



Título: Jugando a ser náufragos

Técnica: Óleo sobre lienzo

Dimensión: 24 x 30

LA TIPICIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR*

* Este artículo es resultado de investigación, se encuentra en el marco del proyecto titulado: “Potestad sancionadora de la Administración en Colombia”, adscrito al Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política (GIDCEP), de la Universidad del Norte, dirigido por la profesora Dra. María Lourdes Ramírez Torrado.

Fecha de recepción: enero 15 de 2011

Fecha de aprobación: mayo 20 de 2011

LA TIPICIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

*María Lourdes Ramírez Torrado***

RESUMEN

El principio de tipicidad, al igual que otras instituciones jurídicas, tiene una aplicación matizada en el campo administrativo sancionador. Al no existir norma alguna, que regule de modo general el ejercicio de la potestad punitiva de la Administración Pública, es imprescindible que se revise y analice tanto la doctrina constitucional como la científica que han abordado el asunto. Lo anterior, con el fin de precisar las implicaciones reales del principio. Para alcanzar esta finalidad se recurrió a las decisiones del máximo intérprete constitucional, que han abordado este postulado durante los últimos 20 años, e igualmente a la doctrina científica, internacional y nacional, que se ha ocupado de la materia.

Palabras clave: tipicidad, derecho administrativo sancionador, reglamento, sanciones administrativas.

TYPICALITY IN THE SANCTIONING ADMINISTRATIVE LAW

The typicality principle as well as other legal institutions has a mixed application in the sanctioning administrative field. As there is no norm regulating in a general way the exercise of the sanctioning punitive power of the Public Administration. It is necessary to revise and analyze the constitutional doctrine as well as the scientific one which has dealt with the matter. All this with the aim of making clear the real implications of the principle. To achieve this objective we turned to the decisions of the maximum constitutional interpreter which has dealt with this principle for the last 20 years and at the same time to the national and international scientific doctrine which has also dealt with this issue.

Keywords: typicality, sanctioning administrative law, norms, administrative sanctions.

** Doctora en derecho administrativo, Universidad Carlos III de Madrid. Magíster en Derechos Humanos por la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica). Abogada, por la Universidad del Norte, Barranquilla. Profesora investigadora, adscrita al Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política (GIDCEP), de la Universidad del Norte. Dirección postal: Universidad del Norte, Km. 5, vía a Puerto Colombia, A.A. 1569, Barranquilla (Colombia). torradom@uninorte.edu.co

LA TIPICIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. Concepto y elementos del principio de tipicidad

Este principio¹ se concreta en la exigencia de la predeterminación normativa², (*lex previa, lex scripta*), de las conductas ilícitas y sus sanciones correspondientes que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*), las consecuencias de las acciones y omisiones de los administrados.

Así las cosas, la demanda de *lex scripta* corresponde a la frase acuñada de *nulla poena sine lege scripta*, que conlleva a que se rechace la aplicación de la costumbre como sustento del ejercicio del poder sancionador del Estado³. Costumbre entendida como la práctica generalizada que de acuerdo a unas características, referidas a la constancia y uniformidad, ha adquirido en el seno de una comunidad la fuerza de un precepto o norma obligatoria. Tal como lo anota Martín Mateo, la costumbre tendrá exclusivamente trascendencia normativa cuando es recogida por el legislador de forma clara y expresa.

En lo relativo con la exigencia de *lex previa*⁴ este mandato implica que los individuos conozcan con anterioridad las conductas que se encuentran prohibidas por el ordenamiento jurídico; así como también las sanciones que se impondrán en

1 El profesor Carretero Pérez establece la diferencia entre dos conceptos claves del injusto administrativo como son tipicidad y antijuridicidad al sostener que: “*la antijuridicidad es una ilegalidad genérica y la tipicidad es la ilegalidad concreta. La antijuridicidad es un juicio objetivo de valor que sólo excepcionalmente toma en cuenta la voluntad del autor. La antijuridicidad es la razón de ser de la ilicitud con independencia de otros factores: se llega a ella de modo negativo, por no aparecer causas de exclusión del injusto. La tipicidad es la definición de la antijuridicidad: el momento de conducta antijurídica. La antijuridicidad es un elemento abstracto, que precisa de otros factores que describan determinados hechos injustos. (...) la tipicidad indica qué modos de hacerlo se incluyen en el código. La tipicidad el concreto aspecto del objeto*”. (CARRETERO PÉREZ, Adolfo. Derecho sancionador administrativo. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1995. p. 139).

2 Tal como lo anota Ramos Acevedo “*se habla de norma porque entre nosotros no está contemplada la exigencia de que sea ley en sentido formal, es decir, expedida por el Congreso, ni siquiera norma de carácter nacional puesto que en un primer reparto de competencias la Carta misma autorizó a las asambleas para expedir normas de policía*”. (RAMOS ACEVEDO, Jairo. Cátedra de derecho administrativo general y colombiano. Medellín: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003. p. 665).

3 VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. El principio de legalidad penal. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. p. 36.

4 C-99/2003.

caso de que su actuar u omisión encuadre dentro de una infracción administrativa. De modo tal, que se niega toda posibilidad a que alguien sea juzgado conforme a normas posteriores a la actuación que se le imputa. Claro está, siempre que la norma posterior no sea más favorable a la existente al momento de lesionar o poner en peligro el bien jurídico en cuestión⁵.

En lo que corresponde con *lex certa*, el injusto administrativo debe realizarse a través de conceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de claridad⁶ y de modo inequívoco⁷ las conductas que constituyan una infracción y las penas o sanciones aplicables. En términos de la Corte la certeza se refiere con el hecho de que el texto sea “*preciso, lo cual significa que en él se incluya y determine con detalle, tanto la conducta como el castigo a imponer, de manera tal que no se presente duda sobre cuál es el hecho generador de reproche y cuál su respectiva sanción*”⁸.

Para aclarar más el panorama en relación con la extensión o alcance de este concepto la Corte Constitucional ha establecido que la precisión del binomio infracción/sanción implica que se encuentren establecidas cuestiones como: el tipo de culpa del infractor, es decir si es una conducta culposa o dolosa; la intensidad de la culpabilidad del agente, lo que se traduce en si la infracción se califica como: leve, grave o gravísima o cualquier otra clasificación que tenga el mismo fin; y la correlativa sanción a la infracción a imponer⁹. Expresado lo anterior, el órgano constitucional no se opone al empleo de conceptos jurídicos indeterminados¹⁰, pero

5 C-922/2001.

6 C-564/2000.

7 C-796/2004; C-393/2006.

8 C-393/2006.

9 C-796/2004.

10 Se entiende por conceptos jurídicos indeterminados “*aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas. Dichos conceptos lejos de permitir a su interprete escoger libremente por una determinada opción que se considere justa y válida, se encuentran sujetos a una única solución frente al asunto planteado, pues el mismo ordenamiento jurídico a través de los distintos métodos de interpretación, le impone al mismo dicha decisión*”. C-818/2005. (En el mismo sentido la C-564/2000).

Sin embargo, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados no implica que la Administración pueda recurrir a la arbitrariedad para comprenderlos y llenarlos de contenidos. Por el contrario, estos conceptos obligan a la Administración a recurrir a una solución justa y al mismo tiempo a que sus decisiones sean motivadas. Pues como lo señala Fernández “*el poder administrativo en un estado de derecho es siempre, y mas todavía el poder discrecional, un poder funcional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la Ley y al Derecho, a los que está expresa y plenamente sometido por la Norma Fundamental*”. (FERNANDEZ, Tomás R. De la arbitrariedad de la administración. Pamplona: Civitas, 2008, p. 83).

determinables¹¹; o abiertos¹², siempre que se pueda precisar, sin lugar a dudas, el alcance de la conducta reprochable y de la sanción correspondiente¹³. Aunque ello no admite la utilización de conceptos indeterminables¹⁴, o inconcretos¹⁵, imprecisos o difusos¹⁶, ya que estos entregarían la definición del comportamiento prohibido a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que podrían valorar y sancionar libremente la conducta sin referentes normativos precisos¹⁷. Es muestra de ello el caso de las multas cuyos límites no aparecen con claridad en la ley o de igual manera las inhabilitaciones que no establecen límites de tiempo¹⁸.

11 *“Lo propio de este tipo de conceptos es que, no obstante su indeterminación, los mismos deben ser precisados en el momento de su aplicación. Y tal concreción no responde a una apreciación discrecional del operador jurídico, sino que se encuadra dentro de los parámetros de valor o de experiencia que han sido incorporados al ordenamiento jurídico y de los cuales el operador jurídico no puede apartarse”*. Y para lograr la determinación es *“imprescindible que la legislación o el mismo ordenamiento jurídico establezcan criterios objetivos que permitan razonable y proporcionalmente concretar las hipótesis normativas”*. C-818/2005

12 Justificándose estos tipos abiertos por: *“la necesidad de salvaguardar el principio de eficiencia de la función pública (C.P. art. 209). Esta Corporación ha reconocido que exigir una descripción detallada en la ley disciplinaria de todos los comportamientos susceptibles de sanción, conduciría en la práctica a tener que transcribir todo el catálogo de deberes, mandatos y prohibiciones que se imponen a los servidores públicos en las distintas normas jurídicas, traduciendo dicha exigencia en un obstáculo para la realización coherente, ordenada y sistemática de la función disciplinaria y de las finalidades que mediante ella se pretenden”*. C-507/2006.

Trayter Jiménez define, igualmente, los tipos abiertos y los diferencia con los tipos en blanco. Afirmando de los primeros que *“la característica principal de estas cláusulas es que sólo parte del tipo está legalmente descrito, siendo el juez quien concreta el resto. Es decir la situación se plantea de forma semejante a la ley en blanco estudiada anteriormente pero con la diferencia de que ésta, para su determinación requiere de otra norma jurídica distinta u otro precepto de la misma norma, mientras que los llamados tipos o cláusulas abiertas se complementan a través de la jurisprudencia”*. (TRAYTER JIMENEZ, Juan Manuel. Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos. Madrid: Marcial Pons, 1992. p. 164).

En la doctrina colombiana, se cita a Gomez Pavajeau quién reconoce el valor que tienen los tipos en blanco en el derecho disciplinario, pues suponen un amplio margen de valoración del fallador. Sosteniendo que renunciar a esta figura implicaría renunciar al deber del *“Estado constitucional de derecho de controlar toda expresión de lo público y dejar abierta la posibilidad de que existan conductas contrarias al ordenamiento jurídico no sancionables disciplinariamente”*. (GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos. La relación especial de sujeción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2007. p. 192).

13 C-507/2006.

14 C-475/2004.

15 En esta línea se pronuncia la providencia C-819/2006 que afirma: *“por el contrario, si el concepto es a tal punto abierto, que no puede ser concretado en forma razonable, entonces dichos conceptos desconocen el principio de legalidad, pues la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que valoran y sancionan libremente la conducta sin referentes normativos precisos”*.

16 C-99/2003.

17 C-530/2003.

18 SUAY RINCON, José. La formulación del principio de legalidad en materia sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia. En: Justicia Administrativa, Número extraordinario, (2001): p. 21.

Una de las cuestiones que ocurre comúnmente en el derecho administrativo sancionador¹⁹ es el uso recurrente de las remisiones normativas para completar el binomio infracción sanción. Es altamente frecuente que el legislador recurra a esta figura, sin que con ello se vulnere el principio en cuestión.

2. La obligación de certeza: en el caso de las remisiones normativas

De modo tal como lo expresa Rivera Temprano “*sería deseable que la descripción de conductas (o tipificación de infracciones) fuese hecha por la norma de manera precisa y autónoma, lo que resulta poco menos que imposible en el campo del Derecho Administrativo Sancionador*”²⁰. Ello, pues no existe legislativo alguno que se encuentre en capacidad de estudiar y elaborar toda la normativa general de un país, “*por cuanto no hay Cámara que esté preparada para conocer con eficacia de toda la problemática necesitada de regulación en la sociedad contemporánea*”²¹. O como lo coloca de manifiesto Gomez Pavajeau “*un legislador que pretenda señalar de manera exhaustiva las conductas prohibidas de las autoridades públicas de acuerdo con el apotegma antes mencionado con toda seguridad fracasará*”²².

Consecuencia de este panorama se recurre a la tipificación indirecta²³ que consiste en que la descripción del binomio punitivo no se realice en un solo apartado san-

19 Merece la pena reproducir lo manifestado por Parada cuando diferencia la reserva absoluta de ley que opera en materia penal y lo ocurrido en materia administrativa, “*el principio de reserva absoluta de ley que opera en materia penal y de cobertura legal aplicable a las sanciones administrativas es que en el primer caso la ley legitimadora ha de cubrir por entero tanto la previsión de la penalidad como la descripción de la conducta ilícita (tipicidad) sin posibilidad de recurso algún a un reglamento de aplicación o desarrollo; mientras que el principio de cobertura legal de las sanciones administrativas sólo exige cubrir con la ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantía de las sanciones, pero con la posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas, es decir, la tipicidad*”. (PARADA, Ramón. Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común. Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 385).

20 RIVERA TEMPRANO, Ezequías. Estudio de la L.R.J. de las administraciones públicas y del procedimiento común II. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 149.

21 GIL ROBLES, Álvaro. El control de legalidad de las normas con valor de ley. En: Revista española de derecho administrativo. Vol. 3, (1974): p. 404.

22 GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos. Dogmática del derecho disciplinario. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2004. p. 287.

23 Vale la pena traer a colación la clasificación que diseña Nieto García en relación con las variantes tipificadoras. Así el autor las clasifica en: Reduplicativa: “*la norma sancionadora reproduce el mandato o prohibición contenido en la norma primaria para advertir de manera expresa que su incumplimiento constituye una infracción y lleva aparejada un sanción*”. La tipificación remisiva expresa: “*la ley para cumplir con el principio de tipificación legal, enumera de forma individualizada las infracciones; pero para no alargar*

cionatorio de una norma, sino por el contrario se remite a otra parte de la misma disposición normativa o, incluso, a otro texto legal²⁴.

En el evento de las remisiones a la propia norma, nos enfrentamos a una forma de economía legislativa²⁵, en la que el redactor de la norma opta por remitir al lector a otra sección del texto. En la mayoría de los casos se suele remitir al apartado que contempla lo correspondiente con las prohibiciones u obligaciones del administrado, o cualquier otra disposición que estime conveniente, para tipificar una conducta.

En esta hipótesis no se presenta mayor inconveniente, pues la certeza, elemento inherente al principio de tipicidad se encuentra satisfecha siempre que los apartados a los que sean reenviados se encuentren redactados de forma que cumplan con las exigencias del postulado en cuestión. Es decir, la técnica remisoria no altera en sí la condición de certeza de la infracción y la sanción; si no será la redacción del binomio punitivo el que deberá satisfacer las exigencias derivadas del postulado.

Es todavía más común que la remisión no se haga al interior del mismo texto legal, sino que se produzca a otra norma: a otra ley, sea general o especial, o a un reglamento²⁶ para tipificar una conducta. Pues de no permitirse esta posibilidad no solo se desconocería la potestad reglamentaria de que es LOZANO CUTANDA, Blanca. Derecho ambiental administrativo. Madrid: Dyhinson, 2007. p. 478.

Se comprende por reglamento: *“toda disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración pública y con valor subordinada a la ley. (...) Los reglamentos son la consecuencia de las competencias propias que el ordenamiento jurídico concede a la Administración. Los reglamentos son fuentes de Derecho para la Administración pero proceden de ella misma”*. (GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de derecho administrativo. Madrid: Tecnos, 2005, p. 272).

inútilmente los textos, prescinde de la reproducción de los mandatos y prohibiciones, remitiéndose de forma expresa a los preceptos en que aparecen”. La tipificación residual: *“ésta es la función que cumplen las remisiones indirectas al calificar residualmente como leves las infracciones que no tienen otro carácter”*; y la tipificación implícita. (NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Tecnos, 2005. p. 312-314).

24 GÓMEZ PAVAJEAU, Op. Cit., p. 289. RAMÍREZ ROJAS, Gloria Edith. Dogmática del derecho disciplinario en preguntas y respuestas. En: GÓMEZ PAVAJEAU. Colección de Derecho Disciplinario N° 20. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación, 2008. p. 108.

25 LOZANO CUTANDA, Blanca. Derecho ambiental administrativo. Madrid: Dyhinson, 2007. p. 478.

26 Se comprende por reglamento: *“toda disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración pública y con valor subordinada a la ley. (...) Los reglamentos son la consecuencia de las competencias propias que el ordenamiento jurídico concede a la Administración. Los reglamentos son fuentes de Derecho para la Administración pero proceden de ella misma”*. (GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de derecho administrativo. Madrid: Tecnos, 2005, p. 272).

titular la Administración²⁷, sino que además se “*encorsetaría a la Administración en muy estrechos límites para el ejercicio de la potestad sancionadora*”²⁸.

La remisión a otras normas para completar el injusto administrativo se puede presentar bien a manera de colaboración reglamentaria²⁹, o con la finalidad de asegurar una tipificación exhaustiva³⁰ para abarcar todas las formas de incumplimientos de una determinada normativa en un sector en concreto³¹. Teniendo ambos objetivos, como lo coloca de relieve García Manzano: “*robustecer por vía reglamentaria el grado de certeza que rige la materia*”³². O lo que es lo mismo “*contribuir a la más correcta identificación de las conductas a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes*”³³.

En este caso es posible que la exigencia derivada del principio de tipicidad se ponga en peligro, ya que la seguridad que se demanda podría no quedar cubierta, dependiendo todo del rigor con que se haya realizado la remisión. Esta situación implica que se examine caso por caso si se han respetado los límites establecidos por ley³⁴, dado la subordinación del reglamento a la ley³⁵.

-
- 27 Tal como lo describe García de Enterría: “*la atribución a la Administración de un poder de creación de normas jurídicas tiene una importancia de primer orden. Es dicho poder por otra parte, de un uso extensísimo y generalizado, hasta el punto de que ha sobrepasado notablemente en volumen y aun en significación práctica al del poder legislativo; es justamente aquí, como ya hemos anotado, donde ha podido hablarse con toda oportunidad de motorización legislativa. El ordenamiento jurídico actual está marcado decisivamente por este hecho. Ante tal constelación, hay que preguntarse por las razones en base a las cuales se atribuye un poder tan importante y decisivo a la Administración Pública*”. (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de derecho administrativo I, Navarra: Civitas, 2006. p. 183).
- 28 GARRIDO FALLA, Fernando y PASTRANA, José. Régimen jurídico y del procedimiento de las administraciones público. Madrid: Civitas, 1993. p. 297.
- 29 La potestad reglamentaria tiene un carácter secundario respecto a la ley, siendo esta el origen del la fuente primaria del sistema. (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de derecho administrativo, Tomo I. Madrid: Iustel, 2006. p. 341).
En materia de potestad reglamentaria de la Administración puede verse el libro de Moncada Zapata. (MONCADA ZAPATA, Juan Carlos. El reglamento como fuente de derecho en Colombia. Bogotá: Temis, 2007).
- 30 C-564/2000 ha expresado: “*En este sentido, la infracción cambiaria se origina en el desconocimiento de cualquiera de los preceptos que conforman el régimen. Disposiciones que, en últimas, establecen una serie de obligaciones y deberes, en donde la sanción resulta, precisamente, del desconocimiento material de éstos. Por tanto, a la pregunta de si resulta acorde con la Constitución que para la tipificación de infracciones administrativas, el legislador haga uso a remisiones normativas que completen o determinen el contenido de éstas, tal como lo hace el Decreto 1746 de 1991, la respuesta es afirmativa*”.
- 31 VALENCIA MATTÍN, Germán. Actas de V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, el Principio de Legalidad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000, p. 117.
- 32 GARCÍA MANZANO, Pablo. Comentario sistemático a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Madrid: Carperi, 1993, p. 371.
- 33 COBO OLVERA, Tomás. La ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Madrid: Editoriales reunidas, 1994, 602.
- 34 MESTRE DELGADO, Juan. Potestad reglamentaria y principio de legalidad las limitaciones constitucionales en materia sancionadora. En: Revista de derecho administrativo. Madrid. Vol. 57, (1988): p. 85.
- 35 MORELL OCAÑA, Luis. Curso de derecho administrativo I. Pamplona: Aranzadi, 1998. p. 103.

En este sentido, la Corte Constitucional ha venido demandando que en los eventos en que existan remisiones a normas reglamentarias dispuestas por las leyes queden en éstas precisados suficientemente los elementos esenciales de la conducta antijurídica³⁶.

En cuanto está en juego la imposición de deberes y obligaciones a los ciudadanos o la limitación de sus a reconocidos por otras fuentes, el Reglamentos puede y eventualmente actuar, pero siempre en su función secundaria de complemento de la ley y en virtud de una habilitación específica de ésta³⁷.

Resultando, por ende, contrario al principio de tipicidad la renuncia que haga el legislador en favor de la Administración en que la habilite a crear ex novo infracciones y sanciones³⁸.

3. Interdicción de la analogía

La interdicción de la analogía resulta ser una expresión del principio de tipicidad, en virtud de que está interrelacionado con cada una de las garantías de la máxima en estudio.

La doctrina ha clasificado la analogía atendiendo dos criterios principalmente, uno referido con el sitio a dónde se remite el razonamiento analógico, lo que se denomina: analogía legis y analogía juris³⁹; y el otro criterio obedece al contenido mismo de la interpretación analógica. Con esto último nos referimos a analogía in malam partem y bonam parte.

Es la segunda clasificación la que cobra mayor interés para este caso, ya que nos permite contestar el interrogante de si la relajación que sufren los principios en la órbita administrativa permite crear infracciones y sanciones analógicamente.

36 Como lo expresa claramente Ossa Arbeláez “la ley se limita a estructurar los elementos esenciales y omunes de todos los tipos, dejando al Reglamento la tarea de perfeccionarlos e integrarlos”. (OSSA ARBELAEZ, Jaime. Derecho administrativo sancionador. Segunda Edición. Bogotá: Legis. p. 272).

37 BERMEJO VERA, José. Jurisprudencia. En: Revista española de derecho administrativo. Madrid. Vol. 10 (1976): p. 505.

38 FERNANDEZ MONTALVO, Rafael. Principios sustantivos de la potestad sancionadora de la administración. Madrid: Consejo General del poder judicial, 1994. p. 39.

39 C-83/1995 “Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como analogía legis, y se la contrasta con la analogía juris en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada”.

De este modo, la analogía en *bonam partem* consiste en beneficiar al administrado, pues se aplica al caso no contemplado por la ley *atenuantes, eximentes o causas de inimputabilidad*⁴⁰. Un ejemplo de ello, es la prescripción, como lo señala Ossa Arbeláez “cuando una figura infraccional no contempla la prescripción, debe recurrirse a otra similar o a los dictados de la norma Penal, caso en el cual el interprete puede echar mano de la analogía, pues la laguna legal no ofrece una posibilidad diferente”⁴¹. En tanto que la analogía en *malam partem* niega todo camino que cree infracciones y sanciones por vía analógica en la medida que ello violaría el principio de igualdad⁴², e igualmente todas y cada uno de las garantías que se encuentran comprendidas por la tipicidad. En cuanto a esto último, se recuerda que el principio de tipicidad comprende tres garantías: *lex certa, lex previa y lex scripta* que se quebrantarían claramente, en la medida que se impone una sanción o se tendrían en cuenta circunstancias agravantes⁴³ que no se encuentran expresas en norma alguna (*lex previa y lex scripta*), sino que se crean a partir de una norma con un contenido muy próximo. Quedando, por ende, en sede de la autoridad administrativa la configuración de las infracciones en cada caso y de acuerdo a lo que juzgue conveniente en cada situación, (*lex certa*).

Entonces, y a pesar que en el derecho administrativo sancionador los principios que los presiden pueden ser matizados en relación con el derecho penal, ello no implica que la Administración pueda crear el binomio infracción sanción o circunstancias agravantes para el administrado, vía analógica.

4. El principio de tipicidad *versus* el desconocimiento de las decisiones judiciales por parte de las autoridades administrativas

A pesar de que este es un tema que merece ser desarrollado de modo independiente, se aprovecha la oportunidad para plantear la cuestión y realizar algunos comentarios, teniendo en cuenta los últimos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el particular⁴⁴.

40 CANO CAMPOS, Tomás. (2002). La analogía en el derecho administrativo sancionador. En: Revista española de derecho administrativo. Madrid. Vol. 113. (2002): p. 65.

41 OSSA ARBELAEZ, Op. Cit., p. 317.

42 C-83 de 1995 “La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general”.

43 REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal. Bogotá: Temis, 2002. p. 52.

44 C-335/2008 y T.388/2009.

Este tema ha sido tratado profundamente por Nelson Hernández Mesa

Así las cosas, el asunto se centra en si es violatorio o no al principio de tipicidad el hecho que se considere como infracción administrativa el desconocimiento, por parte de las autoridades administrativas, de las decisiones judiciales, de los órganos jurisdiccionales de cierre, en la medida en que aquéllas son obligatorias para los jueces y autoridades administrativas⁴⁵.

Entonces los pronunciamientos de la Corte Constitucional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Consejo Superior de la Judicatura tienen que ser respetados por los operadores jurídicos, debiendo éstos aplicarlos en sus actuaciones de forma idéntica a lo expresado en las decisiones de estos tribunales, en pos de respetar el principio de igualdad. Pudiéndose apartar de las providencias, que cierran la jurisdicción, siempre que manifiesten las razones por las que deciden alejarse de las decisiones de los órganos de cierre de la jurisdicción⁴⁶.

De este modo, la cuestión está en determinar si la postura del juez constitucional lesiona o no el principio de tipicidad en tanto las garantías que lo comprenden. Siendo objeto de nuestro análisis las relativas con la certeza y la anterioridad que deben exigirse a las infracciones administrativas, so pena de quebrar el principio de tipicidad.

En lo que concierne con la primera exigencia, certeza, resulta complicado que la “ratio decidendi” que funge como infracción pueda satisfacer esta garantía, pues se entrega a la autoridad, que tiene en sus manos el expediente sancionador, un margen de apreciación muy amplio para determinar si se enfrenta o no a un caso idéntico al resuelto por el juez de cierre de la jurisdicción. En nuestro entender, la discrecionalidad de la que goza la autoridad administrativa, en este evento, es mu-

45 Al respecto la T-388 de 2009 que afirma que *“igualmente le está vedado a cualquier [autoridad judicial] acordarle una interpretación distinta a la norma legal que ha sido sometida al control de la Corte, siendo vinculante en estos casos tanto el decisum como la ratio decidendi. De igual manera, la administración pública no puede apartarse de lo decidido por la Corte Constitucional, so pena de incurrir en la mencionada conducta delictiva”*.

46 T-123 de 1995. La providencia expresa: *“el juez, vinculado tan sólo al imperio de la ley (CP art. 230), es enteramente libre e independiente de obrar de conformidad con su criterio. Sin embargo, un caso especial se presenta cuando el término de comparación está constituido por una sentencia judicial proferida por un órgano judicial colocado en el vértice de la administración de justicia cuya función sea unificar, en su campo, la jurisprudencia nacional. Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (Corte Constitucional, sentencia C-.083 de 1995, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz), es importante considerar que a través de la jurisprudencia - criterio auxiliar de la actividad judicial - de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art. 13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución”*.

cho más amplia que la que tiene un juez o autoridad administrativa cuando realiza la adecuación de la conducta en relación con una infracción administrativa o tipo penal, ya que estos fueron redactados por el legislador o autoridad administrativa intentando cumplir con la exigencia derivada del respeto de este principio.

Otra cuestión, que plantea dudas en lo que concierne con el respeto de la certeza es lo referido con el conocimiento que puede tener el administrado de las conductas prohibidas por el ordenamiento. No es un secreto que existe un gran número de infracciones administrativas sectoriales que no tienen un único soporte normativo, sino que por el contrario tienen asiento en un sin número de disposiciones, lo que sin duda dificulta el conocimiento de las conductas prohibidas.

A este escenario se le debe sumar el hecho de que a los administrados se les pueda sancionar por desconocer las decisiones judiciales de las autoridades que cierran la jurisdicción. Piénsese en los administrados que no habitan en ciudades capitales y que no dispongan de medios tecnológicos para acceder a esta información que se actualiza diariamente, ¿cómo se les podría exigir que conocieran de forma oportuna estas decisiones, sin quebrar con ella la garantía de certeza?

Esta última observación se relaciona íntimamente con otra garantía que encierra la tipicidad como es que la infracción a imponer sea previa. Considérese la misma hipótesis, (de un individuo que habite en un lugar en donde no se disponga de mayores recursos informáticos y de Internet que le permitan conocer con la debida antelación del hecho catalogado como infracción por la providencia judicial) en donde el administrado conozca solamente de la providencia cuando se le haya abierto el respectivo expediente sancionador. En este evento, si bien la infracción es previa al acto, podría existir una imposibilidad del administrado de conocer las decisiones de los altos tribunales tan rápido como ellas se produzcan.

Conclusiones

- Una vez revisado el principio de tipicidad en el contexto administrativo sancionador en Colombia se concluye que:
- El principio de tipicidad tiene por finalidad principal que los administrados conozcan, sin lugar a ambigüedades, previamente a sus actuaciones cuáles son las infracciones, y sanciones existentes.
- De las garantías que están comprendidas por el postulado es la de la certeza la que más particularidades presenta en el sector administrativo sancionador. Así, cuestiones como las remisiones a otras normas, que son altísimamente

frecuentes en este sector, no conculcan esta garantía, siempre que se cumplan con los límites consagrados en la ley. Esto último se refiere al tipo de culpa del infractor; la intensidad de la culpabilidad del agente y la correlativa sanción a la infracción a imponer.

- El desconocimiento de las decisiones judiciales de los órganos de cierre de la jurisdicción y el respeto a la certeza, inherente a la tipicidad, son sin lugar a dudas, las cuestiones que más polémica presentan en tanto las garantías de certeza y anterioridad propias del principio que no resultan satisfechas.

Bibliografía

- BERMEJO VERA, José. Jurisprudencia. En: Revista española de derecho administrativo. Madrid. Vol. 10 (1976).
- CANO CAMPOS, Tomás. La analogía en el derecho administrativo sancionador. En: Revista española de derecho administrativo. Madrid. Vol. 113. (2002).
- CARRETERO PÉREZ, Adolfo. Derecho sancionador administrativo. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1995.
- COBO OLVERA, Tomás. La ley 30/1992 , de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Madrid: Editoriales reunidas, 1994.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael. Principios sustantivos de la potestad sancionadora de la administración. Madrid: Consejo General del poder judicial, 1994.
- FERNÁNDEZ, Tomás R. De la arbitrariedad de la administración. Pamplona: Civitas, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de derecho administrativo I, Navarra: Civitas, 2006.
- GARCÍA MANZANO, Pablo. Comentario sistemático a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Madrid: Carperi, 1993.
- GARRIDO FALLA, Fernando y PASTRANA, José. Régimen jurídico y del procedimiento de las administraciones públicas. Madrid: Civitas, 1993.
- GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de derecho administrativo. Madrid: Tecnos, 2005.
- GIL ROBLES, Álvaro. El control de legalidad de las normas con valor de ley. En: Revista española de derecho administrativo. Vol. 3, (1974).
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos. La relación especial de sujeción. Bogotá: Universidad externado de Colombia 2007.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos. Dogmática del derecho disciplinario. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2004.

- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos. Colección de Derecho Disciplinario N° 20. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación, 2008.
- LOZANO CUTANDA, Blanca. Derecho ambiental administrativo. Madrid: Dyhinson, 2007.
- MESTRE DELGADO, Juan. Potestad reglamentaria y principio de legalidad las limitaciones constitucionales en materia sancionadora. En: Revista de derecho administrativo. Madrid. Vol. 57, (1988).
- MONCADA ZAPATA, Juan Carlos. El reglamento como fuente de derecho en Colombia. Bogotá: Temis, 2007.
- MORELL OCAÑA, Luis. Curso de derecho administrativo I. Pamplona: Aranzadi, 1998.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Tecnos, 2005.
- OSSA ARBELAEZ, Jaime. Derecho administrativo sancionador. Segunda Edición. Bogotá: Legis. 2000.
- PARADA, Ramón. Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común. Madrid: Marcial Pons, 1993.
- RAMÍREZ ROJAS, Gloria Edith. Dogmática del derecho disciplinario en preguntas y respuestas. En: GÓMEZ PAVAJEAU. Colección de Derecho Disciplinario N° 20. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación, 2008.
- RAMOS ACEVEDO, Jairo. Cátedra de derecho administrativo general y colombiano. Medellín: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal. Bogotá: Temis, 2002.
- RIVERA TEMPRANO, Ezequías. Estudio de la L.R.J. de las administraciones públicas y del procedimiento común II. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de derecho administrativo, Tomo I. Madrid: Iustel, 2006. p. 341).
- SUAY RINCÓN, José. La formulación del principio de legalidad en materia sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia. En: Justicia Administrativa, Número extraordinario, de los funcionarios públicos. Madrid: Marcial Pons, 1992.
- VALENCIA MATTÍN, Germán. Actas de V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, el Principio de Legalidad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000.
- VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. El principio de legalidad penal. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.