de 1998. Expediente D-1725, Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía.
- C-506 de 3 de julio de 2002. Expediente D-3852, Magistrado sustanciador: Marco Monroy Cabra
- T-145 del 21 de abril de 1993. Expediente T-7067, Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- C-310 de 25 de junio de 1997. Expediente D-1515, Magistrado ponente: Carlos Gaviría Díaz.
- C-853 de 17 de agosto de 2005. Expediente D-5637, Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- C-372 de 15 de mayo de 2002. Expediente D-3770 y D-3775, Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- C-818 de agosto 9 de 2005. Expediente D-5521, Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- C-769 de diciembre 10 de 1998. Expediente D-2086, Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.