

PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD
EN MATERIA CAMBIARIA

JULIO ENRIQUE TOLOZA CUERO

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
SAN JUAN DE PASTO
2010

PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD
EN LOS PROCESOS SANCIONATORIOS CAMBIARIOS

JULIO ENRIQUE TOLOZA CUERO

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

ASESOR: Dr. JORGE CORAL

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
SAN JUAN DE PASTO
2010

Las ideas y conclusiones presentadas en este trabajo de grado son
responsabilidad exclusiva del autor.

Artículo 1º Acuerdo No. 324 de Octubre 1 de 1996 emanado del H. Consejo
Académico de la Universidad de Nariño

NOTA DE ACEPTACIÓN:

Firma del presidente de jurado

Firma de jurado

Firma de jurado

San Juan de Pasto, 12 de Noviembre de 2010

DEDICATORIA

A DIOS padre todo poderoso por estar siempre a mi lado, por su amor hacia mí que es eterno.

Al Señor JESUCRISTO, por haberme escogido, y por ser mi señor y salvador.

Al Espíritu Santo, por darme la fuerza y el poder para salir adelante.

A mi Padre FERNANDO ALENIO TOLOZA CARABALI, y a mi madre FLORALBA CUERO HENRIQUEZ, por ser ellos mis mayores inspiradores, para quienes todo es poco.

A mi esposa NAYIVE RODRIGUEZ PINILLO, quien ha estado con migo en los momentos buenos y en los malos, brindándome siempre su ayuda, amor y comprensión.

A mi pequeña hermosura, mi hija del alma SAMIRA NAYULI TOLOZA RODRIGUEZ.

A mis hermanas: MARICELA, NANCY, YOLANDA, SOCORRO, ESTHER ZULLY, FLOR YAMILETH, y a todos sus hijos.

A mi abuela ANDREA HENRIQUEZ CASTRO, de quien he recibido cuidado y protección.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS, por darme de su infinito apoyo todos los días de mi vida, porque nunca me abandonó en este largo propósito de graduarme como Abogado, carrera por medio de la cual espero servirle.

A mis padres, porque a pesar de las dificultades, siempre me apoyaron y confiaron en mí, colocando cada gota de su esfuerzo, trabajo, y esperanza en beneficio de este gran triunfo.

A mi esposa quien siempre se mantuvo firme brindándome su amor y comprensión.

A mi pequeña y hermosa hija, quien me inspira todos los días de mi vida a salir vencedor.

A toda mi familia por su colaboración, por estar siempre pendiente de mi deseándome lo mejor.

A la Universidad de Nariño por haberme acogido como uno de sus estudiantes.

A la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, por formarme como Abogado, esta es mi mayor recompensa, siempre la recordaré.

A todos y cada uno de los Docentes que hicieron parte de mi formación, que Dios los bendiga, muchas gracias por sus enseñanzas.

A los Administrativos gracias por toda su colaboración.

De manera muy especial, agradezco al asesor de este trabajo, el Doctor JORGE CORAL BASTIDAS por su tiempo, orientación y colaboración.

TABLA DE CONTENIDO

	Pag
1. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN DIFERENTES CONTEXTOS NORMATIVOS	17
1.1. FAVORABILIDAD EN MATERIA PENAL.....	24
1.1.1 Procedibilidad de la tutela por inaplicación de la favorabilidad.	25
1.2. FAVORABILIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA.....	30
1.3. FAVORABILIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA	34
2. APROXIMACIONES TEÓRICAS AL RÉGIMEN CAMBIARIO EN COLOMBIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL IUS PUNIENDI DEL ESTADO.....	40
2.1. CONCEPTO DE RÉGIMEN CAMBIARIO	42
2.2. MARCO NORMATIVO VIGENTE DEL RÉGIMEN CAMBIARIO COLOMBIANO.....	43
2.2.1. Marco Constitucional	43
2.3 MARCO LEGAL	44
2.3.1 Ley 9ª de de 1991	44
2.3.2. Ley 31 de 1992	44
2.4 MARCO REGLAMENTARIO.....	44
2.5. REGÍMENES ESPECIALES	47
2.6. FINALIDAD DEL RÉGIMEN CAMBIARIO.....	47
2.7. SANCIONES CAMBIARIAS.....	47
2.8. COMPETENCIAS EN MATERIA CAMBIARIA.....	49
2.9. NATURALEZA DE LAS SANCIONES Y EL PROCEDIMIENTO CAMBIARIO.	51
2.10. MECANISMOS DE DEFENSA DEL ADMINISTRADO	59
2.11. PROCEDIMIENTO CAMBIARIO.....	60
3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA CAMBIARIA.....	64

3.1.1. Principio General: Irretroactividad de la ley.....	64
3.1.2. Derecho cambiario como especie del derecho administrative	67
3.1.3. El debido proceso no necesariamente exige la aplicación extensiva del principio de favorabilidad	71
3.1.4. La legalidad de un acto administrativo se estudia al momento en que este es expedido y no con posterioridad.	72
3.2 PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA CAMBIARIA: PRINCIPALES ARGUMENTOS.	73
3.3. PERSPECTIVA PERSONAL SOBRE EL DEBATE	82
CONCLUSIONES	86
RECOMENDACIONES.....	91
BIBLIOGRAFIA	92
ANEXOS.....	95

LISTA DE TABLAS

	Pág
Tabla 1. 26 resoluciones externas que han modificado una gran parte de su contenido inicial	45

LISTA DE ANEXOS

	Pág
Anexo A. Resolución externa no. 8 de Mayo 5 de 2000, por la cual la Junta Directiva del Banco de la República compendia el régimen de cambios internacionales.	95

GLOSARIO

APERTURA ECONOMICA: Es el proceso por medio del cual la economía se adapta a nuevas circunstancias del mercado y de sus relaciones sociales, y a las transformaciones comerciales y tecnológicas que se dan en el mundo. Acarrea la homologación de la economía con la de los principales centros de desarrollo económico, para lo cual se vale del fortalecimiento de la inversión privada y el estímulo a la inversión extranjera.

DEBIDO PROCESO: manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio

INFRACCIÓN CAMBIARIA: contravención administrativa de las disposiciones constitutivas del régimen de cambios vigentes al momento de la transgresión, a la cual corresponde una sanción.

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY: En el marco de la Constitución de 1991 se entiende como la regla general que se desprende del principio de legalidad, según la cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.

IUS PUNIENDI: Es una expresión latina utilizada para referirse a la facultad sancionadora del Estado. Se traduce literalmente como derecho a penar o derecho a sancionar. La expresión se utiliza siempre en referencia al Estado frente a los ciudadanos.

MERCADO CAMBIARIO: es el constituido por las divisas que deben canalizarse de forma obligatoria, y aquellas que a pesar de estar exentas de esta obligación se canalicen voluntariamente a través de mecanismos establecidos para tal efecto como el mecanismo de compensación, o a través de los intermediarios autorizados del mercado cambiario.

PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD: Regla que acompaña a un acto administrativo una vez expedido por la administración, prevista en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, según el cual los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: Regla exceptiva al principio de legalidad según el cual es posible en determinadas circunstancias aplicar una ley posterior o diferente a la que correspondería con el momento en que ocurren los hechos que dan lugar a una imputación, teniendo en cuenta que le es más favorable a su destinatario.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD: Manifestación del Estado Social de Derecho, según la cual todas las actuaciones debe regirse por las normas generales establecidas en el ordenamiento jurídico por constituirse en la garantía a la seguridad jurídica y la igualdad de los destinatarios.

RÉGIMEN CAMBIARIO: Conjunto de normas que regulan aspectos sustanciales y procedimentales de los cambios internaciones

RESUMEN

El presente trabajo aborda desde criterios doctrinales, normativos y jurisprudenciales la procedencia de la aplicación el principio de favorabilidad en los procesos sancionatorios cambiarios, teniendo en cuenta que el mismo puede entenderse como parte del debido proceso pero que su reconocimiento ha sido constitucionalmente limitado al proceso penal; y considerando también la naturaleza específica del régimen de cambios, las infracciones cambiarias y del procedimiento correspondiente.

El desarrollo del tema se hará con fundamento en los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en los cuales se observa que existen posiciones jurídicamente opuestas pero al mismo tiempo válidas en el ordenamiento jurídico vigente, es decir, la Corte Constitucional ha aceptado la posibilidad de aplicar el principio de favorabilidad en los procesos cambiarios, y por su parte, el Consejo de Estado se opone abiertamente a dicho criterio.

Como se verá, se trata de un debate enriquecido con los aportes de destacados doctrinantes del derecho administrativo, en el que se desarrollan temáticas como el derecho sancionador del Estado, el principio de legalidad, la supremacía de las normas constitucionales, la aplicación analógica de los principios del derecho, entre otras que permiten finalmente presentar en este trabajo conclusiones y nuevos aportes.

Palabras clave: Régimen cambiario, principio de favorabilidad, debido proceso, procedimientos sancionatorios, procedimiento cambiario, sanción cambiaria.

ABSTRACT

The present work approaches from doctrinal, normative and jurisprudential criteria the origin of the application the beginning(principle) of favorabilidad in the processes sancionatorios exchange, bearing in mind that the same one can understand as part(report) of the due process but that his(her, your) recognition has been limited constitutionally to the penal process; and considering also the specific nature of the regime(diet) of changes, the exchange infractions and of the corresponding procedure.

The development of the topic will be done by foundation in the pronouncements of the Constitutional Court and of the Council of State, in which is observed that juridically opposite positions exist but at the same time valid in the juridical in force classification, that is to say, the Constitutional Court has agreed the possibility of applying the beginning(principle) of favorabilidad in the exchange processes, and for your(his,her,their) part, the Council of State is opposed openly to the above mentioned criterion.

Since one will see, it is a question of a debate enriched with the contributions emphasized doctrinantes of the administrative law, in which subject matters develop as the sanctioning right of the State, the beginning (principle) of legality, the supremacy of the constitutional procedure, the analogical application of the beginning (principles) of the right, between (among) others who allow to present finally in this work conclusions and new contributions.

Key words: exchange Regime, I begin of favorabilidad, due process, procedures sancionatorios, exchange procedure, exchange sanction.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación contiene el desarrollo de una discusión que tiene Origen en algunas discusiones y disertaciones jurídicas propias de la actividad judicial alrededor Del tema Del principio de favorabilidad y su aplicación en procesos sancionatorios cambiarios.

La importancia del presente estudio se explica desde la concepción de un ordenamiento Jurídico al interior de un Estado Social de Derecho, donde debe primar la legalidad y la aplicación de las normas positivas que impidan la arbitrariedad y la injusticia, desde este punto de vista, es obligatorio que todas las actuaciones administrativas deban estar reguladas previamente por el legislador, no obstante, la existencia de principios, que por interpretación puedan tener lugar en el desarrollo de la función administrativa y que obvian la necesidad de una regulación expresa en un tema determinado. En este entendido, la no consagración expresa del principio de favorabilidad en los procesos sancionatorios cambiarios, ha desplegado una serie de elucubraciones jurídicas que vale la pena estudiar, pues se trata de una discusión en Derecho que debe abordarse desde la consagración de reglas y principios en el Ordenamiento Jurídico.

El alcance del presente trabajo incluye el estudio del proceso sancionatorio cambiario, en el marco del debido proceso, y la aplicación del principio de irretroactividad de la ley, en este contexto, las limitaciones que tiene la administración en función de la dignidad de la persona y de los derechos que le han sido reconocidos como resultado de importantes procesos históricos, y que por tanto, en principio, no pueden ser vulnerados como si fuesen inferiores a los intereses meramente económicos o administrativos.

El debate gira alrededor de la aplicación o no del principio de favorabilidad en materia cambiaria, teniendo en cuenta que este principio es una excepción a la regla general, según la cual la ley no es retroactiva y considerando que no existe norma específica que en materia cambiaria permita la aplicación de la favorabilidad.

En tratándose de un estudio teórico, la metodología a emplearse se enmarca en el desarrollo de una investigación cualitativa, en la que se descubren conceptos, contextos y relaciones que organizados darán lugar a un esquema explicativo teórico. Dicho estudio detallado y sistemático no solo se encarga de abordar el tema del régimen cambiario en Colombia para comprender su especial naturaleza, sino también bien, de la jurisprudencia existente sobre la aplicación del principio de favorabilidad en materia cambiaria, pues hasta el momento la misma se encuentra absolutamente dispersa, lo cual dificulta su comprensión y manejo. Por tanto, este trabajo podría considerarse un aporte no solo al

estudiante interesado en abordar este novedoso tema, sino para abogados litigantes, profesores de derecho y jueces y magistrados relacionados de alguna manera con procesos sancionatorios cambiarios, para ellos, este trabajo puede ser de gran ayuda por cuanto les permite acceder a una información precisa y actualizada sobre la materia.

La investigación también contribuye a plantear una posición académica que resuelva de alguna manera la discusión planteada, o a presentar argumentos jurídicos que permitan apoyar con mayor seguridad uno de los criterios existentes, es decir, el criterio de la Corte Constitucional o el del Consejo de Estado. Esta actividad intelectual no solo dará un especial dominio sobre el tema sino que generará posiblemente nuevas explicaciones jurídicas, que en un futuro, podrían ser tenidas en cuenta para unificar la jurisprudencia y brindar mayor seguridad jurídica con ello.

Finalmente, el aporte de este trabajo lo recibirá la comunidad académica, pues al tratarse de un tema casi no explorado y novedoso, la misma podrá conocer de una forma organizada su desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal, abriendo con ello la puerta a futuras investigaciones en este campo del derecho

1. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN DIFERENTES CONTEXTOS NORMATIVOS

La aplicación de una norma en estricto rigor podría exigir de quien lo hace la autenticidad del texto que la contiene, es decir, el apego al interés auténtico del legislador para la fecha de expedición de determinada ley, al menos eso nos enseña el principio de legalidad de nuestro Estado Social de Derecho, en el que se sobrepone la dignidad humana, la prevalencia del interés general y el reconocimiento de derechos mínimos.

En reiterados pronunciamientos jurisprudenciales se ha establecido que predicar de Colombia un Estado de Social Derecho incluye reconocer sus competencias en cumplimiento de la ley, de conformidad a lo establecido en los artículos 36 y 123 de la Constitución Política, es decir, constituyéndose en un sistema de principios y reglas según las cuales se crea y perfecciona el ordenamiento jurídico, se limita y controla el poder Estatal, se protegen y realizan los derechos del individuo.

En el Estado de Derecho, solo se puede actuar de acuerdo a la ley, pues cualquier acción de una autoridad o de un particular se sustenta en ella y debe tener como propósito el fiel cumplimiento de lo señalado por la ordenación normativa.

Expresamente así lo ha considerado la Corte Constitucional en la sentencia c-710 de 2001:

“En este sentido, la consagración constitucional del principio de legalidad se relaciona con dos aspectos básicos y fundamentales del Estado de derecho: con el principio de división de poderes en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el debate y definición de las leyes que han de regir a la comunidad. Y de otro lado, define la relación entre el individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley”¹

El principio de legalidad, consiste entonces, en la obligación de someter cualquier actuación a lo previsto en las normas vigentes al momento en que deba resolverse la situación que amerite la aplicación de una norma jurídica, es decir, es una característica del Estado Social de Derecho, según la cual todas las actuaciones del Estado y los particulares deben regirse por normas existentes previamente.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia c 710 de 2001. Mag. Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño

Para el tratadista Libardo Rodríguez² en sentido práctico, la legalidad es una limitación a la actividad de la administración, en cuanto esta no puede hacer todo lo que quiera sino aquello expresamente permitido por la ley. Esta idea según el autor es el presupuesto del Estado social de derecho, de origen fundamentalmente Liberal.

La génesis del principio de legalidad se reconoce con la institucionalización del Estado, pues no siempre en la historia de la humanidad se ha considerado la necesidad de un poder público sometido al derecho, aunque antes de que ello ocurriera ya se percibía la necesidad de un control por parte de los administrados.

El tratadista Alejandro Nieto³ en su texto Estudios Históricos sobre administración y derecho Administrativo, expone con claridad que por lo menos del análisis de la monarquía absoluta Española se puede sostener que con anterioridad a los fenómenos revolucionarios que conmovieron a Europa a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, ya se observaba no solamente un principio de sometimiento al derecho, sino también de control al ejercicio del poder de los soberanos, aunado a la existencia del reconocimiento de derechos a los súbditos.

Previa a la existencia del principio de legalidad, la autoridad se equiparaba a la voluntad del rey, depositario de todos los poderes absolutos, lo cual implicaba la continua situación de incertidumbre para los administrados, respecto de las decisiones adoptadas por la administración, y peor aún, sin herramienta de control al poder ejercido por la misma.

La sujeción del poder al derecho es una conquista frente al poder absoluto y discrecional, al considerar como única fuente de poder, la voluntad general materializada en un poder constituido que refleje los intereses generales de quienes gobierna.

La regla general desde entonces, es que la norma jurídica rige todos los acontecimientos producidos durante su vigencia, así, una vez ocurran los hechos constitutivos, automáticamente se producen las consecuencias establecidas en dicha disposición.

² RODRIGUEZ R, Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. decimosexta edición. Temis.Bogotá.2009 pág 291

³ Nieto Alejandro: Estudios Históricos sobre la administración y derecho Administrativo. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1986. Citado por Jaime Orlando Santofimio Gamboa pag 39

En Colombia, el principio general indica que las leyes solo rigen hacia futuro y no tendrán efectos retroactivos, de este modo, es válido afirmarse que la ley rige todos los actos y situaciones cuya ocurrencia se produzca después de su vigencia y nada dispone sobre hechos que se han efectuado antes de su entrada en vigor.

Según Marco Gerardo Monroy Cabra en su tratado de Introducción al Derecho “es ilógico que la ley solo debe ser obedecida desde que exista y no cuando aún es inexistente. De sostenerse que la ley fuera retroactiva, se crearía un estado de inseguridad en los derechos, ya que ningún derecho ni situación sería seguro y firme por la posibilidad de alteración o cambio”⁴

En el mismo texto citado se puede leer que la jurisprudencia Francesa ha construido un sistema que descansa sobre las bases expuestas por HENRI, LÉON y JEAN MAZEAUD, el siguiente sentido:

“1° Es necesario distinguir el procedimiento mismo de adquisición, cuyas condiciones son regidas por la ley vigente en el momento de su realización de los derechos que de ello resultan.

2° Los efectos de las situaciones jurídicas realizadas antes de la entrada en vigor de la ley deben ser respetados.

3° Es necesario distinguir las situaciones jurídicas no contractuales, que la ley nueva debe alcanzar inmediatamente, de las situaciones contractuales incluso en curso, que no podrían ser modificadas sin perturbar injustamente el equilibrio del contrato con perjuicio de uno de los contratantes.

4° Sin embargo, motivos imperiosos de orden público, pero sólo ellos, pueden conducir a someter a la ley nueva efectos que normalmente no debía alcanzar”⁵.

La mayoría de las legislaciones acatan la regla de irretroactividad normativa. En el derecho Romano se encuentra prevista en la ley 7, título De legibus, del código, que dice así:

“Lex et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari. El Código Napoleón en su artículo 2 establece “la loi ne dispose que pour l’avenir elle n’a point d’effet rétroactif. El código austríaco expresa: “Párrafo 4. Las leyes no tienen efecto retroactivo, es decir, no influyen sobre actos anteriores ni sobre derechos precedentemente adquiridos. El artículo 2 de las disposiciones preliminares del Código Italiano es del siguiente tenor: “la ley solo dispone para el porvenir, no tiene efecto retroactivo”.

⁴ MONROY CABRA Marco Gerardo, Introducción al Derecho. Decimocuarta edición. Temis. Bogotá. 2006 p 472.

⁵ MAZEAUD. HENRI, LÉON Y JEAN. Lecciones de Derecho Civil, t I Buenos Aires, ediciones Jurídicas Europa-América, 1959 P 223.

ALESSANDRI RODRIGUEZ explica de la siguiente manera el efecto inmediato de la ley:

“La ley nueva rige solo en el porvenir desde el día de su entrada en vigor. Aquí hablamos de efecto inmediato: la ley nueva no permite más la subsistencia de la ley antigua, ni siquiera para las situaciones jurídicas nacidas en el tiempo en que ésta última regía; los efectos de ellas producidos después de la entrada en vigor de la nueva norma, quedan sujetos a ésta, en virtud del efecto inmediato. El efecto inmediato debe considerarse la regla general, la ley nueva se aplica desde su promulgación a todas las situaciones que se produzcan en el porvenir y a todos los efectos, sea que emanen de situaciones jurídicas nacidas antes de la vigencia de la nueva ley o después. Por lo tanto, en principio, la ley nueva debe aplicarse inmediatamente, desde el día fijado para su entrada en vigencia, de acuerdo con la teoría de la promulgación de las leyes. Dicho día termina la separación de los dominios de las dos leyes”⁶.

En este sentido, y de acuerdo a lo manifestado por el Doctor Monroy cabra, las razones que justifican la aplicación inmediata de la ley son. A) la nueva ley se presume mejor que la antigua y, por ende, debe aplicarse en forma inmediata; b) la voluntad del legislador es, generalmente, la de que la nueva ley se aplique en forma inmediata; c) que de regir ilimitadamente la ley antigua, se presentarían insalvables dificultades en la práctica.

En Colombia, la irretroactividad de la ley, en materia penal, está consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política Colombiana, y en todas las declaraciones de derechos, muy especialmente, en los pactos sobre derechos humanos de las Naciones Unidas.

Las normas Constitucionales que refieren lo relacionado con el efecto de las leyes en el tiempo básicamente son dos, el artículo 29 y el 58 que a tenor literal rezan: “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable (...)”⁷. Por su parte el artículo 58 establece: “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 leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.”

⁶ RODRIGUEZ Alessandri y SOMARRIVA UNDURRAGA, curso de derecho civil, tl, Santiago de Chile, Nascimento, 1961 pag 175 y ss.

⁷ Constitución Política artículo 29.

Por lo dispuesto en las normas transcritas debe reiterarse en que la regla general en Colombia es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todo lo que ocurra a partir de su vigencia. No existe conflicto de leyes cuando una situación jurídica se ha consolidado con la ley antigua, o cuando estos se han asegurado con la nueva ley, el problema surge cuando los hechos se producen en vigencia de la ley antigua pero sus consecuencias ocurren durante la vigencia de la nueva ley, o cuando se produce un hecho bajo la ley antigua pero la nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos.

Para resolver estos conflictos en el tiempo es que se acude al principio general de la irretroactividad de las leyes. En este punto, es importante distinguir cuando una situación puede o no ser variada según el nacimiento de una nueva ley, para el efecto debe considerarse el concepto de derecho adquirido y mera expectativa.

Sobre este tema la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como también la de la H. Corte Suprema de Justicia y del H. Consejo de Estado, han expresado que el principio de la irretroactividad de la ley tiene plena aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano, y está dispuesto para la seguridad jurídica en el Estado Social de Derecho, por lo que la ley nueva no puede regular las situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, y que por tanto, resultan incólumes en sus efectos jurídicos, con la fuerza que les presta la ley bajo la cual se constituyeron.

Por ejemplo, la protección de los derechos adquiridos es Constitucional, y por lo tanto, tampoco puede ser desconocida por la ley, pues esta sería inconstitucional. No obstante lo anterior, el legislador puede, si a bien lo tiene, hacer retroactiva una ley, y en este caso, se configuran las excepciones a la aplicación inmediata de la ley. Vale la pena anotar que la Constitución Política sólo existe una excepción al principio de la irretroactividad en materia penal, por la prevalencia de la ley permisiva o favorable, según lo dispone el artículo 58 en concordancia con el 29 de la C.P.

Teniendo en cuenta lo anterior, podría afirmarse que no puede existir retroactividad implícita, por cuanto la regla general es la irretroactividad, y sólo se otorga a las normas efecto retroactivo cuando el legislador lo ha manifestado en forma expresa, en caso de orden público, o de leyes interpretativas o penales benignas.

Con claridad precisó la Corte Constitucional las excepciones al principio de irretroactividad de la ley en la sentencia C 619 de 2001, al estudiar la Constitucionalidad de una norma contenida en la ley 610 de 2000, en dicha ocasión la Corte manifestó:

“Ahora bien, a manera de resumen de lo dicho hasta ahora puede concluirse que en materia de regulación de los efectos del tránsito de legislación, la Constitución solo impone como límites el respeto de los derechos adquiridos, y el principio de favorabilidad y de legalidad penal. Por fuera de ellos, opera la libertad de configuración legislativa. Con base en ello, el legislador ha desarrollado una reglamentación general sobre el efecto de las leyes en el tiempo, contenida en la Ley 153 de 1887, según la cual en principio las leyes rigen hacia el futuro, pero pueden tener efecto inmediato sobre situaciones jurídicas en curso. Tal es el caso de las leyes procesales, pues ellas regulan actuaciones que en sí mismas no constituyen derechos adquiridos, sino formas para reclamar aquellos.

No obstante lo anterior, la regla general que se acaba de exponer según la cual las leyes procesales son de efecto general inmediato, si bien es la acogida como norma general por la legislación y también por la doctrina contemporánea, no emana de la Constitución, la cual, respecto de la regulación de los efectos de la ley en el tiempo, lo único que dispone categóricamente, como antes se dijo, es la garantía de los derechos adquiridos conforme a las leyes anteriores, los mencionados principios de legalidad y favorabilidad de la ley penal, y la constitucionalidad de la retroactividad de la ley expedida por razones de utilidad pública o interés social. Por lo tanto, en relación con los efectos del tránsito de legislación procesal, el legislador puede adoptar una fórmula diferente a la del efecto general inmediato y prescribir para algunas situaciones especiales la aplicación ultraactiva de la ley antigua a todos los procesos en curso, pues, salvo los límites comentados, ninguna disposición superior se lo impide. Así Como el legislador tiene competencia para mantener en el ordenamiento las leyes hasta el momento en que encuentra conveniente derogarlas, modificarlas o subrogarlas, de igual manera puede determinar el momento hasta el cual va a producir efectos una disposición legal antigua, a pesar de haber proferido otra nueva que regula de manera diferente la misma materia. La aplicación ultraactiva, entendida como la determinación legal según la cual una ley antigua debe surtir efectos después de su derogación, tiene fundamento constitucional en la cláusula general de competencia del legislador para mantener la legislación, modificarla o subrogarla por los motivos de conveniencia que estime razonables. Ahora bien, a pesar de lo anterior, la competencia aludida del legislador no puede ejercerse desconociendo las normas superiores relativas a los derechos a la igualdad y al debido proceso, pues ellos en sí mismos constituyen límites generales a la libertad de configuración legislativa”⁸.

Es así, que el principio de favorabilidad constituye una excepción a la irretroactividad de la ley, pues permite precisamente que una ley que en principio no sería aplicable, de conformidad a su vigencia y la ocurrencia de la situación, la regule por resultar más favorable para el destinatario de la norma.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 619 de 2001. Mag. Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

El análisis del principio de favorabilidad a la luz de los procesos sancionatorios resulta todavía más interesante, pues en ese caso, el debido proceso juega un papel más que esencial, de tal manera, que se entiende que el poder del Estado, entendido como un todo, debe estar permeado por el debido proceso, y particularmente de este principio, que desde el Derecho positivo se entiende aplicado al derecho penal, pero que vía ley o jurisprudencia, se ha extendido a otras disciplinas de la potestad sancionatoria del Estado.

La Corte Suprema de Justicia en punto a la materia comprensiva del derecho punitivo del Estado ha señalado que es una disciplina del orden jurídico que absorbe o recubre como género cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo (reato), el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política (impeachment)⁹

La potestad sancionatoria del Estado que se encuentra fraccionada en la administración, misma que hoy en día cuenta con mecanismos coercitivos para cumplir las finalidades que le son propias, debe entenderse en su finalidad, desde una perspectiva distinta a la del derecho penal pues por regla general constituyen medidas correctiva, si no son disciplinarias que complementan la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas. Incluso, tradicionalmente se ha entendido que esta potestad sancionadora de la administración es una expresión del poder de policía, en cuya virtud el Estado tiene la atribución de regular el ejercicio de las libertades individuales con el fin de garantizar el orden público. La sanción viene a ser el instrumento coactivo para cumplir la medida de policía.

La potestad administrativa sancionadora constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive, por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos.

No obstante las diferencias, y tal como se verá más adelante, la aplicación del debido proceso en todas sus formas es aplicable también en procesos administrativos sancionatorios, incluyendo desde luego, el principio de favorabilidad, que en algunas ramas del derecho ha sido expresamente regulado, pero que en otras, pese a no estar regulado se extiende vía interpretación jurisprudencial.

La sentencia C-214 de 28 de abril de 1994 en relación con el debido proceso y la potestad sancionadora de la administración estableció:

⁹ Sentencia 51 del 14 abril de 1983 C. S. de la J.; en igual sentido sentencias C-780 de julio 25 de 2001 y C-597 de 1.996, proferidas por la Corte Constitucional.

La potestad punitiva del Estado, como se vio antes, engloba el conjunto de competencias asignada a los diferentes órganos para imponer sanciones de variada naturaleza jurídica. Por ello, la actuación administrativa requerida para la aplicación de sanciones, en ejercicio de la potestad sancionadora de la administración -correctiva y disciplinaria- está subordinada a las reglas del debido proceso que deben observarse en la aplicación de sanciones por la comisión de ilícitos penales.

Toda infracción merecedora de reproche punitivo -ha dicho la Corte- tiene una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provengan de una actividad administrativa o jurisdiccional o que tengan origen en las diferencias formales de los trámites rituales. Por consiguiente, los principios que rigen todo procedimiento, deben necesariamente hacerse extensivos a todas las disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal adecuado sobre esta materia." (Sentencia T-011 del 22 de mayo.

De esta manera, se debe concluir, que cualquiera sea la actuación que se adelante, y siempre que provenga del poder punitivo del Estado, debe estar permeada del debido proceso, particularmente, tal como lo refiere la Corte Constitucional, deberá darse aplicación al principio de favorabilidad así este no esté expresamente consignado para esa disciplina del derecho, como es el caso del derecho sancionatorio cambiario, tesis que en principio es aceptable, pero que con fundamento en la posición del Consejo de Estado se pondrá en duda teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad de esta disciplina del derecho.

A continuación se realizará un estudio de la forma como opera el principio de favorabilidad en materia penal, disciplinaria y Tributaria. Esto con el fin de encaminar el tema de estudio hacia la procedencia de al favorabilidad en procesos sancionatorios cambiarios, considerando que se trata de un tema controvertido en la Jurisprudencia de las Altas Cortes.

1.1. FAVORABILIDAD EN MATERIA PENAL

Tal Como se explicó anteriormente, la legislación patria consagra el principio general de la irretroactividad de la ley, salvo los casos de favorabilidad. En efecto: "en materia penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", disposición que por su amplio sentido no permite hacer distinciones entre delitos y contravenciones, penas y medidas de seguridad, acogiendo normas sustantivas y procesales o de ejecución penal; es mas, incluso puede invocarse la aplicación retroactiva de la ley en casos de jurisprudencia Constitucional, cuando la Corte declara inexecutable normas de índole penal. Así mismo, el artículo 45 de la ley 153 de 1887 establece que los casos dudosos se resuelven acudiendo a la interpretación benigna.

El principio de favorabilidad penal se constituye entonces en un elemento fundamental del debido proceso, consagrado en el artículo 29 constitucional, e implica que en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Esta cláusula se encuentra incluida en tratados internacionales de derechos humanos, a partir de los cuales en asuntos punitivos debe preferirse la ley benigna frente a la desfavorable como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

El principio de favorabilidad penal es una excepción al principio de irretroactividad de la ley penal. Lo anterior, por cuanto en situaciones de tránsito legislativo, la autoridad judicial debe evaluar los efectos de la ley en el caso y aplicar la norma que resulte más benigna aún cuando la norma sea posterior a la conducta que es objeto de juzgamiento

Dado que el Texto Constitucional regula toda aplicación de la normatividad penal, el principio de favorabilidad opera frente a normas procesales y de contenido sustancial. De esta manera, el principio de favorabilidad es aplicable en relación con procesos concluidos y por ello, no es posible restringir la aplicación de la cláusula constitucional frente a personas que ya cuentan con sentencia condenatoria¹⁰.

Las autoridades judiciales en su labor de interpretación deben establecer en el caso concreto cuál es la norma más favorable a los intereses del procesado o sentenciado. En virtud de lo anterior, el principio de favorabilidad atañe al examen de situaciones concretas.

El principio de favorabilidad se encuentra supeditado a situaciones análogas reguladas de manera diferente en la normatividad. Por tanto, en caso de evidenciarse la existencia de una norma más favorable en el nuevo sistema relacionado con instituciones que guardan la misma identidad debe aplicarse la norma más benéfica¹¹.

En materia penal también existe disposición expresa que obliga a la aplicación del principio de favorabilidad, por ésta razón es admisible considerar que es una excepción al principio de irretroactividad de la ley.

1.1.1 Procedibilidad de la tutela por inaplicación de la favorabilidad. Como ya se mencionó el principio de favorabilidad en consustancial al debido proceso y por ésta razón, la Corte Constitucional ha reiterado que constituye un defecto

¹⁰ Ver sentencia T-091 de 2006

¹¹ Consultar sentencias T-091 de 2006, T-015 de 2007

sustantivo en la decisión de un juez la falta de aplicación en el mismo por violar el derecho fundamental del debido proceso, en sentencias como la T-061 de 2007 reiterado por la T-244 de 2007 se ha manifestado que el defecto sustantivo se presenta cuando:

(i) cuando la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, es decir, por ejemplo, la norma empleada no se ajusta al caso o es claramente impertinente¹², o no se encuentra vigente por haber sido derogada¹³, o por haber sido declarada inconstitucional¹⁴, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance, (iii) cuando la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática¹⁵, (iv) cuando la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada¹⁶, o (v) porque a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador¹⁷.

Igualmente, tal como se manifestó en sentencias T-1123 de 2002 y T-1160 de 2003 reiteradas en fallo T- 015 de 2007, la falta de aplicación de un principio constitucional vigente a una situación particular en la que debe ser aplicado, admite la procedencia de la tutela en relación con el fallo judicial que presuntamente incurrió en defecto sustancial.

Así pues, en virtud de la jurisprudencia constitucional, se vulnera el derecho fundamental al debido proceso y por tanto se configura un defecto sustantivo que permite la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, en casos en los cuales las autoridades judiciales competentes niegan la aplicación favorable de normas contenidas en la Ley 906 de 2004 frente a procesos tramitados y decididos bajo la vigencia de la Ley 600 de 2000¹⁸.

¹² Sentencias T-008 de 1998 y T-189 de 2005.

¹³ Ver sentencia T-205 de 2004. Mag. Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández

¹⁴ Al respecto, consultar sentencias T-804 de 1999 y T-522 de 2001.

¹⁵ Consultar sentencias T-694 de 2000 y T-807 de 2004.

¹⁶ Corte constitucional, Sentencia T-056 de 2005. Mag. Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería

¹⁷ Sentencia SU-159 de 2002. Mag. Ponente Dr. Manuel José Cepeda

¹⁸ En sentencia T-356 de 2007, la Corte reiteró el criterio mencionado. Adicionalmente, estudió la posibilidad de aplicar el principio de favorabilidad para los casos de personas condenadas que se hubiesen sometido al instituto de la sentencia anticipada durante la vigencia del decreto 2700 de 1991, modificado por la Ley 81 de 1993.

El anterior criterio fue sostenido en sentencias T-091 de 2006, T-797 de 2006, T-966 de 2006, T-1026 de 2006, T-015 de 2007, T-082 de 2007, T-232 de 2007, donde esta Corte se pronunció sobre las implicaciones del principio de favorabilidad, en casos en los que personas sancionadas penalmente solicitaban la aplicación de beneficios penales consagrados en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 para la figura del allanamiento o aceptación de cargos, a las condenas que les habían sido impuestas en sentencias anticipadas según lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000.

De esta forma, en providencia T-941 de 2006, la Corte señaló¹⁹:

“... se configura un defecto sustancial consistente en haber tomado la decisión con fundamento en una normatividad que no era la aplicable al caso concreto. Así, el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad fundamentó su decisión en una providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual a los casos de los condenados que se acogieron a sentencia anticipada en vigencia del artículo 40 de la Ley 600 no les es aplicable, en virtud del principio de favorabilidad, la rebaja de pena establecida en el inciso 1º del artículo 351 de la Ley 906. Así mismo lo resolvió el Tribunal accionado, al confirmar la sentencia del a quo.

Esa interpretación que se hizo del principio de favorabilidad es violatoria del artículo 29 inciso 3º de la Constitución que prevé un concepto amplio de favorabilidad, sin restricciones relativas a los condenados y sin ubicarlo en el estrecho margen de la norma sustantiva favorable; aspectos que están superados en el ámbito normativo y jurisprudencial, a partir de la amplia concepción constitucional y que fueron interpretados por los accionados de manera negativa a los derechos fundamentales de la actora”.

Posteriormente, en sentencia T-966 de 2006 la Corte reiteró el fallo T-567 de 1998 en virtud del cual una providencia que vulnera el principio de favorabilidad, “queda de inmediato revestida de un defecto sustantivo de tal magnitud que origina una vía de hecho”.

En fallo T-015 de 2007, la Corte se pronunció sobre un caso en el cual una persona condenada mediante fallo anticipado proferido en el año 2002, solicitaba la aplicación por favorabilidad de la rebaja penal prevista en la Ley 906 de 2004 para la figura de allanamiento o aceptación de cargos. La pretensión del actor había sido concedida y posteriormente negada por el Tribunal Superior competente, con el argumento que las instituciones procesales fundamento de la

¹⁹En el asunto estudiado por la Corte, la accionante instauró acción de tutela contra las providencias proferidas por el Juzgado Décimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá y contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, donde le fue negada la redosificación punitiva de su condena, solicitada con fundamento en lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, en virtud del principio de favorabilidad establecido en el artículo 29 de la Constitución Política.

pretensión del peticionario –sentencia anticipada y allanamiento o aceptación de cargos- no eran análogas y por ende, no era posible aplicar favorablemente los beneficios jurídicos consagrados al peticionario. Allí se precisó:

“Por consiguiente y en armonía con lo que ha sostenido la Corte en anteriores oportunidades, tratándose del tránsito legislativo entre la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, las autoridades judiciales pueden aplicar con carácter retroactivo la norma reciente y conferir beneficios establecidos en la misma si resultan más favorables en el caso particular frente a figuras jurídicas semejantes pero reguladas de manera distinta en las leyes mencionadas²⁰.

“(…)

“En consecuencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán infringió la Constitución Política, pues desconoció que la sentencia anticipada y la aceptación de cargos son figuras análogas ante las cuales procede aplicar el principio de favorabilidad. Por este motivo, incurrió en una de las causales que hace procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, esto es, un defecto sustantivo por una interpretación inconstitucional de la Ley 906 de 2004 e inaplicar el artículo 351 de dicha Ley a la situación del señor Bernardo Antonio David.

Igualmente, en providencia T- 082 de 2007 la Corte Constitucional indicó que se había vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de un peticionario a quien le había sido negada la aplicación del principio de favorabilidad constitucional, frente a la petición de redosificación de la condena de prisión que le había sido impuesta en sentencia anticipada. Sobre la configuración del defecto sustantivo en la providencia judicial que había negado la aplicación del principio de favorabilidad al accionante se afirmó:

“Tal como fue reiterado en las consideraciones de esta providencia, tratándose del tránsito legislativo entre la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, las autoridades judiciales pueden aplicar con carácter retroactivo la norma reciente y conferir beneficios establecidos en la misma si resultan más favorables en el caso particular frente a figuras jurídicas semejantes pero reguladas de manera distinta en las leyes mencionadas.

“Como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corte las figuras de sentencia anticipada y allanamiento a cargos son semejantes y por tanto, corresponde aplicar el descuento punitivo hasta de la mitad de la pena previsto en el Art. 351 de la Ley 906 de 2004 en relación con las condenas impuestas mediante sentencia anticipada.

“ Por consiguiente, la decisión del Tribunal Superior es violatoria del debido proceso del accionante, por cuanto desconoció la aplicación del principio de favorabilidad que

²⁰ Sobre la aplicación del principio de favorabilidad en el caso concreto, en sentencia T-1026 de 2006, la Corte Constitucional sostuvo: “4.4 En resumen, habrá lugar a la aplicación de las disposiciones de la Ley 906 de 2004 a delitos juzgados al amparo de la Ley 600 de 2000, cuando (i) el efecto de las mismas sea más favorable al imputado o condenado, y (ii) no se trate de instituciones procesales o características del nuevo sistema procesal sin referente en el anterior. Estos requisitos deben ser verificados por el juez en cada caso, sujetándose a los imperativos normativos pertinentes y a los precedentes jurisprudenciales que rigen el asunto”.

permitía readecuar la condena impuesta al señor Jorge Luís Peñuela Marín mediante sentencia anticipada a la luz de los parámetros dispuestos en la ley para la figura del allanamiento o aceptación de cargos. Por este motivo, incurrió en una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución, al inaplicar el artículo 29 de la Carta en relación con el principio de favorabilidad.

De esta manera, el principio de favorabilidad en materia penal puede ser aplicado a diferentes ámbitos de este derecho sancionatorio, sin embargo, la Corte ha sido reiterativa al restringir dicha aplicación a lo relacionado con el habeas data por considerar que el principio de favorabilidad es propio de la materia sancionatoria.

Al respecto en la sentencia SU-082 de 1995 la Corte señaló:

“Las informaciones que una entidad acreedora, directamente o por intermedio de un banco de datos, suministra sobre un deudor, no son obligatorias. La persona que las recibe, generalmente un establecimiento de crédito, las evalúa y, con base en ellas y en otras circunstancias, decide. Estas informaciones son apenas un dato que, sumado a otros, permite apreciar el riesgo que implica la concesión de un crédito.”

Queda pues descartada la posibilidad de dar aplicación al principio de favorabilidad en este caso y, por ende, de la retroactividad del beneficio consagrado en la Ley 716/01 con fundamento en dicho principio, siendo que éste se predica exclusivamente del derecho penal, disciplinario y, bajo las condiciones señaladas, del derecho laboral.

En conclusión, el registro de tal información negativa no constituye per se la imposición de una sanción ni el fundamento único para rechazar el otorgamiento de un crédito, tal como lo consideró la Sala Sexta de Revisión de esta Corte en un reciente fallo, en donde se señaló además que por esa misma razón no resulta aplicable el principio de favorabilidad:²¹

“(…) al no configurarse una sanción por el mero hecho de la permanencia de la información veraz en un banco de datos, no cabe la aplicación retroactiva de la norma [artículo 19 de la Ley 716/01].

“Confirma la no consecuencia per se adversa o negativa al sujeto reportado en la base de datos la Circular Externa 004 de enero 14 de 2002 de la Superintendencia Bancaria, dirigida a los representantes legales, miembros de juntas directivas y revisores fiscales de las entidades vigiladas que, al referirse a los reportes de información de las bases de datos, consagra:

“Tales reportes no son, y en ningún caso pueden llegar a serlo, los únicos elementos de juicio que las entidades vigiladas deben considerar para tomar decisiones sobre el otorgamiento de crédito. Los reportes originados en tales

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-355 del 9 de mayo de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

centrales de riesgo son un instrumento adicional que, junto con la información financiera reportada por los solicitantes, resulte pertinente, le permitan a las entidades hacer una adecuada evaluación de la capacidad de pago esperada del deudor y por lo tanto, a partir del respectivo análisis, asumir o no riesgos con el comportamiento del crédito.”

“La naturaleza de los reportes es la de ser una de las herramientas utilizadas por las entidades de crédito para evaluar la capacidad de pago del eventual deudor. Los reportes autorizados de información veraz, aspecto que pretende proteger el habeas data, no son los que conllevan consecuencias adversas. Es el comportamiento moroso de la persona el que trae las eventuales consecuencias frente a la concesión o no de un crédito sumado, como anteriormente se dijo, con otros factores que las entidades financieras deben estudiar.”

1.2. FAVORABILIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA

El Derecho Disciplinario es una rama esencial dentro del Derecho Administrativo, por cuanto permite regular las conductas y el comportamiento de quienes realizan función pública, fijando las obligaciones, faltas, sanciones y procedimientos para aplicarlas. El derecho disciplinario se integra, entonces, por las disposiciones que buscan un correcto ejercicio de las funciones de los servidores públicos independientemente de la rama a la que pertenezcan.

En la sentencia C- 417 de 1993 la Corte se refirió al derecho disciplinario en el siguiente sentido:

“ (...) hace parte de las condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, que resultan imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo del Estado, motivo por el cual su mantenimiento, merced a un ordenamiento jurídico especial de reglas y sanciones, no solamente constituye derecho sino que es ante todo deber del Estado.

“El derecho disciplinario es, pues, consustancial a la organización política y tiene lugar preferente dentro del conjunto de las instituciones jurídicas.”²²

De otro lado, la Corte reconoció que en su condición de derecho punitivo, el derecho disciplinario se acerca íntimamente a las previsiones del derecho penal, siéndole aplicables muchos de los principios que orientan y guían esta disciplina del derecho. En relación con dicha conexidad, y mediante Sentencia T-438 de 1992 la Corte Constitucional precisó que:

“El derecho disciplinario que respalda este poder está compuesto por un conjunto de normas y principios jurídicos que permiten imponer sanciones a los servidores públicos cuando éstos violan sus deberes, obligaciones o incurrir en vulneración de las prohibiciones e incompatibilidades que para ellos ha establecido la ley.

“Este tipo de responsabilidad ha dado lugar a la formación de una rama del derecho administrativo llamada "derecho administrativo disciplinario". Un amplio sector de la doctrina, si bien admite la diferenciación entre la responsabilidad civil,

²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 417 de 1993. Mag. Ponente Fabio Morón Díaz

penal y disciplinaria, encuentra que la sanción disciplinaria debe sujetarse a los principios y garantías propias del derecho penal. Según esta interpretación, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho penal, y en su aplicación debe observarse las mismas garantías y los mismos principios que informan el derecho penal. La naturaleza esencialmente sancionatoria de ambos derechos hace que las garantías del derecho más general (el penal) sean aplicables también a ese otro derecho, más especializado pero igualmente sancionatorio, que es el derecho disciplinario. Tanto el derecho penal como el administrativo disciplinario emplean las penas como el principal mecanismo de coacción represiva. Todos los principios y garantías propias del derecho penal se predicen también del disciplinario. Esta situación ha llevado a considerar que el término derecho penal es impropio (pues existen, como se ve, varios derechos penales) y empieza a hacer carrera la revitalización del término "derecho criminal" para referirse al derecho de los delitos propiamente dichos."

Lo que identifica a estas dos ramas del Derecho como puede notarse de la interpretación de la Corte Constitucional, es que ambos hacen parte del ius puniendi del Estado, al punto de considerar al derecho disciplinario como una especie del derecho penal. Sería admisible entonces considerar, que la aplicación del principio de favorabilidad, es aplicable en materia disciplinaria, no sólo por consagrarse expresamente, sino porque a esta última rama del derecho le son extensibles algunos principio del derecho penal, por constituir derecho sancionador. Desde ésta perspectiva parece que una de las condiciones para que el principio de favorabilidad se aplique consiste precisamente en que se trate de un derecho sancionador.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que pese a que el derecho penal y el disciplinario hacen parte del derecho sancionador tienen diferencias que han sido reiteradas por la Corte Constitucional. Válidamente se ha explicado que entre las dos ramas no hay identidad de objeto y causa, pues lo buscado por cada uno de los procesos que se adelantan en cada uno es distinto. Así, si bien es cierto en los dos se analiza la conducta del encartado frente a las disposiciones aplicables, en cada uno de los procesos se debe tener en cuenta unas normas de contenido y alcance propios.

En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios.

Sin embargo, se reitera el hecho de que sean parte del ius puniendi del Estado hace que el principio de favorabilidad, entendido como la posibilidad de que una situación de hecho pueda someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia, sea aplicable en los dos casos.

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

Según la jurisprudencia Constitucional la aplicación del principio de favorabilidad en el proceso administrativo sancionador y, específicamente, en la sanción disciplinaria, debe darse con el mismo grado de exigencia que en el proceso penal. Así, por ejemplo, en la sentencia T-233 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, la Sala explicó:

“En el terreno disciplinario, el principio de favorabilidad es también obligatorio, toda vez que la actuación correspondiente culmina con una decisión en torno a la responsabilidad del inculpatado y a la aplicabilidad de una sanción por la conducta imputada. Entonces, si la autoridad encargada de resolver sobre un proceso disciplinario desconoce la norma favorable, atendiendo tan sólo al tiempo de vigencia de la ley, vulnera el debido proceso”.

Pero además de que la aplicación Del principio de favorabilidad en el proceso disciplinario había sido bastante clara en la jurisprudencia constitucional, en la actualidad no se discute²³, pues el artículo 14 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) lo regula así:

“En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Carta Política”.

Es evidente, en consecuencia, no sólo que la ley exigió la aplicación del principio de favorabilidad en el derecho administrativo disciplinario, sino también que lo impuso tanto en el proceso de formación del acto sancionador como en su ejecución, esto es, en el proceso disciplinario, en la sanción y en su cumplimiento.

En materia disciplinaria entonces, el principio de favorabilidad es obligatorio por expresa disposición del legislador, no sólo al o largo del proceso sino también respecto de la sanción en firme, siempre y cuando el acto administrativo aún continúe en ejecución.

La regulación expresa de esta principio en el Código Disciplinario Único permite superar la discusión de si resulta o no aplicable la favorabilidad, con el rigor se

²³ El artículo 15 de la Ley 200 de 1995 (primer Código Disciplinario Único), consagró el principio de favorabilidad en el proceso disciplinario de esta manera: “En materia disciplinaria la Ley favorable o permisiva se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”

exige en el derecho penal, es decir, para procesos en curso y sanciones ejecutoriadas, pues así lo establece artículo 44 de la Ley 153 de 1887 que dispone:

“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.(...)Esta regla favorece a los reos condenados que estén sufriendo su condena”

De esta forma, el principio de favorabilidad se convierte en una regla de excepción tanto a la vigencia de las leyes en el tiempo, como a la cosa juzgada penal y a la fuerza ejecutoria del acto administrativo sancionador. En cuanto a lo primero, es claro que, por regla general, la ley rige hacia el futuro, por lo que únicamente debe aplicarse a los supuestos de hechos y situaciones que sucedieron a partir del momento en que fue promulgada. Y, en cuanto a lo segundo, es natural que una vez se halle en firme la sentencia condenatoria penal o el acto administrativo adquiera firmeza, no sean modificados o revocados por una nueva ley.

De esta manera el principio de favorabilidad en el derecho sancionador del Estado, penal o disciplinario, se erige en un principio orientador para el operador jurídico no de la interpretación de la ley, sino de la escogencia de la ley aplicable al caso cuando hay sucesión de leyes en el tiempo.

Según la sentencia T- 152 de 2009, este principio se aplicará teniendo en cuenta dos parámetros:

El primero, el de la retroactividad de una ley más benigna, según el cual: i) si después de cometido un hecho típico surge otra ley con menor pena o sanción, se aplicará esta última, aun cuando el caso se encuentre definitivamente juzgado; ii) si después de cometido el delito o la falta disciplinaria entra en vigencia una nueva ley que hace desaparecer el tipo penal o la falta reprochada, debe aplicarse la norma más favorable, aun cuando el caso se encuentre definitivamente terminado. De esta forma, la ley favorable se aplica aun en contra de la cosa juzgada, pues el principio de favorabilidad hace prevalecer la libertad y los derechos inherentes a ella sobre la seguridad jurídica que ampara la firmeza de la sentencia y del acto administrativo sancionador.

Y, el segundo, el de la ultractividad de la ley más benigna, según el cual una ley benéfica derogada continúa aplicándose respecto de la ley posterior más gravosa. Sobre el fundamento y justificación constitucional de esta regla, la Corte Constitucional dijo que “tiene íntima vinculación con la protección de los derechos adquiridos, protección expresamente consagrada en el artículo 58 de la Carta según el cual, ‘se garantizan los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores’. La disposición constitucional del artículo 58 busca la protección del ciudadano frente a la expedición de normas que, a posteriori, podrían modificar el

contenido de sus derechos subjetivos o la calificación de las conductas jurídicamente reprochables en las que posiblemente hayan incurrido”²⁴.

En esta misma sentencia la Corte concluye la apreciación que debe tener el principio de favorabilidad en materia disciplinaria del siguiente modo:

Se observa entonces que en materia disciplinaria la jurisprudencia constitucional ha fijado una posición según la cual, si bien el principio de aplicación inmediata de las normas procesales es compatible con el derecho al debido proceso, éste debe integrarse con el principio constitucional de favorabilidad, máxime cuando el propio Código Disciplinario Único así lo ha establecido en su artículo 1425. El que la Constitución haya enunciado este principio vinculándolo a la “materia penal” no impide que el legislador lo extienda a otros ámbitos del derecho sancionador, como el disciplinario. Tampoco conduce a que el juez deba interpretar restrictivamente esta garantía que tiene pleno sentido y especial relevancia dentro de un estado social de derecho en otros contextos punitivos diferentes al penal.

1.3. FAVORABILIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA

Aún existe una discusión entre los altos Tribunales respecto de la aplicación del principio de favorabilidad en materia tributaria, entendida como la posibilidad de que a los contribuyentes se les pueda aplicar preferentemente las normas más favorables para sus intereses, aunque esta norma sea posterior a la restrictiva o desfavorable.

Tal como lo establecen los artículos 338 y 363 de la Constitución Política, las normas tributarias no se aplican con retroactividad, y tratándose de impuestos en los que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un periodo determinado, sólo se aplican a partir del periodo que comience después de la vigencia de la ley.

Las disposiciones se transcriben a continuación:

El artículo 363 de nuestro ordenamiento superior, señala: “El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad. (...) Las leyes tributarias no se aplicarán retroactivamente”.

Cuando la Constitución prevé la irretroactividad de “las leyes tributarias”, lo hace de manera general, lo que quiere decir que incluye también los tributos de

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-152/09. Mag. Ponente Dr. Jorge Arango Mejía.

²⁵ Artículo 14 de la Ley 734 de 2002. *Favorabilidad*. En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Carta Política.

carácter territorial definidos mediante acuerdos municipales y ordenanzas departamentales.

También haciendo referencia al principio de irretroactividad de las leyes tributarias, el artículo 338 de la Constitución, en su parte final dispone su aplicación en el caso de los impuestos de periodo:

“Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo”.

La razón por la que el constituyente determinó que las normas tributarias no tienen carácter retroactivo se relaciona con la necesidad de evitar que en la ley se modifiquen tarifas, bases gravables y hechos generadores del tributo, y especialmente, para mantener consolidados los hechos económicos con base en las normas preexistentes.

Este principio constitucional permite conservar una mayor confianza y seguridad jurídica, toda vez que impide que, como ocurría en otros tiempos, el legislador modifique los elementos de los tributos, incluyendo tarifas más altas, al final del año, haciendo muy gravosa la situación para todos los contribuyentes, pero también se constituye en una forma de garantizar el principio de legalidad, que en el caso de los tributos no sólo tiene repercusiones en la seguridad jurídica e igualdad de los ciudadanos sino en la estabilidad económica del país.

Las disposiciones existentes en materia tributaria procuran que los hechos ya formalizados jurídicamente y los que se encuentran en curso al momento de expedición de una ley, no se vean afectados por los cambios, en aras de la seguridad jurídica y de que haya certeza de las regulaciones de la obligación tributaria, previamente a la causación del impuesto (Principio de legalidad). Para el caso de los tributos de periodo, las Normas deben regir con anterioridad a su iniciación.

Al respeto, la sección cuarta Del Consejo de Estado ha manifestado:

“No tiene sustento alguno en el derecho tributario que se aplique el principio de favorabilidad propio de la legislación penal, pues los impuestos no constituyen un castigo, ni un agravio al contribuyente, sino que surgen de un deber de solidaridad de los ciudadanos, para coadyuvar con las cargas públicas. No puede considerarse desfavorable una norma fiscal que por principio pretende el bien común”²⁶.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. Septiembre 04 de 2008. M. P Ligia López Díaz.

Esta es la posición más reiterada en el Consejo de Estado pues se considera que los tributos no son sanciones, y dado que el principio de favorabilidad, como lo ha considerado la misma Corte Constitucional hace parte del derecho sancionador, éste no sería aplicable en materia tributaria.

A continuación se transcriben los apartes más importantes de las sentencias en las que la posición del Consejo de Estado se ratifica:

“Sobre la naturaleza de las sanciones administrativas y la inaplicabilidad de los principios y normas por los cuales se rigen las infracciones a la ley, como los de favorabilidad, que es materia de esta litis, la Sala ha venido reiterando su criterio expuesto entre otras, en las siguientes jurisprudencias: del 9 de marzo de 1987, exp. No. 0290, C.P. Dr. Hernán Guillermo Aldana, actor: Singer Sewing Machine Company, en el sentido de que la infracción a las disposiciones de las normas tributarios por regla general no constituyen infracciones a la ley penal, y por ende no le son aplicables los principios y normas por las cuales se rigen las infracciones de naturaleza estrictamente penal²⁷”.

En la misma sentencia el Consejo de Estado afirma que las normas administrativas, su manera de ejecutarse y los procedimientos, son diferentes del ramo penal en tal virtud no pueden aplicarse a aquellas, por el mecanismo novedoso de la extensión, principios propios de otras tutelas jurídicas. Esto, sin excluir que ciertas conductas de los contribuyentes pueden constituir verdaderas infracciones a la ley penal, en cuyo caso, obviamente los preceptos de este derecho serían aplicables.

Igualmente, en sentencia del 26 de junio de 1987, exp. No. 1028, C.P. Dr. Jaime Abella Zárate, la Sala reiteró su posición y precisó que:

“... 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...”²⁸

²⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. Septiembre 30 de 1994. M. P Jaime Abella Zárate.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. Junio 26 de 1987 M. P Jaime Abella Zárate.

Concretamente sobre la inaplicabilidad del principio de favorabilidad, en la misma providencia se dijo:

"No puede confundirse el llamado principio de favorabilidad de la ley penal posterior al hecho que se castiga, con los que regulan la vigencia de la ley en el tiempo.

En materias financieras son frecuentes las modificaciones de las regulaciones porque éstas dependen de las circunstancias económicas del momento, pero la disminución y aún la supresión de un determinado deber no tiene efectos retroactivos a épocas anteriores, porque no se trata de normas de índole penal. Cuando se rebaja un encaje o una inversión obligatoria no puede alegarse esto como ley posterior favorable que exonere del cumplimiento de la norma que con anterioridad regía el encaje o la inversión.

Y menos aún, los plazos que nuevas normas den para cumplir obligaciones similares en años posteriores, que la demandante alega para justificar el incumplimiento de las dictadas años atrás."²⁹

En sentencia del 23 de octubre de 1987, exp. No. 0292, C.P. Dra. Consuelo Sarria Olcos, Actor: Adolfo Urdaneta Laverde, la Sala expresó:

"No se acepta el criterio del Tribunal a - quo, de dar aplicación al artículo 44 de la Ley 153 de 1887, toda vez que dicha norma se refiere a la aplicación de la ley favorable en materia penal, y ya ha quedado establecido cómo no se puede confundir el ámbito penal con el puramente administrativo.

Si en el presente caso, hay una norma expresa, que establece una obligación tributarla, y prevé las sanciones para quienes incumplan, esas son las sanciones procedentes cuando se compruebe la violación. Por ello, la sanción impuesta por la Administración en los actos demandados fue la correcta y así habrá de declararse en la presente providencia."³⁰

Es así que conforme al artículo 363 de la Constitución de 1991, "las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad"; por tanto, darle aplicación a una disposición dictada con posterioridad a la ocurrencia del hecho sancionado, so pretexto de aplicar el principio de favorabilidad en materia penal - que es excepción al de irretroactividad - , constituiría violación del canon que prohíbe expresamente la aplicación retroactiva de las disposiciones tributaria.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. Octubre 23 de 1987. Consejera Ponente Dra. Consuelo Sarria Olcos.

De otra parte, conforme al artículo 8º. de la Ley 153 de 1887, hay lugar a la aplicación analógica del derecho "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido" aplicación extensiva que tiene por objeto llenar los vacíos que se encuentren en los textos, acudiendo a las disposiciones que "regulan casos o materias semejantes", y en su defecto, a la "doctrina constitucional y las reglas generales del derecho". En el derecho Tributario no existe vacío normativo alguno, respecto de la aplicación del principio de favorabilidad, que requiera la aplicación analógica de los principios del derecho punitivo, por lo tanto, solo debe acudir a aplicar la norma tal como lo quiso el legislador.

De esta manera, y dado el carácter de "ley sustantivo" de las disposiciones que regulan conductas e imponen sanciones y las cuantifican, éstas deben ser preexistentes al hecho sancionado y su aplicación de manera alguna puede ser retroactiva, en virtud de los principios de legalidad e irretroactividad consagrados en el ordenamiento positivo aún antes de la expedición de la Carta de 1991.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional es de otra corriente de pensamiento, y contrario a lo manifestado por el Consejo de Estado considera viable la aplicación del principio de favorabilidad en materia tributaria. Así por ejemplo, en sentencia C- 527 de 1996 expreso que si una norma beneficia al contribuyente, evitando que se aumenten las cargas, por razones de justicia y equidad, si puede aplicarse la favorabilidad sin perjuicio de lo establecido en el artículo 338 de la Constitución Política, la razón es que la irretroactividad de la ley tributaria es para evitar que el estado pueda modificar la tributación con efectos retroactivos, con perjuicio de los contribuyentes de buena fe³¹.

En la sentencia C-185/97 con ponencia del Dr. José Gregorio Hernández, la Corte manifestó:

“Estas normas constitucionales plasman garantías en beneficio de los contribuyentes, pues tienen origen en la necesidad de evitar que un Estado fiscalista abuse de su derecho de imponer tributos y pretenda dar a las normas que los plasman efecto hacia el pasado. Se trata, entonces, de normas favorables al contribuyente y como tales deben ser interpretadas y aplicadas”.

Por su parte en la sentencia C-006/98, M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell se puede leer:

“Cabe indagar si las previsiones del inciso tercero del artículo 338 superior que se acaba de examinar se imponen como marco de la conducta legislativa para las regulaciones que suprimen o reducen una obligación tributaria, esto es, si la norma respectiva tiene aplicación a partir del período que sigue después de iniciarse su vigencia, o puede comenzar a regir de forma inmediata.

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 527 de 1996. M. P Jorge Arango Mejía.

La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular y su criterio constante sobre el tema ha sido, el de que no es aplicable, para estos casos, el inciso 3 del art. 338, por razones de justicia y equidad". (Resalto) Posteriormente, en la misma sentencia, la Corte señaló:

"Al limitarse en el tiempo la aplicación inmediata de una norma que regula un impuesto de período se busca favorecer al contribuyente, así sea en desmedro del erario, para defender en cierta medida el patrimonio de aquél y otorgarle la elemental oportunidad de que programe el gasto y ordene los medios que le permitan asumir su costo. En eso no hay nada de extravagante ni censurable, y por el contrario, ello responde a finalidades que se adecuan al principio de equidad y al de una justicia tributaria claramente cifrada sobre la realidad social.

...Por lo mismo, las normas que derogan tributos o establecen medidas que eximen o disminuyen de tales obligaciones a los contribuyentes, tiene efecto general inmediato y principian a aplicarse a partir de la promulgación de la norma que las establece, salvo, por supuesto, que el legislador expresamente .

Por último la Corte Constitucional, en Sentencia C-929/00 M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, dijo: "La retroactividad de la ley está íntimamente ligada con su aplicación en el tiempo, pues una ley no puede tener efectos hacia el pasado, salvo que se trate de garantizar el principio de favorabilidad".

En este sentido, para la Corte Constitucional el efecto inmediato de las disposiciones tributarias debe aplicarse también en lo favorable, sin que ello contraríe la Constitución Política, es decir, que puede ser retroactiva sólo en la medida en que favorezca al contribuyente.

Como puede notarse, la aplicación del principio de favorabilidad tiene variaciones en torno a la disciplina de que se trate, en mi opinión este tema debe ser tratado dependiendo del contexto en el que se encuentre situado, pues el debido proceso en materia disciplinaria, tiene matices con respecto al rigor jurídico que exige su aplicación en materia penal, lo mismo ocurre en materia tributaria, pero todavía con mayor flexibilidad, de modo que el estudio que se presenta busca analizar a profundidad el tema de la aplicación el principio de favorabilidad en el derecho sancionatorio cambiario, desde la interpretación que la jurisprudencia y la doctrina realizan en torno al tema.

2. APROXIMACIONES TEÓRICAS AL RÉGIMEN CAMBIARIO EN COLOMBIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL IUS PUNIENDI DEL ESTADO

Es pertinente dar paso a un examen acerca del régimen cambiario en Colombia a partir de las facultades sancionadoras del Estado, comprendiendo que se trata de un tema cuya complejidad exige gran precisión y que además, reviste gran importancia en el mundo contemporáneo en el que cada vez más se llevan a cabo operaciones económicas a nivel internacional.

De esta manera, se presentan a continuación algunos de los criterios más importantes que se deben tener en cuenta en relación con el régimen cambiario Colombiano, advirtiendo primero que no se pretende de ninguna manera agotar la totalidad de la temática que es bastante compleja como para ameritar un trabajo independiente, sino que se busca esbozar las principales características que permitan entender su objetivo, finalidad, características, naturaleza, etc. Para ello, se iniciará con la siguiente reseña histórica sobre el tema:

En Colombia, al igual que en los demás países latinoamericanos, el régimen de cambios internacionales surgió en el año 1930, con ocasión de la crisis económica mundial que sucedió a la postguerra y la “Gran depresión”, que ameritaba la adopción de medidas drásticas por parte de los gobiernos con el propósito de mitigar los riesgos y reducir los daños que a nivel económico ya se habían producido.

Desde esos momentos, se ha presentado una gran variación en cuanto a la normatividad cambiaria, la cual ha tenido periodos de control absoluto a los activos internacionales, hasta llegar a la libertad total, pasando también por una época de semi-liberalización.

Sin embargo, en este trabajo se hará un breve recuento de la normatividad expedida durante los años 80's debido a que a partir de dichos momentos se presentaron procesos económicos de gran trascendencia. Así, aproximadamente en la década de los ochenta la economía colombiana sufrió un proceso de internacionalización y se replantearon algunas políticas del gobierno que obligó a repensar el esquema económico que venía rigiendo en el país, el cual se caracterizaba por un proteccionismo a algunos sectores económicos y sobre todo al gremio de los exportadores. De esta forma, se dio paso a un modelo fundamentado en los criterios de apertura económica y que tuvo una materialización con la Constitución de 1991 en la que dicho modelo se concretó a través de diferentes componentes del régimen económico contenidos en la Constitución Política en materia Económica.

A partir de ello la legislación también dio giros para adaptarse a las nuevas políticas económicas, y en materia cambiaria y de comercio exterior, introdujo

algunas variaciones significativas como las contenidas en la ley 7ª de 1991. El antiguo régimen cambiario, contenido en el Decreto 444 de 1967, se caracterizaba por favorecer las exportaciones y sobre todo las no tradicionales, permitir la importación de algunos productos, exigir licencias para otros, exigir permisos para la inversión extranjera e imponer restricciones en materia de divisas. Este régimen perduró en el ordenamiento jurídico cerca de treinta años y su marco legal fue el Decreto Ley 444 de 1967, el cual, en términos generales, contenía un régimen controlado de cambios. En 1974 se creó la prefectura de control de cambios como el ente encargado de controlar y hacer cumplir las normas sobre control de oro y cambios, mismo que en el año de 1974 fue transformado en la Superintendencia de Control de Cambios adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Como ya se anotó, en el año de 1991 se expidió la ley 7ª con el objeto de dar cumplimiento a las nuevas políticas económicas, la cual señaló el marco general en materia de comercio exterior, derogando de forma parcial el Decreto 444 de 1967, creando el Ministerio de Comercio Exterior, el Banco de Comercio Exterior y el Fondo de Modernización Económica.

También se profirió la ley 9ª del mismo año, la cual fijó algunas normas para regular los cambios internacionales, con el objeto de propiciar la internacionalización de la economía, estimular la inversión de capitales en el país y promover las transacciones con el exterior, por lo que permitió la libre tenencia de divisas por parte de los residentes en el país.

En la misma anualidad el Presidente de la República expidió el Decreto 1746 que además de fijar la sanción pecuniaria por violación del régimen cambiario que corresponde a los intermediarios del mercado cambiario y a las personas naturales y jurídicas que no lo fueren, señaló también el procedimiento aplicable para su imposición, designando como organismo competente para llevarlo a cabo a la Superintendencia de Control de Cambios.

La superintendencia Bancaria también recibió funciones para investigar y sancionar a las entidades sometidas a su control y vigilancia por cuanto ostentan también la condición de intermediarios del mercado cambiario, cuando estas incumplan algunas de las obligaciones del régimen de cambios, las cuales fueron determinadas de forma expresa. Estas facultades fueron concedidas por medio del Decreto 2578 de 1991, el cual también fijó las sanciones y el procedimiento aplicable en tales eventos.

En el año de 1992, y en virtud del artículo 20 transitorio de la Constitución Nacional de 1991, el gobierno expidió el decreto 2116 de 1992, por el cual se suprimió la Superintendencia de Control de Cambios, y sus funciones fueron entregadas a tres entidades, a saber: La Superintendencia Bancaria, La Unidad

Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y la Superintendencia de Sociedades.

2.1. CONCEPTO DE RÉGIMEN CAMBIARIO

Debe entenderse al régimen cambiario Como el conjunto de normas que regulan aspectos de los cambios internacionales, los cuales se definen como las transacciones con el exterior que impliquen el pago o la transferencia de divisas o títulos representativos de los mismos.

En Colombia el régimen cambiario vigente está regulado en una gran variedad de normas que fueron proferidas en desarrollo de las funciones que la Constitución de 1991 encomendó al Congreso y al Banco de la República, normas que conforman lo que podría llamarse el estatuto cambiario.

De acuerdo al régimen cambiario colombiano los mercados pueden ser de dos tipos: mercados cambiarios y mercados no cambiarios.

El mercado cambiario está constituido por las divisas que deben canalizarse de forma obligatoria, y aquellas que a pesar de estar exentas de esta obligación se canalicen voluntariamente a través de mecanismos establecidos para tal efecto como el mecanismo de compensación, o a través de los intermediarios autorizados del mercado cambiario. Las divisas que deben canalizarse a través del mercado cambiario son las que se originan en:

Importación y exportación de bienes.

Operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país, y los costos financieros inherentes a las mismas.

Inversiones de capital del exterior en el país, y sus rendimientos.

Inversiones de capital colombiano en el exterior y sus rendimientos.

Inversiones financieras en títulos emitidos y activos radicados en el exterior y sus rendimientos, excepto cuando se efectúen con divisas provenientes de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario.

Avales y garantías en moneda extranjera
Operaciones de derivados

Estas divisas necesariamente deben ser compradas, vendidas o transferidas por intermedio de un banco comercial, hipotecario, corporación financiera, una compañía de financiamiento comercial, cooperativa financiera, sociedad comisionista de bolsa, casa de cambio o cuenta corriente de compensación.

Por su parte, el mercado no cambiario se constituye por las divisas que generan todas las operaciones de cambio diferentes a las que deben canalizarse de forma obligatoria a través del mercado cambiario.

Algunas de las operaciones con divisas que no hacen parte del mercado cambiario tienen regulación en el régimen de cambios, por ejemplo: 1) El ingreso o salida del país de divisas o pesos colombianos y sus respectivos títulos representativos, 2) la compraventa de divisas de manera profesional, 3) las divisas recibidas por los hoteles y agencias de turismo a los turistas extranjeros, y 4) las operaciones en moneda extranjera entre residentes del país.

Las operaciones sujetas al régimen de cambios son aquellas que hacen parte del mercado cambiario, y únicamente su desconocimiento se entiende como infracción cambiaria y da lugar a la imposición cambiaria previo el cumplimiento del respectivo proceso administrativo.

2.2. MARCO NORMATIVO VIGENTE DEL RÉGIMEN CAMBIARIO COLOMBIANO

El actual Marco legal del régimen cambiario colombiano está conformado por las siguientes normas:

2.2.1. Marco Constitucional. Artículo 150: Funciones del Congreso de la República. El numeral 19 de este artículo señala que es función del Congreso de la República dictar las normas generales y señalar los objetivos y criterios que debe tener en cuenta el Gobierno para regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambios internacional, en concordancia con las funciones atribuidas a la Junta Directiva del Banco de la República. En desarrollo de esta disposición constitucional se expide el marco legal en materia cambiaria, y la reglamentación del Banco de la República sobre el mismo tema.

Artículo 189: esta norma menciona entre las funciones del Presidente de la República la de ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de decretos. En virtud de esta Norma se ha creado el marco reglamentario en materia cambiaria, contenido en los decretos que más adelante se señalarán.

Artículos 371, 372 y 373: referentes a la Banca Central. Asignan a la junta directiva del Banco de la República la condición de autoridad cambiaria de acuerdo a las funciones que le asigne la ley, en consecuencia, de esta disposición también se deriva la facultad reglamentaria del organismo mencionado.

2.3 MARCO LEGAL

2.3.1 Ley 9ª de de 1991, denominada como la Ley Marco de Cambios Internacionales, contiene las directrices que debe acoger el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales, para lo cual determina cuales son los propósitos, criterios y funciones que al momento de expedir la reglamentación respectiva corresponde tener en cuenta por parte del Ejecutivo y de la Junta Directiva del Banco de la República y del Departamento Nacional de Planeación. Esta norma asigna expresamente a la Junta directiva del Banco de la República la función de regular el tema de los cambios internacionales, y al Departamento Nacional de Planeación lo que corresponda a las inversiones internacionales.

2.3.2. Ley 31 de 1992: por medio de esta norma jurídica se atribuye al Gobierno las funciones referentes a la definición de las operaciones del mercado cambiario y del mercado libre, y al Banco de la República le atribuyó la calidad de autoridad cambiaria y la obligación de regular la organización y funcionamiento del mercado cambiario.

2.4 MARCO REGLAMENTARIO

Decreto 1735 de 1993: El gobierno nacional determinó a través de este decreto cuales son las operaciones de cambio y cuáles de ellas deben canalizarse de forma obligatoria a través del mercado cambiario.

Resolución 08 de 2000: esta resolución fue expedida por la Junta Directiva del Banco de la República y señala cuales son las disposiciones a las que debe ajustarse cualquier operación cambiaria. A través de esta resolución se reguló en su totalidad el régimen de cambios internacionales, y entre otros temas se abordó lo relativo al control del mercado cambiario, las operaciones de cambio, los sujetos de este mercado, las importaciones y exportaciones de bienes, el endeudamiento externo, las inversiones de capital en el exterior, las inversiones colombianas en el exterior, las operaciones de derivados, entre otros temas.

Decretos 2080 de 2000, 1844 de 2003, 4210 de 2004, 1866 de 2005, 4474 de 2005 y 1940 de 2006, los cuales conforman el régimen de inversiones internacionales y regulan el régimen de inversiones de capital del exterior en el país y el régimen de inversiones colombianas en el exterior.

Decreto 4928 de 2009: Por el cual se modifica parcialmente el artículo 1º del Decreto 2685 de 1999, el cual a su vez modificó parcialmente el arancel de aduanas.

Además de las normas antes citadas es necesario mencionar las resoluciones expedidas por la Junta Directiva del Banco de la República, las cuales modifican la Resolución Externa 08 de 2000. Debe anotarse a este respecto que a partir de

la revisión de las resoluciones que modifican la Resolución externa mencionada, se puede concluir que la normatividad cambiaria expedida por la Junta Directiva del Banco de la República ha sufrido una gran cantidad de modificaciones, y en el transcurso de 10 años desde su expedición se han proferido 26 resoluciones externas que han modificado una gran parte de su contenido inicial, por la importancia que ello representa se hace a continuación una relación las mentadas resoluciones externas modificatorias, la fecha de su expedición y los artículos que modificó, a partir de los datos extraídos del compendio actualizado de la circular 08 de 200032.

Tabla 1. 26 resoluciones externas que han modificado una gran parte de su contenido inicial

Fecha de expedición	Resolución Externa número	Artículos que modifica
9 de junio de 2000	9 de 2000	- Letra b número 2 artículo 59 - Parágrafo 5 artículo 59 - Artículo 75 - Artículo 85.
11 de mayo de 2001	2 de 2001	- Artículo 48 - Artículo 49 - Artículo 50 - Artículo 51 - Letra b número 2 artículo 59 - Artículo 85.
29 de junio de 2001	5 de 2001	- Letra h número 2 artículo 59 - Parágrafo 5 artículo 59
7 de junio de 2002	3 de 2002	- Numeral 2 artículo 60 - Numeral 6 artículo 60 - Parágrafo artículo 60 - Artículo 75
26 de julio de 2002	4 de 2002	- Artículo 42
14 de febrero de 2003	1 de 2003	- Número iv letra e número 1 artículo 59 - Número 5 artículo 60 - Artículo 62 - Artículo 72 - Artículo 74 - Artículo 75 - Artículo 77 Tercer inciso DEROGADO - Artículo 78 - Artículo 81 - Artículo 82 - Artículo 1 Resolución Externa 7 de 1997
20 de agosto de 2003 1 de diciembre de 2003 (artículo 33)	5 de 2003	- Artículo 32 - Artículo 33 - Parágrafo 6 artículo 59 - Artículo 75
14 de noviembre de 2003	8 de 2003	- Artículo 72
18 de junio de 2004	4 de 2004	- Artículo 52 - Artículo 57 - Artículo 59 numeral 1 literal d) [Ver: Boletín J.D. # 19/2004] - Artículo 81 (incluye parágrafo)
27 de julio de 2004	6 de 2004	- Artículo 75 numeral 2 - Artículo 82 DIAN – Resoluciones 5610 (2005/Jul/01) 2652 (2005/Abr/13)

³² BIBLIOTECAS VIRTUALES. Comunidad Virtual Literaria. [en línea] www.banrep.gov.co/documentos/reglamentacion/cambiaria/Res_8_2000/CompendioORIGINALRes8de2000.pdf. Consultado en Febrero 17 de 2010. Entre los anexos de este trabajo se incluye este documento para mayor claridad del tema.

		0396 (2005/Ene/20) 0014 (2005/Ene/04) 6697 (2004/Ago/03)
22 de octubre de 2005 (año siguiente de la publicación Oct.22/2004) PRORROGA: 28 de abril de 2006 (R.E.8/2005); 30 de septiembre de 2006 (R.E.1/2006); 1 de julio de 2007 (R.E. 9/2006); 1 de junio de 2008 (R.E. 5/2007) DEROGADA por R.E. 4/2009 (4 de mayo de 2009)	7 de 2004	No modifica ningún artículo de la R. E. 8/2000, sin embargo es concordante con los artículos 5 y 60 numeral 2.
18 de febrero de 2005	1 de 2005	- Artículo 73
3 de junio de 2005	4 de 2005	- Artículo 43 inciso 3º - Artículo 49 - Artículo 59 - Artículo 75 numeral 2º y adición de párrafo 1º - Artículo 82 párrafo 1º
28 de octubre de 2005	9 de 2005	- Artículo 42 inciso 2º - Artículo 43 - Artículo 44 adición párrafo 2º
28 de abril de 2006	2 de 2006	- Artículo 20 - Artículo 42 - Artículo 43 - Artículo 59 numeral 1 literal d) y Adición de Párrafo 7 - Artículo 79 Adición de Párrafo 7
26 de mayo de 2006	5 de 2006	- Artículo 78 Adición de Párrafo 3
6 de mayo de 2007	2 de 2007	- Artículo 33 numeral 1 - Artículo 83
21 de junio de 2007	6 de 2007	- Artículo 26 numeral 1 del párrafo 2 - Artículo 26 Adición de Párrafo 3 - Artículo 28 Adición de Párrafo - Artículo 33 - Artículo 39
24 de agosto de 2007	11 de 2007	- Artículo 59 Adición del acápite "iv" del literal c., numeral 1
21 de septiembre de 2007	13 de 2007	- Artículo 39
26 de noviembre de 2007	18 de 2007	- Artículo 26 Adición del párrafo 4 - Artículo 83
25 de abril de 2008	1 de 2008	- Artículo 10 - Artículo 26 numeral 1 del párrafo 2 - Artículo 53 - Concordancia: Artículo 4 Vigencia, para los artículos 10 y 53
19 de septiembre de 2008	7 de 2008	- Artículo 43 numeral 2 y, adición de párrafo - Artículo 53 - Artículo 54 - Artículo 59, numeral 1, literal d)
9 de octubre de 2008	10 de 2008	- Artículo 83
19 de junio de 2009	8 de 2009	- Artículo 42 - Artículo 44 Párrafo DEROGADO
28 de septiembre de 2009	11 de 2009	DEROGADOS los artículos 62 a 67 (Sección Tercera) por el artículo 2º de la Resolución Externa No. 11 de 2009, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 1328 De 2009. Produce efectos a partir de la vigencia de las disposiciones que expida el Gobierno Nacional en desarrollo del mencionado Artículo 34.

2.5. REGÍMENES ESPECIALES

Las mencionadas leyes 9ª de 1991 y 31 de 1992, facultaron de forma expresa a la Junta Directiva del Banco de la República y al Presidente de la República para que expidan regímenes especiales en materia cambiaria para el sector financiero, el sector de los hidrocarburos y la minería, y el de las empresas inherentes a este sector, el sector de los seguros, el Fondo Nacional del Café y las zonas francas industriales. Esta competencia se confiere de manera absoluta en cuanto a la materia de regímenes especiales, y no limitada en el tiempo.

En ejercicio de estas facultades la Resolución 8 de 2000 regula en sus artículos 48 a 52 el régimen especial para el sector de hidrocarburos y minería, por su parte, el Decreto 2821 de 1991 contiene disposiciones sobre el régimen especial para el sector de los seguros, y el Decreto 2131 de 1991 contiene la regulación sobre zonas francas en relación con los artículos 53 y 54 de la resolución externa 8 de 2000.

2.6. FINALIDAD DEL RÉGIMEN CAMBIARIO

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 9ª de 1991, el objeto del régimen cambiario es promover el desarrollo económico y social, y el equilibrio cambiario, con el propósito de internacionalizar la economía, fomentar y promover el comercio exterior, estimular la inversión de capitales extranjeros, facilitar las transacciones corrientes con el exterior, controlar los movimientos de capital, alcanzar un nivel adecuado de reservas internacionales, y coordinar políticas y regulaciones cambiarias acordes con las políticas macroeconómicas.

Ahora bien, para garantizar el cumplimiento de estos objetivos se diseñó un esquema de operaciones descentralizado, en el que las funciones de verificación y supervisión del cumplimiento de los procedimientos legales fueron encargadas a diferentes organismos, con el propósito adicional de reducir al mínimo los trámites de las operaciones de cambio, y señalando cuales actividades corresponden al mercado cambiario y son objeto de vigilancia, y cuales corresponden al mercado libre y están excluidas del régimen cambiario.

2.7. SANCIONES CAMBIARIAS

Como ya se anotó, las infracciones cambiarias se definen como la violación de las normas vigentes en la fecha de ocurrencia de los hechos, a las que corresponde la imposición de una sanción pecuniaria, cuya naturaleza es netamente administrativa y no puede asimilarse a las sanciones propias del derecho del penal, por tanto, si bien es cierto constituyen una manifestación del ius puniendi del Estado, únicamente pueden recaer sobre los derechos económicos del individuo y jamás sobre otros derechos y libertades, lo cual se comprende por la naturaleza de los bienes protegidos.

Las sanciones cambiarias jamás pueden ser inferiores a la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, y se fijan a partir de porcentajes sobre el valor de las operaciones cambiarias. En el caso de las sanciones que deben fijarse en salarios mínimos teniendo en cuenta el valor de éste a la fecha de ocurrencia de la sanción, y para aquellas que se fijan en porcentajes sobre la operación el mismo varía desde 1% a 200% según la infracción cometida, tomando para la conversión de los dólares a pesos colombianos, la tasa de cambio representativa del mercado vigente a la fecha de comisión de la infracción.

Así, las infracciones cambiarias se entienden como una contravención administrativa de las disposiciones constitutivas del régimen de cambios vigentes al momento de la transgresión, a la cual corresponde una sanción cuyas finalidades son el cumplimiento de tales disposiciones y la protección del orden público económico.

Estas infracciones cambiarias han sido clasificadas por la doctrina de conformidad con la ley, y tanto la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como la Superintendencia de Sociedades han coincidido con la clasificación de las sanciones que se expone a continuación:

Infracciones cambiarias instantáneas: son aquellas acciones u omisiones realizadas por un sujeto sometido al régimen de cambios, que transgrede de forma instantánea y sin carácter de permanencia una obligación o una norma que haga parte del régimen cambiario. La regla general es que las sanciones cambiarias son de tipo instantáneo. Ejemplo: el diligenciamiento de una operación de cambios con valores que no corresponden a la realidad de la transacción.

Infracciones cambiarias continuadas: son aquellas acciones u omisiones realizadas por un sujeto sometido al régimen de cambios, que transgrede permanentemente durante un lapso de tiempo, una misma obligación o norma cambiaria. Para que se configure una infracción cambiaria continuada se requiere por tanto, la existencia de un solo sujeto infractor, una misma infracción y el desconocimiento de varias obligaciones cambiarias independientes pero del mismo tipo, esto es, se trata del incumplimiento de obligaciones cambiarias concretas nuevas e independientes derivadas de la misma norma. Ejemplo: La introducción permanente de divisas por inversión extranjera sin realizarse el registro correspondiente.

La importancia de esta clasificación corresponde al término de caducidad de la acción, pues en el caso de las infracciones cambiarias continuadas este término se empieza a contar desde la ocurrencia del último acto constitutivo de la infracción. Esto se justifica en la medida en que se busca garantizar la seguridad jurídica y los derechos de los ciudadanos a no estar sujetos a sanciones

irredimibles, y obliga a la administración a control activamente el cumplimiento del régimen cambiario.

2.8. COMPETENCIAS EN MATERIA CAMBIARIA

En lo que atañe a las competencias para adelantar los diferentes procesos sancionatorios por violación al régimen de cambios debe decirse que este no es un procedimiento radicado en un solo órgano del Estado sino que por mandato del legislador ha sido encomendado a diferentes entes dependiendo del tipo de infracciones a sancionar. Esta decisión fue adoptada, tal como se señaló anteriormente, por medio del Decreto 2116 de 1992, el cual propició que la distribución de competencias de la anterior Superintendencia de Control de Cambios fuera tripartita según la operación y naturaleza del sujeto que la ejerciera, y como se anotará mas adelante, el régimen sancionatorio aplicado por cada una de estas entidades es diferente porque se encuentra regulado en distintas normas, pese a que su origen se encuentra en la violación de un régimen cambiario único.

Dichas entidades fueron las siguientes:

SUPERINTENDENCIA BANCARIA: le fue asignada competencia para controlar las entidades financieras autorizadas para actuar como intermediarias del mercado cambiario y a las casas de cambio. Para este propósito se creó como parte de la estructura de la entidad, la Dirección General de Intermediarios del Mercado Cambiario. Para el ejercicio de estas funciones, la Superintendencia Bancaria contó con las mismas facultades y procedimientos reconocidos para el desempeño de sus funciones habituales.

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES: a esta entidad adscrita al Ministerio de hacienda y crédito público, se le asignaron las funciones relacionadas con la importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las operaciones de comercio exterior y financiación de importaciones y exportaciones. Se ordenó que todas las referencias que el decreto 1746 de 1991 hacía a la Superintendencia de Control de Cambios debía entenderse hecha a esta unidad en las materia de su competencia, y posteriormente, el Decreto 2117 de 1991 precisó sus funciones en relación con la materia.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES: asumió las funciones de control en materia de inversión extranjera realizada en Colombia y de inversión realizada por sociedades colombianas en el exterior, además de las operaciones de endeudamiento en moneda extranjera celebradas por sociedades domiciliadas en Colombia, sin perjuicio de las competencias que correspondían a las superintendencias Bancaria y de Valores. Al interior de la superintendencia de sociedades se creó la División de Inversión y deuda externa, y se dispuso que

los procedimientos debían realizarse con sujeción a las normas del Código de Procedimiento Administrativo.

En virtud de la Constitución Nacional el Banco de la República asumió algunas funciones de regulación del tema de los cambios internacionales, y posteriormente, con la expedición de la ley 31 de 1992 la Junta Directiva de esta entidad profirió la resolución 21 por la cual reguló el tema cambiario. En el año de 1993 estas resoluciones fueron modificadas por las resoluciones No. 28 y 33, junto con las leyes 9ª de 1991, 31 de 1992 y el decreto 1735 de 1993, normas que en la actualidad se pueden entender como el estatuto cambiario.

En lo que atañe al régimen sancionatorio las mencionadas entidades encargadas del control cambiario debían aplicar el Decreto 1746 de 1991, por el cual se establece el régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario seguido por la Superintendencia de cambios- superintendencia de sociedades, pues la norma que suprimió la superintendencia de control de cambios no lo modificó ni lo suprimió. Las facultades conferidas a esta entidad están contenidas en este decreto, por lo tanto, se trata de facultades reglamentadas, ya que el cuerpo normativo citado establece como debe adelantarse el procedimiento administrativo sancionatorio en materia cambiaria por parte de dicha entidad, y cuáles son las funciones específicas que la misma asume.

Adicionalmente, la Superintendencia Bancaria debía dar aplicación al Decreto 2578 de 1991, norma que la facultó para investigar y sancionar las infracciones cambiarias cometidas por entidades sometidas a su control y vigilancia por ser intermediarios del mercado cambiario. Para este propósito aplica las normas especiales que rigen sus funciones, y en especial, el decreto 1746 de 1991.

Posteriormente, la ley 223 de 1995 que expidió normas sobre racionalización tributaria, confirió al Presidente de la República facultades excepcionales para expedir el régimen sancionatorio por infracciones cambiarias y el procedimiento para su efectividad en las materias de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Por este motivo se expidió el Decreto 1092 de 1996, por medio del cual se estableció el régimen sancionatorio y procedimiento administrativo cambiario que debía aplicar la DIAN.

El decreto en comento contiene en su artículo 3º un a relación detallada de las infracciones en que pueden incurrir personas naturales o jurídicas por las operaciones cuya vigilancia esté atribuida a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y también de las sanciones correspondientes determinables a partir del valor de la operación correspondiente. No sobra advertir que esta relación de infracciones no es taxativa, lo cual se desprende de la lectura del literal f) del artículo 3º según el cual las infracciones no señaladas

en la norma tendrán una sanción correspondiente al treinta por ciento del monto de la infracción cambiaria comprobada.

En el año de 1998 el Congreso de la República profirió la ley 488 por la que expidió algunas normas en materia tributaria, y cuyo artículo 93 concedió nuevamente facultades excepcionales al Presidente de la República para expedir un régimen sancionatorio por las infracciones cambiarias que deban ser investigadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. En virtud de esto el presidente de la República expidió el Decreto 1074 de 1999 que modificó el artículo 3° del Decreto 1092 de 1996, en el sentido de disminuir las sanciones contempladas y fijó topes a su cuantía, manteniendo de todas maneras el procedimiento para su imposición según lo establecido en el mentado decreto 1092.

A fin de concretar lo relativo a la competencia en materia cambiaria es pertinente citar el siguiente aparte jurisprudencial en el que la Corte Constitucional señala cuales son las funciones asignadas por la ley a las tres entidades encargadas de adelantar este tipo de procedimientos:

“En relación con la distribución funcional en este campo, la Constitución Política de 1991 asigna al Congreso de la República y al Banco de la República competencia para la adopción del régimen cambiario. Además, por decisión del legislador, el control y la vigilancia del cumplimiento de las normas cambiarias está asignado a tres organismos, a saber: la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN, la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Sociedades, cuya competencia está determinada tanto por la operación como por la naturaleza del sujeto que la ejecuta⁷. A la DIAN le corresponde el control de cambios relacionados con la importación y exportación de bienes y servicios; gastos asociados a las operaciones de comercio exterior y financiación de importaciones y exportaciones, entre otras. A la Superintendencia Bancaria, el control de las entidades financieras autorizadas por el régimen cambiario para actuar como intermediarios del mercado cambiario; y a la Superintendencia de Sociedades, el control en materia de inversión extranjera realizada en Colombia y de inversión realizadas por sociedades colombianas en el exterior, así como de las operaciones de endeudamiento en moneda extranjera, sin perjuicio de la competencia de la Superintendencia Bancaria.”³³

2.9. NATURALEZA DE LAS SANCIONES Y EL PROCEDIMIENTO CAMBIARIO.

Inicialmente debe decirse que de conformidad con el Artículo 4° de la resolución Externa 21 de 1991 expedida por la Junta del Banco de la República, la sanción cambiaria se define como una violación al régimen de cambios, esto es, la

³³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-099 del 11 de febrero de 2003. M. P. Jaime Córdoba Triviño

transgresión de las disposiciones normativas que lo constituyen. Esta contravención es de carácter administrativo y su consecuencia jurídica es la imposición de una sanción coercitiva, con la cual se pretende asegurar el cumplimiento de esas disposiciones. Nótese que esta definición fue adopta tanto por el Decreto 1746 de 1991 en su artículo 2º como por el Decreto 1092 de 1996 en su artículo 3º. Dichas disposiciones normativas que conforman el régimen de cambios contienen los parámetros que deben observar los sujetos que intervienen en las actividades y operaciones de tal naturaleza, y la inobservancia de sus derechos y obligaciones es lo que constituye la infracción cambiaria.

Por encontrarnos frente a la existencia de una sanción puramente administrativa, la misma connotación recibe el procedimiento que se adelanta para su imposición, en otras palabras, se trata de un proceso a través del cual el Estado ejerce el poder punitivo que le es propio, y por ello no solo establece sino que también impone las sanciones a los administrados por el desconocimiento material de las regulaciones específicas de una materia, en el caso que nos ocupa, del régimen de cambios, pues con ello se pretende conservar el orden y asegurar un adecuado funcionamiento del aparato estatal, sin perjuicio de la observancia estricta de los principios de legalidad, tipicidad y contradicción. Este procedimiento administrativo que se adelanta en cumplimiento del régimen sancionatorio cambiario, no puede confundirse con el procedimiento penal, pues tienen radios de acción completamente diferentes, y se rigen por principios propios y afines con sus finalidades y con el propósito de la sanción administrativa y de la sanción penal.

La sanción administrativa tiene como propósito la protección de los intereses generales, y está dirigida a mantener la adecuada gestión de los distintos órganos del Estado, a efectos de lograr el cumplimiento cabal de las funciones que le han sido encomendadas, pues se impone cuando los administrados han vulnerado las normas expedidas en procura de lograr dichos fines, las cuales contienen requisitos, obligaciones y deberes más que prohibiciones en sentido estricto. Así, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, mientras en el campo penal dicha potestad busca proteger el orden social en abstracto por lo que se orienta hacia fines resocializadores, preventivos y retributivos.

Sobre este punto la Corte Constitucional en sentencia C-564 del año 2000 manifestó:

“La sanción administrativa, como respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la administración, entre otros, y consecuencia concreta del poder punitivo del Estado, no debe ser ajena a los principios que rigen el derecho al debido proceso. Por tanto, debe responder a criterios que aseguren los derechos de los administrados. En este sentido, se exige, entonces, que la sanción esté contemplada en una norma de rango legal -reserva de ley-, sin que

ello sea garantía suficiente, pues, además, la norma que la contiene debe determinar con claridad la sanción, o por lo menos permitir su determinación mediante criterios que el legislador establezca para el efecto. Igualmente, ha de ser razonable y proporcional, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición.”³⁴

Ahora bien, en lo que atañe a las sanciones en el régimen cambiario debe decirse, que tal como ocurre en el derecho administrativo, y a diferencia del derecho penal, no siempre existe una sanción para cada una de las infracciones determinadas en la ley –infracciones administrativas-, sino mas bien se trata de elaborar clasificaciones generales en las que puedan subsumirse diferentes tipos de infracciones. Es por esta razón que el legislador fija algunos parámetros a fin de que el funcionario encargado de imponer la sanción respectiva pueda hacerlo de forma objetiva, y guiado por los principios de proporcionalidad y razonabilidad que debe existir entre la conducta o hecho sancionable y la sanción correspondiente, es decir, se pretende tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en cada caso concreto. Sobre esta característica especial del derecho administrativo, y del derecho sancionatorio cambiario como una de sus especies, vale retomar las palabras del tratadista Alejandro Nieto en su obra “Derecho Administrativo Sancionador”:

"Este sistema de correspondencia entre sanciones y grupos de infracciones es una característica muy singular del derecho administrativo sancionador, puesto que lo propio del Derecho Penal es la correlación individualizada de delitos y penas (...) se trata de que con ella pueda superarse la dificultad técnica de individualizar normativamente varios miles de infracciones, que en el Código Penal no existe por el reducido número de delitos y faltas que se tipifican (...)"³⁵

En cuanto a la naturaleza del régimen cambiario ha de anotarse que este se constituye en una de las expresiones del derecho administrativo sancionador, y tal como se explicó anteriormente, desarrolla las funciones de policía económica que corresponden al Estado y sobre todo al Estado moderno, régimen que cuenta con una descripción de los derechos y obligaciones para residente y no residentes en el país que realicen operaciones económicas internacionales que lleven implícito el movimiento de divisas.

Sin embargo, pese a tratarse de una manifestación del ius puniendi del Estado, el régimen cambiario entraña un concepto, objetivo y finalidad propios, que los hacen diferente de otros regímenes sancionatorios, y dependen de la dinámica que corresponde al modelo económico del Estado, la internacionalización de la

³⁴34 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-564 DE Mayo 17 de 2000, Mag. Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

³⁵35 NIETO, Alejandro, Derecho Administrativo sancionador. Citado por CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-564 DE Mayo 17 de 2000, Mag. Ponente Alfredo Beltrán Sierra

economía, el estímulo a las inversiones extranjeras, la integración de las regiones, la eficacia en el uso de los recursos, el control al contrabando, la lucha contra la evasión fiscal, las políticas de fomento sectorial, entre otros factores. En todo caso, ha señalado reiteradamente la jurisprudencia que en todos los procedimientos sancionatorios cambiarios adelantados por los diferentes organismos competentes según la ley, deberán respetarse los postulados del debido proceso, el cual ha sido consagrado como un derecho fundamental en el artículo 29 de la Carta política para todas las actuaciones administrativas y judiciales.

Por otra parte, también se ha manifestado que la naturaleza de la sanción cambiaria, además de ser de tipo administrativo, es de carácter objetiva, aun cuando no se puede negar que alrededor del tema de la aplicación del principio de culpabilidad en el derecho sancionatorio cambiario se han generado amplios y enriquecidos debates, en los que por un lado, muchos autores sostienen que el principio de culpabilidad propio del derecho penal y reconocido posteriormente en la Constitución de 1991 requiere para la imposición de una sanción, la existencia de una conducta reprochable, es decir, realizada con dolo, culpa o preterintención, y por el otro, sostienen que en el derecho sancionatorio administrativo debe primar la celeridad y se requiere cumplir trámites rápidos y eficaces, son diferentes los bienes jurídicos tutelados, y la sanción puede ser posteriormente discutida en las instancias judiciales, por lo que no encuentra aplicación este principio de culpabilidad propio del derecho penal.

Sin embargo, el artículo 21 del Decreto 1746 de 1991 señala que “la responsabilidad resultante de la violación al régimen de cambios es objetiva”, y por tanto, el criterio de esta norma se ha hecho extensivo a la responsabilidad por todas las infracciones cambiarias, independientemente de cual sea el organismo al que competa su investigación.

En el mismo sentido, el artículo 19 de la norma citada, al referirse a la valoración de las pruebas en los procedimientos sancionatorios cambiarios, reza: “las pruebas se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica, atendiendo a la naturaleza administrativa de la infracción cambiaria, la índole objetiva de la responsabilidad correspondiente y los objetivos perseguidos por el régimen de cambios”

Por su parte, el Decreto 1092 de 2006, por medio del cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, dispone en el artículo 30 que “En todos los casos la responsabilidad resultante de la violación al régimen de Cambios es objetiva”, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-010 de 2003, y confirmada por la sentencia C-099 de 2004.

Además, tal como ocurre con el régimen del decreto 1746 de 1991, el decreto 1092 de 2006 dispone en su artículo 24 que “Las pruebas se valorarán en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, atendiendo la naturaleza administrativa de la infracción cambiaria, la índole objetiva de la responsabilidad correspondiente y los propósitos perseguidos por el Régimen de Cambios.”

Resulta lógico considerar que la naturaleza objetiva del régimen de cambios que ha sido consagrada expresamente en las normas que regulan la materia, se opone a los postulados que desde el derecho penal se habían formulado en relación con la culpabilidad y la proscripción de la responsabilidad objetiva, pues según lo dispone el artículo 12 del Código Penal vigente “solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”.

Sin embargo, y tal como se señaló en renglones anteriores, la naturaleza del derecho penal es absolutamente diferente a la naturaleza del derecho administrativo, así como también lo son sus propósitos y finalidad, los bienes jurídicos tutelados, y los instrumentos jurídicos con los que cuentan para dar cumplimiento a la función que les es propia. En este sentido, y por las razones que se presentaron anteriormente, es acertado describir al régimen cambiario como de tipo objetivo, máxime si se tiene en cuenta la naturaleza de las conductas que reprime y sanciona, y la naturaleza de las sanciones de las que se vale para asegurar el cumplimiento de las disposiciones cambiarias, sanciones que en todo caso serán de tipo económico.

Para corroborar lo dicho vale citar al tratadista Nilson Pinilla Pinilla, quien afirma:

“Yo he creído que cuando el artículo 5º del código de procedimiento penal proscribió la responsabilidad objetiva y se supuso que toda sanción era producto del dolo, de la culpa o de la preterintención, se refería necesariamente a aquellas conductas esencialmente ligadas a delitos comunes o a contravenciones ordinarias del derecho penal común. El mundo de las infracciones y sanciones administrativas no puede en modo alguno interrelacionarse con el de las sanciones a las contravenciones o a los delitos comunes por una razón elemental: porque uno de sus elementos teleológicos básicos es otorgarle eficacia a la gestión administrativa y a los fines propios de la política económica general. No tendrían fuerza las decisiones de gestión de la administración que no vayan acompañadas de un cierto poder de imperio que involucre sanción por la desobediencia a la propia autoridad gobernante”³⁶

Igualmente, el Consejo de Estado, se ha manifestado alrededor del tema de la objetividad de la responsabilidad y de las sanciones cambiarias, en sentencia que data del año 1987 esta corporación manifestó:

³⁶ PINILLA PINILLA, Nilson. Fundamentos del derecho administrativo sancionatorio. EN: Revista del Instituto Penal y Criminológico: Universidad externado de Colombia, 1998, No. 39 (sep. – dic. 2008) p. 93

“Dentro de esta misma orientación la sala considera que no es aplicable en este ámbito del derecho administrativo sancionatorio, el artículo 5° del Código Penal...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 este requiere objetividad y no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo y la culpa.” 37

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia C-599 de 1992, al analizar la constitucionalidad de los artículos 19 y 21 del decreto 1746 de 1991, que consagran la responsabilidad objetiva en materia cambiaria, expresó:

“para examinar el cargo que señala la supuesta inexecutable del artículo 19 y el primer inciso del artículo 21 del Decreto 1746 de 1991, por desconocer las normas constitucionales que garantizan el debido proceso y el derecho de defensa, se hace necesario señalar que el régimen de cambios es una manifestación del derecho administrativo y de las funciones de policía económica que le corresponden principio al Estado moderno, y que en nuestro sistema constitucional ha quedado contraído a dicho ámbito, sin extenderse a las regulaciones de orden penal, como lo entiende equivocadamente el actor.

En este sentido, es claro que la doctrina y la jurisprudencia nacionales que se encargan del tema, son uniformes en líneas generales en sostener que dicho régimen, aun cuando conduce a la imposición de medidas económicas y sancionatorias de contenido fiscal, no puede confundirse con el régimen penal ordinario ni se informa de sus orientaciones; por el contrario, desde sus orígenes se ha sostenido que entre uno y otro existen profundas diferencias de contenido u objeto y de finalidad, que no obligan en ningún modo al intérprete ni al legislador, para hacer extensivas las orientaciones, los principios y las reglas de uno al otro, mucho menos en el ámbito de la determinación de la responsabilidad por su aspecto subjetivo o de la culpabilidad (las negrillas son propias).

...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. Además, esta distinción entre uno y otro ámbitos de la responsabilidad por la conducta sancionable, no solo se funda en razones que atienden a la distinta naturaleza de los bienes jurídicos que se persiguen directamente por estos tipos de

³⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de Junio 26 de 1987, Consejero Ponente Dr. Jaime Abella Zárate. En: PINILLA PINILLA, Nilson. Fundamentos del derecho administrativo sancionatorio.

ordenamientos normativos, sino también por otros altos cometidos de orden constitucional, contenidos en principios, fines y valores consagrados en la Carta, como son la justicia, el bienestar colectivo, el desarrollo y el orden económico, social y fiscal.”³⁸

Para concluir, la Corte agrega:

“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, como lo disponen en las partes acusadas los artículos 19 y 21 del decreto 1746 de 1991, no desconoce ninguna norma constitucional. Claro está que al sujeto de esta acción ha de rodeársele de todas las garantías constitucionales de la libertad y del derecho de defensa, como son la preexistencia normativa de la conducta, del procedimiento y de la sanción, las formas propias de cada juicio, la controversia probatoria, la favorabilidad y el non bis in idem en su genuino sentido, que proscriben la misma sanción de la misma naturaleza ante un mismo hecho³⁹”

En consecuencia, es válido concluir que en el procedimiento cambiario se ha reconocido la responsabilidad objetiva, sin que ello desconozca precepto constitucional alguno, pues por el contrario, corresponde a finalidades del Estado establecidas desde la Carta Política y a las que debe darse estricto cumplimiento.

La ley, la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país han coincidido en torno a este tema, y podría afirmarse que existe una posición unívoca alrededor del mismo, por lo cual, en todo proceso sancionatorio que se adelante por violación al régimen de cambios, se tendrá en cuenta la naturaleza objetiva de la responsabilidad, sin que sea dable para el sancionado alegar causales de justificación propias de la responsabilidad subjetiva, ni pretender aludir a elementos subjetivos de la responsabilidad como mecanismo de defensa, por cuanto, ello no tiene ningún soporte jurídico y deberá desecharse por el fallador.

Esta advertencia se hace por cuanto existen quienes se oponen a la posición antes descrita, y exigen la valoración de los elementos subjetivos de la conducta como requisito para proceder a la imposición de la sanción. Así se puede leerlo en el salvamento de voto realizado por los magistrados Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, quienes argumentan que el debido proceso material es un derecho fundamental que no puede limitarse ni suspenderse bajo ninguna circunstancia, ni aun en estados de excepción, además, la presunción de inocencia no puede limitarse al

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-599 de Diciembre 10 de 1992, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

³⁹ *Ibidem*

juzgamiento de conductas delictivas sino que debe extenderse a todo procedimiento, administrativo o jurisdiccional, en el que por la apreciación de la conducta de un sujeto se termine con la imposición de una sanción, por lo tanto, para desvirtuar dicha presunción es necesario demostrar la imputabilidad de un hecho a una persona, y comprobar judicialmente su dolo o culpa en cada caso.

Posteriores decisiones de la Corte Constitucional han girado en torno a este tema, y se ha llegado hasta el punto de considerar inaceptable la responsabilidad sin culpa en el derecho cambiario, sin embargo, en una posición personal, me permito manifestar que el reconocimiento de la responsabilidad objetiva en este tipo de procedimiento cambiario no se opone al debido proceso material como derecho fundamental, y en general, a las garantías constitucionales que deben rodear todo proceso sancionatorio. La responsabilidad objetiva está proscrita en el ámbito del derecho penal, pero nada obliga a que lo mismo ocurra en el derecho administrativo, y su reconocimiento en este campo no implica que se pueda pasar por alto principios fundamentales como la justicia o la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal.

Además, no puede dejar de considerarse que el salvamento de voto de una sentencia jamás constituirá un criterio vinculante en el derecho, pues únicamente la parte resolutoria y la parte motiva que guarde estricta relación con la decisión, goza de fuerza vinculante y se entiende como fuente de derecho. Por lo tanto, en todo caso deberá darse aplicación al criterio de la responsabilidad objetiva en el proceso sancionatorio cambiario, so pena de desconocer lo que dictan las diferentes fuentes del derecho como la ley, la jurisprudencia y la doctrina, en armonía con la Constitución Nacional. Nótese incluso que por medio de la citada sentencia C-599 de 1992 se declaró la exequibilidad de los apartes normativos que consagran la responsabilidad objetiva por violación al régimen de cambios, y dicho pronunciamiento judicial hace tránsito a cosa juzgada, sobreponiéndose a la parte considerativa de otras sentencias, en las que se plasma una posición contraria.

Como colofón, no sobra citar un concepto de la superintendencia de sociedades en el que este ente, el cual es competente en materia de cambios, se une a la posición mayoritaria de la objetividad de la responsabilidad en esta materia, con la siguiente explicación: “la responsabilidad en materia cambiaria es objetiva, y por ello no se admiten los elementos subjetivos de la conducta tipificada sancionable (dolo, culpa, preterintención), por lo cual no se puede tener en cuenta la intencionalidad del sujeto al violar las normas cambiarias.”⁴⁰

Finalmente, cabe señalar que si bien es cierto el reconocimiento de la responsabilidad objetiva en materia cambiaria exime al Estado de probar la culpa

⁴⁰ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Doctrinas y conceptos. Bogotá. La Superintendencia 2000, p. 419

del actor infractor, no lo exime bajo ningún punto de vista del deber de acreditar la ocurrencia de los hechos que constituyen una infracción cambiaria como requisito ineludible para desvirtuar la presunción de inocencia del investigado y concederle todas las garantías constitucionales que hacen parte del debido proceso.

2.10. MECANISMOS DE DEFENSA DEL ADMINISTRADO

Partiendo de las consideraciones antes expuestas relativas a la objetividad de la responsabilidad en materia cambiaria, vale la pena señalar cuáles son las posibilidades de defensa del administrado, lo cual garantiza el respeto por sus derechos fundamentales y por el debido proceso que debe cumplirse en toda actuación administrativa y judicial, máxime si se trata de una actuación en la que se evidencia el poder sancionatorio del Estado.

En este punto debe decirse que si bien es cierto el administrado no puede alegar haber obrado sin intención de transgredir la norma o haber obrado de forma diligente, ello no implica que frente a toda violación del régimen de cambios sea inevitable la imposición de una sanción administrativa.

Lo anterior se explica porque en el desarrollo del proceso sancionatorio cambiario debe darse la posibilidad al administrado de aportar y solicitar pruebas y dar respuesta al pliego de cargos que se le haya formulado. Igualmente, tal como ocurre en todo trámite administrativo, frente a la decisión adoptada por la autoridad competente, el administrado cuenta con la posibilidad jurídica de interponer recursos en la vía gubernativa, y en caso de considerarlo pertinente, podrá acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a demandar la nulidad del acto por el cual se le impone la sanción, contando para ello con la posibilidad de agotar también la doble instancia en la vía judicial.

En todo caso, Como posibilidades de defensa, el administrado podrá usar las siguientes:

Desvirtuar la ocurrencia de los hechos que constituyen la infracción cambiaria, pues si los mismos no están plenamente probados por parte del Estado, no es posible proceder a la imposición de una sanción.

Demostrar la existencia de una causal eximente de responsabilidad como una circunstancia especial y extraordinaria que no puede confundirse con la prueba del obrar diligente y cuidadoso. Las causales eximentes de responsabilidad que podrán demostrarse son el caso fortuito y la fuerza mayor, y eventualmente, haciendo uso de la analogía, podría llegar a pensarse en la procedencia de otras causales eximentes de responsabilidad como las consagradas en el artículo 32 del código penal vigente como causales de ausencia de culpabilidad.

Actuar con consentimiento del titular del bien jurídico tutelado.

Obrar en estricto cumplimiento de un deber legal.

Obrar en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente con las formalidades legales

Obrar en legítimo ejercicio de un derecho, de un cargo público o de una actividad lícita.

Obrar por necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra una agresión injusta actual o inminente.

Obrar por necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra un peligro actual o inminente inevitable de otra manera.

Obrar bajo insuperable coacción ajena.

Obrar por error invencible de que el hecho no constituye una infracción o que concurren los presupuestos de una causal eximente de responsabilidad.

Obrar con error invencible de la licitud de la conducta.

En cuanto a la analogía desde el derecho civil, las causales eximentes de responsabilidad son el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

No sobra advertir sin embargo, que las normas propias del derecho cambiario no han consagrado de forma expresa las causales eximentes de responsabilidad, y aun así se han dado grandes pasos hacia la aceptación de la fuerza mayor y el caso fortuito. No ha ocurrido de igual forma en relación con las causales eximentes de culpabilidad contenidas en la ley penal y civil, por lo que en todo caso será recomendable propender por la prueba de la inexistencia del hecho o de la fuerza mayor o caso fortuito. De todas maneras, teniendo en cuenta la naturaleza cambiante del derecho debe decirse que cuando se exija el reconocimiento de cada una de las causales del código penal deberá adecuarse la causal a los hechos ocurridos y a las normas cambiarias, atendiendo no solo el tenor literal, sino también la naturaleza y finalidad de las infracciones, de las sanciones y del procedimiento.

2.11. PROCEDIMIENTO CAMBIARIO

Al principio de este capítulo se advirtió que en materia cambiaria existen procedimientos especiales, los cuales son llevados a cabo por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y por la Superintendencia de Sociedades, los cuales se regulan respectivamente por los decretos 1092 de 1996 y 1746 de 1991. En cuanto a la Superintendencia Bancaria también se anotó que

éste organismo adelanta los procedimientos cambiarios según los procedimientos señalados para sus funciones de inspección, vigilancia y control.

Por lo anterior, a continuación se analizarán los procedimientos adelantados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- y por la Superintendencia de sociedades, advirtiendo antes de ello que por esencia son procesos de carácter acusatorio, pues es el Estado quien debe realizar una investigación previa e impulsar los trámites hasta llegar a una acusación formal o al archivo del expediente.

En aquello que no esté expresamente regulado por los decretos antes citados, por remisión expresa se dará aplicación a las normas contenidas en los artículos 1 a 81 del Código contencioso administrativo, y en cuanto no sea incompatible, también se aplicará el código de procedimiento civil.

PROCEDIMIENTO ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES: Este procedimiento se surte en las etapas que se describen a continuación:

Investigación preliminar: artículo 7° del Decreto 1 746 de 1991. La investigación preliminar empieza de oficio por solicitud de informes, mediante la práctica de visitas administrativas, por traslado de otras autoridades, por quejas o informes de personas jurídicas privadas o públicas, o de personas naturales.

En esta etapa se recaudan pruebas por parte de la entidad para determinar si se formula pliego de cargos o se archivan las diligencias, y no es necesario que el infractor conozca que se adelanta una investigación e su contra, sin que ello desconozca la carta Política.

La Superintendencia podrá realizar visitas de inspección, examinar archivos, contabilidad y muebles, y tomar las medidas necesarias para evitar la pérdida o adulteración de pruebas.

No es posible para el administrado alegar la reserva bancaria, tributaria ni judicial, pero los documentos recolectados se manejarán con la respectiva reserva.

Formulación de cargos: Si los hechos pueden constituir una infracción cambiaria se expide un auto con el pliego de cargos, contra el cual no procede recurso alguno, de lo contrario se expide un auto de archivo, contra el cual procede recurso de reposición.

Notificación y traslado: para ello se entrega al administrado copia gratuita, íntegra y auténtica, del auto que formula cargos, usando las formas de notificación del código contencioso administrativo. Finalmente, si el investigado no comparece, se le designa un curador ad litem. Con la notificación del pliego

de cargos se interrumpe el término de prescripción de dos años, y a partir de este momento la administración cuenta con un año para expedir la resolución sancionatoria.

El término de traslado es de 15 días a partir de la notificación, los cuales son la única oportunidad procesal del administrado para pedir pruebas, sin perjuicio de que por fuera de este tiempo la entidad decreta pruebas de oficio.

En este periodo de 15 días el investigado puede allanarse al pliego de cargos para que el monto de la sanción no pueda exceder el 70% del monto de la infracción.

Periodo de pruebas: cumplido el término del traslado, la autoridad administrativa puede negar u ordenar las pruebas pedidas según su pertinencia y conveniencia, y podrá también decretar pruebas de oficio. Esta resolución se notifica por estados, y el periodo probatorio no podrá durar más de 30 días si es en el territorio nacional, o 60 si es en el extranjero.

Decisión: debe estar contenida en una resolución motivada que se expide una vez haya finalizado el periodo probatorio y que debe resolver de fondo el asunto objeto de la investigación. Este acto administrativo admite el recurso de reposición, el cual no es obligatorio para agotar la vía gubernativa. A partir de la ejecutoria de la resolución la administración cuenta con tres años para ejecutar la multa, periodo prescriptivo para tal efecto.

PROCEDIMIENTO DE LA DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES: El procedimiento adelantado por esta entidad se compone de las siguientes etapas:

Investigación preliminar: inicia por las mismas razones que en el procedimiento adelantado por la superintendencia de sociedades, pero se rige por el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo.

En esta etapa la entidad puede adelantar toda clase de diligencias para determinar la ocurrencia de la infracción cambiaria, y también podrá pedir copias y demás información que se examine en ejercicio de las funciones de control de cambios, así como adoptar las medidas necesarias para evitar la pérdida o adulteración de los medio de prueba.

Formulación de cargos: si después de la investigación preliminar la entidad considera que se ha cometido una infracción cambiaria, se procede a la formulación de cargos mediante acto administrativo debidamente motivado que no admite ningún recurso y debe contener las normas que se presumen violadas, las pruebas y una liquidación en pesos de las operaciones objeto de los cargos a la tasa de cambio vigente a la ocurrencia del hecho.

Notificación y traslado: al investigado se le notifica la formulación de cargos de conformidad en las direcciones que esté reportadas en el Ministerio de Comercio Exterior o en el RUT, o en su defecto, en la dirección que aparezca en el directorio, o según la información general, comercial o bancaria, de lo contrario, se notificará por edicto en un diario de amplia circulación.

Con la notificación del pliego de cargos se interrumpe el término de prescripción de tres años de la acción sancionatoria cambiaria, y corre el término de un año para proferir y notificar la resolución sancionatoria.

El traslado del pliego de cargos es por un periodo de dos meses y es la oportunidad para presentar descargos, pedir, aportar y objetar pruebas, así como para allanarse a los cargos formulados, demostrando el pago del 65% de la multa propuesta.

Periodo probatorio: vencido el término de traslado se dictará el decreto de pruebas, sin que dicho periodo exceda dos meses si es en el territorio nacional, o cuatro si deben practicarse en el exterior, el cual se cuenta desde la ejecutoria del acto de pruebas.

Decisión: contra la resolución sancionatoria solo cabe el recurso de reposición, y a partir de la ejecutoria cuentan cinco años para la prescripción de la acción de cobro.

Durante el término para presentar el recurso de reposición el investigado también puede allanarse a los cargos demostrando el pago del 85% de la multa impuesta.

En todo caso, contra el acto administrativo que impone una sanción cambiaria, independientemente de la autoridad que lo haya expedido, procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA CAMBIARIA

En esta parte del trabajo se presentarán las posiciones jurídicas asumidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en relación con el tema investigado, y finalmente se presentará una posición personal frente al tema.

3.1. IMPROCEDENCIA DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA CAMBIARIA: PRINCIPALES ARGUMENTOS

No han sido pocas las ocasiones en las que los operadores jurídicos han debido discernir a cerca del criterio aplicable a un tema controversial de la Jurisprudencia Colombiana, no son escasas las ocasiones en que los Jueces de la República han debido optar por dar la razón a una autoridad judicial y evadir la interpretación realizada por otra. Así, encontramos álgidas discusiones frente a variados temas del Derecho entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, o entre alguno de éstos y la Corte Suprema de Justicia, que ponen en evidencia la necesidad de sentar una posición definitiva a quienes aplican las normas que rigen en nuestro Estado Social de Derecho, aunque ello implique sacrificar la seguridad jurídica, pues cada uno podrá optar por la que considere correcta o conveniente. Se trata pues, de convenir en una batalla de doctos, en la que el subjetivismo del operador jurídico se confunde con la fuerza de los argumentos que cada una de las posiciones asumidas por los Altos Tribunales de Justicia ofrece.

El tema de la aplicabilidad del principio de favorabilidad en materia cambiaria hace parte de aquellos que merecen especial atención por contener elementos que lo perfilan como objeto de debate entre los eruditos del Derecho, no sólo porque encierra argumentos válidos de dos de las más representativas autoridades Judiciales en Colombia, sino además, porque el ámbito de discusión se encuentra situado en el plano Constitucional, lo que descarta que se trate de un análisis de simple aplicación normativa a un caso determinado y se constituya más bien en un ejercicio de verdadera hermenéutica jurídica.

A continuación se esgrimen los argumentos más importantes por los cuales algún sector de la doctrina y la jurisprudencia consideran que la aplicación del principio de favorabilidad es improcedente en materia cambiaria:

3.1.1. Principio General: Irretroactividad de la ley. La principal pregunta que debe plantearse para el desarrollo de la temática surge de la lectura e interpretación del artículo 29 de la Constitución Política de 1991, y consiste en definir si el principio de favorabilidad, como excepción a la premisa general según la cual “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al

acto que se le imputa”, puede extenderse, en su aplicación, a materias no autorizadas expresamente por la Constitución o el legislador.

Por virtud de la consagración del principio de legalidad como manifestación primaria, tradicional y esencial de nuestro Estado Social de Derecho es imperativo afirmar que no es posible que una norma se aplique de manera retroactiva sin previa autorización del legislador.

El sometimiento del poder a las reglas previamente prescritas no sólo garantiza las limitaciones a las facultades del Estado, además define la relación entre el Estado y el individuo como parte del mismo, a quien por seguridad jurídica debe aplicarse la norma vigente y aplicable al momento en que debe someterse a la misma, excepto cuando el legislador a previsto lo contrario.

En Colombia el principio general indica que las leyes solo rigen hacia futuro y no tendrán efectos retroactivos, de este modo, es válido afirmarse que la ley regula todos los actos y situaciones que se producen después de su vigencia y que nada dispone sobre hechos que se han efectuado antes de su entrada en vigor.

Las normas Constitucionales que refieren lo relacionado con el efecto de las leyes en el tiempo básicamente son dos, el artículo 29 y el 58 que a tenor literal rezan: “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable (...)”⁴¹. Por su parte el artículo 58 establece: “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 leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.”

De lo anterior, se deduce con facilidad que en la Constitución Política se establece como lo más conveniente para la seguridad jurídica la irretroactividad de la ley, excepcionalmente, se prevé la favorabilidad en materia penal como una aplicación retroactiva de la ley, ello por cuanto debe corresponder al Constituyente o al Legislador determinar en qué casos específicos resulta procedente aplicar de manera excepcional este último principio.

En este sentido, no es válido afirmar que hay posibilidad de que la irretroactividad de la ley esté consagrada de manera implícita de la ley, pues ello

⁴¹ Constitución Política artículo 29.

sólo ocurre cuando expresamente así se ha previsto. Tampoco es procedente, tal como lo ha querido mostrar la Corte Constitucional, hacer extensiva una interpretación a cerca de la procedencia del principio de favorabilidad en materias en que no se encuentra previsto por la norma de derecho positivo. Lo anterior, teniendo en cuenta los pronunciamientos de este Alto Tribunal en los que se ha establecido la posibilidad de aplicar de manera extensiva a los procedimientos administrativos el principio de favorabilidad.

Hacer extensiva la aplicación del principio de favorabilidad en las materias no previstas, no resulta procedente, no sólo por falta de autorización legal, sino además porque según sentencia C-037 de 2000, la aplicación analógica de una excepción no es posible en el Derecho Administrativo y Penal, pues este criterio de interpretación sólo es dable cuando lo pretendido es extender la regla general y no la excepción.

En el fallo referido la Corte analiza la posibilidad de aplicar de manera análoga la excepción de ilegalidad tal como se aplica la excepción de inconstitucionalidad, esto es, extender su aplicación a cualquier juez y autoridad administrativa. Al respecto, la Corte manifestó la imposibilidad de acudir en ese caso, a la analogía, en tratándose de la intención de extender una excepción de la regla general, y no la regla general, en dicha ocasión la corte se manifestó de la siguiente manera:

“En efecto, la analogía entre los fenómenos de la inconstitucionalidad y la ilegalidad de las normas parece ser manifiesta, pues en uno y otro caso se trata del desconocimiento de normas de mayor rango jerárquico. Así, siendo análogas ambas situaciones cabría la aplicación del artículo 4º superior, para deducir que en todo caso de incompatibilidad entre una norma superior y otra inferior deberán prevalecer las disposiciones de mayor jerarquía.

Sin embargo, la Corte descarta esta posible interpretación analógica del artículo 4º de la Constitución Política, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque tratándose de una excepción al principio de aplicabilidad y obligatoriedad de normas jurídicas, la misma debe ser de interpretación restringida. En efecto, la aplicación analógica debe desecharse cuando la disposición que se pretende extender contiene una excepción a la norma general, pues en este caso es la norma general y no la excepción lo que debe ser aplicado. En el caso presente, la norma general –de rango constitucional- es el principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, el cual es consubstancial a la noción misma de Estado de Derecho, pues justamente lo que distingue las normas jurídicas de los demás sistemas normativos, es esta característica de ser de imperativa observación por parte de sus destinatarios”⁴².

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000.

De esta manera, y si la regla general es la irretroactividad de la ley, no se encuentran las razones por las cuales la misma Corte Constitucional extiende la aplicación del principio de favorabilidad a materias no previstas acudiendo a la interpretación extensiva, esto es, a la analogía como criterio de interpretación, contrariando lo manifestado por la misma Corporación.

Se concluye respecto del primer argumento entonces, que no es posible aplicar la favorabilidad en materia cambiaria por ausencia de una norma que expresamente lo permita, dado que no existe la irretroactividad de la ley implícita, y ello tampoco puede ser objeto de regulación por la Corte Constitucional, pues ello es competencia exclusiva del legislador, no siendo siquiera admisible por vía de interpretación, extender la excepción de una regla general acudiendo a la analogía.

3.1.2. Derecho cambiario como especie del derecho administrativo. Es preciso hacer claridad respecto de la naturaleza del derecho cambiario a fin de determinar si en razón a ella es procedente la aplicación del principio de favorabilidad.

El derecho cambiario, hace parte del Derecho Administrativo, y por ésta razón, las infracciones que surgen del incumplimiento a las prescripciones relacionadas con los procesos cambiarios dan lugar a la aplicación de sanciones administrativas, el Estado, entonces, hace ejercicio de la función administrativa y no punitiva.

El Consejo de Estado se ha referido a este tema en el sentido de advertir que el principio de favorabilidad no procede en actuaciones administrativas, pues en este caso, se debe aplicar la regla general y no la excepción, al respecto esta Corporación manifestó: “El principio de favorabilidad es ajeno a los principios que enmarcan la actuación administrativa”⁴³.

Esta posición reitera otros pronunciamientos en los que esta Corporación expresó:

“No es admisible que la Superintendencia Bancaria deba aplicar una ley posterior que resulta económicamente más favorable para la corporación porque el principio de la favorabilidad de la ley en materia penal, no es aplicable en el concepto de las sanciones administrativas cuya ejecución, procedimientos y los objetivos e intereses tutelados son diferentes a los del derecho penal, como en múltiples oportunidades se ha precisado. En consecuencia las teorías expuestas valederas en el derecho penal sobre el principio de la favorabilidad frente a la irretroactividad de la ley no son aplicables en este caso, y en tal virtud el hecho

⁴³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección cuarta. Sentencia de Mayo 03 de 2007. M. P Juan Ángel Palacio Hincapié.

de que al momento de proferirse el acto sancionatorio la norma que graduaba la sanción hubiera sido derogada por otra que resultaba menos gravosa, no da lugar a invocar la favorabilidad existente en materia penal”⁴⁴.

Así mismo, se manifestó esta corporación en sentencia de 10 de marzo de 1993, M.P. Dr. Delio Gómez Leyva, Sección Cuarta.

“La Sala no comparte la posición del tribunal al respecto. En efecto, en reiterada jurisprudencia la corporación acerca de la vigencia de la ley en el tiempo y de la inaplicabilidad del principio de favorabilidad en materia de sanciones administrativas (sanciones tributarias) ha señalado que las disposiciones aplicables son las vigentes en la época de la ocurrencia de los hechos toda vez que por regla general, “la Ley” no es retroactiva, como quiera que se expide para que rijan en el futuro, desde su promulgación hasta que sea derogada.

La norma que consagra una conducta irregular y le cuantifica una sanción, es una norma sustancial, de aplicación hacia el futuro, es decir, para conductas que ocurran después de su vigencia y no antes.

Por ende, resulta inaplicable el principio de favorabilidad que consagra el artículo 29 de la Constitución Nacional”⁴⁵.

La misma Corte Constitucional sugirió en la Sentencia C-506 de 2002 que :

"La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido”⁴⁶.

Por esta razón, en materia cambiaria al operador jurídico le es exigible el respeto de los principios constitucionales al debido proceso en su contenido mínimo esencial, particularmente en lo relativo a los requisitos de legalidad formal y tipicidad sin que dicha obligatoriedad, al menos en lo que refiere a su justificación jurídica, pueda extenderse a otros principios no consagrados

⁴⁴CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia 6 de agosto de 1993, M.P. Dra. Consuelo Sarria Olcos. Sección Cuarta.

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta sentencia de 10 de marzo de 1993, M.P. Dr. Delio Gómez Leyva.

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-506 de 2002

expresamente para el derecho Administrativo en materia cambiaria, la obligatoriedad la refiero sólo en lo que tiene que ver con la justificación o argumentación jurídica, porque otro es el análisis que puede desprenderse si se analiza el fallo de la Corte Constitucional como precedente para los jueces del Derecho, más aún cuando por vía de tutela, la aplicación extensiva del principio de favorabilidad puede devenir obligatorio.

Por lo anterior, tutela, como se analizará, la favorabilidad puede devenir obligatorio. Constitucional como precedente para los jueces del Derecho, pero se encuentran razones que justifiquen la interpretación extensiva que la Corte Constitucional efectuó en la sentencia C-922 de 2001 frente al principio de favorabilidad, más aún cuando existe plena claridad de lo establecido en la disposición contenida en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

Si la regla general es la irretroactividad de la ley, ello implica que será ésta la premisa aplicable cuando no exista disposición expresa que construya una excepción, para el caso del Derecho Penal, la excepción viene dada desde la Constitución, pero resulta perfectamente admisible que consultando el debido proceso el legislador pueda crearla en la ley, siempre que verifique la naturaleza y características del Derecho a aplicar, como efectivamente lo hizo en el derecho disciplinario y Tributario, en los que la aplicación de la favorabilidad se realiza por expresa disposición de la ley y no por simple extensión desde el ámbito penal. Como se demostrará, en materia de infracciones cambiarias el principio de favorabilidad es incompatible con sus objetivos y su propia naturaleza, tal como lo ha referido en reiteradas decisiones el Consejo de Estado.

Así por ejemplo, la Sala de Consulta del Consejo de Estado ha expresado que el principio de favorabilidad constituye una excepción a la irretroactividad de la ley, y que se aplica en asuntos de carácter penal, disciplinario o en los casos contravencionales en que su naturaleza lo admita⁴⁷. La Sala Plena del Consejo de Estado también se ha manifestado sobre el punto en una sentencia con ponencia del Doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez en la que se manifestó que “tratándose de infracciones (contravenciones) administrativas, existe una gama muy amplia de ellas, por lo cual y en cada caso, se deberán tener en cuenta su propia naturaleza y características a fin de determinar la aplicabilidad y alcance de los principios del derecho punitivo o sancionador”⁴⁸

Para el caso de los procesos contravencionales en materia cambiaria ha sido clara la jurisprudencia del Consejo de Estado en expresar que, no tiene

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de consulta y servicio civil. Concepto del 16 de octubre de 2002. Radicación No. 1.454.

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. tres (3) de junio de dos mil tres (2003). M.P. Doctor Alier Hernández Enríquez.

aplicabilidad el principio de la favorabilidad penal, pues su contenido hace relación a las definiciones propias de un momento dado en la economía del país y, por consiguiente, son por esencia cambiantes⁴⁹. No obstante, este no es el único argumento que permite concluir que no es correcta la aplicación de este principio en materia cambiaria, es indispensable tener en cuenta que se trata de normas que permiten controlar la situación económica de un país, y por ello mismo, generan estabilidad en ese aspecto, su aplicación debe ser inmediata pues esta es la lógica del mercado, por ello es que la efectividad de las sanciones por infracción a la normas establecidas en esta materia se constituyen en una forma de preservar el orden público y el interés general.

De esta manera, la principal razón por la que no es dable, por vía jurisprudencial, la aplicación extensiva del principio de favorabilidad en el derecho Administrativo se fundamenta en que las sanciones administrativas son producto del ejercicio de la función administrativa, la cual cumple fines diferentes a los que se persigue en ejercicio de la función jurisdiccional, y por ello justifica su existencia en la protección de principios y valores Constitucionales que pueden resultar incompatibles con el principio de favorabilidad, lo que no ocurre en materia penal.

Las sanciones administrativas en materia cambiaria, como ejercicio de la función administrativa, hacen parte de un desarrollo más eficaz de las políticas de gestión que emprende el Estado Social de Derecho, pues en este contexto se requiere de una Administración interventora, cuando menos, en el control de la economía, pese a que se predique libertad en éste mismo campo. Si el Estado esta en posibilidad de imponer normativamente un mandato, o regular una conducta en servicio del interés público, éste órgano también debe tener la potestad de reprimir las conductas que atenten contra dicho mandato, mediante la imposición de las sanciones que correspondan. Po otra parte, como bien se puede leer en la sentencia C-506 de 2002 “la facultad sancionadora de la Administración también ha sido relacionada con la función de policía que constitucionalmente le compete. Esta función, que es distinta del poder de policía, supone el ejercicio de facultades asignadas al ejecutivo por el legislador, con miras a garantizar el orden público en sus diversas facetas”⁵⁰, lo que implica indubitadamente que contenga el desarrollo de acciones encaminadas a proteger valores como la salubridad, tranquilidad , seguridad y redistribución implicados en la noción de orden público. Así, es que puede concluirse con vehemencia que la potestad sancionadora de la Administración asegura, en parte, el cumplimiento de sus funciones y fines porque en buena medida desarrolla valores del orden jurídico Institucional

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sent. De 18 de noviembre de 1.994, Sección IV M.P. Dra. Consuelo Sarria.

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-506 de 2002

3.1.3. El debido proceso no necesariamente exige la aplicación extensiva del principio de favorabilidad. El presente argumento se relaciona con el análisis del principio de favorabilidad como parte del debido proceso, y es que es precisamente este argumento el que soporta la tesis de la Corte Constitucional en cuanto hace que el principio de favorabilidad sea de obligatoria aplicación en cualquier rama del Derecho, por considerarse un componente esencial del debido proceso, mismo que debe regir cualquier actuación administrativa o judicial.

Sin embargo, no es correcto, por el sólo hecho de encontrar coincidencias entre una y otra disciplina, pretender la aplicación extensiva de un principio propio del Derecho Penal a ramas del Derecho como el disciplinario o contravencional, sin consideración de su naturaleza y fines, en procura de garantizar el debido proceso, cuando cada campo del Derecho cuenta con sus propias reglas y principios que los orientan, y que sólo pueden ser determinados por el constituyente o el legislador en desarrollo del debido proceso.

Siendo lo señalado una razón que me aparta de la posición de la Corte Constitucional es procedente afirmar que el principio de favorabilidad no puede extenderse in genere en su aplicación a los diferentes ámbitos del derecho, pues es urgente consultar su especificidad, lo cual le corresponde exclusivamente al legislador, quien para el caso en concreto, deberá determinar la necesidad o no de incluirlo como rector en la normatividad con el fin de garantizar el debido proceso. En esta medida, la garantía del debido proceso no implica que todos y cada uno de los principios que le dan vida a una rama del Derecho deba aplicarse sin más al resto de ellas, pues no se trata de dar carácter de absolutos a unos principios que en la práctica pueden ser ponderados e incluso inaplicados por su propia naturaleza de dependiendo del caso en concreto.

El Debido proceso en materia cambiaria, no requiere incluir, indefectiblemente, al principio de favorabilidad con el fin de garantizarse efectivamente, solo basta con que la Administración en materia sancionatoria se sujete a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, como bien lo refiere la sentencia T-145 de 1993 a los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, 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 ídem y de la analogía in malam partem, entre otras⁵¹.

Las anteriores consideraciones no dan lugar a pensar que la inaplicabilidad de la favorabilidad pueda acarrear violación al debido proceso, pues como ya se manifestó, este derecho y principio Constitucional se garantiza cuando se respeta su mínimo esencial, lo cual no significa que obligatoriamente deba

⁵¹ Sentencia T-145 de 1993.

aplicarse el principio referido, más aún cuando hacerlo desnaturaliza el sentido, la naturaleza y el fin de la sanción a imponer. El principio de favorabilidad contradice el objetivo de las sanciones en materia cambiaria, pues ellas se imponen con el fin de estabilizar y controlar la economía, en procura de un bienestar general y como un deber del Estado dentro de su faceta de veedor y controlador de la misma.

3.1.4. La legalidad de un acto administrativo se estudia al momento en que este es expedido y no con posterioridad. Cuando cualquier operador jurídico realiza un análisis relacionada con la legalidad de un acto administrativo, debe efectuarlo teniendo en cuenta las normas que dieron lugar a su expedición, de manera que no es dable que un acto administrativo, pese a ser expedido en vigencia de unas normas, posteriormente sea modificado con fundamento en el surgimiento de nuevas normas más favorables.

El acto administrativo goza de una presunción de legalidad, misma que se desarrolla en virtud del principio de legalidad y que implica necesariamente el respecto por las normas vigentes y el principio general de irretroactividad normativa, sin que haya lugar a la aplicación extensiva del principio de favorabilidad.

Finalmente, debe decirse que una cosa es disentir de la interpretación realizada por al Corte Constitucional al dar aplicabilidad in genere al principio de favorabilidad, y otra muy distinta, es afirmar que dicha interpretación no sea obligatoria para los operadores jurídicos, pese a que a mi parecer los argumentos que dieron lugar a la decisión plasmada en la sentencia C – 922 de 2001 no son jurídicamente convincentes ni acertados, su pronunciamiento se constituye en una decisión con efectos de cosa juzgada erga omnes y por convicción o no, lo jueces y aún las demás Cortes deberán acatarla estrictamente, más aún teniendo en cuenta que por vía de tutela pueden ser objeto de revisión las decisiones de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, y que por conducto de ellas la Corte Constitucional pueda revocar o confirmar de acuerdo a su criterio jurídico las decisiones proferidas por las otras dos autoridades judiciales mas importante en Colombia.

Como en muchos de los casos en los que no hay coincidencia en los pronunciamientos de los Altos Tribunales, se abre un debate, que ahora ya reiterativo, no deja sino incertidumbre en los destinatarios de las decisiones judiciales. Parafraseando el contenido de uno de los tantos fallos en los que se discute los límites de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional es conveniente, en temas como este, preguntarnos si es posible que en nuestro Estado Social de Derecho puedan existir órganos con competencias ilimitadas, siendo lo obligatorio que persista la distribución de competencias entre distintas autoridades y el respeto por las mismas. En mi opinión es clara una paradoja en temas como el presente, los pronunciamientos de la Corte, que aunque

inexactos, resulten obligatorios, se realizan justificados en la guarda de la integridad y Supremacía Constitucional, sin embargo, ellos mismos, generan el riesgo de anarquizar el ordenamiento jurídico e imponer decisiones que a la postre solo contradicen la norma de normas.

3.2 PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA CAMBIARIA: PRINCIPALES ARGUMENTOS.

Ahora se dará paso a la revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con el tema de la aplicación del principio de favorabilidad en los procesos sancionatorios cambiarios, y en general, se citarán las fuentes doctrinales y jurisprudenciales que ratifican la posición que acepta esta posibilidad. Para ello se abordarán cuatro pautas temáticas relacionadas con la naturaleza sancionadora del derecho cambiario, el reconocimiento del principio de favorabilidad como parte del debido proceso, la nulidad del acto administrativo por violación al debido proceso, y la conveniencia política y económica de aceptar esta tesis jurídica.

En primer lugar, en lo que atañe a la naturaleza sancionadora del procedimiento cambiario, debe decirse que la Corte Constitucional ha manifestado que el derecho punitivo del Estado se entiende como un género que contiene cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho disciplinario, el derecho contravencional, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad de policía. A cargo de la administración se encuentra tanto la aplicación del derecho disciplinario como del derecho correccional, lo cual es un complemento a la potestad de mando que le ha sido conferida y con el propósito de reprimir acciones u omisiones antijurídicas en que puedan incurrir los particulares en el desarrollo de sus actividades (derecho correccional), o los servidores públicos en el desempeño de sus funciones (derecho disciplinario).

Por lo anterior, es necesario concluir que por su naturaleza específica, el procedimiento sancionatorio cambiario hace parte de los procedimientos administrativos sancionadores porque se relaciona con el derecho correccional; posición que se opone a lo que ha sostenido en algunas ocasiones el Consejo de Estado, según el cual por medio de los procedimientos cambiarios el Estado no hace uso de su potestad sancionadora, como si ocurre por ejemplo con los procedimientos penales en los que se impone una sanción por la comisión de una conducta punible.

No sobra advertir que este criterio fue sostenido por la Corte Suprema de Justicia y también por el Consejo de Estado en anteriores oportunidades, pues en sentencia de constitucionalidad del 07 de Marzo de 1985, la Sala Plena de la Corte mencionada declaró lo siguiente, al decidir sobre la constitucionalidad del Decreto 1835 de 1979 que contenía el régimen disciplinario para la Policía Nacional:

“ Precisamente además, a manera de corolario de los presupuestos ya enunciados, que el DERECHO PUNITIVO es una disciplina del orden jurídico que absorbe o recurre como género cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo (reato), el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política (impeachment), y que por lo tanto son comunes y aplicables siempre a todas estas modalidades específicas del derecho punible, y no solo respecto de una de ellas ni apenas de vez en cuando, las garantías señaladas en la Constitución y en la legislación penal sustantiva y procesal que las desarrolle...”⁵²

En otras oportunidades la Corte también ha reconocido la naturaleza sancionadora del derecho administrativo, dentro del cual se encuentra el derecho cambiario, y ha llegado hasta el punto de hacer las siguientes consideraciones:

“El derecho administrativo sancionador, como nueva rama del derecho, supone de cierta manera una ruptura del principio clásico de la tridivisión de poderes, conforme al cual la represión de los ilícitos competía exclusivamente al poder judicial, más concretamente a la justicia penal. Este modelo de separación absoluta de funciones se reveló como insuficiente ante el significativo aumento del catálogo de infracciones, producto a su vez de la complejidad de las relaciones sociales en el Estado moderno y del comentado aumento de sus actividades. Las diferencias entre las infracciones que empezaron a ser sancionadas directamente por la Administración, y aquellas otras que se reservaron a la justicia penal, estribaba en los intereses que se protegían al castigar la conducta. Las sanciones administrativas, usualmente correspondieron al incumplimiento de deberes para con la Administración. A la base de este proceso, se reconocía, como lo afirma la doctrina, que “en un Estado social que requiere de una Administración interventora, la potestad sancionadora en manos de la administración le permite, en muchos casos, un ejercicio más eficaz de sus potestades de gestión”.⁵³

Ahora bien, habiendo presentado la anterior conclusión, que ha sido aceptada tanto por la doctrina Como por la jurisprudencia, tal como se reseñó en el primer capítulo de este trabajo, es imperioso continuar con el análisis sobre la obligatoriedad de respetar el debido proceso en las actuaciones administrativas.

En este punto cabe anotar que no ha sido escaso el debate sobre el tema en cuestión, y se han asumido posiciones diferenciadas, las cuales dan origen a la discusión sobre la aplicación del principio de favorabilidad en materia cambiaria.

Debe decirse que la Corte Constitucional manifiesta que de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Nacional Colombiana el debido proceso debe asegurarse en todas las actuaciones adelantadas por el Estado, lo cual incluye

⁵² Tomado de “Jurisprudencia y Doctrina”, Edit. Legis S.A., Tomo XIV, No. 161, mayo de 1985, pags. 428 y 429.

⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-506 de 2002. Mag. Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

obviamente las de carácter judicial y las administrativas, esto por cuanto, como se precisó en renglones anteriores, esta garantía debe hacerse extensiva en general a todas las manifestaciones del derecho punitivo estatal, entre las que se encuentran el derecho disciplinario y el derecho correccional, los cuales corresponden ejercer a las autoridades administrativas y no a las judiciales. En otras palabras, se ha reconocido por la Corte Constitucional que en cada una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado son aplicables los principios o garantías medulares que estructuran la garantía constitucional del debido proceso, lo cual no genera mayor discusión a partir de la revisión del tenor literal de la norma.

La doctrina ha afianzado esta posición jurídica, y a manera de ejemplo vale citar las palabras del profesor Eduardo García de Enterría, quien sobre el tema manifestó:

“De este modo, la inmensa laguna que supone la ausencia de un cuadro normativo general que definiese los principios generales de funcionamiento de las sanciones administrativas y de su aplicación, se encuentra suplida por esa remisión general (que vendría impuesta por un principio constitucional, lo que supone su superioridad sobre cualquier eventual determinación contraria de las leyes) a los principios del orden penal, lo cual es de una extraordinaria importancia práctica como bien se comprende”⁵⁴

En consecuencia de lo anterior, y resultando de forzosa aceptación, a juicio de la Corte Constitucional, que las garantías del debido proceso deben tener lugar también en las actuaciones administrativas, se dará paso a estudiar cuales son dichas garantías, a fin de establecer si la favorabilidad es una de ellas, y por ello debe aplicarse también a los procesos administrativos.

Para tal propósito es necesario retomar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia citada en renglones anteriores, en la que la Corporación en comento al referirse a las garantías que hacen parte de la Constitución y la legislación penal sustantiva y procesal expresó que son las siguientes:

“El principio de la estricta y preexistente legalidad punitiva o de la certidumbre normativa previa...2. El del debido juez competente...3. El del debido proceso y el derecho de defensa, los cuales exigen el respeto a las formas normadas también preexistentes de procedimiento para cada juicio, la carga de la prueba para el Estado y no para el sindicado, la controversia probatoria plena y previa a la evaluación y decisión y la prohibición no solo de la penalidad sino también del juzgamiento *expost-facto*, ...4. La cláusula general de permisibilidad y el principio de mayor favorabilidad y por lo tanto la prohibición de aplicar la analogía *juris*, la analogía *legis*, o la interpretación extensiva, “*in malam partem*” o para desfavorecer y en cambio la permisión para hacerlo “*in bonam partem*” o para favorecer. 6. La

⁵⁴ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. “Curso de derecho administrativo” Tomo II, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 4ª Edición, 1993, pág. 168

garantía del non bis in idem...7. Lo anterior deja entender entonces que siendo del mismo género punible el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario (para el caso debe entender procedimiento cambiario por las razones antes expuestas), no son de la misma especie, pero que, por lo mismo, por ser especies diferentes de un mismo género, tienen no solo rasgos propios que los caracterizan y diferencian, sino además, elementos comunes que los aproximan”⁵⁵.

Por su parte, la Corte Constitucional ha respaldado el anterior argumento en la sentencia de tutela T-11 de 1992, cuyo Magistrado Ponente fue el Doctor Alejandro Martínez Caballero, quien expuso:

“Toda infracción merecedora de reproche punitivo tiene una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provengan de una autoridad administrativa o jurisdiccional o que tengan origen en las diferencias formales de los trámites rituales. Por consiguiente, los principios que rigen todo procedimiento deben necesariamente hacerse extensivos a todas las disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal adecuado sobre esta materia.

...Los tratadistas contemporáneos del derecho administrativo, entre ellos García de Enterría y Ramón Parada sostienen que “los principios inspiradores del ordenamiento penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como lo refleja la propia Constitución”⁵⁶

Por lo anterior, es forzoso concluir que si se armonizan las palabras de la Corte Constitucional según la cual el principio de favorabilidad opera en el derecho administrativo sancionador, se ratifica el argumento según el cual dicho principio no es de aplicación exclusiva del derecho penal y puede tener cabida en los procesos que se adelanten por violación al régimen de cambios, pues en todo caso, su aplicación no depende de la naturaleza de la autoridad que lleve a cabo el proceso, sino de las consecuencias comunes de toda infracción que es sancionada por parte del Estado.

Entendimiento similar se puede corroborar en la sentencia C-1087 de 2005, en la cual la Corte Constitucional señala incluso que el principio de favorabilidad opera en el derecho administrativo sancionador, en los siguientes términos: “El principio de favorabilidad opera en el derecho administrativo sancionador, hasta dar lugar i) al decaimiento del acto, así la sanción estuviere ejecutoriada y la jurisdicción contenciosa se hubiere pronunciado sobre su legalidad y ii) a su revocatoria” ⁵⁷

⁵⁵ Op. Cit.

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 011 de 1992. Mag. Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-1087 de 2005. Mag. Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis

De lo anterior es viable concluir que la Corte Constitucional reconoce que el proceso sancionatorio cambiario tiene lugar la aplicación del principio de favorabilidad, esto debido a que este tipo de procedimientos son materialmente una manifestación de la potestad sancionatoria del Estado, y por su naturaleza administrativa, deben regirse también por el artículo 29 de la Constitución Nacional que consagra el debido proceso, el cual, como se explicó con anterioridad, incluye en sí mismo el principio de mayor favorabilidad, el cual no puede ser de aceptación exclusivamente en el derecho penal.

En este orden de ideas se puede observar que la Corte no acepta el criterio del Consejo de Estado según el cual no es posible aplicar el mentado principio de favorabilidad a los procedimientos cambiarios por no existir una disposición legal expresa en tal sentido. Por el contrario, el máximo tribunal constitucional considera que este principio es uno de los elementos integrantes de la garantía del debido proceso, y por tanto, no se requiere que su aplicación en procedimientos específicos sea contemplada en virtud de la actividad legislativa, pues por el solo hecho de tratarse de un proceso administrativo se abre paso a su reconocimiento y aplicación.

Otro de los argumentos esgrimidos por el Consejo de Estado es que el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley es la regla general en cuanto a la aplicación de las normas en el tiempo, y que la aplicación retroactiva debe entenderse como una excepción procedente únicamente en virtud de la ley. Para la Corte Constitucional, este argumento no es de recibo, lo cual puede comprenderse si se considera que no existe disposición alguna que así lo contemple. En palabras de la Corte se puede leer:

“No obstante, la Corte advierte que si bien la Constitución de manera general prohíbe la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionatorias, establece sin embargo una excepción a dicha prohibición general. Esta excepción se da en el caso en el cual las normas posteriores son más favorables al sancionado que las anteriores, pues entonces la retroactividad no solo no es inconstitucional, sino que además tal aplicación retroactiva es ordenada por la Constitución.

El principio de legalidad de las sanciones indica de un lado que corresponde al legislador crear, modificar o suprimir los tipos penales y establecer, modificar o suprimir sanciones. De otro significa también que dicho señalamiento debe ser anterior al hecho que se pretende sancionar. No obstante, este último alcance del principio de legalidad de las sanciones no es absoluto, pues una persona puede resultar sancionada conforme a una ley que no estaba vigente al momento de cometer el delito o la falta, siempre y cuando sea más favorables que la que tenía vigencia en el momento en que se infringió la ley.”⁵⁸

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-922 DE 2001. Mag. Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En la misma sentencia la Corte Constitucional presenta unos lineamientos relacionados con el principio de legalidad, los cuales me permito transcribir a efecto de concluir que la aplicación del principio de favorabilidad no los desconoce, con lo cual una vez más los adeptos de la posición defendida por la Corte Constitucional pueden afirmar que no se excluye con ello el principio de legalidad, pues esto no facilita el exceso en el ejercicio del poder del Estado, ni entorpece la determinación del sanción de forma objetiva, ni la convierte en una sanción irrazonable o desproporcionada. Los lineamientos referidos son:

“La sanción administrativa, como respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la administración entre otros, y consecuencia concreta del poder punitivo del Estado, no debe ser ajena a los principios que rigen el derecho al debido proceso. Por tanto, debe responder a criterios que aseguren los derechos de los administrados. En este sentido, se exige, entonces, que la sanción esté contemplada en una norma de rango legal –reserva de ley-, sin que ello sea garantía suficiente, pues, además, la norma que la contiene debe determinar con claridad la sanción, o por lo menos permitir su determinación mediante criterios que el legislador establezca para el efecto. Igualmente, ha de ser razonable y proporcional, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición. En otros términos, la tipificación de la sanción administrativa resulta indispensable como garantía del principio de legalidad.”⁵⁹

En este sentido de la argumentación pueden señalarse algunos puntos adicionales, que si bien es cierto no han sido analizados por la Corte Constitucional en sus pronunciamientos, si deben resaltarse como complemento argumentativo a este trabajo.

Partiendo de la consideración que los procedimientos sancionatorios cambiarios se rigen por las directrices del derecho administrativo, y se adelantan en ejercicio de la función administrativa del Estado Colombiano, lo propio es advertir que las decisiones que se profieran en desarrollo de los mismos, son verdaderos actos administrativos, los cuales pueden ser juzgados por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por medio de la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso.

En este orden de ideas, lo propio es realizar una remisión a la disposición contenida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el cual determina cuales son las causales de nulidad de los actos administrativos, entre las que se cita que el acto haya sido expedido en forma irregular, esto es, que se haya desconocido el debido proceso. De esta forma, si se recuerda que a juicio de la Corte Constitucional el principio de favorabilidad hace parte del debido proceso, sería posible que el administrado acuda ante la jurisdicción de lo

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-564 de 2000 Mag. Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra

contencioso administrativo a demandar la nulidad del acto por el cual le ha sido impuesta una sanción cambiaria sin observancia del mencionado principio.

Si se acepta en gracia de discusión la alternativa planteada, debe también considerarse que resulta mucho más perjudicial para el Estado aceptar la innecesaria congestión judicial, y el engorroso trámite de este tipo de procesos, que aceptar la aplicación del principio de favorabilidad por fuera de los límites del derecho penal, es decir, en las diferentes manifestaciones de la potestad sancionadora, lo cual, no solo desarrolla los estándares del Estado Social de Derecho, sino que adicionalmente constituye una política favorable que no riñe con el principio de legalidad ni con disposición constitucional o legal alguna. Aunado a esto, no solo hay lugar a considerar que se trate de una política beneficiosa para el Estado, sino que además garantiza el respeto de los derechos de los administrados, entre los cuales goza de especial protección el del debido proceso.

Por otra parte, en aras de enriquecer el debate académico y para reforzar los argumentos ofrecidos por la Corte Constitucional, cuya posición resulta un poco más garantista de los derechos de los administrados y en general, de los principios que hacen parte integrante del debido proceso, debe decirse que si se tiene en cuenta que de conformidad a lo establecido en el artículo 2º del Código Contencioso Administrativo, uno de los objetivos de las actuaciones administrativas es el cumplimiento de los cometidos estatales, estos no se vulneran por la aplicación del principio de favorabilidad, pues con ello no se pretende que las conductas que violan el régimen cambiario queden revestidas de impunidad, ya que cada una de las faltas tendrán las sanciones que el legislador ha tenido a bien en la nueva normatividad expedida.

Por tanto, es apenas lógico concluir que el objetivo del Estado en este tipo de actuaciones se ve satisfecho, pues el fin económico que se persigue se adapta a la nueva normatividad, la cual se entiende ajustada a las necesidades sociales y económicas del país. En este sentido, no resultaría acertada la afirmación según la cual la aplicación del principio de favorabilidad desnaturaliza la esencia de los procedimientos administrativos, por lo cual, siendo el proceso cambiario uno de éstos, no se justifica la exclusión de esta prebenda constitucional, máxime si se tiene en cuenta que las normas del régimen cambiario están dirigidas a la preservación del interés público, y éste no se afecta con la imposición de la normatividad más favorable, la cual es producto de un desarrollo legislativo en el que se tienen en cuenta la característica de movilidad que permea el derecho y específicamente las circunstancias a las que debe atender el régimen de cambios, lo contrario implicaría afirmar que por el hecho de contar con una regulación que contenga normas más favorables, así la aplicación de las mismas solo sea hacia futuro, se desconoce el interés público y se desestabiliza el orden económico.

Por todas las razones anteriores, la Corte Constitucional al referirse específicamente a la aplicación del principio de favorabilidad en materia cambiaria profirió la sentencia C-922 de 2001 en la cual el demandante manifestaba que el artículo 2° del Decreto 1074 de 1999, a pesar de que en su redacción indica que “los procedimientos administrativos cambiarios” adelantados por la DIAN, en ciertos casos continuarán rigiéndose por la ley antigua y en otros por la nueva, lo cual haría entender que es una norma que regula los efectos en el tiempo de normas procesales o de ritualidad, en realidad no se refiere a ello, sino a la aplicación en el tiempo de las disposiciones sustanciales contenidas en el artículo 1° del mismo Decreto, que como se dijo, consagran las nuevas sanciones aplicables a quienes infrinjan el régimen cambiario. Por esta razón, estima que tal disposición es inconstitucional, en cuanto ordena que el infractor sea sancionado de conformidad con la nueva ley (Decreto 1074 de 1999), cuando a la fecha de su entrada en vigencia no haya sido notificado del acto de formulación de cargos, sin consideración al momento en el cual se cometió la infracción. En su sentir, la norma sancionatoria que debiera aplicarse, es la vigente en el momento de cometer la infracción, so pena de desconocer la garantía de legalidad de las penas que consagra el artículo 29 superior.

Para dar mayor precisión es de resaltar que el Decreto 1074 de 1999, fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por el artículo 93 de la Ley 488 de 1998, otorgadas específicamente para expedir el régimen sancionatorio en materia cambiaria. Este Decreto tiene tres artículos: el primero modifica el artículo 3° del Decreto Ley 1092 de 1996 y señala las sanciones a las cuales quedarán sujetas las personas o entidades que infrinjan el Régimen Cambiario, en operaciones cuya vigilancia y control sea competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. El segundo, que es el demandado, ordena que “(l)os procedimientos administrativos cambiarios adelantados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en los cuales se haya proferido y notificado acto de formulación de cargos a los presuntos infractores con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este decreto, continuarán tramitándose hasta su culminación conforme a lo previsto en el Decreto-ley 1092 de 1996.” Por último, el tercero dispone la fecha de entrada en vigencia de la norma.

Al tenor de la anterior, la Corte analizó que el régimen sancionatorio consagrado en el Decreto 1092 de 1996 contiene sanciones menos benignas que las establecidas en el Decreto 1074 de 1999, pero a partir de ello no se puede colegir que esta última norma sea más favorable, pues su estudio detallado revela que algunas sanciones a las infracciones cambiarias más graves fueron incrementadas, y algunas de las sanciones que se establecieron por primera vez deben fijarse a partir de criterios o parámetros diferentes a los del régimen anterior, ya no en un porcentaje del valor de la operación sino en un número predefinido de salarios mínimos mensuales legales vigentes, lo cual no es pocas

ocasiones afecta al administrado. Por lo tanto, no es posible establecer con claridad cuál de los dos regímenes es el más favorable, y será necesario que dicho razonamiento se adelante en cada caso concreto, tal como en la sentencia referida lo manifestó la ciudadana que realiza su intervención a nombre de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. En esta ocasión la Corte manifestó:

“Al comparar el régimen sancionatorio consagrado en el Decreto 1092 de 1996, con el que establece el Decreto 1074 de 1999, la Corte aprecia que de manera general éste último establece sanciones más benignas que aquél. Así por ejemplo, por la no presentación de la declaración de cambio, el régimen antiguo fijaba una sanción del 5% del valor de la operación no declarada, y el nuevo la establece en el 1% del valor de dicha operación, sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales. Sin embargo, como la misma ciudadana que interviene en nombre de la DIAN lo pone de presente, las sanciones correspondientes a las infracciones más graves fueron incrementadas. Adicionalmente, algunas de las nuevas sanciones han sido determinadas de conformidad con parámetros distintos de los utilizados en el régimen anterior. Por ejemplo, antes se establecía que para ciertas contravenciones el monto de la sanción sería un porcentaje del valor de la operación, y ahora se determina que será un número fijo de salarios mínimos legales vigentes. Estos parámetros no son comparables para establecer de manera general qué régimen es más favorable al infractor, lo cual debe verse en cada caso.

Por todo lo anterior, la Corte estima que la disposición acusada, en su segunda interpretación, puede tener, en cada caso particular, efectos constitucionales o inconstitucionales, dependiendo de la favorabilidad o desfavorabilidad de la norma sancionatoria concreta del Decreto 1092 de 1996 o del Decreto 1074 de 1999, que en virtud de lo ordenado por ella, resulta aplicable a los infractores del régimen cambiario, que cometieron la contravención administrativa antes de la entrada en vigencia de éste último. En tal virtud, declarará la exequibilidad de esta última interpretación, condicionada a que la aplicación de la norma se restrinja a aquellos casos en que redunde en beneficio del infractor que cometió la contravención antes de su entrada en vigencia.”⁶⁰

Como se puede ver, la Corporación mantiene una posición jurídica garantista de los principios del debido proceso, la cual cuenta con argumentos acertados, sin que por ello se pueda desconocer la validez de las razones que expone el Consejo de Estado en sus fallos al respecto, con lo cual se concluye que se trata de un debate enriquecido con posiciones aceptables en nuestro ordenamiento jurídico.

⁶⁰ Ibid

3.3. PERSPECTIVA PERSONAL SOBRE EL DEBATE

Habiendo presentado anteriormente las posiciones jurisprudenciales asumidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en relación con la aplicación del principio de favorabilidad en materia cambiaria, es preciso dar paso a la argumentación de una posición personal frente al tema, la cual bien podría definirse como intermedia, y que encuentra todo su fundamento jurídico en el estudio realizado a través de este trabajo sobre el principio de favorabilidad en las diferentes áreas del derecho, y sobre la naturaleza y finalidad del procedimiento, de las infracciones y de las sanciones cambiarias.

Antes de dar paso a lo mencionado cabe advertir que como ya se ha dicho en renglones anteriores, desde la ciencia jurídica tanto los argumentos que defienden la procedencia de la aplicación del principio de favorabilidad en materia cambiaria como los que se oponen a ello, guardan coherencia jurídica y argumentativa y pueden constituir respaldo suficiente para que se adopte una decisión unificada.

De esta forma, la posición personal que se pretende defender radica en aceptar que el principio de favorabilidad puede tener aplicación en los procesos sancionatorios cambiarios, aun cuando ello no está expresamente consagrado en disposición constitucional o legal, pero únicamente cuando en desarrollo del procedimiento respectivo se encuentre una manifestación ineludible del ius puniendi del Estado, toda vez que en estos casos este sirve de fundamento al debido proceso y por lo tanto, debe aplicarse también en los procesos de naturaleza administrativa siempre que sean de carácter punitivo.

En este sentido, puede afirmarse que al interior del derecho cambiario la administración despliega actuaciones enmarcadas en el derecho contravencional o simples actuaciones en ejercicio de la función administrativa. El derecho contravencional de cuya naturaleza participa el régimen sancionatorio cambiario hace parte del derecho punitivo estatal, y por lo tanto, deben serle aplicables todos los principios básicos o medulares que conforman el debido proceso constitucional, vale decir, presunción de inocencia, contradicción de la prueba, derecho de defensa, nulidad de las pruebas obtenidas con violación al debido proceso, impugnación de las decisiones condenatorias, imposibilidad de juzgarse dos veces por el mismo hecho, y principio de favorabilidad; reglas que no pertenecen a una sola rama del derecho, como el derecho penal, sino a todas las que integran el derecho punitivo del Estado.

No obstante lo anterior, siempre debe tenerse en cuenta las particularidades de cada una de estas especies que integran el ius puniendi del Estado, pues hacer extensivo el principio de favorabilidad no implica que se materialice de igual forma que en materia penal.

Así mismo, la administración en materia cambiaria ejerce funciones administrativas que nada tienen que ver con el derecho sancionador sino que hacen parte de los procedimientos típicos del derecho cambiario o que están definidos en su regulación. En estos casos, dado que dichas funciones no se ajustan al derecho contravencional no puede predicarse que el principio de favorabilidad sea aplicable, pues se estaría faltando a la premisa general que consagra el mismo artículo 29 de la Constitución política y que consiste en la irretroactividad de la ley.

En otras palabras, lo que plantea es la posibilidad de aplicar el principio de favorabilidad en materia cambiaria solamente cuando el Estado imponga sanciones por transgredir las prescripciones que conforman el régimen cambiario, y no cuando el Estado en ejercicio de la función administrativa despliegue actuaciones que nada tienen que ver con el derecho sancionatorio, puede tratarse entonces de procedimientos previos al acto que impone la sanción, o de la aplicación de normas que impongan obligaciones en materia cambiaria. Lo anterior significa que únicamente el acto administrativo que imponga una sanción cambiaria podría ser recurrido a fin de que se aplique una norma que imponga una sanción más favorable al administrado.

En este sentido, la favorabilidad en materia cambiaria no es absoluta y su aplicación debe ponderarse de acuerdo a cada caso, pues ha de tenerse en cuenta el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, lo mismo que el principio según el cual, el juzgamiento de la legalidad de los estos actos debe hacerse a la luz de las normas vigentes al momento de la expedición de los mismos. Así, el juez ha de situarse en el momento de emisión del acto administrativo y establecer las prescripciones vigentes para ese instante a fin de confrontar y determinar la concordancia o no entre el acto objeto de revisión y las normas jurídicas que le eran aplicables.

Lo anterior hace que resulte imposible juzgar la legalidad de un acto teniendo en cuenta normas posteriores al momento de su expedición y ejecutoria, lo cual se presenta en el caso de simples procedimientos o regulaciones, caso en el que no se aplica excepcionalmente el principio de favorabilidad por contravenir el principio de legalidad cuya manifestación es la presunción de que gozan los actos administrativos.

De esta manera, cuando el Estado imponga obligaciones en materia cambiaria o se encuentre en curso un proceso que conducirá a la imposición o no de una sanción deben aplicarse las normas vigentes al momento de configuración de los hechos que da lugar a la obligación o al procedimiento, y en ningún caso el principio de favorabilidad por existir un procedimiento u obligación mas benigna para el administrado, pues estos no son una manifestación de la facultad sancionadora del Estado.

Finalmente, pese a no compartir en la totalidad la posición de la Corte Constitucional, es necesario recalcar que la misma constituye un precedente obligatorio y por hacer tránsito a cosa juzgada constitucional debe ser acatada por las autoridades judiciales y administrativas en lo relacionado al régimen cambiario. Así, si se entiende que esta Corte es la máxima autoridad en materia constitucional, de ello se deriva indefectiblemente la obligatoriedad de sus pronunciamientos y el deber de todo juez de acatarlos y darles cumplimiento.

En renglones anteriores se citó, por ejemplo, la sentencia C-922 de 2001, la cual reviste gran importancia por haber declarado exequible condicionalmente el artículo 2º del Decreto 1074 de 1999, artículo que debe interpretarse en el sentido de que “su aplicación se restrinja a las normas procedimentales que regulan los juicios de responsabilidad cambiaria, o que respecto de las normas sustanciales, se condicionen su aplicación a que las infracciones del régimen cambiario, cometidas bajo la vigencia del Decreto 1092 de 1996, sean sancionadas conforme a la normas mas favorable...” Sobre este punto es necesario destacar que las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional gozan de fuerza vinculante, tal como se desprende de la lectura de la sentencia de unificación SU-1300 de Diciembre 06 de 2001⁶¹, en la cual la Corte Constitucional concluyó que los precedentes constitucionales, tienen un carácter vinculante por el cual se convierten en fuentes formales del derecho. Explica la Corte que la decisión adoptada en la providencia de constitucionalidad es de obligatorio cumplimiento y debe ser acatada y aplicada por todos los operadores jurídicos.

Es por ésta razón que se ha dicho en reiteradas ocasiones que, las sentencias de Constitucionalidad de la Corte tienen efectos erga omnes y por ello, todos los operadores jurídicos están obligados por el efecto de la cosa juzgada material, la cual no únicamente se limita a la parte resolutive del fallo sino que se extiende a los conceptos de la parte motiva que mantengan unidad de sentido con la decisión. De ésta forma, cuando una norma del ordenamiento jurídico haya sido interpretada por la Corte Constitucional, es decir, haya sido declarada exequible bajo algún entendido concreto y fundamentado, es requisito que en cada uno de los casos particulares que se sometan al conocimiento de jueces de inferior jerarquía, se de aplicación a la interpretación que la Corte ha realizado a la luz de la Carta Política, pues lo contrario sería desconocer el imperio de la Constitución y la necesidad de correspondencia entre ésta y las normas de inferior categoría

Como colofón se precisa que en virtud de la fuerza vinculante de los fallos de constitucionalidad de la Corte Constitucional, es menester dar aplicación al

⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 1300 de 2001. M. P Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

criterio sostenido por el organismo, cual es el de la aplicación del principio de favorabilidad a los procedimientos sancionatorios cambiarios, sin que ello implique necesariamente concluir que los argumentos que respaldan tal posición sean jurídicamente acertados o inequívocos, pues no dejan de ser sujetos de crítica a la luz de los preceptos generales del Derecho. Incluso, tal como ocurre con la posición de la Corte Constitucional, se han realizado críticas a la posición sostenida por el Consejo de Estado, pues la misma también deja ver imprecisiones e inconsistencia argumentativa. Por lo tanto, tal como se sugirió en renglones anteriores, puede contemplarse la posibilidad de dar una aplicación parcial a este principio, lo cual obedece a motivos económicos y jurídicos que finalmente, por tratarse de recursos que conforman el erario público, involucran el interés colectivo.

CONCLUSIONES

En Colombia el principio general indica que las leyes solo rigen hacia futuro y no tendrán efectos retroactivos, de este modo, es válido afirmarse que la ley rige todos los actos y situaciones que se produzcan después de su vigencia y que nada dispone sobre hechos que se han efectuado antes de su entrada en vigor.

La irretroactividad de la ley está consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política Colombiana, se encuentra también presente otras disposiciones, y en todas las declaraciones de derechos, muy especialmente, en los pactos sobre derechos humanos de las Naciones Unidas. Las normas Constitucionales que refieren lo relacionado con el efecto de las leyes en el tiempo son los artículos 29 y el 58.

Lo más común es que conflictos en el tiempo se resuelvan acudiendo al principio general de la irretroactividad de las leyes. En este punto, es importante distinguir cuando una situación puede o no ser variada según el nacimiento de una nueva ley, para el efecto debe considerarse el concepto de derecho adquirido y mera expectativa

Un amplio sector de la doctrina coincide en afirmar que no puede existir retroactividad implícita, por cuanto la regla general es la irretroactividad, y sólo se otorga a las normas efecto retroactivo cuando el legislador lo ha manifestado en forma expresa, en caso de orden público, o de leyes interpretativas o penales benignas.

En materia laboral el artículo 53 de la Constitución Política consagró los derechos mínimos de los trabajadores que resultan inalienables, irrenunciables, y que no pueden disminuirse o desmejorarse, entre los derechos consagrados se encuentra el principio de favorabilidad laboral, que la Carta Política entiende como la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del Derecho. En este sentido, cuando la interpretación de la ley, como fuente formal de derecho, arroje dudas, deberá adoptarse aquella que más favorezca al trabajador.

El principio de favorabilidad en materia penal se constituye en un elemento fundamental del debido proceso, consagrado en el artículo 29 constitucional, e implica que en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Esta cláusula se encuentra incluida en tratados internacionales de derechos humanos, a partir de los cuales en asuntos punitivos debe preferirse la ley benigna frente a la desfavorable.

En el terreno disciplinario, el principio de favorabilidad es también obligatorio, toda vez que la actuación correspondiente culmina con una decisión en torno a la responsabilidad del inculpatado y a la aplicabilidad de una sanción por la conducta imputada. Entonces, si la autoridad encargada de resolver sobre un proceso disciplinario desconoce la norma favorable, atendiendo tan sólo al tiempo de vigencia de la ley, vulnera el debido proceso. Pero además de que la aplicación del principio de favorabilidad en el proceso disciplinario había sido bastante claro en la jurisprudencia constitucional, en la actualidad no se discute, pues el artículo 14 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) así lo regula.

Frente a lo relacionado con el tema del Derecho Tributario aún existe una álgida discusión, algún sector de la doctrina afirma que conforme al artículo 363 de la Constitución de 1991, "las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad"; por tanto, darle aplicación a una disposición dictada con posterioridad a la ocurrencia del hecho sancionado, so pretexto de aplicar el principio de favorabilidad en materia penal - que es excepción al de irretroactividad - , constituiría violación del canon que prohíbe expresamente la aplicación retroactiva de las disposiciones tributaria. No obstante, la Corte Constitucional el efecto inmediato de las disposiciones tributarias debe aplicarse también en lo favorable, sin que ello contraría la Constitución Política, es decir, que puede ser retroactiva sólo en la medida en que favorezca al contribuyente

El régimen cambiario de Colombia es el conjunto de normas que regulan aspectos sustanciales y procedimentales de los cambios internaciones, entendidos estos como las transacciones con el exterior, que impliquen el pago o transferencia de divisas o títulos representativos de los mismos. Dicho régimen se encuentra contenido en una normatividad dispersa que se ha proferido en virtud de las funciones asignadas por la Constitución Política al Congreso y al Banco de la República, y a las funciones excepcionales asignadas al Presidente de la República, normas que finalmente conforman lo que se denomina estatuto cambiario.

El objeto del régimen cambiario es promover el desarrollo económico y social, y el equilibrio cambiario, con el propósito de internacionalizar la economía, fomentar y promover el comercio exterior, estimular la inversión de capitales extranjeros, facilitar las transacciones corrientes con el exterior, controlar los movimientos de capital, alcanzar un nivel adecuado de reservas internacionales, y coordinar políticas y regulaciones cambiarias acordes con las políticas macroeconómicas.

Las operaciones sujetas al régimen de cambios son aquellas que hacen parte del mercado cambiario, y únicamente su desconocimiento se entiende como infracción cambiaria y da lugar a la imposición cambiaria previo el cumplimiento del respectivo proceso administrativo. Por su parte, el mercado cambiario está

constituido por las divisas que deben canalizarse de forma obligatoria, y aquellas que a pesar de estar exentas de esta obligación se canalicen voluntariamente a través de mecanismos establecidos para tal efecto como el mecanismo de compensación, o a través de los intermediarios autorizados del mercado cambiario.

El marco normativo del régimen cambiario está contenido principalmente en los artículos 150, 189, 371, 371 y 371 de la Constitución Política, la ley 9ª de 1991 o ley de cambios internacionales, la ley 31 de 1992 el decreto 1735 de 1993, los decreto 2080 de 2000, 1844 de 2003, 1866 y 4474 de 2005, 1940 de 2006, 4928 7 3968 de 2009, la Resolución 08 de 2000 emanada de la Junta Directiva del Banco de la República y las 26 resoluciones del mismo organismo que la han modificado. Como se puede ver, se trata de un marco normativo disperso y que ha sufrido permanentes modificaciones en el tiempo, las cuales han obedecido a políticas gubernamentales, y a las constantes variaciones de las relaciones internacionales. Además del régimen cambiario general existen regímenes especiales para el sector financiero, el sector de los hidrocarburos y la minería, y el de las empresas inherentes a este sector, el sector de los seguros, el Fondo Nacional del Café y las zonas francas industriales.

Las infracciones cambiarias se entienden como una contravención administrativa de las disposiciones constitutivas del régimen de cambios vigentes al momento de la transgresión, a la cual corresponde una sanción cuyas finalidades son el cumplimiento de tales disposiciones y la protección del orden público económico, bien sea de carácter instantánea o continuada, de lo cual depende el término de caducidad de la acción.

La competencia para aplicar el régimen cambiario en Colombia está radicada en cabeza de la Superintendencia Bancaria, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y la Superintendencia de Sociedades.

El procedimiento sancionatorio cambiario es aquel por medio del cual el Estado ejerce su poder de policía, es decir, el poder punitivo que le es propio, y por ello no solo establece sino que también impone las sanciones a los administrados por el desconocimiento material de las regulaciones específicas del régimen de cambios, pues con ello se pretende conservar el orden y asegurar un adecuado funcionamiento del aparato estatal, sin perjuicio de la observancia estricta de los principios de legalidad, tipicidad y contradicción.

La sanción administrativa tiene como propósito la protección de los intereses generales, y está dirigida a mantener la adecuada gestión de los distintos órganos del Estado, a efectos de lograr el cumplimiento cabal de las funciones que le han sido encomendadas, pues se impone cuando los administrados han vulnerado las normas expedidas en procura de lograr dichos fines, las cuales

contienen requisitos, obligaciones y deberes más que prohibiciones en sentido estricto.

El procedimiento cambiario ha sido diseñado para garantizar el respeto por el debido proceso en cada una de sus etapas, por las formalidades del juicio, y por la garantía del derecho de defensa, lo cual en nada se opone al reconocimiento de la responsabilidad objetiva en la comisión de las infracciones cambiarias. En todo caso, la decisión que se profiera puede ser demandada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Para el sector de la doctrina y la jurisprudencia que no comparte la aplicación extensiva del principio de favorabilidad lo procedente es que sea la regla general, esto es, la irretroactividad de la ley, la que prime en cualquier actuación que se adelante dentro del régimen cambiario, ello por considerar que al no existir norma expresa que permita la aplicación del principio de favorabilidad no puede entenderse implícitamente que es posible realizarla.

En reiterados fallos el Consejo de Estado ha manifestado que el derecho cambiario, hace parte del Derecho Administrativo, y por ésta razón, las infracciones que surgen del incumplimiento a las prescripciones relacionadas con los procesos cambiarios dan lugar a la aplicación de sanciones administrativas, el Estado, entonces, hace ejercicio de la función administrativa y no punitiva. Según el Consejo de Estado el principio de favorabilidad no procede en actuaciones administrativas, pues en este caso, se debe aplicar la regla general y no la excepción.

Uno de los argumentos que fundamentan la no procedencia del principio de favorabilidad en materia cambiaria consiste en afirmar que al operador jurídico le es exigible el respeto de los principios constitucionales al debido proceso en su contenido mínimo esencial, particularmente en lo relativo a los requisitos de legalidad formal y tipicidad sin que dicha obligatoriedad, implique la extensión de este principio no consagrado expresamente para el derecho Administrativo en materia cambiaria. En este sentido, la no aplicación del mismo en el campo del Derecho Cambiario en nada afecta el debido proceso.

La posición jurisprudencial de la Corte Constitucional puede definirse como garantista y se concreta en la aceptación del principio de favorabilidad en materia cambiaria, lo cual se justifica por las siguientes razones: a) El debido proceso es una garantía constitucional extensiva no solo a los procesos penales sino también a los administrativos, entre los cuales se encuentra el proceso cambiario, b) El principio de favorabilidad es un elemento integrante del debido proceso, por lo tanto su aplicación no requiere norma expresa que así lo disponga, c) El procedimiento cambiario es una de las manifestaciones del derecho sancionatorio del Estado, y hace parte del derecho correccional que

está a su cargo ejercer por medio de las autoridades administrativas, por tanto debe contar con iguales garantías que los demás procesos sancionatorios.

Partiendo de los argumentos ofrecidos por la Corte Constitucional, el acto administrativo que se profiera en el proceso sancionatorio cambiario con desconocimiento del principio de favorabilidad puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en ejercicio de la acción de nulidad por haber sido expedido con violación del debido proceso, de conformidad con la norma contenida en el artículo 84 del Código de la materia.

Además de los argumentos ofrecidos por la Corte Constitucional puede decirse que la aplicación del principio de favorabilidad en nada riñe con los principio de la función administrativa, los cuales se describen en el artículo 2º del Decreto 01 de 1984, entre los que se cita el cumplimiento de los cometidos estatales, lo cual no se desconoce con la aplicación del régimen más favorable, pues de ninguna manera se pretende la impunidad de las faltas cambiarias.

Según la Corte Constitucional la aplicación del principio de favorabilidad no se opone a los propósitos económicos que se pretende cumplir con la medida, pues la modificación de las normas en sentido favorable al administrado deja en evidencia las necesidades y circunstancias tenidas en cuenta por el legislador, a partir de las cuales considera pertinente hacer una reducción de las sanciones pecuniarias.

Cuando el Estado imponga obligaciones en materia cambiaria o se encuentre en curso un proceso que conducirá a la imposición o no de una sanción deben aplicarse las normas vigentes al momento de configuración de los hechos que da lugar a la obligación o al procedimiento, y en ningún caso el principio de favorabilidad por existir un procedimiento u obligación mas benigna para el administrado, pues estos no son una manifestación de la facultad sancionadora del Estado.

RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta que el tema de la aplicación del principio de favorabilidad en materia cambiaria es objeto de un amplio debate, y que ello, no obstante enriquecer la argumentación jurídica, genera inseguridad en la aplicación de las normas que integran el derecho cambiario, es preciso que en un actuar responsable, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional, se unifique en el criterio aplicable, si es que no corresponde hacerlo al legislador.

El pronunciamiento final que debe enmarcar lo relacionado con el principio de favorabilidad en materia cambiaria debe considerar los casos concretos, es decir, que dependa de las circunstancias específicas que rodean cada caso la aplicación o no del mismo. Sin embargo, no puede tampoco dejarse a discrecionalidad del juez o la administración el examen de la situación concreta, de manera que resulta urgente relativizar el principio de favorabilidad pero fijar pautas concretas que permitan al operador jurídico determinar con claridad en qué casos el principio de favorabilidad debe aplicarse para garantizar el debido proceso, y en cuales lo procedente es aplicar la regla general de irretroactividad de la ley.

BIBLIOGRAFIA

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. Junio 26 de 1987 M. P Jaime Abella Zárate.

CONSTITUCION POLÍTICA DE COLOMBIA.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 011 de 1992. Mag. Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia No. 3929 Septiembre 4 de 1992 Sala de Casación Laboral.

_____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. Octubre 23 de 1987. M. P Consuelo Sarria Olcos.

_____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. Septiembre 30 de 1994. M. P Jaime Abella Zárate.

_____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. Septiembre 04 de 2008. M. P Ligia López Díaz.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. "Curso de derecho administrativo" Tomo II, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 4ª Edición, 1993, pág. 168.

LEY 200 DE 1995

LEY 734 DE 2002

MAZEAUD. HENRI, LÉON Y JEAN. Lecciones de Derecho Civil, t I Buenos Aires, ediciones Jurídicas Europa-América, 1959 P 223.

MONROY CABRA Marco Gerardo, Introducción al Derecho. Decimocuarta edición. Temis. Bogotá. 2006 p 472

NIETO, Alejandro: Estudios Históricos sobre la administración y derecho Administrativo. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública , 1986. Citado por Jaime Orlando Santofimio Gamboa pag 39

PINILLA PINILLA, Nilson. Fundamentos del derecho administrativo sancionatorio. EN: Revista del Instituto Penal y Criminológico: Universidad externado de Colombia, 1998, No. 39 (sep. – dic. 2008) p. 93

RODRIGUEZ Alesssandri y SOMARRIVA UNDURRAGA, curso de derecho civil, tl, Santiago de Chile, Nacimiento, 1961 pag 175 y ss.

RODRIGUEZ R Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Decimosexta edición. Temis.Bogotá.2009 pág 291

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Doctrinas y conceptos. Bogotá. La Superintendencia 2000, p. 419

_____, Sentencia C-599 de 1992, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz

_____, Sentencia C 417 de 1993 Mag. Ponente Dr. Fabio Morón Díaz

_____, Sentencia C- 527 de 1996. M. P Jorge Arango Mejía.

_____, Sentencias T-008 de 1998 Mag. Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

_____, Sentencia T-804 de 1999 Mag. Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz

_____, Sentencia T- 555 de 2000, Mag. Ponente Dr. Fabio Morón Díaz

_____, Sentencia C-564 DE Mayo 17 de 2000, Mag. Ponente Alfredo Beltrán Sierra

_____, Sentencia T- 694 de 2000 Mag. Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

_____, Sentencia T-522 de 2001 Mag. Ponente. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

_____, Sentencia T- 534 de 2001, Mag. Ponente Jaime Córdoba Triviño

_____, Sentencia C 619 de 2001. Mag. Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

_____, Sentencia c 710 de 2001. Mag. Ponente Dr. Jaime Cordoba Triviño

_____, Sentencia C- 922 de 2001. Mag. Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

_____, Sentencia SU 1300 de 2001. Mag. Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____, Sentencia SU- 159 de 2002 Mag. Ponente Dr. Manuel José Cepeda E.

_____, Sentencia T-355 de 2002. Mag. Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

_____, Sentencia C-506 de 2002. Mag. Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

_____, Sentencia T- 631 de 2002 Mag. Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

_____, Sentencia C-099 de 2003. Mag. Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño

_____, sentencia T-205 de 2004 Mag. Ponente Dra. Clara Inés Vargas H.

_____, Sentencia T- 807 de 2004 Mag. Ponente Dra. Clara Inés Vargas H.

_____, Sentencia T- 056 de 2005 Mag. Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería

_____, Sentencia T-189 de 2005 Mag. Ponente Dr. Manuel José Cepeda E.

_____, sentencia T-1087 de 2005. Mag. Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis

_____, sentencia T-091 de 2006 Mag. Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño

_____, Sentencia T- 1026 de 2006 Mag. Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

_____, sentencia T-015 de 2007 Mag. Ponente Dr. Humberto Sierra Porto

_____, sentencia T-251 de 2007, Mag. Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño

_____, Sentencia T- 356 de 2007 Mag. Ponente Dr. Humberto Sierra Porto

_____, Sentencia C- 152 DE 2009 Mag. Ponente Dr. Jorge Arango Mejía

ANEXOS

Anexo A. Resolución externa no. 8 de Mayo 5 de 2000, por la cual la Junta Directiva del Banco de la República compendia el régimen de cambios internacionales.