

EL TRATAMIENTO QUE SE LE DA AL 'NON BIS IN IDEM' EN COLOMBIA DESDE LA
PERSPECTIVA DEL RÉGIMEN PENAL Y EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO

SANCIONATORIO:

Análisis desde la protección de la libre competencia.

GERMÁN ANDRÉS ORTEGA OCHOA

VALENTINA FAJARDO VICTORIA

DIRECTOR

JOSÉ FERNANDO MESTRE ORDOÑEZ

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR AL TÍTULO DE
ABOGADOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ

2023

TABLA DE CONTENIDO

I. Introducción

II. Derecho de la Competencia

- i. Protección estatal del Régimen de la Competencia
- ii. Prácticas anticompetitivas

III. Regímenes que protegen la libre competencia y el procedimiento

- i. Régimen administrativo sancionatorio
 - i. Trámite adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio
- ii. Derecho penal
 - i. Trámite adelantado por la Fiscalía General de la Nación

IV. ¿Es legítimo que el Estado sancione dos veces?

- i. Caso A
 - i. Régimen administrativo sancionatorio. Procedimiento que lleva a cabo la Superintendencia de Industria y Comercio.
 - ii. Régimen penal. Procedimiento que lleva a cabo la Fiscalía General de la Nación.

ii. Non bis in ídem

- i. *Non bis in ídem* en la Constitución Política de 1991

V. Sobre la simultaneidad de sanciones en el régimen penal y el régimen administrativo sancionatorio.

- i. La posibilidad y aceptación para sancionar simultáneamente en el régimen penal y en el régimen administrativo sancionatorio.

- i. Relación del principio del *non bis in ídem* con el concepto de Cosa Juzgada
- ii. Sobre la posición que considera que dicha simultaneidad vulnera el *non bis ídem*

VI. Conclusión

RESUMEN

La Constitución de 1991 y el ordenamiento jurídico colombiano consagran el principio *non bis in idem* como un derecho fundamental que prohíbe sancionar dos veces a una persona por la misma conducta. Este principio se aplica en regímenes como el administrativo sancionatorio o el régimen penal, pero existen casos en los que ambos regímenes pueden sancionar a una persona por los mismos hechos. Existen posiciones opuestas sobre si la simultaneidad de sanciones en el ámbito penal y administrativo sancionatorio por una misma unidad fáctica vulnera el *non bis in idem*, para conocer esto se tienen como ejemplo las prácticas anticompetitivas.

Palabras clave: *non bis in idem*, derecho penal, derecho administrativo sancionatorio, prácticas anticompetitivas, sanciones.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho y las ciencias jurídicas históricamente han desarrollado unos pilares y fundamentos que se han plasmado constitucional y normativamente como *principios generales* del derecho y que han sido la fuente principal para la protección de garantías y derechos de la sociedad. En este sentido, uno de los principios protegidos por la Constitución colombiana de 1991, particularmente en el artículo 29 de la Carta, es el denominado “*non bis in idem*” que además, tiene carácter de derecho fundamental. Principio que consiste, en breve, en la prohibición que existe para sancionar dos veces a una persona por la misma conducta.

El “*non bis in idem*”, se aplica en materia de la facultad sancionatoria del Estado - *ius puniendi*- la cual se materializa a través de dos ramas principales: (i) el derecho administrativo sancionatorio; y (ii) el derecho penal. Por tanto, esta potestad consiste en el poder que tiene el Estado para sancionar o castigar aquellas conductas que vayan en contra de las normatividades vigentes y de las prohibiciones que se encuentran expresamente en la ley realizadas por los miembros de la sociedad.

Ahora bien, existen campos de la vida cotidiana como lo es por ejemplo, el derecho a la libre competencia, el cual en el ordenamiento colombiano encuentra una doble protección: tanto el régimen administrativo sancionatorio como el régimen penal, los cuales se encargan de sancionar conductas que puedan ir en contra de este. Así, al utilizar el derecho a la libre competencia como ejemplo, podrá analizarse de manera ilustrativa si existe una vulneración al *non bis in idem* por el hecho de que estos dos regímenes referidos puedan sancionar en dos regímenes a una misma persona por unos mismos hechos.

A lo largo del texto, el enfoque será especificado a las prácticas anticompetitivas, las cuales han sido comprendidas por el legislador como aquellos acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan como objeto la limitación de la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas que busquen limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Aunado a lo anterior, el régimen penal cuenta con la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal por mandato constitucional y el derecho administrativo sancionatorio actúa a través de la Superintendencia de Industria y Comercio, que es la autoridad nacional de protección de la competencia, según lo descrito en la Ley 1340 de 2009.

De esta forma, estudiaremos en esta investigación un caso hipotético para tener mayor claridad:

Caso: Supongamos que un tercero denuncia los siguientes hechos: el consorcio “Vías por Colombia” y el consorcio “Carreteras Nacionales” toman la decisión de postularse en un proceso de licitación pública para la planeación, ejecución y puesta en marcha de una carretera intermunicipal en Colombia. Previamente, los dos oferentes habían acordado que Carreteras Nacionales presentaría una oferta con precios más bajos que la de Vías por Colombia para que, de esta forma, se ganara la licitación y que, una vez obtenido el contrato, Carreteras Nacionales subcontrataría a Vías por Colombia para realizar una parte de la obra a un precio superior al que se habría fijado en el mercado. Así, los representantes legales de cada uno de los consorcios continuaron con su estructura, obtuvieron ganancias indebidas y alteraron la libre competencia en el proceso de licitación.

El estudio de este caso hipotético que se ha referido tiene como finalidad conocer si efectivamente se vulneraría el “*non bis in idem*” en situaciones como las planteadas, teniendo en cuenta que en este caso sería procedente una investigación por prácticas anticompetitivas de carácter administrativo sancionatorio y, paralelamente, una de carácter penal; ya que estas investigaciones podrían tener como consecuencia una sanción.

El interés radica en el hecho de que existen en Colombia posiciones opuestas en relación con la simultaneidad de sanciones. La discusión surge en aquellas circunstancias en que el mismo hecho genera una sanción en el ámbito penal y en el ámbito administrativo sancionatorio.

Cómo se desarrollará, existe una postura que sostiene que el “*non bis in idem*” no se vulnera en estas situaciones, que encuentra su fundamento en que la naturaleza de las sanciones es diferente en cada uno de los regímenes y que, en consecuencia, no hay una sanción doble por un mismo hecho. Esta postura es la que ha defendido -en la mayoría de las ocasiones- la jurisprudencia nacional, específicamente la Corte Constitucional, por ejemplo, en pronunciamiento C-554 de 2001, en el que señala que; “*la prohibición del non bis in idem no acarrea la imposibilidad de que unos mismos hechos sean castigados por autoridades de distinto orden; tampoco que esos hechos sean apreciados desde perspectivas distintas vgr. como ilícito penal y como infracción administrativa*” se ha sumado a esta posición el Consejo de Estado, que en providencia 228 de 2002 al señalar que “*tal prohibición no implica que por un mismo hecho no se puedan infringir varias sanciones, de distinta naturaleza (...) La prohibición opera frente a sanciones de una misma naturaleza*” (Énfasis del texto original).

La posición contraria se fundamenta, entre otros, en diferentes puntos: (i) se dejan de lado principios fundamentales del derecho penal (Sampedro, 2021); (ii) el derecho penal debería

considerarse como instrumento para sancionar cuando ya se hubiese intentado con todas las demás herramientas que el sistema jurídico actual nos proporciona (Humar, 2021); (iii) se debe proteger al ciudadano para evitar que se sancione una conducta de manera desproporcionada fuera de lo que corresponda en justicia (Sáenz, 2006); y (iv) incluso la misma Corte Constitucional que, de manera general ha optado por defender la posición contraria, en pronunciamiento C-803 del año 2003, dispone sobre los argumentos previamente referidos que *“el Derecho Penal sólo es aplicable cuando para la protección de los bienes jurídicos se han puesto en práctica otras medidas no represivas, que pueden ser, por ejemplo, de carácter laboral, administrativo o mercantil, y ellas han resultado insuficientes; por tanto, sería desproporcionado e inadecuado comenzar con una protección a través del Derecho Penal.”*

De esta forma, se analizará de manera general cómo funciona la regulación en cuanto al derecho de la competencia en Colombia. Más adelante se revisará particularmente cómo se protegen las prácticas anticompetitivas, cómo se dan las sanciones y en qué regímenes se imponen, partiendo del ejemplo previamente señalado. Así, se desarrollará el principio de carácter fundamental del *“non bis in idem”* y, posteriormente, se traerán a colación las dos posiciones que se han presentado en relación con la discusión sobre la vulneración de este con la investigación o sanción simultánea en regímenes diferentes por hechos relacionados con prácticas anticompetitivas.

En línea con lo expuesto y teniendo como ejemplo el derecho de la competencia, se podrá tener una perspectiva general sobre la forma en que se fundamenta que existan actualmente en Colombia conductas que se sancionan paralelamente en el régimen administrativo sancionatorio y, a su vez, en el régimen penal.

2. DERECHO DE LA COMPETENCIA

El Derecho de la Competencia ha sido definido como “el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre determinado mercado, en aras del interés público”. (Miranda, 2006)

De esta manera, se establece que las normas propias del régimen de competencia, tienen como finalidad garantizar a cada una de las personas que deseen participar en el mercado eficacia y sobre todo la posibilidad de la participación dentro del mismo, teniendo siempre como límite la Constitución Política y lo establecido en la Ley.

La Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado que la finalidad del derecho de la competencia es la de proteger los intereses de los consumidores y la protección de la libre competencia en los mercados. Señala la entidad que su protección se da a través de la prohibición de actos que sean considerados como aquellos que impiden la competencia. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2021).

2.1. PROTECCIÓN ESTATAL DEL RÉGIMEN DE LA COMPETENCIA

El Derecho de la Competencia en Colombia ha tenido una importante evolución normativa. Explica Miranda (2011) que partiendo de la Constitución Política de 1886 es relevante conocer que en esta no se consagró el derecho de la competencia como uno de los principios, sino que este fue parte de protección constitucional con la expedición de la Carta de 1991.

No obstante, la Constitución de 1886 sí hizo referencia a uno de los elementos que fundamenta que hoy en día se proteja la competencia *per se*, y esto se debe a la inclusión de la intervención del estado en la economía. Resulta importante este concepto puesto que es a través de este que se puede garantizar que no existan obstrucciones a la libre competencia e igualmente se señala cuáles son los parámetros que se deben cumplir por parte de las personas que decidan participar en el mercado, así se puede tener control respecto de las diferentes formas de participar en un mismo mercado.

Como consecuencia, se promulgó el Acto Legislativo 1 de 1936, por medio del cual se dispuso que el Estado intervendría por medio de leyes, dándosele a estas facultades plenas para establecer un marco jurídico de la actividad económica. Señala Miranda (2011) que esto generó que se declarara el principio como un “canon constitucional de funcionamiento del Estado”.

Así, con lo expuesto como fundamento es pertinente hacer referencia a la Ley 155 del año 1959 y su importancia para Colombia desde su expedición. Narra Alfonso Miranda (2011) que la finalidad que buscaba el ministro de la época con su redacción era garantizar a las personas que por medio de esta regulación se evitaran circunstancias relacionadas con el abuso de poder proveniente de grandes empresas y consideraba también que la competencia debería ser vista como “el más eficaz instrumento para promover el desarrollo tecnológico.”

Desde entonces en Colombia se han desarrollado diferentes regulaciones y normatividades que encuentran su fundamento en una mayor protección para la competencia. En este sentido ha

manifestado Aristizabal (2000) que, sin lugar a duda, es fundamental lo consagrado en la Constitución Política de 1991, que por medio de su artículo 333 dispone que tanto la actividad económica como la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Señala la la norma:

“Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

Continuando con lo expuesto y en relación con el desarrollo de la normatividad que ha formado parte de la regulación de la competencia en Colombia, encontramos el Decreto 2153 de 1992, el cual modificó la estructura normativa que hasta este momento histórico se venía empleando - y que aún continúa vigente-, entendiéndose esta, como la “norma residual que se debe aplicar cuando las conductas que se investigan no se encuentran expresamente prohibidas” (Miranda, 2011).

Ahora bien, tal como se ha mencionado anteriormente, la competencia es un interés que se encuentra protegido por el Estado. Sin embargo, es pertinente señalar adicionalmente que desde la perspectiva del derecho penal también se protege la competencia. En este sentido, señala Grace García (2012) que, al tener en cuenta que la competencia está inmersa en el orden económico y social principalmente y sabiendo que este último es un interés protegido por el Estado a través del ius puniendi, puede entenderse que la Constitución Política legitima la aplicación del derecho penal al derecho de la competencia.

En este sentido, el Código Penal ha prohibido diferentes conductas que, desde la doctrina (Prias, 2021), pueden ser entendidas como prácticas contrarias a la libre competencia. Tipos penales como el acaparamiento, la violación de la reserva industrial, el pánico económico, la especulación, entre otros.

Adicionalmente a esta serie de tipos penales que, además encuentran su fundamento en la protección del bien jurídico “orden económico y social”, se encuentra una protección particular al interior del bien jurídico de la administración pública; corresponde a un tipo penal que sanciona específicamente los acuerdos restrictivos de la competencia -en materia de contratación pública- en el artículo 410-A del Código Penal que dispone lo siguiente:

“Artículo 410-A. Acuerdos restrictivos de la competencia

El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos

(200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

PARÁGRAFO. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.”

Teniendo en cuenta lo que dispone la norma en cuestión y conociendo que existen otros tipos penales para proteger conductas que corresponden a prácticas contrarias a la libre competencia, se puede afirmar que existe también una prohibición de carácter penal para la población en materia de derecho de la competencia y no, exclusivamente, corresponde a las normatividades a las que se hizo referencia con anterioridad. Así, es dable concluir que, si bien se intentó unificar la normatividad correspondiente a la competencia en Colombia para que fuera la Superintendencia de Industria y Comercio la autoridad nacional para dicha materia, el derecho penal también juega un papel muy importante al sancionar aquellos comportamientos que atenten en contra de la libre competencia.

2.2. PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

Ahora bien, aunque se ha hecho referencia a la forma en que en Colombia se ha desarrollado con el paso de los años una normatividad específica para la protección de la libre competencia, es

pertinente conocer qué es lo que se comprende comúnmente como una práctica anticompetitiva. Es menester resaltar que las prácticas y los acuerdos anticompetitivos encuentran su regulación en la Ley 1340 de 2009 y en el Decreto 2153 de 1992.

La importancia que tiene para el presente documento dicha definición corresponde a que son estas las prácticas que tienen una sanción por parte del *ius puniendi*. La Superintendencia de Industria y Comercio las define como:

“Una serie de prácticas que limitan o impiden la competencia en los mercados (...)”

En relación con los acuerdos anticompetitivos, señala:

“Un acuerdo anticompetitivo es todo contrato, convenio o práctica concertada entre dos o más empresas, que restrinjan o distorsionen la competencia. De acuerdo al artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.” (Superintendencia de Industria y Comercio, sf).

También Guevara (2008), define las prácticas y los acuerdos restrictivos de la competencia como aquellos acuerdos tácitos o expresos que son establecidos entre agentes económicos que actúan en el mismo canal de distribución, buscando obtener un beneficio y en detrimento de los demás competidores o consumidores.

Específicamente en el caso colombiano, no contamos con un listado taxativo de conductas consagradas en una única normatividad sino que existen diferentes normas que permiten conocer cuáles son aquellas prácticas que son comprendidas por el legislador como anticompetitivas, estas son, entre otras: (i) aquellos acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan como objeto la limitación de la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas,

procedimientos o sistemas que busquen limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos, constituyen prácticas anticompetitivas, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959; (ii) los acuerdos entre dos o más empresas que prevengan, restrinjan o distorsionen la competencia, de conformidad con el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992; (iii) actos unilaterales realizados por empresas partiendo de lo dispuesto en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992; (iv) las conductas abusivas de la posición de dominio, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992; y (v) aquellas conductas que el Código Penal colombiano sanciona y que son procripciones para proteger la libertad de competencia.

3. REGÍMENES QUE PROTEGEN LA LIBRE COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

Tal como se ha evidenciado en líneas anteriores y como lo expone la Superintendencia de Industria y Comercio, el régimen de protección de la libre competencia colombiano está contenido en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009. El régimen de protección de la libre competencia prohíbe todas las prácticas realizadas por parte de los agentes del mercado que se consideren restringidas, o limitadas dentro del proceso competitivo que se desarrolla en los mercados.

En este sentido, se puede conocer que existe una amplia protección -fundamentada en algunas prohibiciones- en relación con la libre competencia desde la perspectiva del derecho administrativo sancionatorio. Así, como se refirió previamente, el derecho penal encuentra su regulación en la Ley 599 de 2000 que es el Código Penal colombiano vigente, y en dicha normatividad se encuentra plasmado el reproche que existe para algunas prácticas restrictivas de la competencia en lo que respecta a unos negocios jurídicos determinados.

Así, resulta relevante conocer la naturaleza de las sanciones y las diferencias o similitudes con las que se impongan sanciones en cada uno de los regímenes jurídicos. En consecuencia, se desarrollará cada uno de los dos regímenes.

3.1. RÉGIMEN ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Al saber que el Régimen Administrativo Sancionatorio protege la libre competencia de comportamientos que puedan ir en contra de dicha libertad, es pertinente conocer en qué consiste este ordenamiento jurídico. Así, el hecho de que este régimen se encuentre en cabeza del Estado a través de sus entidades, se puede entender desde dos perspectivas diferentes; la primera es desde un sentido subjetivo, el cual hace referencia a la facultad que se le otorga a través de un sistema jurídico, a entidades para que funjan como autoridad para aplicar sanciones y por el otro lado, un sentido objetivo, el cual se puede entender como un conjunto de normas que regulen las sanciones que se imponen y a su vez, establecer cuáles son aquellas conductas que se deben prevenir para efectos de no incurrir en una sanción o en una práctica anticompetitiva (García, Amado, s.f.)

Ahora bien, la entidad que ha sido designada para investigar, sancionar, determinar si existen o no prácticas anticompetitivas y demás acciones que se consideren necesarias para efectos de probar o desvirtuar un acto anticompetitivo, ha sido la Superintendencia de Industria y Comercio, que por medio de la Ley 1340 de 2009 fue designada como la autoridad nacional en materia de salvaguardar la libre competencia en Colombia.

Durante el período comprendido entre 1990 a 1992, bajo la administración del presidente César Gaviria, se llevó a cabo un proceso de modernización del Estado y se reformó la Constitución Política de 1991. Este proceso tenía como objetivo simplificar los trámites nacionales y

reestructurar el aparato productivo estatal. Como resultado, se expidió el Decreto 2153 del 30 de diciembre de 1992 para reestructurar la Superintendencia de Industria y Comercio y otorgarle facultades para promover la competencia y adoptar medidas cautelares. En 1998, la Ley 446 le concedió a la Superintendencia facultades adicionales para regular las prácticas anticompetitivas, incluyendo la capacidad de tramitar solicitudes de liquidación de perjuicios por conductas constitutivas de competencia desleal. En 1999, la Ley 510 le otorgó facultades aún más amplias que han sido de gran importancia en la regulación de todas las prácticas anticompetitivas.

Así, las facultades que fueron otorgadas con el tiempo a la Superintendencia de Industria y Comercio fueron creciendo y volviéndose cada vez más protagonistas en el manejo de las sanciones y regulación de las prácticas anticompetitivas y como tal de asegurar una libre y leal competencia, que en el año 2001 por medio de la expedición de la Ley 640 del 5 de enero del mismo año se introdujo la etapa conciliatoria dentro de los procesos de competencia y del consumidor que a partir del siguiente año se llevarían a cabo en la Superintendencia de Industria y Comercio.

Teniendo en cuenta que año tras año la Superintendencia de Industria y Comercio desempeñaba un papel mucho más protagónico en el ámbito jurídico, en el año 2009 con la promulgación de la Ley 1340, se dispuso que esta entidad sería la autoridad nacional de protección de la competencia, atribuyéndole de esta forma ciertas facultades como lo era la posibilidad de conocer de forma privativa las investigaciones administrativas, imponer multas y sancionar en caso de la existencia de una infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia y la vigilancia de la competencia desleal. (Superintendencia de Industria y Comercio, sf).

Es así como en Colombia, la función sancionatoria de la administración, que es la que resulta relevante en el momento en que se hace referencia a la Superintendencia de Industria y Comercio y las sanciones que puede imponer por prácticas anticompetitivas; busca tener un carácter preventivo, de forma que se protejan bienes jurídicos específicos. En palabras del Consejo de Estado:

“La sanción administrativa tiene por finalidad normativa -y ello constituye la base de la competencia de la autoridad facultada para su imposición- evitar la comisión de infracciones que atenten contra la integridad de los bienes jurídicos cuya protección le ha sido atribuida por el legislador a la autoridad administrativa.”¹.

3.1.1. TRÁMITE ADELANTADO POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

De acuerdo con Alarcón y Quintero (2019), el proceso que se llevará a cabo por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con las facultades otorgadas por medio de la Ley 1340 de 2009, será iniciar una investigación y en caso de ser necesario, sancionar imponiendo multas tanto a personas naturales como a personas jurídicas. Esto, si se comprueba que el sujeto ha violado alguna de las disposiciones existentes sobre protección de la competencia, sin dejar de lado que la omisión también será considerada como una falta a la normatividad, o que la Superintendencia imponga una orden y este la desacate.

Así, el trámite para dar inicio a una investigación por el desarrollo de prácticas anticompetitivas se puede hacer de tres maneras. El primero corresponderá a una investigación de oficio por parte

¹ Concepto Sala de Consulta C.E. 1454 de 2002. Consejo de Estado

de la Superintendencia debido al conocimiento de una práctica que pueda considerarse o tenga carácter de anticompetitiva; por la queja que interponga un tercero que tenga conocimiento de una conducta de esta índole; o por la compulsión de copias de otra autoridad que tenga conocimiento y remita la información a la Superintendencia para que esta haga la respectiva investigación.

Una vez se ha tenido conocimiento de las conductas que presuntamente han ido en contra de la libre competencia, se iniciará la etapa de averiguación preliminar, en esta etapa se hace un estudio respecto de la información que se obtuvo previamente y se toma la decisión de iniciar una investigación formal o, en su defecto, de archivar la investigación.

Si la decisión radica en archivar la investigación, la Superintendencia de Industria y Comercio emitirá un acto administrativo de cierre de averiguación preliminar. Por el contrario, si considera que hay mérito para continuar con el proceso, se emitirá un acto administrativo de apertura de investigación.

En este caso, se notificará a los investigados para que realicen sus solicitudes probatorias. Ahora bien, la Superintendencia de Industria y Comercio será la autoridad que decida qué pruebas se practicarán y, a su vez, podrá decretar pruebas de oficio.

En este proceso pueden participar los competidores que se hayan visto perjudicados, los consumidores o cualquier persona, entidad o asociación que demuestre que existe un interés directo e individual en las investigaciones de estas conductas. Los terceros que participen podrán aportar consideraciones y pruebas en los quince (15) días hábiles siguientes a la publicación del proceso en la página web de la Superintendencia y los descargos y ofrecimiento de garantías

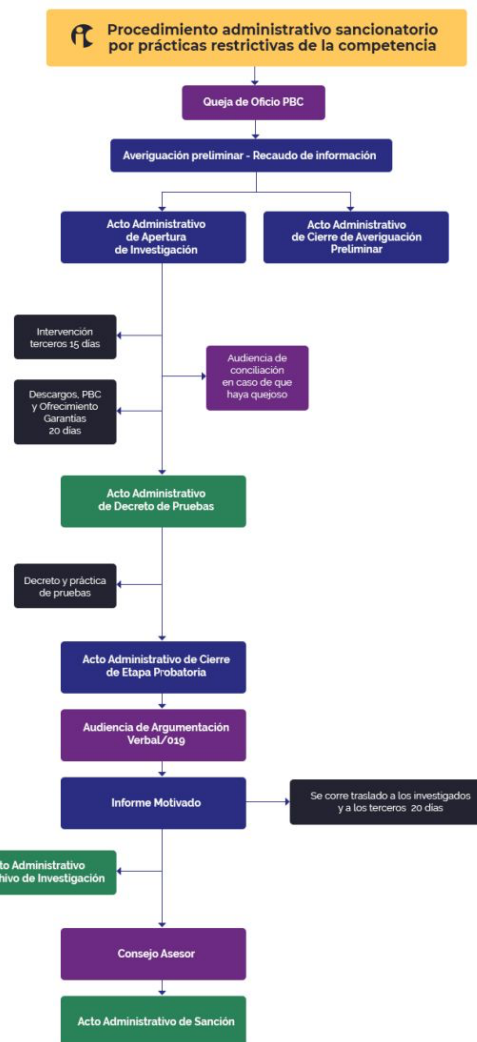
tendrán un término de veinte (20) días. Dentro de este término de quince (15) y veinte (20) días, se llevará a cabo audiencia de conciliación únicamente si hay quejoso.

Posteriormente se emitirá acto administrativo de decreto de pruebas para proceder a ello, lo cual dará paso al cierre de la etapa probatoria, que se deberá culminar con el acto administrativo de cierre.

Dentro de la explicación que se da por parte de Alarcón y Quintero (2019), es relevante señalar que una vez se ha dado este trámite investigativo, el superintendente delegado presenta un informe, que no tiene carácter vinculante, en el que se recomienda una sanción o el archivo; tal informe se dará a conocer a quienes sean parte del proceso para que presenten sus observaciones. Este informe debe ser motivado y se da con posterioridad a la audiencia de argumentación. Del mismo se corre traslado a los investigados y a los terceros por un término de veinte (20) días donde posteriormente se podrá nuevamente o continuar al consejo del asesor o a archivar la investigación.

Por último, se llega a la fase resolutive. En esta etapa procesal, se emitirá por parte del superintendente la resolución que termina el proceso; decisión ante la cual se puede interponer el recurso de reposición. En virtud de lo dispuesto en la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia podrá imponer multas.

La Superintendencia de Industria y Comercio ha diseñado un gráfico que desarrolla el procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la competencia²:



En conclusión, dentro del régimen del derecho administrativo sancionatorio se investigan y sancionan las prácticas anticompetitivas. Existe un procedimiento a la luz de la ley que así lo dispone y la facultad de sancionar recae en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio.

² Imagen obtenida de la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio. Podrá ser consultada en <https://www.sic.gov.co/practicas-restrictivas-de-la-competencia>

3.2. DERECHO PENAL

Como se ha mencionado, el derecho penal resulta también relevante para la protección del derecho a la libre competencia y por tanto resulta pertinente conocer qué es el derecho penal y cómo funciona este en Colombia.

El derecho penal, en palabras de Roxin (1997) tiene dos funciones particulares, la primera consiste en la protección de bienes jurídicos³ y la segunda corresponde a la búsqueda o promoción de un comportamiento ajustado al orden social y jurídico que tiene lugar en las normas de carácter legal (Leyva; Lugo, 2015).

Las sanciones que puede imponer el derecho penal consisten en penas privativas o no privativas de la libertad, dentro de las cuales pueden encontrarse multas u otro tipo de limitaciones a la libertad, así como las medidas de seguridad (Velásquez, 2020). Estas sanciones serán analizadas con detalle más adelante.

La pena para diferentes autores, como han señalado Bustos y Hormazábal (1980) consiste en la autoconstatación del poder coercitivo del Estado; en otras palabras podríamos interpretar que la pena debe ser comprendida entonces como el legítimo ejercicio del *ius puniendi*. De esta forma, la denominada “pena” cuenta con unas finalidades particulares, que han sido reconocidas por la doctrina como fines de la pena.

³ Resulta relevante señalar que si bien la postura que tiene ROXIN es comprendida como la doctrina mayoritaria, existen otros referentes del derecho penal como JAKOBS que, en su texto “¿*Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*” sostiene que lo que protege el derecho penal es la vigencia de la norma y no la protección de bienes jurídicos.

En este sentido, los fines de la pena se han desarrollado por la ciencia penal partiendo de dos grandes grupos de teorías las absolutas y las relativas. En lo que respecta a las teorías absolutas estas corresponden a la necesidad de justicia y a la restauración del derecho que ha sido quebrantado (Velásquez, 2020), es la denominada retribución, de forma que se puede comprender que la pena ha de ser entendida como la respuesta directa a la conducta delictiva. En el ámbito de las teorías relativas lo que se busca corresponde a la prevención de futuros delitos; para este grupo de teorías se encuentra una doble clasificación que, dentro de esta cuenta con otra doble calificación. Así, nos encontramos con la prevención general y la prevención especial, y cada una de estas tiene una modalidad positiva y negativa.

La prevención general positiva desarrollada por diferentes autores como Mir (1986) consiste en afirmar o asegurar a la población la vigencia, existencia y posible aplicación de la norma frente a la comisión de un delito. A su vez, la prevención general negativa consiste, en palabras de Feuerbach (1989), en la amenaza o disuasión para la población de la comisión de un delito a través de la existencia de una norma que tiene como consecuencia directa la imposición de una pena.

En lo que respecta a la prevención especial, existe también la modalidad positiva y negativa, en palabras de Velásquez (2020) la prevención especial negativa que también se puede comprender como *inocuización*, busca prevenir el delito con la eliminación del individuo de la sociedad, o en su defecto, neutralizarlo; en términos de la privación de su libertad. Y como prevención especial positiva, o de la corrección, se debe comprender el interés ulterior del derecho penal a través de la pena, de corregir o rehabilitar al condenado de forma que se cumpla con la resocialización o inserción positiva en la sociedad.

Se tiene entonces que existe una consecuencia denominada pena -que además como se explicó tiene diferentes fines respecto de quien será objeto de su imposición- que tiene como finalidad evitar la comisión de futuras infracciones del Derecho (Jescheck; Weigend, 2002).

Expuesto lo anterior, es pertinente señalar que el derecho penal colombiano encuentra su regulación en dos normatividades particulares⁴, en primer lugar la Ley 599 de 2000 que se divide en dos partes, la primera que comprende los principios fundamentales del derecho penal -la parte general del Código- y, a su vez, la segunda parte que consagra todas aquellas conductas que son sancionadas por el derecho penal, es decir los delitos o tipos penales -la parte especial del Código-. En el mismo sentido, en lo que respecta a la materia procesal, el derecho penal se rige de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 906 de 2004 que es el Código de Procedimiento Penal vigente y que dispone cómo debe adelantarse el proceso penal bajo una modalidad acusatoria en la que la Fiscalía y la defensa cuentan con una denominada “igualdad de armas” para defender y estructurar su teoría del caso.

En conclusión, el derecho penal tiene entonces como finalidades mantener un determinado orden, proteger los intereses del Estado en lo que respecta a la seguridad y armonía de la población, sancionar en búsqueda de justicia y de reinserción o resocialización y establecer tipos penales y conductas objeto de sanción en búsqueda de prevenir la comisión de estas.

3.2.1. TRÁMITE ADELANTADO POR LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

⁴ Para efectos prácticos en la presente investigación se ha omitido hacer referencia y desarrollar la Ley 600 del año 2000, que fue el Código de Procedimiento Penal vigente hasta el año 2004; posteriormente dicha normatividad quedó funcional exclusivamente para aforados, de forma que, en el presente texto sólo se hará referencia al Código de Procedimiento Penal vigente para la fecha, es decir, la Ley 906 del año 2004.

En lo que respecta a la materia penal el Código de Procedimiento Penal -Ley 906 de 2004-, dispone el proceso para investigar la comisión de una conducta delictiva. Oriol Avella (2007) en el documento “Estructura del Proceso Penal Acusatorio” desarrolla el trámite completo de la siguiente forma:

En primer lugar, la Fiscalía General de la Nación, que es el órgano del Estado en cabeza del cual se encuentra el ejercicio de la acción penal⁵, investigará los hechos.

Esta investigación iniciará o bien por la denuncia de la presunta víctima o de un tercero o bien de oficio por el conocimiento por parte de la Fiscalía de unos hechos que puedan adecuarse a un tipo penal. En la primera etapa de la investigación la Fiscalía buscará y recogerá toda la información que permita identificar a los presuntos responsables y así, en el momento en que se cuente con suficiente información, se procederá con la audiencia de formulación de imputación.

En esta etapa procesal, la Fiscalía le comunica a una persona -o varias- que está siendo investigada por la comisión de una conducta delictiva y se le vincula formalmente al proceso. Desde la formulación de imputación hasta la audiencia de formulación de acusación la Fiscalía continúa ejerciendo sus actividades para recaudar elementos materiales probatorios y evidencia en contra de quien ha sido imputado.

En el momento en que cuenta con la cantidad suficiente de material probatorio, se cita al imputado a audiencia de formulación de acusación, en el cual la Fiscalía traslada el Escrito de Acusación en el cual se consigna el marco fáctico y jurídico bajo el cual se desarrollará el proceso penal. Además,

⁵ Para algunos delitos específicos, la acción penal podrá ser ejercida por la víctima o por autoridades que cumplan funciones de Policía Judicial, en los términos y condiciones que señale la ley. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma prevalente (Vargas, 2012).

esta audiencia es muy importante pues marca el inicio de la etapa de juicio oral, y, se realiza el descubrimiento probatorio de la Fiscalía; es decir, el ente acusador descubre frente al acusado los elementos de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida con la cual fundamenta su acusación. También es relevante esta etapa, pues el proceso empieza a desarrollarse ante el despacho del juez de conocimiento, quien es el juez que se encargará de tomar la decisión.

Posterior a esta audiencia la defensa tiene un término de sesenta (60) días para recaudar sus pruebas con el fin de desvirtuar las que tiene en su haber la Fiscalía. Una vez cumplido el término, el juez de conocimiento cita a audiencia preparatoria, en la cual la defensa hará su descubrimiento, las partes harán sus solicitudes probatorias, se podrán estipular (establecer como probados) algunos hechos de la acusación y oponerse a lo que solicite la contraparte. En esta audiencia, mediante auto que decreta pruebas, el juez se pronuncia sobre las pruebas que las partes podrán ingresar al proceso y todos los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legal obtenida que sea decretada será considerada prueba en el proceso penal.

Finalmente, tiene lugar la audiencia de juicio oral, donde se lleva a cabo el debate probatorio entre las partes. La Fiscalía buscará la condena del acusado más allá de toda duda razonable, de lo contrario, se le absolverá. Una vez satisfecha esta etapa, el Juez deberá dar el sentido del fallo y leer la sentencia, la cual es susceptible de recursos y una vez todo lo anterior esté resuelto, se entenderá como ejecutoriada.

4. ¿ES LEGÍTIMO QUE EL ESTADO SANCIONE DOS VECES?

Una vez conocida la manera en que se protege la libre competencia, y cómo específicamente se sancionan las conductas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio y por parte del

régimen penal, resulta relevante conocer si desde la perspectiva del principio constitucional del *non bis in idem*, desde la comprensión de las garantías y prebendas con las que debe contar quien es objeto de un proceso sancionatorio, resulta viable la simultaneidad en las sanciones. De esta forma, en primer lugar, se revisará un ejemplo que permita ilustrar la situación.

Se realizará el estudio de un caso hipotético teniendo como fundamento principal el análisis que realizaría tanto la Superintendencia de Industria y Comercio como la Fiscalía General de la Nación al momento de sancionar una conducta contraria a la libre competencia, para que posteriormente se pueda analizar en qué consiste esta doble sanción y si a la luz del ordenamiento colombiano resulta viable o no.

4.1. Caso: Supongamos que un tercero denuncia los siguientes hechos: el consorcio “Vías por Colombia” y el consorcio “Carreteras Nacionales” toman la decisión de postularse en un proceso de licitación pública para la planeación, ejecución y puesta en marcha de una carretera intermunicipal en Colombia. Previamente, los dos oferentes habían acordado que Carreteras Nacionales presentaría una oferta con precios más bajos que la de Vías por Colombia para que, de esta forma, se ganara la licitación y que, una vez obtenido el contrato, Carreteras Nacionales subcontrataría a Vías por Colombia para realizar una parte de la obra a un precio superior al que se habría fijado en el mercado. Así, los representantes legales de cada uno de los consorcios continuaron con su estructura, obtuvieron ganancias indebidas y alteraron la libre competencia en el proceso de licitación.

4.1.1. Régimen administrativo sancionatorio. Procedimiento que llevaría a cabo la Superintendencia de Industria y Comercio:

Para el caso que nos atañe, es claro que la investigación inició gracias a una denuncia de un tercero, quien alega prácticas que afectan la libre competencia. Para estos efectos, la Superintendencia de Industria y Comercio iniciará la averiguación preliminar, donde procurará recaudar toda la información necesaria para resolver el caso. Podrá en caso de requerir, realizar una inspección en las Compañías Vías por Colombia y la empresa Carreteras Nacionales, de conformidad con lo que ha sido estipulado por el numeral 1 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, para efectos de verificar si por ejemplo existe algún vínculo entre los dos consorcios que pueda determinar esa colusión.

En el caso particular que es objeto de estudio la Superintendencia deberá estudiar con profundidad si se está yendo en contravención de lo que dispone el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992⁶ y el artículo 1° de la Ley 155 de 1959⁷.

⁶ El referido numeral señala que se considerarán acuerdos contrarios a la libre competencia: “*los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas*”.

⁷ El artículo 1° de la Ley 155 de 1959 dispone: *Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar, la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas.*

Parágrafo. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdo o convenio que no obstante limitar la libre competencia, tenga por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.

En este sentido, la Superintendencia (2017) ha definido la colusión como la acción o efecto de coludir, que es el hecho de pactar entre dos proponentes en contra de un tercero o de una de las partes que son parte del proceso contractual o concurso.

En consecuencia, la Superintendencia adelantaría el proceso descrito en líneas anteriores y, de encontrar responsabilidad, podría interponer sanciones contra los representantes legales de los consorcios Carreteras Nacionales y Vías por Colombia⁸ toda vez que son estos quienes están actuando como agentes en el mercado a través de los consorcios que representan como lo explica la Superintendencia de Industria y Comercio en Resolución 66698 de 2013. En la referida resolución se profundizó respecto del papel que juega una persona natural como objeto de sanciones e investigaciones en casos similares a este.

Dichas sanciones serían impuestas bajo el concepto de multas cuyo valor será determinado por la autoridad competente, en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio.

4.1.2. Régimen penal. Procedimiento que lleva a cabo la Fiscalía General de la Nación:

Desde la perspectiva penal y para efectos de resolver el caso presentado, es relevante traer a colación lo dispuesto por el artículo 410-A del Código Penal colombiano que castiga el acuerdo anticompetitivo en procesos de licitación pública, de la siguiente manera:

⁸ Pueden consultarse las resoluciones 3150 del año 2019 y 2076 del año 2019 a través de las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones a diferentes personas naturales por actuar coordinadamente como representantes legales de sus respectivos consorcios para el desarrollo de las prácticas anticompetitivas que se encuentran dispuestas en el artículo 9 del artículo 47 de la Ley 2153 de 1992. También puede revisarse la resolución 1728 del año 2019 en la que, de la misma manera, se sanciona por conductas colusivas a diferentes personas naturales.

“Acuerdos restrictivos de la competencia. El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

Parágrafo. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.”

En el caso que se plantea, la empresa Vías por Colombia y la empresa Carreteras Nacionales acordaron presentarse en un proceso de licitación pública para la construcción de una carretera intermunicipal en Colombia. Antes de presentar sus ofertas, habían acordado que Carreteras Nacionales presentaría una oferta con precios más bajos que la de Vías por Colombia para que ganara la licitación, y una vez obtenido el contrato, subcontratarían a Vías por Colombia para realizar una parte de la obra a un precio superior al que se habría fijado en el mercado.

Este acuerdo anticompetitivo alteró ilícitamente el procedimiento contractual y la libre competencia, lo que es sancionado por el artículo 410-A del Código Penal. Sobre este tipo penal: (i) el sujeto activo para este tipo penal consiste en un sujeto activo indeterminado y plurisubjetivo (Pardo, 2018). En este sentido, como es plurisubjetivo, exige la presencia de dos sujetos para cometer la conducta objeto de reproche, en este caso particular tanto el representante legal de Vías

por Colombia como el de Carreteras Nacionales deben ser comprendidas como sujetos activos⁹; y (ii) la conducta que es objeto de reproche por el tipo penal consiste en “concertarse”, sumada a un ingrediente subjetivo que es el del ánimo por el cual se da dicho acuerdo que corresponde en este tipo penal al de alterar ilícitamente un procedimiento contractual. De lo referido, es plausible señalar que efectivamente los hechos relatados pueden ser adecuados típicamente a la conducta que prohíbe el artículo 410-A del Código Penal colombiano.

Así, para buscar la condena en este caso, la Fiscalía General de la Nación tendría que iniciar una investigación para reunir pruebas suficientes que demuestren la existencia del acuerdo anticompetitivo y la participación de ambas empresas en el mismo. Una vez recolectadas las pruebas, la Fiscalía podría presentar una acusación formal y llevar el caso ante un juez, quien evaluará la evidencia presentada y dictará sentencia. Si se demuestra la culpabilidad de las empresas involucradas, podrían enfrentar las penas establecidas por el artículo 410-A del Código Penal.

De todo lo anterior, se puede concluir que una misma conducta está siendo objeto de reproche por parte del régimen administrativo sancionatorio como la puesta en práctica de acuerdos colusorios que se encuentran prohibidos por la Ley 2153 de 1992 y demás normatividades relacionadas con la protección de la libre competencia en materia de derecho administrativo. Pero, adicionalmente, será también objeto de reproche por parte del régimen penal a la luz del artículo 410-A del Código Penal. Es decir que, se está sancionando una situación fáctica idéntica en dos regímenes del ordenamiento jurídico colombiano.

⁹ En Colombia no se encuentra regulada por el ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de personas jurídicas. Sobre la discusión y desarrollo de este tema no se hará referencia en el presente escrito.

Aunque en este acápite no se ha realizado un análisis profundo respecto de la naturaleza de las sanciones para cada uno de los dos regímenes y para cada caso concreto, se ha planteado la manera en que se sancionarían en cada uno de estos y se ha podido comprobar que, efectivamente, en Colombia actualmente existen diferentes normatividades que se encuentran comprendidas en el régimen penal y en el régimen administrativo sancionatorio para sancionar una misma conducta y, en consecuencia, podría considerarse que existe de esta forma una vulneración al principio constitucional del *non bis in idem*.

4.2. ‘NON BIS IN IDEM’

Las ciencias jurídicas a medida que han evolucionado han creado nuevas protecciones y limitaciones para el correcto desarrollo de la vida en sociedad y funcionamiento de los sistemas jurídicos. Estos son los principios generales del derecho. En palabras de García Figueroa (1998) corresponden a funciones normativas que indican o erigen un deber ser. Principios que históricamente se han considerado como los pilares fundamentales del derecho.

Así, en el marco del *ius puniendi*, que es la facultad sancionatoria del Estado¹⁰, se ha desarrollado la prohibición de sancionar más de una vez a una persona por los mismos hechos. Esta proscripción

¹⁰ En sentencia C-762 del año 2009 la Corte Constitucional ha desarrollado el *ius puniendi* como el derecho para sancionar del Estado: “*El derecho sancionador es una categoría jurídica amplia y compleja, por la cual el Estado puede ejercer un derecho de sanción o ius puniendi, destinado a reprimir conductas que se consideran contrarias al Derecho, es decir, a los derechos y libertades u otros bienes jurídicos protegidos. Dentro de sus manifestaciones, se han distinguido de un lado el derecho penal delictivo, que por lo mismo que está encaminado a proteger bienes jurídicos más preciados para el ordenamiento admite la punición más severa, y de otro, los que representan en general poderes del Derecho administrativo sancionador, como es el caso del contravencional, del disciplinario y*

es la que se denomina por la doctrina como *non bis in idem*, según la cual nadie puede ser perseguido judicialmente en más de una ocasión, lo que no permite que haya dos juicios y, en consecuencia, dos sanciones por el mismo comportamiento. En este sentido, lo que se prohíbe es la duplicidad de sanciones que tengan un mismo fundamento o que tutelen el mismo bien jurídico, para el mismo sujeto y por el mismo hecho.

El principio del *non bis in idem* tiene su origen para el contexto jurídico colombiano a la luz del artículo 29 de la Carta. Sin embargo, también se encuentra determinado en la normatividad penal y en la normatividad de lo administrativo sancionatorio. Adicionalmente a la proscripción clara que se encuentra en la Carta, en la Ley 906 de 2004 que corresponde al Código de Procedimiento Penal vigente, el artículo 21 hace referencia específica a la cosa juzgada y al *non bis in idem*¹¹ y finalmente, la Ley 599 de 2000 que es el Código Penal vigente comprende la misma prohibición en su artículo 8º¹². A su vez, en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 3º se hace referencia expresa también al principio¹³; entre otras normatividades relacionadas con el derecho administrativo¹⁴.

4.2.1. ‘NON BIS IN IDEM’ EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

del correccional, en el que el derecho disciplinario procura asegurar el cumplimiento de deberes y obligaciones por parte de servidores públicos o profesionales de determinadas profesiones como médicos, abogados o contadores.”

¹¹ Art. 21. *Cosa juzgada*. La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos, salvo que la decisión haya sido obtenida mediante fraude o violencia, o en casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, que se establezcan mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia.

¹² Art. 8. *Prohibición de doble incriminación*. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado.

¹³ Art. 3º. *Principios*. (...) En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in ídem.

¹⁴ Código disciplinario único 734 de 2002, Código Disciplinario del abogado 1123 de 2007, ley 600 de 2000, entre otras.

El principio del *non bis in idem* se encuentra consagrado en la Carta Política de Colombia en el artículo 29. En dicho artículo se dispone que nadie podrá ser juzgado dos veces por el mismo hecho. “*Quien sea sindicado tiene el derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho*”. Tal y como lo señala Sampedro (2021), el término sindicado ha de entenderse para cualquier persona contra la que se adelante un proceso sancionatorio. Esto, en virtud de la Sentencia C-870 de 2002.

Adicionalmente, el referido pronunciamiento en conjunto con el texto de Ángela María Jimena Jimenez-García (2015) delimitan detalladamente cada uno de los elementos del artículo de la Carta, de la siguiente manera:

En primera medida el *non bis in idem* tiene la finalidad de proteger varios sujetos pasivos, cobijando de esa manera la totalidad del derecho sancionatorio, debido que el mismo resulta extensivo a “actuaciones judiciales y administrativas” (Jiménez-García, 2015). De igual manera, el principio en mención es un derecho fundamental contando de esta manera con una aplicación directa e inmediata que debe ser garantizada bajo el supuesto de que no se requiera en ningún momento la mediación de desarrollo legislativo.

Es así como en palabras de la Procuraduría General de la Nación (2007) el derecho del *non bis in ídem* comprende el de no ser juzgado dos veces, lo que debe comprender no únicamente la decisión final sino todas las diferentes etapas que tienen lugar durante el proceso.

Ahora bien, también se presentan ciertas excepciones al principio denotado ya que este no rige de manera absoluta. Como en muchos otros elementos e instituciones jurídicas, existen diferentes excepciones, entre las que Jiménez-García (2015) destaca algunas como las relaciones especiales de sujeción, el recurso de revisión, la acción de tutela en aquellas situaciones en las que se requiera

subsanan errores judiciales que sean violatorios de derechos constitucionales, la excepción que se da para el principio de cosa juzgada en los juicios extranjeros, entre otras. Manifiesta la autora que así se pierde ese carácter de “intocable” que ha tenido el principio.

Así, se debe tener claridad respecto del carácter constitucional del principio del *non bis in idem* en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta. Adicionalmente, debe ser comprendido como un principio que es extensivo a todos los regímenes que cuentan con la facultad sancionatoria del Estado, es decir, del *ius puniendi*. Además, no requiere de mediación legislativa para que pueda ser aplicado directa e inmediatamente.

La finalidad de este principio es proteger a aquellas personas que se encuentren inmersas en un proceso investigativo que pueda concluir con una sanción o pena en su contra. Sin embargo, aunque es un principio que debe ser comprendido como un derecho fundamental, no es absoluto. Existen en el ordenamiento y en la praxis jurídica diferentes excepciones a su aplicación.

Finalmente se debe resaltar que a través de la consagración de este principio en la Constitución Política se busca proteger la libertad individual, las garantías fundamentales dentro de los procesos sancionatorios y, en consecuencia, el debido proceso. Por lo tanto, las autoridades judiciales y las entidades administrativas como la Superintendencia de Industria y Comercio deben actuar de manera prudente y rigurosa en el momento de aplicar sanciones para evitar la vulneración de derechos fundamentales.

5. SOBRE LA SIMULTANEIDAD DE SANCIONES EN EL RÉGIMEN PENAL Y EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Así, habiendo estudiado dos casos hipotéticos y conocido las generalidades respecto de la noción del non bis in ídem en Colombia, es pertinente profundizar en el tema de la posibilidad de sancionar simultáneamente en el régimen penal y en el régimen administrativo sancionatorio, así como en la posición que considera que dicha simultaneidad vulnera el principio del non bis in ídem.

La Corte Constitucional se ha referido en reiteradas ocasiones a los fundamentos, alcance y los momentos en los que se debe aplicar el *non bis in ídem*. Así, en el pronunciamiento C-244 del año 1996, estableció cuáles debían entenderse como los supuestos de aplicación, para lo que determinó que deben concurrir tres identidades, estas son:

***La identidad en la persona** significa que el sujeto inculpatado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.*

***La identidad del objeto** está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.*

***La identidad en la causa** se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos."*

En cuanto a la identidad de causa, la Corte Constitucional se ha pronunciado para efectos de establecer que la causa de los juzgamientos concurrentes es distinguible cuando difieren la naturaleza jurídica de las sanciones, su finalidad, el bien jurídico tutelado y la norma que se confronta con el comportamiento sancionable o la jurisdicción que impone la sanción.

Lo anterior encuentra su sustento en la Sentencia C-088 de 2002 de la Corte Constitucional que versa;

“Sin embargo, la prohibición del doble enjuiciamiento no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando éstas tengan distintos fundamentos normativos y diversas finalidades. Esta Corte ha precisado que el non bis in ídem veda es que exista una doble sanción, cuando hay identidad de sujetos, acciones, fundamentos normativos y finalidad y alcances de la sanción”¹⁵.

De igual manera, la Corte Constitucional en su sentencia C-914 de 2013 ha enfatizado que;

“La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos. También ha manifestado la Corte que la prohibición de doble enjuiciamiento es compatible con diversas investigaciones y sanciones, cuando éstas tengan distintos fundamentos normativos, finalidades, y alcances de la sanción. Esta consideración constituye un desarrollo más amplio de la identidad de causa, a la vez que plantea la necesidad de revisar la naturaleza de la sanción como presupuesto para evaluar si una medida legislativa desconoce el principio non bis in ídem”¹⁶.

De esta forma se demuestra que la Corte Constitucional ha sido enfática en su jurisprudencia acerca de la no vulneración del non bis in ídem cuando las investigaciones o sanciones tengan distintos

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-088 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-914-13. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

fundamentos normativos, finalidades, alcances o en su defecto, que las jurisdicciones sean ajenas la una a la otra.

En adición, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha descrito que los fundamentos de existencia del principio *non bis in idem*, son la seguridad jurídica y la justicia material. En consecuencia, desarrolla a profundidad estos conceptos en la sentencia de tutela T-537 del año 2002, providencia en la que establece:

*“En virtud de ese principio, cualquier persona cuenta con la **seguridad** de que las decisiones definitivas que se han proferido en los procesos tramitados en su contra, con miras a establecer su responsabilidad penal o disciplinaria, realizan la **justicia** en cada caso particular e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de posteriores debates. Por ello se dice que el principio non bis in idem es una manifestación de la seguridad jurídica y una afirmación de la justicia material.”* (Negrilla propia)

El pronunciamiento citado, busca desarrollar con más amplitud el mismo concepto al que venía haciendo referencia la ya mencionada sentencia T-532 del 2002, así profundiza que;

“El principio non bis in idem prohíbe que una persona, por el mismo hecho, (i) sea sometida a juicios sucesivos o (ii) le sean impuestas varias sanciones en el mismo juicio, salvo que una sea tan solo accesoria a la otra”¹⁷.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-870-02. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Es pertinente referirnos a esta cita puesto que, a través de esta puede vislumbrarse la posición que defiende la Corte Constitucional para hacer efectiva la protección que existe para el *non bis in idem*. La Corte enfatiza en que, dicha prohibición, consiste en que una persona no sea sometida a juicios sucesivos o que se le impongan diferentes sanciones en el mismo juicio si estas no son accesorias entre sí. Dicha afirmación sobre la prohibición, bajo el entendido de un proceso a la luz de un único régimen sancionatorio (administrativo sancionatorio, penal o disciplinario).

La correcta aplicación de este principio se ve afectada en diferentes situaciones. Por ejemplo, aquellas como las relacionadas con la libre competencia en las que existe la posibilidad de sancionar simultáneamente en el régimen penal y en el régimen administrativo sancionatorio por los mismos hechos. En este contexto, resulta relevante analizar la posición que existe en Colombia al respecto del problema jurídico en particular.

Por un lado, existe una posición predominante de las Altas Cortes colombianas como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y, sobre todo, la Corte Constitucional que sostiene que la aplicación de sanciones en diferentes regímenes sancionatorios no vulnera el principio del *non bis in idem*. Esta posición encuentra su fundamento en que, aunque las sanciones se aplican en diferentes regímenes, se trata de procesos sancionatorios distintos que buscan proteger bienes jurídicos y finalidades diferentes por lo que en consecuencia, no hay identidad entre las sanciones.

Específicamente respecto de cada uno de los regímenes, debe tenerse en cuenta que cada uno de los regímenes tiene objetivos y características diferentes (Torrado, 2013). Esta situación permite que ambos cuenten con la facultad de sancionar a una misma persona por los mismos hechos, sin que esto signifique una vulneración del principio constitucional en cuestión.

5.1. LA POSIBILIDAD Y ACEPTACIÓN PARA SANCIONAR SIMULTÁNEAMENTE EN EL RÉGIMEN PENAL Y EN EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO.

Como se ha expuesto, el *non bis in idem* es un axioma o pilar de la potestad sancionadora del Estado. Este principio, como explican Torrado y Álvarez (2015), tiene su origen en el derecho romano, donde se tenía como fundamento que lo que ya había sido juzgado debía ser considerado como verdad “*res iudicata pro veritate habetur*”. Así, dicho principio evolucionó convirtiéndose, inicialmente, en la expresión *bis de eadem res ne sit action* que de manera abreviada se conoce como *non bis in idem* y que traduce “no dos veces lo mismo”, tal y como lo explica Jiménez-García (2015). Señala también que, este fue utilizado con posterioridad para establecer varios lineamientos respecto de quien hubiera cometido un crimen y la prohibición de volver a acusarlo, de esta forma es posible dilucidar que la protección creada con este principio tenía un enfoque claro para ejercer límites al ejercicio del Estado en su *ius puniendi*.

De lo anterior se puede afirmar entonces que inicialmente el *non bis in idem* correspondía a un límite claro para el régimen penal. Sin embargo, con la evolución histórica que ha tenido el derecho y la forma en que el Estado debe regular las relaciones entre los ciudadanos, el *ius puniendi* se ha comprendido como la facultad que tiene el Estado para sancionar, en palabras de Mejía (2013) existe un doble ámbito sancionador del Estado, que recae en cabeza del régimen penal y del régimen administrativo. De esta forma, como lo señala el autor, el derecho administrativo sancionador hace parte del *ius puniendi*.

El desarrollo que se ha hecho en lo que respecta al conglomerado de regímenes o ramas del derecho a las que se puede aplicar el principio objeto de estudio se encuentra sustentado también por la Corte Constitucional en pronunciamiento C-720 de 2006 en el que se establece que:

“se hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y el régimen jurídico especial ético - disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos”¹⁸.

Con fundamento en lo expuesto, resulta viable afirmar que el principio del *non bis in idem* se aplica tanto para el ámbito penal como para el ámbito administrativo sancionatorio.

Teniendo claridad respecto de los regímenes para los que aplica la prohibición de doble sanción; debe verificarse si, el hecho de que se esté sancionando una conducta que *a priori* pareciera ser la misma por parte de dos regímenes, podría vulnerar o no lo que el principio en cuestión busca proteger.

En este sentido, la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos como por ejemplo, en la sentencia C-554 de 2001, la sentencia C-721 de 2015, la Sentencia de Unificación 399 de 2012 o la sentencia C-720 de 2006 ha mantenido una posición uniforme en la que afirma que no existe impedimento alguno para que quien esté siendo juzgado o haya sido juzgado penalmente, pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos cuando la jurisdicción es diferente, dado que tales

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-720-06. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

hechos son calificados como infracciones diversas por regímenes sancionadores distintos¹⁹. Bajo el mismo fundamento también se hace referencia a que hasta la fecha, no se ha declarado inexecutable una norma por permitir que ello ocurra.

Ahora bien, para la Corte Suprema de Justicia la interpretación que se debe hacer del mismo es similar. En primera medida, en su jurisprudencia hace referencia a que el principio del *non bis in idem* no comprende un carácter absoluto, toda vez que proceden excepciones de orden constitucional o legal y establece como un límite a la garantía del principio la acción de revisión, la acción de tutela, los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia en el ámbito del derecho internacional humanitario, los juicios de Cortes Internacionales, las razones de soberanía y la existencia y defensa del Estado²⁰.

Si bien no es considerado que el principio tenga un carácter absoluto, se ha resaltado por parte de la Corte Suprema de Justicia, que se deben envolver tres presupuestos para efectos de delimitar una situación que verse sobre la vulneración del principio del *non bis in idem*. Estos son: en primer lugar, la identidad de la persona. Esto consiste en que el inculcado debe ser la misma persona física en dos o más procesos de la misma índole. Segundo, la identidad del objeto, que consiste en la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza y finalmente, la tercera es la identidad en la causa que consiste en que el motivo de la iniciación del proceso debe ser el mismo en ambos casos²¹.

¹⁹ Es relevante, dentro de toda la jurisprudencia que hace referencia al hecho de que no existe violación del principio del *non bis in idem* en aquellas situaciones en las que se eleve una misma situación fáctica a dos procedimientos simultáneamente como lo son el procedimiento penal y el procedimiento administrativo sancionatorio, la Sentencia C-244 de 1996 puesto que es la primera que empieza a dar fuerza jurisprudencial a esta postura.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia SP3141 de 2020. M.P. Eugenio Fernández Carlier

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia SP787 de 2019

Pero bien, la Alta Corte sostiene que el *non bis in idem* no se vulnerará en caso de que estos tres supuestos no se cumplan. Es así como menciona lo siguiente en su jurisprudencia:

“La prohibición no se hace extensiva en el caso del concurso de delitos, ni de procedimientos de conocimiento de diferentes autoridades, evento éste que se presenta cuando el mismo hecho genera acciones penales, disciplinarias o fiscales, estos procedimientos tienen objeto, finalidad y sanción diferente a la acción penal.”²². (Negrilla y subraya propios)

De esta manera, es claro que, para la posición de la Corte Suprema de Justicia, existe cierta importancia fundamental sobre la no vulneración del principio de *non bis in idem*, siempre y cuando no sea dentro del mismo régimen. Por este motivo, se podría interpretar que la Corte Suprema de Justicia apoya la posición de la Corte Constitucional al no considerar una vulneración del *non bis in idem*, mientras dicha sanción sea en el marco de una normatividad distinta, como lo sería el caso de la normatividad penal y la normatividad administrativa.

En línea con lo expuesto, la Corte Constitucional a través de la Sentencia de Unificación 399 del año 2012 resuelve un problema jurídico relacionado con un proceso de acción electoral ligado a un proceso de pérdida de investidura. Así, se manifiesta por la Corporación que en este caso particular no se vulnera el *non bis in idem*; establece entonces que aquellas situaciones en las que

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP 3141 de 2020. M.P. Eugenio Fernández Carlier

los procedimientos y los juicios no son idénticos, así como tampoco los efectos de los fallos, no vulneran el principio constitucional:

“De acuerdo a lo anotado, la autonomía e independencia como criterios originados en que los juicios no son idénticos, basados en hechos similares y con igualdad de causa, así como en los diferentes efectos de los fallos emitidos, hacen que la acción electoral y la acción de pérdida de investidura contra congresistas puedan fundarse en la misma causal de inhabilidad (arts. 179 y 183-1 C.P), sin que se vulnere el non bis in idem o prohibición de juzgamiento de una persona por los mismos hechos, pues esta garantía constitucional integrante del debido proceso, se salvaguarda, aplicando la institución de la cosa juzgada, siguiendo las aludidas reglas jurisprudenciales”²³. (Subrayado fuera de texto)

Es decir que, lo que la Corte busca resaltar en este pronunciamiento es que el principio del *non bis in idem* guarda una estrecha relación con el de la cosa juzgada, puesto que, de acuerdo con lo citado el primero depende de la aplicación del segundo.

5.1.1. RELACIÓN DEL PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM CON EL CONCEPTO DE COSA JUZGADA

El *non bis in idem* guarda una estrecha relación con el concepto de “cosa juzgada” en el ordenamiento colombiano, concepto que proviene del principio de la *res iudicata* que se desarrolló con anterioridad. La Corte Constitucional se ha referido en reiteradas ocasiones a la cosa juzgada,

²³ Corte Constitucional, Sentencia SU 400-12. M.P. Adriana Guillén Arango.

particularmente en pronunciamiento C-100 de 2019 desarrolla el carácter que tienen de inmutables, vinculantes y definitivas las sentencias y otras providencias:

“es una institución jurídico procesal la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica”²⁴.

De esta definición se puede afirmar que existen dos finalidades propias de la cosa juzgada como institución jurídico procesal. La primera, corresponde a la terminación definitiva de controversias y la segunda consiste en alcanzar un estado de seguridad jurídica. No obstante, si bien esta definición y las finalidades son señaladas por la Corte Constitucional como propias del principio de la cosa juzgada, con ocasión del principio de *non bis in idem* se han determinado las dos mismas finalidades, así se puede conocer en virtud de lo señalado en pronunciamiento T-537 de 2002, que dispone:

“Este principio implica que el Estado se halla legitimado para imponer, luego de los procedimientos legales respectivos, sanciones penales o disciplinarias cuando demuestre la ocurrencia de delitos o de faltas y concurra prueba que acredite la responsabilidad de quienes en ellos intervinieron pero que una vez tomada una decisión definitiva sobre el hecho constitutivo del delito o de la falta y sobre la responsabilidad o inocencia del

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-100-19. M.P. Alberto Rojas Ríos.

implicado, no puede retomar nuevamente ese hecho para someterlo a una nueva valoración y decisión.

En virtud de ese principio, cualquier persona cuenta con la seguridad de que las decisiones definitivas que se han proferido en los procesos tramitados en su contra, con miras a establecer su responsabilidad penal o disciplinaria, realizan la justicia en cada caso particular e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de posteriores debates. Por ello se dice que el principio non bis in ídem es una manifestación de la seguridad jurídica y una afirmación de la justicia material”²⁵.(Resaltado fuera de texto)

De lo anteriormente expuesto y de lo desarrollado por parte de la Corte Constitucional en relación con las dos finalidades fundamentales que son las mismas tanto para el principio de la cosa juzgada como el principio del *non bis in ídem*, es plausible afirmar que a través de la aplicación de estos dos principios lo que se busca es que, efectivamente, no se vulnere la seguridad jurídica con la que debe contar cualquier persona en relación con la imposibilidad que existe para el Estado -en el ejercicio del *ius puniendi*- para que los mismos hechos sean juzgados en diferentes ocasiones o escenarios. Y, adicionalmente, garantizar que se solucionen efectivamente las controversias²⁶.

La relación que existe entre los dos principios no se restringe exclusivamente a las dos finalidades que comparten ambos. De hecho, tal es la relación que en sentencia T-162 del año 1998, se explica

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-537-02. M.P. Jaime Cordoba Triviño.

²⁶ La afirmación respecto de la igualdad entre las finalidades de los dos principios es desarrollada en Sentencia T-537 del año 2002, en la que se afirma respecto de estos que “*Como quiera que el significado primigenio de los principios de non bis in ídem y de cosa juzgada consiste en impedir que los hechos o conductas debatidos y resueltos en un determinado proceso judicial vuelvan a ser discutidos por otro funcionario en un juicio posterior, esta Corporación ha considerado que la relación que debe existir entre los hechos, el objeto y la causa de esos dos procesos debe ser de identidad.*”

que el principio del *non bis in idem* es una manera más concreta o específica para aplicar el principio de la cosa juzgada en el marco del *ius puniendi*:

“Es posible afirmar que el principio de non bis in idem constituye la aplicación del principio más general de cosa juzgada al ámbito del ius puniendi, esto es, al campo de las sanciones tanto penales como administrativas. Ciertamente, la prohibición que se deriva del principio de la cosa juzgada, según la cual los jueces no pueden tramitar y decidir procesos judiciales con objeto y causa idénticos a los de juicios de la misma índole previamente finiquitados por otro funcionario judicial, equivale, en materia sancionatoria, a la prohibición de "someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta", que se erige en el impedimento fundamental que a jueces y funcionarios con capacidad punitiva impone el principio de non bis in idem”²⁷. (Resaltado fuera de texto)

De todo lo planteado con anterioridad, se puede afirmar que el principio del *non bis in idem* y el de la cosa juzgada se encuentran estrechamente ligados; adicionalmente la Corte Constitucional en pronunciamiento C-252 del año 2001, señala que el principio de la cosa juzgada debe aplicarse tanto en el ámbito penal como en el ámbito administrativo.

En conclusión, en lo que respecta a la protección que surge del principio de la cosa juzgada y del principio de prohibición de doble incriminación o sanción *-non bis in idem-*, desde la perspectiva de la Corte Constitucional no existe algún impedimento para una doble sanción en dos regímenes diferentes.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-162-98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sin embargo, existe una posición contraria sobre todo por parte de la doctrina que cuestiona la postura señalada previamente. De acuerdo con esta, la simultaneidad de sanciones sí vulnera el principio del non bis in ídem, ya que en la práctica las sanciones pueden terminar afectando los mismos bienes jurídicos. Además, se argumenta que permitir la simultaneidad de sanciones en diferentes regímenes sancionatorios puede dar lugar a situaciones de exceso punitivo y violación de garantías y principios fundamentales (Sampedro, 2021). Situación que iría en contra de los principios básicos del Estado de derecho y del sistema penal acusatorio.

Ahora, en lo que corresponde particularmente al ejemplo concreto que se ha desarrollado; sobre la posibilidad de tramitar dos procesos contra una persona, uno de carácter administrativo y otro de carácter penal, en el año 1996 se pronunció la Corte través de su Sentencia C-244, providencia de especial importancia en lo que respecta a la forma en que se aplica la protección del *non bis in ídem*. En este sentido, mencionó sobre circunstancias en las que se adelante un proceso administrativo y uno penal contra una misma persona por unos mismos hechos, lo siguiente:

“no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios.” ²⁸.

En relación con la identidad de causa a la que se hace referencia en el pronunciamiento, señalan Callejo, Bustos y Martínez (2019) que la teoría mayormente aceptada está fundamentada en la valoración de este elemento para señalar que los trámites o acciones de carácter administrativo

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-244-96. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

pueden concurrir con otras acciones como lo es la penal; situación que permite la no aplicación del principio de doble incriminación ya que en palabras de los autores -y con fundamento en la posición que comparte la Corte Constitucional- lo que la posición más aceptada ha señalado es que no existe identidad de causa entre una investigación administrativa y una penal puesto que es diferente el interés de protección que tienen los dos regímenes jurídicos. Señalan los referidos autores, tomando como ejemplo un proceso de responsabilidad fiscal, que *“cuando de un proceso de responsabilidad fiscal se trata, esta investigación es autónoma al perseguir el resarcimiento del daño al fisco y aun cuando dicha responsabilidad surja de una misma conducta, hecho e identidad de partes vinculadas”*.

Ahora, en lo que corresponde particularmente al ejemplo concreto que se ha desarrollado; sobre la posibilidad de tramitar dos procesos contra una persona, uno de carácter administrativo y otro de carácter penal, ha referido la misma Corte en sentencia C-721 de 2015:

“En todo caso, no se vulnera el non bis in ídem con la posibilidad de que un servidor público o un particular, en los casos previstos en la ley, sean procesados penal y administrativamente por una misma conducta, pues se trata de dos juicios diferentes que buscan proteger bienes jurídicos diversos y que están encaminados, según exista mérito para ello, a imponer sanciones que se caracterizan por ser de naturaleza jurídica distinta.”

Esta posición es compartida por López (2014), que ha señalado que la única opción para imponer una sanción de índole penal y concurrentemente otra de índole administrativa se podrá dar exclusivamente si se puede corroborar que la finalidad y los fundamentos para imponer ambas sanciones son diferentes.

Al realizar el estudio pertinente de la línea jurisprudencial que ha mantenido esta Corporación, se puede evidenciar cómo se ha justificado esta posición al desglosar minuciosamente los motivos ulteriores con los que se impone una sanción en cada uno de los regímenes.

Así, en Sentencia C-554 del año 2001, se ha señalado que no existe impedimento para que se desplieguen dos investigaciones y posteriores sanciones en ámbitos jurídicos distintos. Esto, al tener en cuenta que la facultad punitiva del Estado, para cada uno de los regímenes busca la protección de bienes jurídicos de distinta naturaleza.

Desde la perspectiva de la Corte Constitucional, el régimen penal con sus proscipciones tiene como objetivo, en primer lugar, ejercer correctamente la defensa de los intereses de la sociedad y, en segundo lugar, reprimir al delincuente a través de la privación de su libertad para una posterior reinserción de este a la vida social; *contrario sensu* la imposición de una sanción de carácter disciplinario se hace con la finalidad de ejercer un llamado de atención, una separación del cargo o una suspensión. Estos motivos son considerados por la Corte como suficientes para sustentar la coexistencia de procedimientos que, si bien comparten el carácter sancionatorio, se tramitan bajo diferentes regímenes.

De esta forma, si se estudia el caso hipotético que se desarrolló en el punto 4.1., desde esta perspectiva, resultaría viable señalar que no se está generando una vulneración al principio del non bis in idem al imponer sanciones en el ámbito penal y en el ámbito administrativo sancionatorio puesto que la sanción que interpondría la Superintendencia de Industria de Comercio cumpliría con finalidades diferentes puesto que se busca proteger un bien jurídico diferente en cada uno de los regímenes objeto de estudio.

Bajo la postura que se ha desarrollado, únicamente nos encontraríamos frente a una vulneración del *non bis in idem* en aquellas situaciones en las que, por ejemplo, se estuvieran adelantando dos juicios penales -por los mismos hechos- contra los representantes legales de los consorcios “Vías por Colombia” y “Carreteras Nacionales”.

5.2. SOBRE LA POSICIÓN QUE CONSIDERA QUE DICHA SIMULTANEIDAD VULNERA EL ‘NON BIS IN IDEM’

Frente a la posición común que tienen las Altas Cortes y específicamente la Corte Constitucional, existe una postura contraria que tiene una gran variedad de argumentos para contraponerse a lo señalado por la Corporación constitucional. De acuerdo con la doctrina, el *non bis in idem* únicamente necesitaría para su aplicación la coexistencia entre una sanción penal y una sanción administrativa -o procedimientos-, pues, de no ser así se estaría permitiendo una valoración diferente para unos hechos idénticos (Rodríguez, 1988, como se citó en Ramírez, 2008). Así, se produce un choque entre lo que la doctrina ha considerado al respecto del *non bis in idem* y entre lo que se ha manifestado por parte de la Corte Constitucional²⁹.

Aunque se ha referido ampliamente cuál es la posición de la Corte Constitucional, es relevante conocer cómo ha evolucionado su postura año tras año puesto que, a medida que desarrolla esta

²⁹ Como se ha expuesto, la Corte Constitucional ha mantenido su posición en la actual línea jurisprudencial al respecto de la viabilidad que existe para que existan simultáneamente dos procesos contra una persona, uno de índole penal y otro de índole administrativo sancionatorio. Véanse las sentencias, entre otras: C-554 de 2001, C-721 de 2015, SU-399 de 2012, C-720 de 2006. De igual forma, el Consejo de Estado comparte esta posición al señalar que la prohibición de sancionar dos veces por el mismo hecho opera frente a sanciones de la misma naturaleza. Véanse los fallos, entre otros: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia 228 de 2002. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

posición, amplía los motivos y las razones que la fundamentan. Inicialmente en pronunciamiento C-088 de 2002, en el que se señaló que:

“el hecho de que un mismo comportamiento (abandono del cargo) pueda generar una doble consecuencia negativa para el empleado de carrera (sanción disciplinaria y retiro de la carrera) no representa obligatoriamente una violación de la prohibición de doble enjuiciamiento, pues no sólo no es claro que ambos tipos de efectos constituyan sanciones, sino que incluso si lo fueran, podrían tener fundamentos normativos y finalidades distintas”.

En el año 2003, a través de Sentencia de la providencia C-526 la misma Corporación amplió esta línea jurisprudencial en relación con una situación relacionada con el código de tránsito y la imposición de dos sanciones en virtud de este, señalaba la Corte que:

“En efecto, la disposición acusada establece que, si una persona incumple el deber legal de suministrar una información a las autoridades de tránsito, esta conducta le genera una doble sanción: de un lado, una sanción pecuniaria y del otro, la imposibilidad de adelantar trámites de tránsito, ante estas autoridades hasta que pague la multa y cumpla con la declaración requerida. En cambio, la prohibición constitucional, en el artículo 29, se refiere es al doble enjuiciamiento, así: ‘y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho’.

En pronunciamiento C-018 de 2004 reiteró su posición al respecto y, en consecuencia, empezó a mantenerse un lineamiento jurisprudencial muy limitante en relación con la forma en que podría aplicarse la protección del *non bis in idem*. Señala Ramírez (2013) al respecto de este pronunciamiento, que esta situación -en la que un administrado sea sancionado con dos sanciones

de naturaleza distinta- permite conocer que lo que se proscribe es el doble proceso y no la doble sanción.

Sin embargo, es de resaltar que con una simple lectura de otros pronunciamientos como lo son el C-532 y el C-537 de 2002 -que también se han citado con anterioridad- se ha contradicho en su posición, ya que establecen que lo que debe entenderse con este principio y lo que se busca con la correcta aplicación de este corresponde a la seguridad jurídica de no ser investigado por los mismos hechos.

De lo expuesto, se puede afirmar que actualmente una persona podría ser sancionada penal, administrativa y disciplinariamente por el mismo hecho, únicamente porque no corresponde al mismo régimen jurídico y porque en las tres se ha decidido sancionar la misma conducta. Esta situación genera un conflicto importante en términos de interpretación jurídica respecto de las garantías que un ordenamiento punitivo -como lo es el penal- consagra a través de sus principios.

Por ejemplo, al realizar un análisis de los principios rectores del derecho penal, se empiezan a encontrar los mayores inconvenientes, desde la doctrina, para la aplicación de la tesis de la Corte Constitucional. Principios como el de *ultima ratio*, fragmentariedad o del derecho penal mínimo, quedan en un segundo plano; en palabras de Sampedro (2021), para mantener un correcto orden en relación con el papel que desempeña el derecho penal en Colombia, no debería ser viable que dos regímenes conozcan y tengan competencia respecto del mismo asunto porque entonces podría decirse que estamos ante una intervención estatal desbordada. Señala al respecto Humar (2021) que teniendo como fundamento el principio de mínima intervención (*ultima ratio*) debería ser claro que solo sería apropiado acudir al derecho penal cuando ya se hubiese intentado con todas las demás herramientas que el sistema jurídico actual nos proporciona.

En este sentido, es de suma importancia tener en cuenta que es la misma Corte Constitucional la que ha referido que el derecho penal debe conocerse como una herramienta de uso extraordinario en relación con el principio de mínima intervención. Por ejemplo, en providencia C-365 del año 2012 la Corporación utiliza como referencia a Bustos (1997) para señalar al respecto de este principio en relación con el de fragmentariedad, lo siguiente:

“(...) Según el principio de última ratio “el Estado sólo puede recurrir a él cuando hayan fallado todos los demás controles” y finalmente, en virtud del principio de fragmentariedad “el Derecho penal solamente puede aplicarse a los ataques más graves frente a los bienes jurídicos.”³⁰.

En pronunciamiento C-575 del año 2009 la institución señala sobre el referido principio de fragmentariedad:

“(...) el principio de fragmentariedad en el derecho penal, según el cual por una parte, no todos los bienes jurídicos deben ser tutelados por el derecho penal y, por a otra, no todas las modalidades de agresión a un bien jurídico son penalmente relevantes.”³¹.

El sentido que tiene el principio de fragmentariedad referido no es una construcción jurisprudencial de la Corte Constitucional, sino que para desarrollar esa definición se fundamenta en lo dicho por Lopera (2006), quien afirma que el mismo consiste en una de las señas del garantismo penal que debe limitarse a considerar como delito aquellas conductas que son más graves contra los bienes jurídicos más importantes. Por ejemplo, podría analizarse si tipos penales como los que se desarrollaron en el caso, como el que reprocha los acuerdos restrictivos de la competencia y que

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-365-12. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-575-09. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

está dispuesto en el artículo 410-A del Código Penal podría ser considerado únicamente como una práctica anticompetitiva a la luz de las legislaciones propias del régimen administrativo sancionatorio.

Así, teniendo como fundamento la doctrina referida, el derecho penal ha de ser entendido como una herramienta que solo debe ser utilizada cuando no existan más alternativas; situación que, brinda más elementos que nutren el debate que surge por el hecho de llevar a cabo simultáneamente dos procesos en dos regímenes jurídicos de los cuales uno es el régimen penal, por unos hechos idénticos. No es claro entonces si con la interpretación que le da la Corte, se está vulnerando la concepción y la finalidad que desde sus orígenes tenía esta proscripción de juzgar dos veces por los mismos hechos a un sujeto³².

Sampedro (2021), señala que no debería existir impedimento para que un mismo comportamiento sea previsto como una infracción para diferentes ordenamientos como lo puede ser el derecho penal y el derecho de la competencia -que corresponde al ámbito de lo administrativo-. Considera el autor que no es inapropiado o incorrecto que el mismo hecho esté previsto *ex ante* en los regímenes jurídicos señalados, pero esto no da lugar a que, por ejemplo, en materia de prácticas anticompetitivas adquiera competencia el derecho de la administrativo y, a su vez, el derecho penal. Particularmente, manifiesta que “*la intervención estatal con los dos órdenes jurídicos*

³² Desde sus inicios en el derecho romano, aproximadamente en el siglo III d.C; el principio del ‘non bis in idem’ (o ‘ne bis in idem’) buscaba imposibilitar la sanción para una misma persona por una misma situación o un mismo marco fáctico, sin discriminar entre jurisdicciones, como sucede en Estados Unidos con el principio de “double jeopardy”. También se hacía referencia, por ejemplo, en la Antigua Roma a la prohibición para reclamar dos veces lo mismo por parte del pupilo al padre. En el mismo sentido, también se desarrolló el principio desde la base de no juzgar dos veces a una persona por un delito del que ya había sido absuelta. Para el desarrollo histórico y el debate respecto de la palabra ‘ne’ o ‘non’ véase: “El principio de non bis in idem” de Jacobo López Barja de Quiroga (2014).

desborda la proporcionalidad exigida por el principio-garantía de la prohibición de doble incriminación”.

A estos argumentos se le suman los de Sáenz (2006) que resalta que el interés que se tiene con la existencia y correcta aplicación del *non bis in idem* corresponde a proteger al ciudadano para evitar que se sancione una conducta de manera desproporcionada fuera de lo que corresponda en justicia.

No obstante, para el caso particular no se busca establecer una posición intransigente en lo que respecta al sistema o régimen bajo el que se deben investigar y ser sancionadas estas conductas. Es decir, como se ha explicado, la jurisprudencia ha señalado que el derecho penal es mucho más lesivo y sus sanciones -penas- son más fuertes para el procesado. Por ejemplo, la Corte Constitucional en Sentencia C-804 del año 2003, dispone que: *“el Derecho Penal sólo es aplicable cuando para la protección de los bienes jurídicos se han puesto en práctica otras medidas no represivas, que pueden ser, por ejemplo, de carácter laboral, administrativo o mercantil, y ellas han resultado insuficientes; por tanto, sería desproporcionado e inadecuado comenzar con una protección a través del Derecho Penal.”*³³.

Lo anterior no quiere decir que una conducta anticompetitiva deba ser excluida del régimen penal, sino que debe ser sancionada por este régimen cuando otra medida menos lesiva ha sido insuficiente. Señala Gómez Pavajeau (2004) que si se ha sancionado penalmente no puede sancionarse también en el ámbito administrativo o disciplinario puesto que con la simple sanción penal se abarca el reproche de ambas sanciones. Sin embargo, considera el autor que si en el

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-804-03. M.P. Jaime Araujo Rentería.

proceso penal se absolviera, esto no impediría que se sancionara en el régimen administrativo por infringir el deber.

Así pues, se puede concluir que el verdadero problema se centra en la imposibilidad que debería existir para una doble sanción, justamente porque: (i) de ser sancionado bajo el régimen penal, es una medida lo suficientemente fuerte que comprendería -de manera general- los fines de los dos regímenes y; (ii) de acuerdo con lo que se ha señalado por parte de Sampedro (2021), se vulneran diversos principios fundamentales del derecho penal³⁴ al acudir a dos ordenamientos enmarcados dentro de la facultad sancionatoria del Estado.

De lo anterior, se tiene claro que la Corte Constitucional ha desarrollado su posición respecto de cómo debe aplicarse el *non bis in idem* y, en consecuencia, es firme en su postura respecto de la posibilidad de adelantar diferentes procesos dentro de la facultad sancionatoria del Estado simultáneamente por unos mismos hechos. A esta argumentación se hace frente por parte de diferentes autores al manifestar que el derecho penal no debería actuar concurrentemente con el régimen administrativo sancionatorio pues se perderían las garantías que se comprenden dentro de este ordenamiento a través de sus principios y normas. Al respecto Ramírez (2007) señala que no es completamente aceptable la posición defendida por la Corte Constitucional puesto que se pone en primer lugar el poder del Estado frente a la dignidad y al ser humano; considera que es un problema de técnica legislativa.

Teniendo de presente lo expuesto en relación con la postura que afirma que se vulnera el *non bis in idem*, es pertinente afirmar respecto del ejemplo que se ha desarrollado que, aplicar sanciones y

³⁴ Entiéndase por esos principios fundamentales, en particular y, sin ser excluyentes de otros, los principios de *ultima ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad.

adelantar investigaciones en dos regímenes que son parte del *ius puniendi* del Estado pero que son diferentes, genera un reproche desproporcionado que iría en contra de las garantías con las que debe contar cualquier procesado. En palabras de Sampedro (2021), el hecho de sancionar a los representantes legales de Vías por Colombia y Carreteras Nacionales en el régimen administrativo sancionatorio, sería suficiente. Es decir que, teniendo en cuenta que el derecho penal debe ser la *última ratio* del ordenamiento jurídico no debería buscarse una sanción por los mismos hechos. En el mismo sentido Gómez Pavajeau (2004) manifiesta que si ha existido una sanción de carácter penal en contra de una persona, no podría adelantarse o buscarse una sanción administrativa puesto que el derecho penal ya comprende la sanción que se impondría a través de otro régimen menos lesivo que haga parte del *ius puniendi* del Estado.

6. CONCLUSIÓN

A lo largo del texto se analizó el derecho de la competencia en Colombia y la forma en que ha evolucionado la regulación relacionada con este, desde los primeros acercamientos que hubo al tema por parte de la Constitución Política de 1886 hasta la actualidad con normatividades como la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 2153 de 1992. Dentro de la protección a la libre competencia en Colombia encontramos normatividades como las referidas, la Ley 155 de 1959, e incluso, la Constitución Política de 1991. Es lo que se ha podido comprender cómo el “régimen de protección de la libre competencia” que busca la prohibición de aquellas conductas o actividades que se adelanten por parte de agentes del mercado para alterar el correcto funcionamiento del mercado.

Adicionalmente a las citadas normativas, la protección a la libre competencia no se encuentra exclusivamente regulada por estas. Es también pertinente la protección que se realiza a través del

derecho penal. El legislador en la Ley 599 del año 2000 -Código Penal colombiano- ha comprendido conductas contrarias a la libre competencia que, en palabras de Juan Carlos Prias (2021) podrían ser el tipo penal de especulación, pánico económico y, específicamente, el tipo penal que crea una proscripción para prácticas colusorias en procesos de licitaciones siendo este el artículo 410-A del Código Penal.

Dentro de las normatividades previamente referidas y a la luz de la evolución normativa que tuvo en Colombia el derecho de la competencia se buscó unificar para su protección las funciones de inspección, control y vigilancia en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, sin embargo, como se pudo evidenciar a lo largo del texto, estas funciones también se ampliaron para determinadas conductas a las administraciones locales como alcaldías o gobernaciones. Adicionalmente, al encontrar que se encuentran reguladas diferentes conductas delictivas en el Código Penal, la facultad de investigar y buscar una sanción para las conductas contrarias a la libre competencia también recayó en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.

En este sentido, y teniendo en cuenta que dentro de los principios de carácter fundamental que la Constitución Política de Colombia ha consagrado se encuentra el de la prohibición de doble incriminación o *non bis in idem*, salta a la vista que el hecho de que existan conductas que se encuentran prohibidas al mismo tiempo en dos regímenes diferentes, podría ir en contra de este principio.

El principio del *non bis in idem* como explica Velásquez (2020), dispone que nadie puede ser perseguido judicialmente en más de una ocasión por un mismo comportamiento. El origen de este

principio se encuentra en el artículo 29 de la Constitución Política y, adicionalmente, se encuentra consagrado también al interior de las normatividades respectivas de cada régimen que fue objeto del presente estudio. Este es el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Penal.

La finalidad, como se explicaba, de este principio consiste en la protección de los ciudadanos que sean objeto de la facultad sancionatoria del Estado o *ius puniendi*. Que comprende el régimen administrativo sancionatorio y el régimen penal, entre otros. Dicho principio en palabras de Jiménez-García (2015) no es absoluto o intocable y puede verse matizado de manera legítima en situaciones como la acción de tutela o el recurso de revisión.

Así, la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de los elementos del principio en Sentencia C-244 del año 1996, explicaba en la providencia que debían concurrir tres identidades para su aplicación: (i) identidad en la persona; (ii) identidad en el objeto; y (iii) identidad en la causa. A lo largo de esta investigación se pudo conocer que, la identidad en la causa resulta determinante en aquellas circunstancias en las que una conducta pueda ser objeto de sanción por parte de dos regímenes diferentes. Explicó la Corporación al respecto que la prohibición de un doble enjuiciamiento no debe ser comprendida como la exclusión para la posibilidad de que haya diversas investigaciones o sanciones por un mismo comportamiento ya que, lo relevante es que cada una tenga diferentes fundamentos normativos y finalidades. Sobre la identidad en la causa referida, en pronunciamiento C-914 del año 2013 manifestó que esta se refiere a que el motivo de iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos.

De esta forma se pudo conocer a lo largo del texto que la posición de la Corte desde la década de los 90 empezaba a vislumbrar una posición clara respecto de la simultaneidad de investigaciones por un mismo acontecer fáctico.

En este sentido, ahondando más en los motivos sobre los que se fundamenta esta postura, se pudo conocer que para la Corte Constitucional el derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio son dos regímenes que se encuentran inmersos en el universo del derecho sancionatorio -en virtud de lo señalado en Sentencia C-720 del año 2006-; universo que comprende el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y el régimen jurídico especial ético - disciplinario. Así se puede tener claridad respecto de la aplicación del *non bis in idem* para todo aquello que comprende el régimen sancionatorio. Situación por la que, inicialmente, se podría considerar que interponer sanciones o incluso, iniciar simultáneamente investigaciones en dos regímenes que se encuentran inmersos en este marco del *ius puniendi* debería ser una vulneración del *non bis in idem*. No obstante, la Corte Suprema de Justicia aclaró en providencia SP-3141 del año 2020 que la prohibición no se hacía extensiva para procedimientos de conocimiento de diferentes autoridades “*evento éste que se presenta cuando el mismo hecho genera acciones penales, disciplinarias o fiscales, estos procedimientos tienen objeto, finalidad y sanción diferente a la acción penal.*”

Así, con la jurisprudencia y los planteamientos que se esbozaron en este punto, se pudo evidenciar que no existe impedimento alguno para sancionar o investigar simultáneamente a una persona por

la misma conducta siempre y cuando se hable de dos regímenes diferentes -incluso aunque estos sean parte del derecho sancionatorio-.

Ahora bien, esta posición no es la única que existe en Colombia respecto de la vulneración del *non bis in idem*. Se ha desarrollado por parte de un sector de la doctrina una postura contraria a la que afirma que no existe vulneración alguna para el principio constitucional. En primer lugar, señala López (2014) que, en contraposición a lo que se ha expuesto respecto de la posición de la Corte, se debe corroborar que la finalidad y fundamentos de la sanción penal y la sanción administrativa sí son diferentes.

Dentro de los argumentos que fundamentan esta posición, se señala por parte de autores como Sampedro (2021) o Humar (2021) que se dejan de lado principios verticales al proceso penal como el de fragmentariedad, derecho penal mínimo o de mínima intervención -*última ratio*-. Teniendo como fundamento únicamente estos tres principios, el derecho penal sólo debería ser tenido en cuenta por parte del *ius puniendi* en aquellas situaciones en la que las demás herramientas del régimen sancionatorio no hubieran sido suficientes para reprochar una conducta que afecte bienes jurídicos. Es la misma Corte Constitucional quien ha manifestado, por ejemplo, en sentencia C-356 de 2012, que el derecho penal sólo debería ser utilizado cuando “hayan fallado todos los demás controles”.

Otra postura que defiende la vulneración del *non bis in idem* en relación con la simultaneidad de sanciones e investigaciones en diferentes regímenes, es la de Lopera (2006) quien señala con claridad que el derecho penal debe brindar garantías como, por ejemplo, considerar delito a

aquellas conductas que efectivamente son graves y contra los bienes jurídicos más importantes. Bajo este fundamento podría señalarse que conductas colusorias como a la que se ha hecho referencia en el ejemplo expuesto previamente a lo largo del texto, debería ser exclusivamente una conducta sancionada por el derecho administrativo sancionatorio y no objeto de tipificación penal.

De esta forma, una posición muy fuerte de la doctrina especializada en materia penal y administrativa considera que el hecho de que se permita por parte de la jurisprudencia nacional genera una situación de inseguridad jurídica (Prias, 2021) además de una situación que hace excesivamente lesiva la potestad sancionatoria del Estado, como manifiesta Saénz (2006).

En relación con esta posición existen dos problemas claros para la aplicación de una doble sanción: (i) el régimen penal es suficiente para comprender los fines de ambos regímenes; y (ii) se vulneran principios fundamentales como el debido proceso y principios fundamentales propios del derecho penal.

De lo expuesto y teniendo como fundamento ambas posiciones, resulta relevante traer a colación, y a manera de conclusión, la posición que consideramos es apropiada en relación con la vulneración del *non bis in idem* y teniendo en cuenta los dos casos hipotéticos que se plantearon, es la correspondiente a la doctrina y aquella que contradice la posición de la Corte Constitucional.

De esta forma, teniendo en cuenta el análisis que se hizo respecto de una situación fáctica hipotética como la desarrollada en la que, para unos mismos hechos existen prohibiciones específicas en cada uno de los dos regímenes que se estudiaron; puede afirmarse lo siguiente,

evidentemente, existen diferentes normatividades que prohíben la conducta desempeñada por los representantes legales de “Vías por Colombia” y “Carreteras Nacionales”.

En relación con la colusión como práctica reprochada por el ordenamiento colombiano, se pudo conocer que esta conducta se encuentra prohibida y es objeto de sanciones en materia administrativa de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. De igual manera, dicha conducta se encuentra prohibida en virtud del artículo 1° de la Ley 155 de 1959. Sin embargo, también el régimen penal sanciona la misma conducta nuevamente incluyendo un ingrediente adicional, que desde nuestra perspectiva se incluye tácitamente también en el Decreto 2153 de 1992, correspondiente a la finalidad de los sujetos activos de alterar ilícitamente el procedimiento contractual.

Por lo tanto, respecto del caso objeto de estudio es plausible señalar que existen dos regímenes que protegen al mismo tiempo el derecho a la libre competencia a través de sanciones también muy similares.

Así, si se tiene en cuenta lo que señalan autores como Sampedro (2021) o Humar (2021) en relación con la protección y garantía de principios transversales al derecho penal como lo son el de mínima intervención o el de fragmentariedad, al llevar simultáneamente investigaciones por conductas que son idénticas y para las que además existe una prohibición exactamente igual en dos regímenes diferentes, se estaría vulnerando el *non bis in idem*. Y dicha vulneración se da básicamente porque el régimen penal además de tener como objeto la protección de bienes jurídicos cuando los demás instrumentos del ordenamiento no han funcionado, debe ser tenido en cuenta para la protección de las conductas más graves -principio de fragmentariedad (Bustos, 1997)-. Situación que en el contexto normativo colombiano no se presenta puesto que el derecho penal funciona paralelamente

con otros regímenes menos lesivos. Es pertinente incluso la posición de la Corte Constitucional en relación con este argumento que en la Sentencia C-804 del año 2003 que se citó con anterioridad, manifestó que el derecho penal sólo resulta aplicable en aquellas situaciones *“se han puesto en práctica otras medidas no represivas, que pueden ser, por ejemplo, de carácter laboral, administrativo o mercantil, y ellas han resultado insuficientes; por tanto, sería desproporcionado e inadecuado comenzar con una protección a través del Derecho Penal”*.

Así, investigar administrativa y penalmente a una persona de manera paralela consiste en una medida desproporcionada e inadecuada más allá de los planteamientos que expone la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional respecto de la finalidad y enfoque diferencial que existe dentro de cada uno de los dos regímenes, así como el argumento que plantea que se protegen regímenes diferentes. Nuevamente debe resaltarse que, en palabras de Juan Carlos Prias (2021), tipos penales como el de acuerdos restrictivos de la competencia buscan proteger justamente la libre competencia; protección que se ha desarrollado completamente por parte del régimen administrativo sancionatorio.

BIBLIOGRAFÍA

Alarcón-Lora, A., Quintero-Lyons, J., & Llamas-Bobadilla, L. (2019). Régimen sancionatorio de la Superintendencia de Industria y Comercio por acuerdos anticompetitivos en Colombia. *Saber, Ciencia Y Libertad*, 14(1), 80–98. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2019v14n1.5582>

Aristizabal Villa, J. (2000). Aproximación al marco jurídico de la libertad económica en Colombia. *Estudios Gerenciales*, 16(77), 83-90. Recuperado el 9 de marzo de 2023, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-59232000000400006&lng=en&tlng=es.

Avella Franco, P. O. (2007). Estructura del proceso penal acusatorio. Fiscalía General de la Nación. Recuperado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/EstructuradelProcesoPenalAcusatorio.pdf>

Bustos Ramírez, J., & Hormazábal Mallare, H. (1980). Pena y Estado. *Papers*, revista de sociología, (13), 121.

Bustos Ramírez, J. (1997). *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta.

Feuerbach, P. J. A. R. (1989). *Tratado de derecho penal* (17th ed.). Buenos Aires: Hamurabi.

García Amado, J. A. (s.f). Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites.

García Gutiérrez, G. (2012). Protección de la competencia a través del derecho penal. *Contexto*, (37), 37–52. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/3215>

Gómez, C. (2004). *Dogmática del derecho disciplinario* (3a. ed., actualizada.). Universidad Externado de Colombia.

Gómez, C. (2004). Intervención y omisión. *Derecho Penal y Criminología*. 25, 76 (pp. 79–174.)

Guevara, G. (2008). El tratamiento de las prácticas y comportamientos colusorios en Venezuela: Problemas teóricos y prácticos. *Revista de Derecho de la Competencia*, 4(4), 7-587.

Humar, F. (2021). Dos regímenes. En G. Ibarra, A. Miranda, C. Uribe y otros (Eds.), *Derecho de la competencia* (1ª ed., pp. 409-416). Legis.

Jescheck, H. H., & Weigend, T. (2002). *Tratado de derecho penal: Parte general* (5th ed.). Madrid: Editorial de Derecho Reunidas.

Leyva Estupiñán, M. A., & Lugo Arteaga, L. (2015). El bien jurídico y las funciones del Derecho penal. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 36(100), 63-73. doi: 10.18601/01210483.v36n100.04

López Barja De Quiroga, J. (2004). *El principio: non bis in idem*. Madrid: Editorial Dykinson

Lopera Mesa, G. P. (2006). Principio de proporcionalidad y ley penal. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

MARCO NORMATIVO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA. (s. f.). Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Recuperado 10 de marzo de 2023, de <https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/3-normas.pdf>

Mir, S. (1986). Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. *PC*, (0), 49-.

Miranda, A., & GUTIÉRREZ, J. D. (2003). FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: LOS BENEFICIOS DEL MONOPOLIO VS. LOS BENEFICIOS DE LA COMPETENCIA. *Rev. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia)*, Vol. 2, N° 2: 269-400. Recuperado 7 de febrero de 2023, de <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/8-fundamentos.pdf>

Miranda, A. (2020, junio). *RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 30835 DE 2004 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO*. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Recuperado 2 de marzo de 2023, de <https://centrocedec.files.wordpress.com/2020/12/resumen-y-analisis-resolucioce81n-30835-de-2004.pdf>

Pardo Pardo, D. L. (2018). Una aproximación al tipo penal de los acuerdos restrictivos de la competencia. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 39(106), 103-144. doi: 10.18601/01210483.v39n106.04

Prias, J. C. (2021). Derecho penal y derecho de la competencia. En G. Ibarra, A. Miranda, C. Uribe y otros (Eds.), *Derecho de la competencia* (1ª ed., pp. 391-402). Legis.

Ramírez Barbosa, P. A. (2008). El principio de non bis in idem como pilar fundamental del estado de derecho: aspectos esenciales de su configuración. *Novum Jus*, 2(1), 101–124.

Ramírez-Torrado, M. L., & Aníbal-Bendek, H. V. (2015). Sanción administrativa en Colombia. *Vniversitas*, 131, 107-148. doi: 10.11144/Javeriana.vj131.saec

Redondo, B. (2017, 24 de enero). PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM”. Universidad de Alcalá. Recuperado el 20 de enero de 2023, de <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/32368/TFM.%20NON%20BIS%20IN%20IDEM.pdf?sequence=1>

Roxin, C. (1997). Derecho Penal. Parte General Tomo i. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Editorial Civitas.

Sáenz, I. D. (2006). La Sanción Administrativa en el Orden Laboral. Servicio de Publicaciones.

Sampedro, C. (2021). Derecho penal y derecho de la competencia, una sola intervención estatal. En G. Ibarra, A. Miranda, C. Uribe y otros (Eds.), *Derecho de la competencia* (1ª ed., pp. 403-408). Legis.

Superintendencia de Industria y Comercio. (2021). *Definiciones sobre competencia*. Recuperado el 10 de marzo de 2023, de <https://www.sic.gov.co/que-es-la-libre-competencia>

Historia | *Superintendencia de Industria y Comercio*. (s. f.). <https://www.sic.gov.co/historia>

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-088 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-914-13. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-870-02. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia SP3141 de 2020. M.P. Eugenio Fernandez
Carlier

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP 3141 de 2020. M.P. Eugenio
Fernández Carlier

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-100-19. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia 228 de
2002. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-365 del año 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-018 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-575 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-532 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-537 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-554 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-721 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt

Corte Constitucional de Colombia SU-399 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-720 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-178 de 2020. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-244 de 1996. Carlos Gaviria Díaz

Consejo de Estado de Colombia. Concepto Sala de Consulta C.E. 1454 de 2002.

Concepto Radicación No. 17-310455 del 27 de septiembre de 2017 - COLUSIÓN