

*Los artículos publicados no comprometen a la Superintendencia Bancaria de Colombia y son responsabilidad exclusiva de sus autores.*

## RESPONSABILIDAD OBJETIVA

*Daniel Fernando Jiménez Jz.  
Asesor de la Dirección Jurídica*

**U**na fuerte y muy respetable corriente de opinión doctrinaria anhela que se haga realidad la proscripción plena de la responsabilidad objetiva al interior del derecho administrativo sancionatorio.

En el presente texto me propongo determinar si de manera particular al interior del derecho administrativo sancionatorio financiero es posible adherir a esta tesis y por ende, si la Superintendencia Bancaria de Colombia está obligada a acoger en todas sus decisiones sancionatorias la responsabilidad subjetiva.

Para este propósito será necesario examinar el contexto legal dentro del cual se ha pregonado la proscripción de la responsabilidad objetiva en nuestro sistema; precisar la relación que existe entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio; hacer una crítica sucinta de la situación normativa y de la jurisprudencia actual; determinar los efectos prácticos de la asunción de la tesis de la responsabilidad subjetiva; precisar si existen razones que hagan necesaria su aplicación y determinar el verdadero significado de la proscripción de la responsabilidad objetiva.

La coyuntura habrá de resultar propicia de igual manera para darle un vistazo a la imputación objetiva y a lo que sobre el tema examinado se ha consagrado en la más reciente reforma financiera, esto es, en la Ley 795 de 2003.

### LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

Consiste en la necesidad de examinar si en verdad la persona tenía la intención, de infringir la ley, esto es, establecer en qué dirección estaba orientada su voluntad al momento de realizar la acción reprochada, o de omitir el comportamiento exigido.

Para el derecho penal la conducta es dolosa cuando se conocen los hechos constitutivos de la infracción y se quiere su realización; es culposa cuando el resultado no se prevé siendo previsible o habiéndose previsto, se confía en poder evitarlo<sup>1</sup>. Finalmente, la conducta es

---

<sup>1</sup> Artículos 21 a 23 del Código Penal. Al respecto debe tenerse en cuenta que el dolo, la culpa y la preterintención son ahora formas de conducta y están por ello dentro del propio tipo. Esto es un desarrollo de la teoría del tipo subjetivo pregonada

preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.<sup>2</sup>

En suma, la responsabilidad subjetiva exige determinar lo que Bernardo Gaitán Mahecha denomina el nexa causal subjetivo.<sup>3</sup>

Por el contrario, en el ámbito de la responsabilidad objetiva, el Estado, a través del funcionario sancionador, puede señalar como responsable de una infracción a una persona sin examinar previamente si su conducta fue dolosa, culposa, o preterintencional.

## LA PROSCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

El estudio de la evolución del Código Penal permite advertir que en el pasado siglo en éste se estableció inicialmente la responsabilidad objetiva en materia de contravenciones, a la sazón en el campo del derecho penal policivo y que después se proscribió.<sup>4</sup>

En efecto, en el artículo 13 del Código Penal de 1936 se establecía la responsabilidad objetiva en materia de contravenciones de policía, así: "En las contravenciones la simple acción u omisión hace responsable al agente".

Al respecto comentaba el maestro Reyes Echandía<sup>5</sup>, con apoyo en fallo de la Corte Suprema de Justicia del 4 de febrero de 1944, que la responsabilidad contravencional entonces no estaba edificada sobre el presupuesto de la culpabilidad "(...) o, lo que es igual, que existe respecto de ella una responsabilidad objetiva".

Es por consiguiente en este ámbito, que en el Código Penal de 1980 se cambia diametralmente la posición jurídica al consagrar la responsabilidad subjetiva, incluso respecto de las contravenciones de policía. En efecto, en su artículo 5º se consigna lo siguiente: "Queda proscribida toda forma de responsabilidad objetiva".

En el mismo orden de ideas, en el artículo 12 del Código Penal actual (Ley 599 de 2000, vi-

---

por el funcionalismo que lidera Gunter Jacobs, según recuerda Juan Carlos Prias en "El tipo subjetivo o la erradicación de la responsabilidad objetiva" (Ensayo elaborado para optar como Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Página 54). En este modelo la culpabilidad se concibe como una "falta de fidelidad al derecho". Prias. Ob. Cit. Página 42. Al respecto Hernando Barreto Ardila, en "Principios y normas de la Ley Disciplinaria", (Instituto de Estudios del Ministerio Público. Imprenta Nacional de Colombia, Octubre de 1999), manifiesta: "(...) aquello de lo cual se predica el adjetivo de dolosa, culposa o preterintencional es la conducta y no la culpabilidad (...) Lo que es doloso, culposo o preterintencional es la conducta y no la culpabilidad, pues ésta constituye un juicio de reproche o de exigibilidad, sin que lógica y valorativamente pueda asignársele una especie de catálogo de formas, siendo por su naturaleza medible únicamente en términos de intensidad (...)", página 64, cursiva del original.

2 "(...) estructuralmente la preterintención está integrada por un primer momento doloso, concatenado (...) con un segundo momento imputable a título de culpa (...) que se juzga como concursal, pero que a la postre viene a integrar la estructura formal de la conducta preterintencional." Barreto A., Ob. Cit. página 75.

3 "Principios Fundamentales del Derecho Penal" en Revista Universitas de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. No. 60. Junio de 1981, página 285.

4 OSSA ARBELÁEZ, Jaime. "Derecho Administrativo Sancionador", Editorial Legis, Bogotá, primera edición, año 2000, página 411.

5 REYES ECHANDÍA, Alfonso. "Culpabilidad", Editorial Temis, tercera edición 1988, página 142.

gente a partir de julio 24 de 2001), categóricamente se expresa: "Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva".

Este sencillo recuento histórico normativo permite advertir que ha habido un cambio radical en materia de responsabilidad respecto de las contravenciones penales. De una responsabilidad radicalmente objetiva que rigió desde 1936, se pasó a otro ámbito, el subjetivo, a partir de 1980.

No obstante, si bien puede reconocerse que de 1936 a 1980 hubo hermandad en las tesis de responsabilidad objetiva al interior del derecho contravencional penal y del derecho administrativo sancionatorio, no por ello puede llegar a afirmarse que la proscripción de esa responsabilidad objetiva en el Código Penal deba extenderse "automáticamente" al derecho administrativo sancionatorio, como una imposición y para que invariablemente aquí se examine si el comportamiento se ejecutó en forma voluntaria, dolosa o culposamente.

## **RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO.**

La conclusión con la que culmina el párrafo anterior tiene su fuente en la naturaleza de la relación que se estima existe entre derecho penal y derecho administrativo sancionatorio.

El derecho administrativo sancionatorio no es una rama del derecho penal. No. Se trata de dos ciencias autónomas. Aquel no tiene su origen en éste, ni es accesorio al mismo. De hecho, ninguna disposición legal permite estimar lo contrario.

Con más claridad lo afirma Juan Carlos Prías: Este no es una "(...) sub especie mendigante del Derecho Penal (...)".<sup>6</sup>

Por consiguiente, es menester estimar que aquello que algunos denominan "derecho penal administrativo" no existe.

En esta materia, es célebre, por su oportunidad y por su vigencia, el concepto del profesor Enrique Low Murtra, cuando expresó que la norma del artículo 5º del Código Penal de la época (año 1980) no se refería a conductas diferentes de las reguladas en ese estatuto.<sup>7</sup>

No obstante, lo anterior no significa que entre una y otra no exista relación y mutua influencia. Es por eso mismo que principios que otra era propios y exclusivos del derecho penal - como el de legalidad - han venido atracando y con profundo calado al interior del derecho administrativo sancionatorio.

Sin embargo, ese arribo ha de ser paulatino y prudente, buscando que éste se haga más garantizador para el administrado, y al mismo tiempo, más eficiente para el Estado.

Pero, por sobre todo, en el diseño de los principios que iluminan la aplicación del derecho administrativo sancionatorio ha de tenerse en cuenta que en la penumbra figura otro sujeto que actúa como espectador, pero que en ocasiones sube a las tablas a representarse a sí mismo: El ciudadano. En cuanto es cliente de las entidades financieras, aquel que espera contar con un orden económico social firme y en equilibrio, y para quien su confianza en el sistema bancario depende de que los profesionales de la intermediación respondan por sus actos.

Ya volveremos más adelante sobre esto.

---

6 Prías, Ob. Cit., página 59.

7 Citado por Jaime Ossa Arbeláez. Ob. Cit., página 411.

## CRÍTICA DE LA SITUACIÓN NORMATIVA Y DE LA JURISPRUDENCIAL ACTUAL.

Es verdad que en el artículo 29 de la Constitución Política se afirma que el debido proceso debe atenderse en toda clase de actuaciones; que la jurisprudencia ha entendido que una forma debida del proceso es la proscripción de la responsabilidad objetiva y que en la misma norma se expresa que "Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable".

Al respecto en la sentencia de tutela de la Corte Constitucional T-145 de 1993 se expresa que "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, (y) proscripción de la responsabilidad objetiva - nulla poena sine culpa - (...)"

Más adelante, en la misma providencia se precisa que "La potestad sancionatoria de la administración debe ceñirse a los principios generales que rigen las actuaciones administrativas, máxime si la decisión afecta negativamente al administrado privándolo de un bien

o de un derecho: (...) imposición de una multa (...) etc. En tales casos, la pérdida de la situación jurídico-administrativa de ventaja debe ser consecuencia de una conducta ilegal y culposa (...)"

Sin embargo, también debe señalarse que la obligación de examinar las formas de conducta (dolo, culpa, preterintención) al interior del derecho administrativo sancionatorio no está prevista de manera específica en el Código Contencioso Administrativo, ni en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ni en leyes<sup>8</sup> que tratan el tema de la responsabilidad personal de los administradores, como la Ley 222 de 1995, o en la 190<sup>9</sup> del mismo año, como un mandato al interior del derecho administrativo sancionatorio, sino únicamente en el Código Penal<sup>10</sup>.

Por el contrario, en la Ley 795 de 2003, al describirse el procedimiento administrativo sancionatorio se reafirma ahora de manera expresa "(...) la índole objetiva de la responsabilidad correspondiente (...)". (Letra k del número 4 del artículo 208, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el artículo 45 de la ley 795 de 2003).

¿Cómo armonizar lo señalado por la Constitución Política y por la Corte Constitucional con el desarrollo legal? Será inexecutable el apartado transcrito de la letra k del número 4 del artículo 208 EOSF?

---

8 No sucede lo mismo dentro del derecho disciplinario, donde por disposición normativa expresa contenida en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, sus faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

9 Artículo 81 sobre garantías procesales.

10 Las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, aprobatorias respectivamente del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y de la Convención de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, se refieren puntualmente a la obligación de presumir la inocencia de las personas acusadas de la comisión de delitos mientras no se pruebe su culpabilidad.

No parece. La propia Corte Constitucional en la sentencia C- 599 de 1992 expresa que "(...) establecer por vía de la regulación legal correspondiente que las infracciones cambiarias no admiten la exclusión de la responsabilidad por ausencia de culpabilidad (...) no desconoce ninguna norma constitucional". Esta precisa afirmación aparece reiterada en la sentencia C -10 de 2003 de la misma corporación judicial<sup>11</sup>.

Huelgan mayores elucubraciones para concluir sustentadamente que si este reconocimiento es posible en el derecho administrativo sancionatorio cambiario, también tiene que serlo en el derecho administrativo sancionatorio financiero.

Ahora bien, contra lo que podría pensarse *in limine*, tampoco existe contradicción alguna entre lo dispuesto en las mencionadas sentencias de tutela y de exequibilidad.

En efecto, analizado el contexto de la parte motiva de la sentencia T-145/93, se observa que en ningún momento en ésta se impone el deber de examinar si la persona<sup>12</sup> tenía la intención de infringir la ley, o de establecer en qué dirección estaba orientada su voluntad al momento de realizar u omitir aquello que se le reprocha.

Antes bien, se le impone a la autoridad el deber de permitirle ejercer los derechos a ser oído

y a controvertir las pruebas que obran en su contra, a efecto de que se evite desconocer el principio de presunción de inocencia e invertir la carga de la prueba, lo cual terminaría por colocarlo en situación de indefensión.

Por ello, exige también que la administración le de oportunidad para expresar sus opiniones y controvertir las pruebas allegadas en su contra. En el mismo orden de ideas, en la sentencia en estudio se impone evitar que se prive de la elemental garantía de defensa al inculpado, "(...) quedando ésta reducida al mero ejercicio posterior de los recursos administrativos", al tiempo que se pide que en el trámite administrativo consten las pruebas directas, e incontrovertibles de los hechos imputados.

Como puede verse, en ningún caso se hace referencia en esta tutela a que la conducta sea reprochable sólo cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción y quiere su realización. Es por ello que no resulta válido afirmar que los considerandos de la sentencia T-145 imponen al Estado el deber de exonerar a quien no ha actuado con dolo o culpa.

De hecho en ninguna jurisprudencia de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado, se ha querido imponer hasta ahora el análisis de la intención del sujeto infractor al interior del derecho administrativo sancionatorio financiero.<sup>13</sup>

---

11 WILLS CERVANTES, Emilio. "La responsabilidad objetiva en las infracciones cambiarias". En *Ámbito Jurídico*. Editorial Legis. Bogotá, 10 al 23 de marzo de 2003. Página 14 A.

12 En esta tutela se estudia que el Director de Licitaciones y Contratos del Ministerio de Obras Públicas y Transporte canceló la inscripción de una sociedad en el Registro de Constructores de esa entidad.

13 En las sentencias C- 690 de 1996 y C- 506 de 2002 se "soluciona" el problema al interior del derecho administrativo tributario de una manera por lo menos original: Admite que se presuma el dolo a partir del hecho de la omisión del deber de presentar la declaración fiscal. Si bien la autonomía de cada una de estas ciencias admite soluciones diversas, no puede dejar de observarse que esta presunción es la solución menos garantizadora que hasta ahora se ha esbozado.

Por el contrario, resulta ostensible que el Consejo de Estado no ha modificado su posición de antaño, consagrada en una sentencia dentro de la cual precisamente se examinó la legalidad de una multa impuesta por la Superintendencia Bancaria, así: "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".<sup>14</sup>

Así las cosas, también resulta pertinente recordar que Nilson Pinilla<sup>15</sup> sobre el tema trae a colación la sentencia proferida el 24 de julio de 1987 por el Consejo de Estado, con ponencia del H. Magistrado Aldana Duque, en la que se expresa que los aspectos de dolo, culpa y preterintención inherentes al proceso punitivo y esenciales dentro de la evaluación penal de la responsabilidad y para la determinación de la procedencia o improcedencia de sanción privativa de la libertad personal, son ajenos aquí: "No comparte el Consejo de Estado la consideración hecha por la parte demandante, en el sentido de que las contravenciones a las normas del derecho público económico deban, por su tipificación, referirse al examen de la culpabilidad en la conducta, por cuanto que la contravención, en términos generales supone, en materia de derecho administrativo, la infracción a un precepto claramente establecido, sin consideración a la intencionalidad o culpa de la parte infractora".

Luego entonces, debe concluirse que una cosa es la proscripción de la responsabilidad objetiva – que indefectiblemente tiene que ser y es

una realidad al interior del derecho administrativo sancionatorio – pero que otra cosa es que ello deba entenderse como la obligación de examinar las formas de comportamiento (dolo/culpa) del administrado.

La conclusión es definitiva: La proscripción de la responsabilidad objetiva no implica la deducción de una responsabilidad subjetiva.

Esto no sólo no obedece a una obligación constitucional expresa, ni legal, como se expresara, sino que de serlo tornaría en inaplicable esta forma especial de justicia que nos ocupa, como pasa a examinarse.

### **LA INAPLICABILIDAD PRÁCTICA DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO FINANCIERO.**

En efecto, si se acogiera la tesis ordinariamente aducida, se llegaría a la situación de que ese modelo de análisis de comportamiento no permite solucionar el ámbito de responsabilidad de las personas jurídicas, las cuales constituyen las mas de las veces el sujeto objeto de las sanciones de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

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

---

14 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. 13 de marzo de 1998. Consejero Ponente: Germán Ayala Mantilla. Expediente No. 8570.

15 En "Fundamentos de Derecho Administrativo Sancionatorio". Revista del Banco de la República, Julio de 1989, página 35, citando al profesor Enrique Low Murtra.



Así lo ha expresado nuestro Consejo de Estado: "(...) 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".<sup>16</sup>

Por consiguiente, si se aceptara que al interior del derecho administrativo sancionatorio siempre debe examinarse el dolo, o el tipo de culpa con el que actuó el sujeto, se llegaría al inadmisiblemente absurdo de que por sustracción de materia no podría examinarse la responsabilidad de las personas jurídicas y que por consiguiente éstas deberían quedar exentas de toda sanción por infringir el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las Circulares Básicas (Jurídica y Financiera), el Decreto 2649 de 1993, el Código de Comercio y toda suerte de normas legales que preservan el orden público económico y social y la confianza del público en el sistema financiero, como los Decretos 2360 y 2653 de 1993 y 1886 de 1994.

Complementariamente, debe tenerse en cuenta que en el artículo 39 del Código Penal se indica que las conductas preterintencionales o culposas sólo son punibles en los casos expresamente determinados en la ley.<sup>17</sup>

Pero como bien se sabe, no hay ningún señalamiento en la ley respecto de la posible imputación de infracciones administrativo-financieras a título culposo. Así las cosas, debería llegarse al argumento residual de que en todos los casos la imputación tendría que hacerse únicamente a título de dolo.

En este escenario al vinculado le bastaría probar que en determinado caso actuó con impe-

ricia (culpa) para obtener lo que podríamos llamar un *fallo absolutorio*, o *inhibitorio*. Si a esa situación se llegara, una buena cantidad de conductas no podrían ser sancionadas y un penoso manto de impunidad se extendería sobre las mismas.

Así las cosas, el derecho administrativo sancionatorio se reduciría a su mínima expresión: A la sanción de las conductas dolosas de las personas naturales.

Tal situación no es admisible, ya que para el derecho no es viable una posición jurídica que deje inerte al Estado, sin posibilidad de ejercer funciones a sus Entes; sin justicia, ni resolución definitiva de sus asuntos al administrado.

Téngase presente que el orden económico financiero no se puede dejar inerte, por el afán de hacer prevalecer el examen de la voluntad del agente.

## **LAS RAZONES QUE HACEN INNECESARIA LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO FINANCIERO.**

El primer argumento es histórico.

Es, precisamente, como bien escribe Juan Carlos Prías, en el contexto de "(...) una emotiva reacción contra los abusos del poder absoluto, dentro de cuyo ámbito la vida y las libertades del hombre eran apenas una brizna en el tor-

---

16 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. 13 de marzo de 1998. Consejero Ponente: Germán Ayala Mantilla. Expediente No. 8570.

17 Si se pretende que se atienda al interior del derecho administrativo sancionatorio el precepto principal relativo a la imputación subjetiva, con mayor razón habría de extenderse a este proceso este precepto accesorio al mismo.

nado de la voluntad del soberano"<sup>18</sup>, que surge la necesidad no sólo de separar los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, sino también la de exigir de éste último un juicio de reproche subjetivo.

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

Por ello, resulta necesario consentir que en la medida en que en el proceso administrativo sancionatorio no se pone en juego la libertad - y por supuesto tampoco la vida - de las personas, y ni siquiera otros derechos esenciales, o garantías fundamentales como los de libertad, locomoción, o comunicación, no se requiere que el juicio de reproche se haga a la luz del examen de las formas de conducta.

Y es aquí cuando nuevamente sale espontáneamente a escena - y como actor primordial en cuanto es titular de un derecho de mayor entidad - el cliente de la Entidad Vigilada, esto es, su ahorrador, su inversionista, para quien lo que debe relucir en forma primordial es el equilibrio, la solvencia, la liquidez y la responsabilidad del banco en el que ha depositado no sólo sus haberes, sino también su confianza y las más de las veces su propio futuro económico.

Digámoslo claramente. Quienes pregonan la imposición de la responsabilidad subjetiva al interior del derecho administrativo sancionatorio lo hacen por un noble motivo. Estiman necesario para preservar el derecho de defensa del banquero<sup>19</sup>, que su conducta ilegal quede exenta de sanción cuando no ha obrado dolosamente.

Sin embargo, no les asiste la razón, ni el derecho. Por dos motivos. La defensa de los banqueros no se garantiza únicamente de esa manera, como se verá más adelante, y, además, porque puestos en uno de los platillos sus intereses individuales y en el otro los intereses colectivos que representan sus clientes, la balanza de la justicia se inclina de una manera rápida y permanente en favor de estos últimos.

Considérese que la actuación de la Superintendencia Bancaria de Colombia "(...) debe ser pronta, razonada tan solo por condicionamientos fácticos de naturaleza objetiva (ya que) las normas sancionatorias del derecho financiero se crearon como tutela al orden público económico y exigen de la administración una actuación pronta<sup>20</sup> y un juicio objetivo". Por ello es imposible aplicar criterios de culpabilidad en este campo, concluye Enrique Low Murtra<sup>21</sup>.

---

18 PRÍAS, Juan Carlos. Ob. Cit. Página 20.

19 Cuando aquí por razones de síntesis se mencione el banquero, deberá entenderse todo administrador del sistema financiero, asegurador, previsional y cambiario vigilado por la Superintendencia Bancaria de Colombia.

20 PRÍAS, Juan Carlos. Si bien está de acuerdo con la erradicación de la responsabilidad objetiva al interior del derecho administrativo sancionatorio, utiliza también el argumento de la eficiencia y la celeridad para denotar la inconveniencia de la penalización plena del mismo. Ob. Cit. Página 18.

21 "Policía Administrativa y Actividad Financiera", Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1986, citado por Nilson Pinilla en "Fundamentos de Derecho Administrativo Sancionatorio", Revista del Banco de la República, Bogotá, Julio de 1989.



Como puede verse, el segundo argumento obedece a la necesidad de reconocer la preponderancia de intereses solidarios.

## **EL VERDADERO SIGNIFICADO DE LA PROSCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.**

Una vez ha quedado claro que no es posible, ni necesario, hacer un examen de las formas de comportamiento dentro de la vía gubernativa, debe reconocerse que existen otras formas o manifestaciones de la responsabilidad objetiva que sí están proscritas en el derecho administrativo sancionatorio.

Estas son precisamente aquellas formas propias del proceso a las que hace referencia la jurisprudencia, conforme se señaló atrás y otras más, y son las que conducen a concluir que la esencia de la responsabilidad objetiva, esto es, la simple acción u omisión, ya no bastará para hacer responsable al agente.

Estas formas son:

- La responsabilidad objetiva por virtud de la cual se castigara con fundamento en la teoría del derecho sancionatorio de autor, que traída al derecho administrativo sancionatorio no sería nada distinto a determinar que se sancione a las personas por razón de su cargo u oficio sin más consideraciones, v.gr. el que se sancionara al representante legal o al revisor fiscal por el sólo hecho de serlo, sin tener en cuenta de una manera precisa sus funciones específicas, la época de los hechos confrontada con la época de su ejercicio, una relación de causalidad entre omisión y resultado, etc.

- La responsabilidad objetiva por virtud de la cual se sancionara sin estimar si para la época de los hechos estaba vigente la norma que reprime el comportamiento, o que determina su sanción.

- La responsabilidad objetiva por virtud de la cual se sancionara sin medio de prueba de los hechos que demuestran el acaecimiento de la descripción fáctica contenida en una norma.

- La responsabilidad objetiva por virtud de la cual se sancionara sin que se haya corrido traslado de los cargos y sin que se haya dado oportunidad al vinculado de que presente sus explicaciones.

- La responsabilidad objetiva por virtud de la cual se sancionara sin que se hayan examinado y contestado pormenorizadamente los descargos dentro de la parte motiva de la resolución de sanción.

- La responsabilidad objetiva por virtud de la cual se sancionara sin que se haya resuelto sobre la práctica de pruebas pedidas con las explicaciones y con los recursos.<sup>22</sup>

- La responsabilidad objetiva por virtud de la cual se sancionara desconociendo la relevancia del caso fortuito o fuerza mayor como factor determinante de la acción u omisión.

- La responsabilidad objetiva por virtud de la cual se sancionara sin que la administración aduciera razones para ello, o sin motivar su decisión.

- La responsabilidad objetiva por virtud de la cual se sancionara sin que se garantice el ejercicio posterior de los recursos administrativos.

---

22 Letra a) del número 1 del artículo 208 del EOSF, sustituido por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003.

Estas formas de responsabilidad objetiva, citadas sólo por vía de ejemplo y sin ninguna pretensión exhaustiva, están proscritas, por lo demás de tiempo atrás, en derecho administrativo sancionatorio financiero colombiano.

Es de esta manera, entonces, mediante la exclusión de situaciones como las descritas, que se atiende el precepto constitucional y la jurisprudencia ídem, sin vulnerar la capacidad sancionatoria del Estado y sin desatender los derechos de los administrados.<sup>23</sup>

Pasemos a otro tema que requiere definición.

## LA CULPA EN LA LEY 795 DE 2003

En la letra f) del número 2 del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, se expresa que uno de los criterios para graduar la sanción radica en "El grado de **prudencia y diligencia** con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes"<sup>24</sup>.

La redacción no es muy afortunada. En realidad -si estamos ante una infracción- de lo que se trata es de examinar el grado de **imprudencia y de negligencia** con el que se desatendieron los deberes, o se dejaron de aplicar las normas legales pertinentes.

Ahora bien, suficientemente conocido es que diligencia y prudencia es precisamente lo que está ausente en el comportamiento cuando el agente no prevé el resultado siendo previsible, o habiéndolo previsto, confía en poder evitarlo. Esto es, cuando la conducta es culposa.

Se contradice entonces la Ley 795 de 2003 cuando en un artículo pregona la índole objetiva para deducir la responsabilidad, y en otro invoca una forma de conducta para graduar la sanción?

Como no es posible mantener vigentes, ni aplicar al tiempo dos tesis opuestas dentro de un mismo sistema, debe reconocerse la preponderancia de una de ellas, para a partir de allí intentar una interpretación de la segunda que respete o atienda la primera.

---

23 Ya se ha dicho aquí que en el derecho administrativo sancionatorio no se examina si la realización de la infracción ha sido prevista por la voluntad del autor. En otras palabras, que el examen del llamado nexo causal subjetivo está del todo ausente. Y entonces, si no se examinan las formas de conducta, basta determinar si existe una norma legal que imponga un deber; si ha ocurrido un hecho infractor de ese deber legal y si tal hecho es imputable a una persona determinada. (Ya sabemos que para imponer la sanción es necesario atender previamente las formas propias del proceso que materializan la proscripción de la responsabilidad objetiva). Pues bien, para aquel propósito Claudia López Díaz ("Introducción a la Imputación Objetiva". Universidad Externado de Colombia Colección de estudios No. 5. del Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá 1996. Página 60) pone de presente que "Un sujeto sólo es responsable por sucesos que se encuentren dentro de la órbita de su competencia y que "Para ello es de gran utilidad la fijación de roles, y la concreción de las expectativas que dimanen del status que genera el rol". Baste esta sencilla colación para poner de presente dos ideas: La primera, que ya salta a la vista, es que imputación objetiva no es lo mismo que responsabilidad objetiva. Sobre este asunto la conclusión de Juan Carlos Prías (Ob. Cit., página 54) es concluyente y definitiva: "(...) el ejercicio de la imputación objetiva no implica la deducción de una responsabilidad objetiva (...)" La segunda, es que la teoría de la imputación objetiva, traída para el derecho penal de la más reciente doctrina alemana, no es para nada nueva al interior del derecho administrativo sancionatorio, ya que aquí desde siempre ha sido necesario acudir - cuando de responsabilidad personal se trata - al manual de funciones del cargo que ostenta la persona vinculada, para establecer si el hecho contemplado en la norma infringida está incluido dentro de sus deberes.

24 He resaltado. Es pertinente mencionar que en el párrafo último del mismo numeral se expresa que este criterio no se aplica "(...) en la imposición de aquellas sanciones pecuniarias regladas por normas especiales, cuya cuantía se calcula utilizando la metodología indicada por tales disposiciones (...)"

Si se ha seguido la línea de análisis contenida en el presente texto no resultará difícil saber cual debe preponderar.

Debe entonces hacerse caso omiso de lo que dice la letra f) del número 2 del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003?

O existe una forma de interpretación de esta última disposición que resulte acorde con lo expresado en la letra k del número 4 del mismo artículo 208, esto es precisamente aquel que consagra la índole objetiva de la responsabilidad?

La respuesta es sí. La respuesta está en la teoría de la culpa que debe acogerse. En efecto, en lugar de examinar la culpa para graduar la sanción a la luz de la voluntad, al interior del intelecto, en la capacidad de comprensión, esto es en la psiquis del individuo, ha de acogerse la tesis de la culpa normativa, que consiste en valorarla como un "(...) fenómeno de infracción a principios normativos", en lugar de "(...) cuadros o patrones síquicos (...)".

Al respecto Ferreira Delgado<sup>25</sup> cuenta que para Alexander Graf Zu Dohna "(...) el obrar con culpa es un acontecimiento de valor objetivo, como lo es la violación de lo 'debido hacer' o lo 'debido omitir'.

Para el caso, de lo que se trata es de examinar, además de la infracción materia de sanción, la desobediencia a una norma específica, cual es precisamente el artículo 72 del mismo Estatuto, modificado por el artículo 12 de la Ley en cita, en el que se establecen las reglas de conducta y las obligaciones legales de las entidades vigiladas, de sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios y se precisa que éstos deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe<sup>26</sup>.

Por consiguiente, la pena se agravará si la persona incurre en alguno de los comportamientos allí descritos como no permitidos y se atenuará si actuó en sentido contrario. Como puede verse, el criterio es objetivo y taxativo, aunque no necesariamente exhaustivo, ya que si existe otro modelo de comportamiento normativo a éste también podrá acudir en busca del necesario parámetro.

Se trata entonces, se insiste, de medir la culpa no como un fenómeno subjetivo de voluntad humana, sino como la manifestación de la desatención de un parámetro objetivo normativo.

Valga señalar, para concluir este apartado, que esta solución es tan válida y útil para la graduación de la sanción, como innecesaria para determinar la responsabilidad.

---

25 Teoría General del delito. Editorial Temis, Bogotá 1988, página 375.

26 Valga decir que nada tiene que ver la buena fe con la formas de conducta (dolo, culpa y preintención) y que por ello no puede afirmarse que la referencia que a este principio se hace en el artículo 72 tiene que ver con la responsabilidad subjetiva. En efecto, "La buena fe (...) constituye un principio general de derecho a través del cual se integra el ordenamiento jurídico con el valor ético de la mutua confianza, de manera que sea ésta la regla de conducta a la que deben acogerse en forma recíproca los sujetos de una relación jurídica, no solo en el ejercicio de sus derechos sino también en el cumplimiento de sus obligaciones. En este sentido, la buena fe, como fuente de derechos y obligaciones, le impone tanto a las autoridades públicas como a los particulares, 'el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan -lealtad y honestidad' "(Sentencia de la Corte Constitucional C-428/02. En el mismo sentido la Sentencia C-892/2001).

## CONCLUSIÓN

Es verdad que se ha proscrito la responsabilidad objetiva al interior del derecho administrativo sancionatorio financiero. Sin embargo, ello no significa el entronizamiento de la responsabilidad subjetiva en toda su dimensión, esto es, la que impone examinar las formas de conducta denominadas dolo, culpa y preterintención.

Conforme lo que se ha examinado aquí, de lo que se trata es de la construcción de un derecho administrativo sancionatorio más garantista para el administrado, en cuanto debe estar imbuido de unas formas propias del proceso, que impiden sancionar por virtud de la simple acción u omisión.

Pero, por sobre todo, el propósito último ha de ser el de procurar la edificación de un derecho administrativo sancionatorio puesto realmente al servicio de la preservación del orden económico social y de manera especial del orden económico financiero. Recuérdese que lo que resulta imperativo es hacer prevalecer los intereses solidarios del colectivo de clientes y que la protección del orden económico financiero no se puede dejar en la impunidad, por razón de las resultas de la valoración de la voluntad del agente.

Esto último, nada más, tampoco nada menos, es lo que está en juego en medio de esta discusión y es lo que debe preponderarse.

## BIBLIOGRAFÍA

BARRETO ARDILA, Hernando. "Principios y Normas de la Ley Disciplinaria". Instituto de Estudios del Ministerio Público. Imprenta Nacional de Colombia, Octubre de 1999.

FERRERIA D. Francisco, "Teoría General del Delito". Editorial Temis, Bogotá 1988.

GAITÁN MAHECHA, Bernardo. "Principios Fundamentales del Derecho Penal". Revista Universitas de la Pontificia Universidad Javeriana. No. 60. Junio de 1981.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. "Introducción a la Imputación Objetiva". Universidad Externado de Colombia. Colección de estudios No. 5. del Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá 1996.

OSSA ARBELÁEZ, Jaime. "Derecho Administrativo Sancionador", Editorial Legis, Bogotá, primera edición, año 2000.

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

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

REYES ECHANDÍA, Alfonso "Culpabilidad". Editorial Temis, tercera edición 1988.

WILLS CERVANTES, Emilio. "La responsabilidad objetiva en las infracciones cambiarias". En *Ámbito Jurídico*. Editorial Legis. Bogotá, 10 al 23 de marzo de 2003. Página 14 A.

Julio de 2003