



Sentencia C-233/19

Referencia: Expediente D-12960

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 389A de la Ley 599 de 2000, *“por la cual se expide el Código Penal”*

Actor: Andrea Valentina Velásquez Salcedo

Magistrado Sustanciador:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D. C., veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Plena, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, profiere la siguiente sentencia, con fundamento en las siguientes

I. ANTECEDENTES

1. Demanda de inconstitucionalidad

1.1. Texto demandado

1. El día 10 de octubre de 2018, la ciudadana Andrea Valentina Velásquez Salcedo presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 389A de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1864 de 2017, en el que se tipifica el delito de elección de ilícita de candidatos, para sancionar penalmente a quienes son elegidos para un cargo de elección popular estando inhabilitados para desempeñarlo por decisión judicial, disciplinaria o fiscal, con prisión de cuatro a nueve años y multa entre 200 y 800 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A continuación se transcriben los apartes normativos demandados:

“LEY 599 DE 2000

(julio 24)

Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000

EL CONGRESO DE COLOMBIA

Por la cual se expide el Código Penal

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 389A. ELECCIÓN ILÍCITA DE CANDIDATOS. <Artículo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1864 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> *El que sea elegido para un cargo de elección popular estando inhabilitado para desempeñarlo por decisión judicial, disciplinaria o fiscal incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de doscientos (200) a ochocientos (800) salarios mínimos legales mensuales vigentes”*

1.2. Cargos

1.2.1. Según la accionante, la norma demandada desconoce los artículos 1, 2, 3, 28, 29, 40 y 150 de la Carta Política, porque envuelve un ejercicio desmedido, injustificado e innecesario en el poder represivo del Estado, y restringe el alcance del principio democrático.

1.2.2. Desde la perspectiva de las *potestades sancionatorias del Estado*, el actor argumenta que el tipo penal adolece de tres tipos de deficiencias.

De una parte, el delito penaliza, no el acto de postulación como candidato en un proceso electoral, que es lo que eventualmente resultaría censurable porque implica activar los mecanismos electorales existiendo una prohibición legal para ejercer el cargo público, sino la circunstancia, ajena al infractor, de resultar elegido. Con ello, la disposición legal criminaliza conductas que no son imputables a las personas sancionadas, desconociendo la prohibición de toda forma de responsabilidad objetiva.

Asimismo, el tipo penal desconoce los principios de *ultima ratio* y de necesidad, porque sanciona conductas que no lesionan ningún bien jurídico, y porque obliga a apelar a los instrumentos criminales existiendo otros mecanismos para evitar que las personas inhabilitadas logren acceder a cargos públicos. Si el objetivo del legislador era impedir que estas personas se inscribieran y participaran en procesos electorales, la medida legislativa es totalmente inadecuada, como quiera que el tipo penal no sanciona dicha participación, sino la circunstancia de ser elegido, con lo cual, no sería funcional al objetivo por el cual fue introducido. Y si en gracia de discusión se acepta que la norma demandada tiene por objeto evitar que mediante maniobras fraudulentas las personas lleguen a ocupar cargos públicos, por vía de postularse en procesos electorales a los que no podían acceder, para luego obtener un resultado favorable, la medida resulta igualmente inocua, ya que el ordenamiento contiene todas las herramientas para impedir este resultado: *“No resulta pertinente agregar una sanción de carácter penal, pues el bien jurídicamente tutelado cuenta con otras disposiciones y reglas normativas*

de carácter jurídico que lo protegen, y así, las sanciones penales serían innecesarias, y una inclusión de las mismas como la de esta norma, representa un quebrantamiento del principio de ultima ratio”.

Así las cosas, el tipo penal desconoce los principios que regularizan y racionalizan el ejercicio del poder punitivo del Estado, al hacer uso de las herramientas criminales existiendo otros dispositivos que sí tienen la idoneidad para garantizar la protección de los bienes jurídicos en cuestión.

Y no sólo se hace uso de las herramientas criminales existiendo otros dispositivos menos lesivos de la libertad individual, sino que además la norma termina por sancionar conductas que no resultan lesivas de ningún bien jurídico, pues la sola participación de la persona inhabilitada en un certamen electoral no implica necesariamente su elección, y, en cualquier caso, cuando resulta ganador en los comicios, en razón de la inhabilidad no podría ocupar el respectivo cargo.

Finalmente, el tipo penal desconoce el principio de *non bis in ídem* y la prohibición de doble incriminación, ya que las conductas que dan lugar a la inhabilidad ya cuentan con las respectivas consecuencias a nivel judicial, disciplinario o fiscal, las cuales comprenden la misma inhabilidad, y, en este escenario, carece de toda justificación imponer una nueva sanción a nivel penal por la misma conducta que previamente ha sido objeto de reproche: *“si ya existe una sanción (disciplinaria, fiscal o judicial), que recae sobre el sujeto activo de la conducta punible en cuestión, y sin la cual no se configuraría la acción delictiva, se comprende que tal sanción resulta innecesaria, incluso advirtiendo que ni la conducta en sí misma implica una afectación determinante al bien que jurídicamente se pretende tutelar, ni la sanción que por obvias razones representa la protección del mismo”.* Es decir, la norma impone nuevos castigos por conductas que ya han sido objeto de reproche y sanción.

1.2.3. Desde la perspectiva del *principio democrático*, el accionante argumenta que cuando una persona inhabilitada para ocupar cargos públicos resulta elegida, es posible *“entrever la legitimación popular con la que contaría el hipotético ciudadano, circunstancia esta que antes que lesionar la democracia, fungiría como un refuerzo para la misma, toda vez que propiciaría la expresión de la voluntad del constituyente primario, en lo referente a la legitimación del candidato, a pesar de su conocida imposibilidad para ejercer el cargo”.* De este modo, la norma impugnada debilita los mecanismos que fortalecen el sistema democrático.

Lo anterior resulta particularmente grave en el actual escenario político, en el que los órganos que ejercen el control disciplinario y fiscal, a saber, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la Nación y las contralorías departamentales, distritales y municipales, utilizan de manera inadecuada las herramientas disciplinarias y fiscales, e imponen recurrentemente sanciones que llevan aparejada la inhabilidad para ser elegido popularmente. Pese a que posteriormente las decisiones de los órganos de control suelen ser revocadas por vía judicial, al evidenciarse que carecen de soporte probatorio y jurídico, durante

su vigencia logran restringir el ejercicio de los derechos políticos, y con ello, cercenar los mecanismos de participación ciudadana y el principio democrático como tal.

Y, precisamente, el tipo penal no hace sino reforzar y fortalecer estos instrumentos intimidatorios y restrictivos de los derechos de participación política.

1.2.4. En este orden de ideas, la accionante concluye que la medida legislativa no sólo no es funcional a los objetivos de evitar de que personas que se encuentran inhabilitadas para ocupar cargos públicos se inscriban en los procesos electorales y se posesionen en los mismos, sino que, además, criminaliza resultados que no son atribuibles al comportamiento del sujeto activo del tipo penal y que no atengan contra ningún bien jurídico, impone una doble sanción por una misma irregularidad, y restringe el acceso a la función pública.

1.3. Solicitud

Con fundamento en las consideraciones anteriores, el accionante solicita que se declare la inexecutable del artículo 289^a de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 5 de la ley 1864 de 2017.

2. Trámite procesal

Mediante auto del día 13 de noviembre de 2018, el entonces magistrado sustanciador admitió la demanda, y en consecuencia, ordenó:

- Correr traslado de la misma a la Procuraduría General de la Nación por el lapso de 30 días, para que rindiera concepto en los términos de los artículos 242.5 y 278.5 de la Carta Política.
- Fijar en lista la disposición acusada, con el objeto de que fuese impugnada o defendida por cualquier ciudadano.
- Comunicar de la iniciación del proceso a la Presidencia de la República, al Congreso de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho, a la Fiscalía General de la Nación, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, al Consejo Nacional Electoral, a la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y a la Defensoría del Pueblo, para que se pronunciaran sobre las pretensiones de la demanda de inconstitucionalidad y suministraran los insumos fácticos, conceptuales y normativos que estimen pertinentes.
- Invitar a participar dentro del proceso a las siguientes instancias para que e pronuncien sobre las pretensiones de la demanda y para que suministraran insumos de análisis según sus áreas de conocimiento y experticia: (i) a las facultades de Derecho de las universidades Externado de Colombia, Militar Nueva Granada, Sergio Arboleda, Santo Tomás de Aquino, Católica, de Ibagué, Pontificia Bolivariana de Medellín, de Antioquia, Libre, de los Andes, Nacional

de Colombia, Libre y de Antioquia; (ii) al Consejo Superior de la Política Criminal; (iii) al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga, a la Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política, y a la Comisión Colombiana de Juristas; (iv) al Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia; (v) a los colegios de jueces y fiscales de Antioquia, Atlántico, Bogotá, Bucaramanga, Cali, Cesar, Huila, Magdalena, Nariño, Quindío, San Gil y Tolima.

3. Intervenciones

3.1. Intervenciones sobre la viabilidad del escrutinio judicial (Ministerio de Justicia y del Derecho y Universidad Sergio Arboleda¹)

3.1.1. Con respecto a la viabilidad del escrutinio judicial, únicamente el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Universidad Sergio Arboleda realizan un análisis específico, ya que los demás intervinientes se pronunciaron directamente sobre la validez del precepto demandado, sobre la base de que previamente el magistrado sustanciador había admitido a trámite el escrito de acusación.

A juicio de la Universidad Sergio Arboleda, la admisión a trámite de las demandas de inconstitucionalidad por parte del magistrado sustanciador supone tan solo un juicio provisional sobre la viabilidad del escrutinio judicial, por lo cual dicha admisión no descarta un análisis ulterior sobre la procedencia del control constitucional.

3.1.2. En este contexto, tanto la Universidad Sergio Arboleda como el Ministerio de Justicia y del Derecho sostuvieron los cargos de la demanda no habían proporcionado los elementos estructurales de la controversia constitucional, y que este tribunal no podía subsanar oficiosamente las deficiencias de las acusaciones. En particular, se pusieron de presente dos tipos de falencias.

3.1.3. De una parte, los señalamientos se habrían estructurado a partir de una lectura equivocada e injustificada tanto del delito de elección ilícita de candidatos, como del sistema jurídico en su conjunto. A juicio de los intervinientes, los cargos reposan sobre una serie de premisas que resultan inconsistentes con la Carta Política, la legislación, y muy especialmente con el precepto demandado. Estas premisas son, entre otras, las siguientes:

- Según la demandante, el delito sanciona el mismo comportamiento, circunstancia o conducta por la cual se impuso previamente la inhabilitación, de suerte que, a su juicio, con base en un mismo hecho el ordenamiento jurídico impondría dos sanciones: la inhabilitación y el delito. Sin embargo, este entendimiento es inaceptable porque el tipo penal criminaliza una conducta distinta y mucho más grave, a saber, la postulación a un cargo de elección

¹ A través de concepto suscrito por Marcela Palacio Puerta, Andrés Sarmiento Lamus y John Zuluaga Taborda.

popular cuando la persona sabe que no puede hacerlo en razón de una inhabilidad. Así, *“la demanda recae sobre una proposición jurídica que la demandante deduce de manera subjetiva”*.²

- Igualmente, en la demanda se afirma que el tipo de penal desconoce la voluntad del constituyente primario por impedir que el voto ciudadano tenga un reconocimiento jurídico, cuando en realidad existe una diferencia sustantiva entre la voluntad del constituyente primario y la voluntad de democrática de los ciudadanos expresada en las urnas, que la accionante asimiló de manera injustificada para alegar el desconocimiento del principio democrático.
- Asimismo, la actora argumentó que el voto de la ciudadanía constituye un componente esencial de los procesos electorales y que, por consiguiente, permitir el voto respecto de candidatos que se encuentran inhabilitados permitiría entrever la legitimación popular con la que cuenta el ciudadano que ha sido inhabilitado; nuevamente, las acusaciones parten del falso supuesto de que el apoyo en las urnas a un ciudadano es una forma legítima de sustraerlo del régimen jurídico.

3.1.4. De igual modo, los intervinientes afirman que las acusaciones por la presunta vulneración de los derechos de participación política y al debido proceso se habrían amparado en apreciaciones subjetivas y no justificadas sobre la necesidad y pertinencia de la medida punitiva, y no en una confrontación objetiva entre esta y el ordenamiento superior. Así, aunque formalmente la demandante sostiene que el artículo 389A del Código Penal infringe los artículos 1, 2, 3, 28, 29, 40 y 150 de la Carta Política, en realidad, ninguna de las razones que aporta se orientan a demostrar la incompatibilidad entre el precepto legal y la normativa constitucional, y, por el contrario, *“la sustentación de los cargos se circunscribe al despliegue de un discurso conformado por apreciaciones subjetivas que no alcanzan a concretarse en un argumento claro, concreto y suficientemente persuasivo y convincente que aporte elementos relevantes para permitir una confrontación del texto con los postulados constitucionales”*.³

3.1.5. A partir del razonamiento anterior, el Ministerio de Justicia y la Universidad Sergio Arboleda concluyen que la demanda de inconstitucionalidad no reúne las condiciones básicas para un pronunciamiento de fondo, no sólo porque no se precisaron las razones de la incompatibilidad entre la medida legislativa demandada y el ordenamiento superior, sino porque, además, los cargos se sustentaron en consideraciones que carecen de todo soporte constitucional, así como en una lectura manifiestamente inadecuada del tipo penal que se pretendía controvertir.

3.2. Intervenciones sobre la constitucionalidad del delito de elección ilícita de candidatos (Universidad Santo Tomás⁴, Centro de Investigación en

² Intervención de la Universidad Sergio Arboleda.

³ Intervención del Ministerio de Justicia.

⁴ Mediante concepto suscrito por Alejandro Gómez Jaramillo y Carlos Rodríguez Mejía.

Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia⁵, Universidad Sergio Arboleda⁶, Defensoría del Pueblo, Colegio de Jueces y Fiscales de Cali, Consejo de Estado, Academia Colombiana de Jurisprudencia)

La controversia constitucional sobre la validez de la medida legislativa se estructuró en función de tres temáticas: (i) por un lado, se debatió sobre la presunta transgresión del principio del *non bis in ídem*, que a juicio de la accionante se produjo al criminalizar una conducta frente a la cual el ordenamiento jurídico ya había contemplado una inhabilidad, por lo que, en últimas, la misma circunstancia daría lugar a la imposición sucesiva de diferentes sanciones; (ii) asimismo, se debatió sobre el presunto desbordamiento en las facultades punitivas del Estado, que según la demandante se produjo por tipificar un delito que no sanciona el comportamiento dañoso de una persona sino resultados ajenos a este, como su elección en las urnas, así como por haber utilizado las herramientas criminales existiendo otros mecanismos y dispositivos que cumplen el mismo propósito, pero que son menos lesivos de la dignidad y de la libertad individual; (iii) finalmente, se debatió sobre el presunto desconocimiento del principio democrático, que según la actora se produjo al crear un nuevo delito que desconoce la voluntad general del pueblo expresada en las urnas mediante la elección de un candidato, y que desconoce la necesidad de contar con una decisión judicial para suspender el ejercicio de los derechos políticos.

A continuación se reconstruyen estos tres debates, a partir de los insumos aportados por el Consejo de Estado, la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el Colegio de Jueces y Fiscales de Cali, la Universidad Santo Tomás, el Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia, la Universidad Sergio Arboleda y la Defensoría del Pueblo.

3.2.1. El debate sobre la transgresión del principio de *non bis in ídem*

3.2.1.1. Según se explicó en los acápites precedentes, la accionante estima que la tipificación del delito de elección ilícita de candidatos lesiona el principio de *non bis in ídem*, en tanto implica sancionar nuevamente a una persona por un mismo comportamiento que ya fue objeto de una inhabilitación.

3.2.1.2. Ninguno de los intervinientes estimó procedente la acusación. Por el contrario, el Consejo de Estado, la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el Colegio de Jueces y Fiscales de Cali y la Defensoría del Pueblo sostuvieron que, contrariamente a lo que señala la demandante, el delito de elección ilícita de candidatos no sanciona la circunstancia, el hecho o la conducta que da lugar a la inhabilidad, sino la decisión consciente y deliberada de una persona de postularse, de llevar a cabo una campaña política, de someterse a escrutinio y de resultar elegido, estando inhabilitada, por lo que la acusación por el presunto desconocimiento del principio de *non bis in ídem* resulta infundada.

⁵ Mediante concepto suscrito por Marcela Gutierrez Quevedo.

⁶ A través de concepto suscrito por Marcela Palacio Puerta, Andrés Sarmiento Lamus y John Zuluaga Taborda.

A su juicio, existe una diferencia sustantiva entre la circunstancia que da lugar a la inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos, como puede ser la de cometer un delito o una infracción disciplinaria, y la postulación a un cargo de elección popular existiendo una inhabilidad. Y como el tipo penal contenido en el artículo 389A del Código Penal lo que sanciona es esto último, mal puede alegarse el desconocimiento del principio de *non bis in ídem*, como erradamente lo plantea la actora: *“Claramente puede apreciarse que no hay identidad ni de objeto de ni de causa, entre la circunstancia que dio lugar a la decisión judicial que dio lugar a la inhabilidad, y la que justifica la imposición de una condena de carácter penal que está prevista en la norma cuya exequibilidad se pretende, por lo que resulta incorrecto predicar que se está desconociendo el principio de non bis in ídem, esto es, que por un mismo hecho se está juzgado dos veces a la misma persona (...) resulta evidente que la demanda de inconstitucionalidad parte de una comprensión incorrecta de la conducta que es tipificada mediante el artículo 389^a del Código Penal”*⁷; *“la ley pena tipifica la acción de quien está inhabilitado, lo sabe, y sin embargo, con posterioridad, ofende el bien jurídico de la libre participación democrática. El derecho penal, aquí, no castiga por lo mismo que la persona ha hecho y que ha llevado a las consecuencias judiciales, fiscales o disciplinarias conocidas. No. En esta sede, la del artículo 389A del Código Penal, se conmina punitivamente a quien es elegido indebidamente. Son, entonces, dos conductas diversas.”*⁸.

En definitiva, entonces, no es cierto que la norma demandada desconozca el principio de *non bis in ídem*, ya que no sanciona a la persona por la circunstancia que da lugar a la inhabilidad, sino porque sabiendo que la tiene, adelanta dolosamente todo el proceso electoral.

3.2.1.3. Pero incluso asumiendo que la medida legislativa impone una sanción por el mismo hecho que da lugar a la inhabilidad, ésta sola circunstancia no envuelve la transgresión del principio de *non bis in ídem*, pues este mismo tribunal ha reconocido que en función de la autonomía entre el derecho disciplinario y el derecho penal, es posible imponer medidas de ambos tipos frente a un mismo comportamiento⁹, y que cuando dentro del mismo derecho penal se sanciona una misma conducta a través de dos o más tipos penales, se deben aplicar los dispositivos propios del concurso aparente de delitos, cuando haya lugar a ello¹⁰.

3.2.2. El debate sobre el ejercicio abusivo de las potestades sancionatorias del Estado

3.2.2.1. Según se indicó en los acápites precedentes, para la accionante la tipificación del delito de elección ilícita de candidatos supone un ejercicio abusivo de las potestades punitivas del Estado, en la medida en que, primero, se sancionó un hecho que es ajeno al comportamiento del sujeto activo porque el hecho punible se consuma cuando una persona inhabilitada resulta elegida y no cuando

⁷ Intervención del Consejo de Estado.

⁸ Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

⁹ Tesis de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y del Colegio de Jueces y Fiscales de Cali.

¹⁰ Tesis del Colegio de Jueces y Fiscales de Cali.

se postula, y en la medida en que se apeló al instrumento criminal existiendo en el ordenamiento jurídico otros dispositivos para impedir la elección de candidatos que han sido inhabilitados previamente.

3.2.2.2. Frente a este planteamiento, la Universidad Santo Tomás, el Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia, la Universidad Sergio Arboleda y la Defensoría del Pueblo estiman que, efectivamente, el legislador criminalizó comportamientos que podían ser enfrentados mediante otros dispositivos ya existentes en el ordenamiento jurídico, y que resultan menos lesivos de la libertad individual y de la dignidad humana, y que, por tanto, hizo un uso ilegítimo de esta herramienta.

En tal sentido, los intervinientes argumentan que existe un amplio repertorio de medidas que hacen innecesario el delito de elección ilícita de candidatos. Dentro de tales herramientas, se encuentran, por ejemplo, el sistema de controles en cabeza del Consejo Nacional Electoral, entidad que tiene la potestad para revocar la inscripción de candidatos inhabilitados, y que también tiene vedada la posibilidad de declarar la elección de tales candidatos. Asimismo, el artículo 122 de la Carta Política prohíbe inscribir como candidatos de elección popular a las personas que hayan sido condenadas en cualquier tiempo por la comisión de delitos que afecten el patrimonio público, o por la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o narcotráfico.

De este modo, como el sistema jurídico colombiano contempla diferentes filtros que impiden la inscripción y la elección de candidatos de elección popular que han sido inhabilitados, no es constitucionalmente admisible la intervención del Estado a través de medidas punitivas como la contemplada en el precepto demandado: *“La sanción penal del artículo 389A de la Ley 599 de 2000 resulta ser innecesaria y desproporcionada frente al fin que se busca, el cual es impedir el acceso a cargos públicos de elección popular de aquellos que se encuentren inmersos en una inhabilitación por decisión judicial, desconociendo, a su vez, el principio de última ratio, por cuanto existen en el ordenamiento jurídico medidas destinadas a alcanzar este fin, y que resultan ser menos lesivas”*.¹¹

Y aunque la Universidad Sergio Arboleda pone de presente el alcance limitado de estas herramientas, en cuanto el Consejo Nacional Electoral no cuenta con una base de datos única para identificar con precisión personas que se encuentran inhabilitadas para inscribirse como candidatos a cargos de elección popular, especialmente en aquellos escenarios en los que la medida proviene de decisiones judiciales que no se encuentran centralizadas, a su juicio esta dificultad no se subsana creando un nuevo tipo penal, sino implementando mecanismos para la actualización permanente de esta base de datos y para la centralización de la información, que permiten al Consejo Nacional Electoral cumplir adecuadamente su rol institucional.

Adicionalmente, el Centro de Investigación en Política Criminal de la

¹¹ Intervención de la Universidad Santo Tomás.

Universidad Externado de Colombia argumenta que los efectos disuasivos que pueda tener la criminalización de una conducta carecen de sustento empírico o científico, según lo habría afirmado la propia Comisión Asesora de Política Criminal al tramitarse el proyecto de ley que dio lugar al artículo 389A del Código Penal. En tal sentido, se destaca que existen múltiples investigaciones que demostrarían que la tipificación de delitos no tiene el efecto preventivo que usualmente se asume, y que, por tanto, *“resulta fundamental preguntarse cuántas personas se encuentran investigadas por esta conducta ante la Fiscalía General de la Nación, cuántas personas han sido imputadas por esta conducta penal, cuántas resoluciones de acusación han existido desde que se tipificó la conducta y cuántas personas han sido condenadas. Asimismo, resulta esencial indagar el impacto de la criminalización de este delito frente a la protección del bien jurídico ‘mecanismos de participación democrática’ desde el marco de la prevención, como política pública”*. Así pues, el interviniente estima que no existen elementos de juicio que permitan concluir que la amenaza de cárcel disuade a las personas de incurrir en la conducta típica.¹²

Incluso, una medida como la contemplada en el artículo 389A del Código Penal no hace sino profundizar la crisis carcelaria que se puso en evidencia cuando la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional en las sentencias T-153 de 1998¹³, T-338 de 2013¹⁴ y T-762 de 2015¹⁵, y que se reafirmó recientemente en la audiencia pública realizada en octubre del año 2018. En este acto, diferentes instituciones como la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio de Justicia y la Fiscalía General de la Nación evidenciaron el elevando hacinamiento en las cárceles, la violación sistemática y continua de los derechos de las personas privadas de la libertad, y las limitaciones del Estado para garantizar la reintegración de estas a la sociedad. En un escenario como este, resulta todo un despropósito robustecer las herramientas punitivas, existiendo otros instrumentos para preservar el sistema democrático.¹⁶

3.2.2.3. De hecho, durante el trámite legislativo que dio lugar a la Ley 1864 de 2017, diferentes instancias técnicas alertaron al Congreso sobre la amenaza que representaba la tipificación del delito de elección ilícita de candidatos, en términos de eficacia, necesidad y proporcionalidad de la política criminal. Aunque el órgano legislativo debía hacer frente a estas advertencias, dando cuenta de la necesidad de criminalizar este fenómeno pese a la existencia de otras herramientas idóneas y eficaces, y menos lesivas de la dignidad y de la libertad humana, en lugar de ello el Congreso hizo caso omiso *“y la norma fue aprobada sin que se presentara mayor atención a los problemas derivados de la efectividad del mecanismo, la proporcionalidad de las sanciones y el principio de uso del derecho penal como herramienta de control de mínima intervención (...) por lo cual el legislador no fue respetuoso del principio de última ratio”*.¹⁷

¹² Intervención del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia.

¹³ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴ M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁵ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁶ Intervención del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia.

¹⁷ Intervención de la Defensoría del Pueblo.

En tal sentido, la Universidad Sergio Arboleda y la Defensoría del Pueblo destacaron que el delito de elección ilícita de candidato no se encontraba en el Código Penal correspondiente a la Ley 599 de 2000, sino que fue incorporado posteriormente en la Ley 1864 de 2017, y que, además, en el proyecto de ley respectivo no fue contemplado este tipo penal, sino posteriormente, durante los debates en la Cámara de Representantes, cuando se puso de presente la necesidad de atribuir responsabilidad penal *“al candidato que se poseione a sabiendas que se encontraba en una causal de inhabilidad”*¹⁸. Lo anterior, ante la evidencia de que cada vez con mayor frecuencia se inscriben como candidatos de elección popular personas que han sido inhabilitadas, y de que, por ejemplo, en el año 2015 se inscribieron más de 750 personas que se encontraban en esta situación¹⁹.

Ante esta propuesta de tipificación, diferentes instancias como el Consejo Nacional Electoral y la Misión de Observatorio Electoral señalaron que el buen funcionamiento del sistema electoral no dependía tanto de medidas punitivas sino del diseño e implementación de mecanismos de gestión y de control, de tipo preventivo y pedagógico. En este contexto, el Consejo Superior de Política Criminal desaconsejó su incorporación al Código Penal, pues a su juicio, medidas como esta generarían grandes expectativas de justicia en la sociedad, pero pocos resultados, e incluso resultados contraproducentes: *“Intentar mejorar la eficacia de las instituciones haciendo más severo el castigo penal, en lugar de mejorarlas, puede comprometer la legitimidad de las mismas: más bien, es preciso intervenir para mejorar la eficacia de la administración de justicia penal con acciones concretas que, antes de cambiarlo, permitan aplicar lo existente. Así, antes de cambiarlo por algo nuevo, es necesario buscar los mecanismos para hacer efectivo lo existente, de lo contrario, la novedad corre el riesgo de tener la misma suerte que el antecedente”*²⁰. Aún más, esta entidad alertó sobre la necesidad de que la Fiscalía General de la Nación fortaleciese su capacidad para perseguir los tipos penales ya contemplados en la legislación, en lugar de propender por la criminalización de nuevas conductas frente a las cuales no están en capacidad de dar una respuesta contundente.

Pese a lo anterior, el Congreso habría hecho caso omiso de las advertencias planteadas por el Consejo Superior de Política Criminal, criminalizando la elección ilícita de candidatos sin desvirtuar los planteamientos de dicha entidad. A juicio de la Defensoría del Pueblo lo anterior demuestra el desconocimiento del principio de proporcionalidad y del principio de *ultima ratio* que debe orientar la configuración de la política criminal del Estado, en tanto no se logró dar cuenta de la necesidad, de la idoneidad y de la eficacia de una medida legislativa que, por afectar directamente la libertad individual, debía ser sopesada y evaluada escrupulosamente por el legislador.

Asimismo, durante el trámite parlamentario se habrían puesto en evidencia las dificultades en la estructuración del tipo penal, sin que hayan sido solventadas

¹⁸ Gaceta 720/15, Proyecto de Ley No. 017 de 2015.

¹⁹ Intervención de la Universidad Sergio Arboleda.

²⁰ Concepto del Consejo de Política Criminal. Informe de Ponencia para Primer Debate del Proyecto de Ley No. 017 de 2015.

definitivamente. En efecto, en la fórmula original el tipo penal se perfeccionaba con el acto de inscripción o con el acto de posesión del candidato inhabilitado, sin hacer distinción sobre el tipo de inhabilidad. Sin embargo, esta redacción fue modificada cuando en el informe de ponencia para el segundo debate en la Cámara de Representantes se sostuvo que la amplitud del tipo penal podría *“desincentivar la inscripción de candidatos a cargos de elección popular, y por consiguiente, constituir una vulneración al derecho político de los ciudadanos de ser elegidos”*²¹. En este orden de ideas, se propuso estructurar el tipo penal en función del acto de posesión y no de la sola inscripción, y circunscribirlo a las inhabilidades originadas en la potestad sancionatoria del Estado, en el entendido de que la posesión abarca la inscripción previa, y en el entendido de que en las inhabilidades objetivas de tipo sancionatorio, el candidato siempre conoce de la prohibición que tiene para inscribirse como candidato.²² Finalmente, en un tercer momento se puso de presente la necesidad de penalizar la elección y no la posesión, bajo el argumento de que en este último evento no se estaría protegiendo el mecanismo democrático; en tal sentido, se sostuvo que no se cumpliría el propósito de la ley de blindar el sistema electoral cuando se supedita el delito a que la persona sea elegida y además se posea, y que, por consiguiente, el tipo penal debe configurarse cuando la persona es elegida para un cargo de elección popular estando inhabilitada para ejercerlo.

Así pues, el análisis del proceso de aprobación legislativa pondría de presente las dificultades insalvables del tipo penal.

3.2.2.4. En contraste con esta postura, el Consejo de Estado, el Colegio de Jueces y Fiscales de Cali y la Academia Colombiana de Jurisprudencia sostuvieron que la acusación de la demandante se ampara en una interpretación asistemática del ordenamiento jurídico, y en una lectura inadecuada del tipo penal.

De una parte, aunque el verbo rector del tipo de penal es el “ser elegido” para un cargo de elección popular, lo anterior no significa que las personas sean sancionadas por una circunstancia ajena a su propia conducta. Por el contrario, es el entramado de comportamientos dolosos de su parte los que dan lugar a la configuración del hecho punible, y que implican una serie de engaños y fraude a la organización electoral y a los sufragantes que desconocen la existencia de la inhabilidad: la acción consciente y deliberada de vincularse a un partido, grupo o movimiento político, la de obtener el aval correspondiente, la de solicitar la inscripción ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, la realización de una campaña electoral, y la obtención del certificado o acto administrativo que da cuenta de su elección²³.

Incluso, en muchas ocasiones lo anterior tiene como trasfondo el interés del candidato y del partido, movimiento o grupo al que pertenece, de obtener votos

²¹ Gaceta 872/16, Proyecto de Ley No. 125 de 2016.

²² Intervención de la Universidad Sergio Arboleda.

²³ Según el Colegio de Jueces y Fiscales de Cali, el tipo penal supone *“una serie de actuaciones antecedentes, concomitantes y posteriores que hace que este tipo penal sea de aquellos considerados como plurisubsistentes, en el sentido de que deben realizarse acciones previas y vinculantes para conseguir su consumación”*.

adicionales en favor de la colectividad, independientemente de que el cargo pueda ser ocupado por el candidato inhabilitado, para capitalizarlo en términos de financiación estatal, de la consecución del umbral electoral, de la obtención de curules adicionales o de una cifra repartidora favorable. Desde esta perspectiva, tiene pleno sentido que cuando de manera inescrupulosa se utiliza indebidamente el sistema electoral, se sancione este comportamiento, incluso en el escenario penal.

Por otro lado, los intervinientes aludidos sostienen que tampoco tiene asidero la tesis de la accionante, en el sentido de que el legislador hizo un uso indebido y abusivo de las herramientas criminales por existir otro tipo de mecanismos para evitar el fraude al sistema electoral, ya que, precisamente, el delito de elección ilícita de candidato apunta a todas aquellas hipótesis en las que la persona ha logrado sortear las demás medidas contempladas en el ordenamiento jurídico para evitar la elección de personas que se encuentran inhabilitadas, y logra su elección mediante el sufragio.

En este sentido, los intervinientes coinciden en que, efectivamente, el ordenamiento jurídico contempla un amplio repertorio de medidas orientadas a evitar que personas que han sido inhabilitadas logren su elección mediante el sufragio. Dentro de estos dispositivos, se encuentran, por ejemplo, el deber de la Registraduría Nacional del Estado Civil de verificar el cumplimiento de los requisitos formales para la inscripción de candidatos y el de remitir la relación de los mismos a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República para que certifiquen sobre la ausencia de inhabilidades²⁴, el deber de las organizaciones políticas de verificar condiciones y requisitos de los candidatos a cargos de elección popular y de que no se encuentren incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad, so pena de que sus directivos incurran en faltas sancionables²⁵, la potestad del Consejo Nacional Electoral para no declarar elegidos o para revocar las inscripciones de candidatos inhabilitados²⁶, la facultad de los jueces de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para anular las elecciones contrarias al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y la incorporación como causal de pérdida de investidura, del desconocimiento del referido régimen²⁷.

No obstante ello, el tipo penal demandado apunta a un repertorio muy claro y limitado de casos en los que las personas logran sortear todos los filtros anteriores, llegando a postularse como candidatos, a realizar campañas políticas y a hacerse elegir, con todos los beneficios económicos y políticos que ello conlleva, tanto para el candidato como para el partido o colectividad a la que pertenece. Es decir, el delito criminaliza las hipótesis más extremas que atentan más gravemente contra el sistema electoral y el sistema democrático, cuando se han desafiado todas las prohibiciones y mecanismos del ordenamiento: *“el tipo penal (...) sólo pretende la sanción de aquellos candidatos que resultaron elegidos a pesar de*

²⁴ Arts. 32 y 33 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011.

²⁵ Art. 28 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011.

²⁶ Arts. 108.5 y 165.12 de la Constitución Política

²⁷ Art. 183.1 de la Constitución Política.

contar con decisiones judiciales, penales, disciplinarias o fiscales que los inhabilitan para tal efecto, no porque permita y/o avale que los mismos se hayan inscrito y participado en la campaña política, sino porque pretende sancionar la conducta que mayores consecuencias negativas genera para la participación democrática, esto es, que se materialice la elección de una persona que no estaba habilitada para tal efecto en virtud de una decisión que se presume legal y fue abiertamente desconocida, en primera medida, por el sujeto pasivo de la misma, que desde el inicio debió abstenerse de participar en los comicios, pero persistió en su actitud hasta el momento mismo de la elección, de allí que, contrario a lo que índice el libelo introductorio, sí resulta posible predicar respecto del candidato un actuar doloso y/o culposo”.

De hecho, lo anterior se habría puesto de presente durante el trámite legislativo, cuando se hizo énfasis en la necesidad de fortalecer los procesos democráticos y el sistema electoral, amenazados por *“personas inescrupulosas que cada certamen electoral refinan sus tácticas criminales para interferir en las diferentes elecciones y atentar contra los mecanismos de participación democrática (...) por lo cual se hace necesario (...) castigar con severidad a quienes atengan contra la democracia colombiana”*²⁸.

3.2.3. El debate sobre el desconocimiento del principio democrático

3.2.3.1. Finalmente, la tercera controversia versa sobre el desconocimiento del principio democrático, que a juicio de la accionante fue quebrantado por haberse criminalizado un instrumento que permite visibilizar las preferencias del electorado como constituyente primario, privándolo de la posibilidad de expresar su favoritismo por un candidato que, a pesar de haber sido inhabilitado, cuenta con pleno respaldo popular y con legitimidad democrática. A su juicio, este instrumento punitivo resulta particularmente peligroso en el actual contexto político, en el que instancias como la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República sancionan disciplinaria y fiscalmente a las personas que han ocupado cargos públicos como instrumento de intimidación política.

3.2.3.2. La Universidad Santo Tomas acoge esta postura, argumentando que, en efecto, el tipo penal crea una limitación indebida al derecho de participación política, ya que, en virtud de este derecho, la suspensión de los derechos inherentes a la ciudadanía debe estar antecedida de una decisión judicial, y en cambio la norma demandada criminaliza la elección de candidatos que han sido inhabilitados por vía disciplinaria o fiscal.

3.2.3.3. Por el contrario, el Consejo de Estado y la Academia Colombiana de Jurisprudencia desestimaron la acusación de la accionante, sobre la base de que a la misma subyace el supuesto, a todas luces inaceptable, de que mediante el sufragio es posible invalidar las exigencias legales para el ejercicio de los cargos públicos, exigencias que no sólo se estructuran en función del interés general y

²⁸ Gaceta del Congreso 511 del 23 de julio de 2015, proyecto de Ley 017 de 2015, Cámara-

que responden a la necesidad de garantizar la idoneidad, probidad y moralidad de quienes acceden a la función pública, sino que, además, al estar consignadas en la ley, son también el resultado de procesos democráticos y participativos. En este orden de ideas, en la medida en que el respaldo del electorado a una persona inhábil no sana tal inhabilidad, mal puede argumentarse que el legislador tiene vedada la posibilidad de sancionar penalmente a quien teniéndola se presenta a los comicios electorales y resulta elegido. Adicionalmente, como la conducta descrita en el tipo penal envuelve daños concretos graves al sistema electoral, la sanción contemplada en la norma demandada es cuando menos proporcional al daño social provocado.

4. Concepto de la Procuraduría General de la Nación

4.1. Mediante concepto radicado el día 28 de enero de 2019, la Procuraduría General de la Nación solicita a este tribunal declararse inhibida para pronunciarse sobre los cargos formulados en el marco de este proceso, por ineptitud sustantiva de la demanda.

A juicio del Ministerio Público, las acusaciones de la accionante adolecen de dos deficiencias que no pueden ser subsanada por este tribunal, pues, por un lado, los señalamientos se estructuraron en función de un contenido normativo que no guarda correspondencia con el que se desprende del artículo 389A del Código Penal, y, además, las acusaciones parten de una confusión sobre la naturaleza y el alcance del régimen de inhabilidades y de los mecanismos de control y vigilancia que ya contempla el ordenamiento jurídico para enfrentar el fenómeno que se pretende atacar mediante la disposición impugnada.

4.2. Así, el cargo por la presunta infracción del principio de *non bis ídem* asimila equivocadamente los hechos que dan lugar a la imposición de la inhabilidad con los hechos que configuran el tipo penal de elección ilícita de candidato, pues, en estricto sentido, la inhabilidad es un presupuesto para imputar el delito, y se configura por una “*sanción disciplinaria por violación de un deber funcional, de la imposición de una sanción fiscal por un daño causado al patrimonio público, o de la existencia, por ejemplo, de una sentencia dictada en un proceso de acción de repetición. Estos hechos son diferentes a la comisión de un delito que, en todo caso, busca preservar que el elector no resulte engañado*”. De este modo, la acusación del actor parte del falso supuesto de que el hecho que estructura la inhabilidad es el mismo que se criminaliza en el tipo penal demandado.

4.3. Por su parte, con respecto a la acusación por la violación del derecho al debido proceso por sancionar el hecho de ser elegido y no la postulación propiamente dicha, el accionante desconoce la estructura y el alcance del tipo penal. Primero, por cuanto aunque la conducta delictiva se consuma cuando el candidato inhabilitado es elegido a un cargo de elección popular, lo cierto es que tal elección supone necesariamente la postulación previa. Adicionalmente, el actor no tuvo en cuenta que el tipo penal admite la modalidad de tentativa, por cuanto no es un delito de resultado instantáneo, es un delito doloso que no admite la modalidad culposa, la inscripción en listas es un acto idóneo e inequívoco para

obtener el resultado contemplado en el tipo penal, y la no elección del candidato inscrito es un hecho que escapa a su control.

Así las cosas, la acusación según la cual el tipo penal sanciona un hecho ajeno al comportamiento del sujeto activo del delito, se ampara en un entendimiento inadecuado del precepto demandado.

4.4. Finalmente, el señalamiento por la inocuidad de la medida legislativa también parte de una confusión sobre su naturaleza y alcance, al asimilar los fines de la inhabilidad con los fines del tipo penal demandado, concluyendo erradamente que el delito de elección ilícita de candidatos es superfluo e innecesario. Sin embargo, *“las inhabilidades tienen como propósito preservar los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad (...) y la finalidad de la sanción penal va dirigida a preservar el principio democrático y a proteger la libertad del elector”*.

4.5. Así las cosas, la Vista Fiscal concluye que al no haberse suministrado los elementos estructurales del juicio de constitucionalidad, este tribunal carece de los insumos para evaluar la validez de las disposiciones legales demandadas, y que por tanto, debe declararse inhibida.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este tribunal es competente para resolver la controversia planteada, en la medida en que corresponde a una acción de inconstitucionalidad contra una prescripción legal, asunto que en virtud del artículo 241.4 de la Carta Política, debe ser resuelto por esta corporación.

2. Asuntos a resolver

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, corresponde a la Corte resolver las siguientes cuestiones:

En primer lugar, como quiera que el Ministerio Público y algunos de los intervinientes consideran que la demanda de inconstitucionalidad no proporcionaba los insumos necesarios para la estructuración de la controversia judicial, se debe evaluar la viabilidad del escrutinio y el alcance del pronunciamiento, teniendo en cuenta los repartos expresados en el trámite de este proceso.

En segundo lugar, de considerarse procedente el análisis de los cargos del escrito de acusación, se evaluará la constitucionalidad de la medida legislativa, esto es, del delito de elección ilícita de candidatos previsto en el artículo 389A del Código Penal, a la luz de los artículos 1, 2, 3, 29 y 40 de la Carta Política, preceptos que a juicio de la accionante fueron transgredidos.

3. Viabilidad y alcance del escrutinio judicial

3.1. Según se explicó en los acápites precedentes, en el auto admisorio el magistrado sustanciador efectuó una calificación provisional de las acusaciones de la demanda de inconstitucionalidad, concluyendo que, *prima facie*, estas podían ser evaluadas en el escenario del control abstracto de constitucionalidad. No obstante, durante el trámite judicial tanto la Procuraduría General de la Nación como algunos de los intervinientes manifestaron que los señalamientos formulados por la demandante tenían unas deficiencias insalvables que impedían estructurar y resolver el debate planteado, y que, por consiguiente, este tribunal debía inhibirse de pronunciarse sobre la constitucionalidad del delito de elección ilícita de candidatos.

En este orden de ideas, la Corte evaluará los cuestionamientos a la aptitud de la demanda, para establecer tanto la viabilidad como el alcance del pronunciamiento judicial.

3.2. En esencia, el Ministerio Público y los intervinientes pusieron de presente dos tipos de deficiencias, relacionadas con el entendimiento manifiestamente inadecuado de la norma impugnada y del sistema jurídico en general, y con la inexistencia de razones plausibles que acrediten la oposición normativa entre el precepto legal demandado y el ordenamiento superior.

Es así como la Procuraduría, el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Universidad Sergio Arboleda argumentan que las acusaciones parten del supuesto, errado y no justificado, de que el delito de elección ilícita de candidato sanciona el mismo comportamiento, circunstancia o conducta que da lugar a la inhabilidad, y que una y otra normatividad apuntan a los mismos fines y objetivos; a partir de esta premisa, la accionante concluyó que el tipo penal desconoce el principio de *non bis in ídem* y la regla que permite apelar a los instrumentos penales únicamente como mecanismo de *ultima ratio*. Igualmente, el cargo por la violación del principio democrático se habría sustentado en el falso supuesto de que el tipo penal desconoce la voluntad del constituyente primario, cuando en realidad la voluntad general expresada en las urnas no es equivalente a aquella otra, y cuando el delito de elección ilícita de candidatos no regula los efectos electorales de los candidatos inhabilitados que resultan elegidos.

Asimismo, los intervinientes afirman que los planteamientos de la demanda no ponen en evidencia la incompatibilidad entre el tipo penal y la preceptiva constitucional, pues únicamente se expresan argumentos difusos sobre la importancia de conocer el respaldo con el que cuentan los candidatos, incluso si han sido inhabilitados, sobre el abuso de los órganos de control en el ejercicio de su rol sancionatorio, y sobre la existencia de otros dispositivos para evitar que las personas inhabilitadas participen en los procesos electorales, tesis estas que claramente no dan cuenta de la oposición entre la legislación penal y la Carta Política.

3.3. La Sala comparte parcialmente los planteamientos del Ministerio Público y de los intervinientes sobre la ineptitud de la demanda.

Primero, las acusaciones por el presunto desconocimiento de los artículos 1, 2 y 3 de la Carta Política no explican el sentido de la oposición normativa, pues no sólo no se indicaron los contenidos de tales preceptos que habrían sido desconocidos con la tipificación del delito de elección ilícita de candidatos, sino que además tampoco se aportaron las razones que darían cuenta de la inconstitucionalidad de la medida legislativa, más allá de afectaciones indirectas, difusas y consecuenciales a la vulneración del derecho al debido proceso por la utilización abusiva de las herramientas del Estado en materia criminal, y al desconocimiento de los derechos de participación política. De este modo, propiamente hablando no existen cargos por la vulneración de estos mandatos constitucionales, sino una remisión a la acusación por la violación de los artículos 28, 29, 40 y 150 de la Carta Política.

Lo propio ocurre con los planteamientos por la presunta violación del artículo 40 superior, ya que no sólo parten de asimilar equivocadamente la voluntad popular expresada en las urnas con la voluntad del constituyente primario, sino que además, la sola aseveración de que resulta positivo en una democracia conocer el respaldo con el que cuentan los candidatos inhabilitados no da cuenta de la incompatibilidad del delito de elección ilícita de candidatos con los derechos de participación política, máxime cuando es en razón de la inhabilidad que se prohíbe ejercer cargos públicos, y no en razón del tipo penal. Asimismo, la acusación por el desconocimiento del principio de *non bis in ídem*, consagrado en el artículo 29 de la Carta Política como componente del derecho al debido proceso, tampoco puede ser evaluada en este escenario, en tanto se sustenta en la falsa premisa de que el tipo penal demandado y las normas que fijan las inhabilidades sancionan las mismas conductas y atienden al mismo fin.

Sin embargo, subsisten dos elementos de las acusaciones relacionadas con el abuso en las facultades punitivas del Estado: primero, porque el ordenamiento contempla una serie de dispositivos para evitar que quienes han sido inhabilitados por decisión judicial, disciplinaria o fiscal se postulen y participen en comicios electorales, y segundo, porque sancionar a las personas, no por postularse sino por resultar elegidos, implica ejercer la función punitiva en relación con comportamientos ajenos y resultados no atribuibles a los propios individuos; en el primer caso se podría configurar un desconocimiento del derecho penal como *ultima ratio*, y, en el segundo, un quebrantamiento de la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva.

3.4. En este orden de ideas, la Corte se inhibirá de pronunciarse sobre la validez del precepto demandado a la luz de los artículos 1, 2, 3 y 40, y con respecto a los artículos 28, 29 y 150 de la Carta Política, se abstendrá de valorar el cargo por el desconocimiento del principio de *non bis in ídem*, pero evaluará las acusaciones por el presunto abuso de los instrumentos del Estado en materia punitiva para atacar fenómenos que pueden ser enfrentados mediante otros mecanismos, y por sancionar a las personas por hechos ajenos a su conducta y voluntad, esto es, por

el desconocimiento del derecho penal como *ultima ratio* y de la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva.

4. Planteamiento del problema jurídico y metodología de resolución

4.1. Según se explicó, la demandante sostiene que la tipificación del delito de elección ilícita de candidatos constituye un abuso en el ejercicio de las potestades punitivas del Estado, en la medida en que, primero, criminaliza conductas que pueden ser prevenidas mediante otros dispositivos ya previstos en el ordenamiento jurídico, y segundo, sanciona a las personas por un resultado que no les es atribuible, ya que el delito se estructura, no en función del acto de postulación, que depende exclusivamente del sujeto activo, sino de un hecho que está por fuera de su control, como es el hecho de ser elegido por la ciudadanía. A su juicio, esto conlleva al desconocimiento del carácter de *ultima ratio* del derecho penal, así como a la violación de la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva.

4.2. Frente al primero de estos cuestionamientos, la Universidad Santo Tomás, el Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia, la Universidad Sergio Arboleda y la Defensoría del Pueblo consideran que, efectivamente, el legislador abusó del poder punitivo del Estado, ya que, en general, los efectos preventivos de la criminalización son estrechos y limitados, de modo que la tipificación de nuevos delitos no hace sino profundizar la crisis carcelaria. Ante este panorama, el legislador tenía el deber de verificar la idoneidad, la eficacia y la proporcionalidad de la medida punitiva antes de hacer uso de estos instrumentos; sin embargo, este deber no fue satisfecho, ya que durante el trámite parlamentario el Congreso ignoró las críticas y cuestionamientos que se formularon al tipo penal.

Por el contrario, el Consejo de Estado, el Colegio de Jueces y Fiscales de Cali y la Academia Colombiana de Jurisprudencia consideran que las acusaciones son infundadas, ya que el tipo penal opera precisamente cuando las herramientas ordinarias del Estado para evitar la utilización irregular del sistema electoral han fracasado, y los candidatos han logrado sortear las verificaciones de la Registraduría, las certificaciones sobre ausencia de inhabilidades que remiten la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, los controles internos de los partidos, y las potestades jurisdiccionales para anular elecciones y declarar la pérdida de investidura. De este modo, el tipo penal apunta únicamente a las hipótesis más graves y extremas de afectación al sistema electoral, en las que personas inhabilitadas por decisión judicial, disciplinaria o fiscal logran postularse, llevar a cabo la campaña política, y ser elegidos, con todos los beneficios económicos y políticos que ello conlleva.

En este orden de ideas, corresponde a este tribunal determinar si el delito de elección ilícita de candidatos desconoce el principio de mínima intervención del derecho penal y su utilización como instrumento de *ultima ratio*, en tanto el sistema jurídico contemplaría otros dispositivos para la prevención y sanción de ese mismo fenómeno. Con este propósito, la Corte identificará los criterios para

determinar la viabilidad de los instrumentos punitivos en aquellos escenarios en los que el sistema jurídico contempla otros dispositivos para enfrentar el fenómeno que se pretende combatir, para luego, con base en estas directrices, evaluar el artículo 389A del Código Penal a la luz de estas directrices.

4.3. Frente al segundo de estos cuestionamientos, la Universidad Sergio Arboleda y la Defensoría del Pueblo destacaron que durante el trámite de aprobación de la Ley 1864 de 2017, inicialmente el tipo penal se configuró de tal modo que su consumación se producía, no con la elección del candidato inhabilitado, sino con su postulación o en su defecto con su posesión en el cargo, pero que posteriormente se estructuró en función de un resultado no atribuible al sujeto pasivo, como es su elección por parte de los sufragantes. Sin embargo, los referidos intervinientes no indicaron específicamente si bajo la configuración actual la responsabilidad penal se hace depender de un resultado que escapa al control del sujeto activo, y si esta circunstancia desconoce la prohibición constitucional de toda forma de responsabilidad objetiva, y.

El Consejo de Estado, el Colegio de Fiscales y Jueces de Cali y la Academia Colombiana de Jurisprudencia concluyeron que la acusación es infundada. A su juicio, el resultado en función del cual se estructura el tipo penal supone un conjunto de actuaciones por parte del sujeto activo que comprenden, por ejemplo, la vinculación a un partido, movimiento y grupo político, la inscripción de la candidatura, la participación y la realización de una campaña política, y finalmente la obtención del certificado o acto administrativo que da cuenta de la elección. De esta suerte, es el entramado de comportamientos dolosos y fraudulentos de parte del candidato inhabilitado el que da lugar a la sanción penal, y no un resultado que le es totalmente extraño.

Así las cosas, corresponde a este tribunal determinar si la circunstancia de que el tipo penal de elección ilícita de candidato se estructure en función de la elección del sujeto activo, y no en función de su inscripción como candidato, infringe la prohibición de proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva. Con este propósito, la Sala identificará los criterios para evaluar la validez de los tipos penales de resultado a la luz de la prohibición de responsabilidad objetiva, para luego establecer si el artículo 389A del Código Penal infringe el citado mandato constitucional.

4.4. Así planteada la controversia constitucional, a continuación se procederá de la siguiente manera: primero, con el propósito de establecer si la tipificación del delito de elección ilícita de candidato desconoce el principio de mínima intervención y el carácter subsidiario y de *última ratio* del derecho penal, la Corte identificará las directrices para evaluar el desconocimiento de este principio en aquellos escenarios en los que la conducta que se pretende sancionar puede ser intervenida a través de otros dispositivos jurídicos extra penales, para luego evaluar los cargos planteados en la demanda de inconstitucionalidad.

Y segundo, con el objeto de establecer si la estructuración del delito de elección ilícita de candidatos en función de la circunstancia de haber sido elegido, y no en

función del acto de postulación como candidato desconoce la prescripción de toda forma de responsabilidad objetiva, se identificarán los criterios para evaluar el desconocimiento de este principio en los delitos de resultado, por oposición a los delitos de mera conducta, para luego analizar los cargos planteados en la demanda de inconstitucionalidad.

A partir de este doble análisis, se establecerá si el artículo 389A del Código Penal, infringe los artículos 28, 29 y 150 de la Carta Política.

5. El cargo por la presunta vulneración del principio de mínima intervención del derecho penal

5.1. La legitimidad de los instrumentos criminales en escenarios de protección multinivel

5.1.1. Tal como se expresó anteriormente, la demandante y algunos de los intervinientes consideran que el legislador no podía hacer uso de las herramientas punitivas del Estado para sancionar a las personas que estando inhabilitadas por decisión judicial, disciplinaria o fiscal llegan a ser elegidas en cargos de elección popular, como quiera que el ordenamiento contempla otros mecanismos para evitar este tipo de prácticas, entre ellos, el deber asignado a los partidos y movimientos políticos de verificar que los candidatos avalados no se encuentren inhabilitados, las sanciones a los directivos de tales agrupaciones en caso de infringir este deber, las potestades de la Registraduría Nacional del Estado Civil para no inscribir candidatos que no cumplen los requisitos de ley, las facultades del Consejo Nacional Electoral para revocar las inscripciones y para no declarar elegidos a estos ciudadanos, y las facultades de las instancias jurisdiccionales para anular las elecciones contrarias al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. A su juicio, como el derecho penal es un mecanismo de *última ratio*, y como en este caso el ordenamiento jurídico cuenta un repertorio muy amplio de dispositivos para evitar las prácticas que ahora pretenden sancionar mediante el artículo 389A del Código Penal, resulta claro que el Estado se desbordó en el ejercicio de sus potestades punitivas.

Lo anterior hace necesario identificar los criterios para determinar la legitimidad de los instrumentos en materia punitiva, en aquellos escenarios en los que el Estado podría contar con otros dispositivos para enfrentar el fenómeno que se pretende penalizar.

5.1.2. El punto de partida es el reconocimiento del carácter subsidiario y de *ultima ratio* del derecho penal. En la medida en que los dispositivos penales son altamente invasivos por comprometer directamente la libertad individual, su utilización debe ser excepcional, de modo que, en principio, sólo es constitucionalmente admisible recurrir a esta vía cuando las demás herramientas jurídicas de intervención social han fracasado. Así, la criminalización constituye *“la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el*

recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales”²⁹ y “sólo debe acudir al derecho penal, con su efecto limitativo de las libertades individuales, cuando no exista otro medio de protección de los bienes jurídicos que resulte menos invasivo (...) la criminalización de una conducta solo puede operar como ultima ratio”³⁰.

5.1.3. Lo anterior podría sugerir que la disponibilidad de otros mecanismos jurídicos para prevenir o combatir una determinada problemática social, económica, política o cultural, descarta y desplaza automáticamente la vía penal, y que, por consiguiente, siempre que el Estado pueda enfrentar cierto fenómeno o práctica socialmente nociva mediante otras herramientas extrapenales, tiene vedado el camino criminal.

Sin embargo, la regla anterior debe articularse con los demás principios que irradian el sistema penal y el ordenamiento constitucional en general, pues la Carta Política no sólo ordena al Estado respetar, proteger y garantizar la libertad individual a través del principio de mínima intervención, sino también asegurar la vigencia efectiva de los bienes jurídicos reconocidos en el texto constitucional, particularmente los asociados a los derechos fundamentales.

En este contexto, este tribunal ha reconocido, primero, que como el constituyente asignó al órgano legislativo la atribución para definir la política criminal del Estado, el Congreso cuenta con un amplio margen de valoración y de configuración para evaluar las variables de las que depende la procedencia de los instrumentos de naturaleza penal y para fijar y delinear el esquema de protección a los bienes jurídicos, y segundo, que existen al menos tres escenarios en los que la existencia de medidas y dispositivos jurídicos alternativos no desplaza la vía punitiva.

5.1.4. Con respecto a la primera de estas reglas, de tipo orgánico y competencial, la Corte ha entendido que el Congreso de la República es el órgano llamado a evaluar las variables de las que depende la viabilidad de las vías penales, incluso en contextos de pluralidad de instrumentos jurídicos, de modo que únicamente cuando las conclusiones del órgano legislativo son manifiesta y palmariamente insostenibles, es posible cuestionar sus decisiones en materia criminal.

En este orden de ideas, tanto en escenarios de reducción punitiva y de descriminalización, como en escenarios de tipificación de nuevas conductas y de agravaciones punitivas, el punto de partida para la valoración de las opciones legislativas ha sido el reconocimiento del amplio margen de valoración y de configuración con el que cuenta el Congreso para establecer la procedencia de la vía penal.

Así, sobre esta base, la Corte ha avalado la decisión del órgano parlamentario de despenalizar la bigamia y el matrimonio ilegal³¹, de no criminalizar la obstrucción

²⁹ Sentencia C-636 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

³⁰ Sentencia C-107 de 2018, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³¹ Sentencia C-226 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

del derecho de vistas al padre que carece de la custodia del hijo³² o los actos de discriminación y de hostigamiento cuando la conducta típica se despliega en razón de la discapacidad de la víctima³³, de permitir la aplicación del principio de oportunidad cuando la conducta típica haya sido objeto de reproche y sanción disciplinaria³⁴, o la de fijar una pena reducida para los delitos de muerte y abandono de hijo fruto de acceso carnal violento o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentido³⁵. En todos estos casos la base decisional es que el Congreso es el órgano llamado a evaluar la pertinencia de los instrumentos jurídicos disponibles, y a determinar si las herramientas criminales pueden ser sustituidas por otro tipo de políticas, o si las medidas alternativas son suficientes para desplazar la vía penal.

Asimismo, las decisiones del legislador de incrementar las penas o de penalizar nuevas conductas, incluso en escenarios en los que el Estado cuenta con otros mecanismos para enfrentar el fenómeno criminal, han estado revestidas de una presunción legal de validez, en razón, precisamente, de la potestad que el constituyente otorgó al órgano legislativo para definir la política criminal. Bajo esta premisa, la Corte ha declarado la constitucionalidad de normas que criminalizan conductas, prácticas y fenómenos que pueden ser prevenidos, combatidos o sancionados mediante otros mecanismos, tal como ha acontecido, por ejemplo, con los delitos de hostigamiento³⁶, incesto³⁷, injuria y calumnia³⁸, violencia intrafamiliar³⁹, contrabando, favorecimiento de contrabando y lavado de activos⁴⁰, inducción a la prostitución⁴¹ e inasistencia alimentaria⁴², entre muchos otros.

Únicamente en eventos excepcionales en los que las conclusiones del legislador sobre la pertinencia de los instrumentos criminales envuelven errores manifiestos e indiscutibles que ponen en entredicho el principio de mínima intervención del derecho penal, o que, a la inversa, dejan sin protección los bienes jurídicos esenciales del ordenamiento constitucional, ha procedido la intervención judicial. Dos casos paradigmáticos de ello son las sentencias C-897 de 2005⁴³ y C-575 de 2009⁴⁴, en las que se declaró la inexecutable de las disposiciones que criminalizaron la negativa de los asistentes a las audiencias en instancias jurisdiccionales a cumplir las órdenes impartidas por los jueces, y el ultraje a emblemas o símbolos patrios. La línea argumentativa de este tribunal se ha orientado a demostrar que la sanción penal establecida por el legislador resultaba manifiestamente incongruente con el tipo de comportamiento que se pretendía reprimir, y que, por el contrario, medidas alternativas de orden policivo o de orden

³² Sentencia C-239 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

³³ Sentencia C-671 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³⁴ Sentencia C-988 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³⁵ Sentencia C-829 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

³⁶ Sentencia C-091 de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa.

³⁷ Sentencia C-241 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁸ Sentencia C-442 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁹ Sentencia C-368 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁴⁰ Sentencias C-191 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo) y C-203 de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁴¹ Sentencia C-636 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁴² Sentencias C-237 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y C-984 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁴³ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁴ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

correccional en cabeza de los jueces, claramente gozaban de la idoneidad y de la eficacia de las que en este contexto carecía la vía penal. Así, con respecto al primero de estos delitos, la Corte sostuvo que resultaba ilusorio e ingenuo pretender el cumplimiento de órdenes accesorias y de segundo nivel impartidas por los jueces en el marco de una audiencia mediante una sentencia penal condenatoria, mientras que, por el contrario, medidas que se pueden adoptar de manera inmediata por el propio juez dentro de la misma audiencia, como las amonestaciones, el desalojo, la restricción del uso de la palabra, el arresto y multas de hasta 100 salarios mínimos, tienen mayor eficacia. Una línea argumentativa semejante se siguió con respecto al delito de ultraje a emblemas o símbolos patrios, bajo la premisa de que al tratarse de conductas que no comprometen directamente la existencia o la seguridad del Estado sino de comportamientos simbólicos y puntuales mediante los cuales se expresan diferentes tipos de inconformidad política, la amenaza de un proceso penal carece de efectos disuasivos, mientras que medidas de tipo policivo, antecedidas de procedimientos ágiles y sin mayores ritualidades, que además conllevan un reproche social, pueden atender satisfactoriamente este tipo de prácticas.

5.1.5. Además de esta regla de orden competencial y orgánico, la Corte ha fijado algunas directrices de tipo material o sustantivo para determinar la procedencia de la vía punitiva. En particular, este tribunal ha admitido que, al menos en tres escenarios, resulta constitucionalmente admisible la coexistencia de instrumentos penales y extrapenales, sobre la base de que el Estado debe articular el principio de mínima intervención del derecho penal con su deber de asegurar los demás bienes jurídicos reconocidos en el ordenamiento jurídico, especialmente los asociados a los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, el Estado cuenta con mayores potestades punitivas cuando se trata de las afrentas y los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes dentro del sistema jurídico, cuando se pretende afrontar de fenómenos y problemáticas sociales, económicas, políticas y culturales de alta complejidad que desbordan la capacidad ordinaria y razonable de la organización política, y cuando se advierte la precariedad de los instrumentos jurídicos alternativos extra penales.

De esta suerte, el análisis constitucional de los principios de residualidad, subsidiariedad y de *ultima ratio* no se centra únicamente en establecer la existencia de mecanismos jurídicos alternativos de intervención, sino que involucra diferentes variables relacionadas con las cualificaciones de las demás herramientas jurídicas en términos de su accesibilidad, disponibilidad, idoneidad y eficacia, con el bien jurídico comprometido y su nivel de afectación, y con la gravedad y complejidad del fenómeno o problemática social de base.

5.1.5.1. Así, en primer lugar, desde la perspectiva de los *bienes jurídicos comprometidos*, este tribunal ha reconocido la validez de medidas criminalizadoras en aquellos escenarios en los que se pretende sancionar las vulneraciones más graves a los bienes jurídicos más importantes dentro del ordenamiento, incluso si el Estado cuenta con otros mecanismos extra penales de

protección. Para la Corte, en contextos como este sería constitucionalmente viable la denominada “*protección multinivel*”, en la que se articulan medidas punitivas con medidas de otro tipo, incluso si aquellas tienen un impacto limitado en la protección de los principios y valores que irradian el ordenamiento constitucional.

El principio que subyace a la regla anterior es que la extensión de las potestades punitivas del Estado es directamente proporcional a la importancia del bien jurídico cuya protección se persigue, así como al nivel de afectación de la conducta que se pretende sancionar. Así, entre mayor sea la importancia del bien jurídico, y entre mayor sea la gravedad del comportamiento dañoso, son mayores las potestades criminalizadoras, hasta el punto de que, frente a los comportamientos más nocivos desde la perspectiva constitucional, el Estado se encuentra obligado a optar por la vía penal: *“Determinadas conductas, que afectan a bienes jurídicos especialmente valiosos, deben ser criminalizadas, como ocurre, por ejemplo, con las infracciones al derecho internacional humanitario, que se concretan en delitos como el genocidio, la tortura, el reclutamiento de menores, las ejecuciones extrajudiciales o las desapariciones forzadas. Otras conductas, que afectan bienes jurídicos considerados como menos valiosos o de menor significaciones, no deben ser criminalizadas, como puede ocurrir, por ejemplo, con la ‘prisión por deudas’. Entre estos extremos hipotéticos, puede haber conductas que afectan bienes valiosos respecto de los cuales la Constitución y los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad no prevean ni el deber ni la prohibición de criminalizarlas. Respecto de estas conductas el legislador cuenta con un amplio margen de configuración para determinar los bienes jurídicos susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción y las modalidades y la cuantía de la pena”*.⁴⁵

En este orden de ideas, los ataques capitales a los bienes jurídicos más valiosos dentro del Estado Social de Derecho obedecen a una lógica diferente a la de la subsidiariedad estricta, de suerte que independientemente de la existencia de otros mecanismos extrapenales y del análisis sobre su pertinencia, idoneidad y eficacia, el Estado no sólo se encuentra habilitado, si no también obligado, a la penalización.

Esto ha sido especialmente claro en el caso de los delitos que comprometen la honra y el buen nombre de las personas o la prohibición de discriminación. En estos eventos, la Corte ha sostenido que la entidad del ataque justifica la intervención penal, incluso si esta tiene un impacto escaso en los fenómenos sociales, políticos, económicos o culturales de base, e incluso si las otras herramientas están dotadas de un mayor nivel de idoneidad y eficacia. Así pues, en escenarios críticos como este, esta corporación ha admitido lo que se denominan “esquemas de protección multinivel”.

En la sentencia C-442 de 2001⁴⁶, por ejemplo, este tribunal descartó las

⁴⁵ Sentencia T-239 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁴⁶ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

acusaciones formuladas en contra de los delitos de injuria y de calumnia contemplados en la legislación penal, cuestionados en su momento por existir otros mecanismos idóneos y eficaces de protección a la honra y el buen nombre, que resultaban menos lesivos de la libertad individual, como el derecho de rectificación, la responsabilidad civil extracontractual, la imposición de multas, e incluso la acción de tutela. La Corte sostuvo que como las conductas contempladas en estos tipos penales lesionaban directa y gravemente la honra y el buen nombre de las personas, y que como estos bienes jurídicos eran especialmente valiosos dentro de la organización política, la vía punitiva era constitucionalmente admisible independientemente de cualquier consideración sobre la existencia de mecanismos extrapenales y sobre su idoneidad y eficacia.

En el marco del fenómeno discriminatorio, la Corte ha arribado a una conclusión semejante, sobre la base de que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación son dos aspiraciones y anhelos universales y de primer orden que habilitan al Estado para criminalizar las afectaciones más graves y lesivas de este principio, independientemente de que, asimismo, se deba enfrentar el fenómeno discriminatorio desde todos los frentes y aristas posibles, e independientemente de que dentro de este esquema de protección multinivel, la vía penal tenga un impacto limitado y restringido. Sobre esta base, en la sentencia C-091 de 2017⁴⁷, este tribunal declaró la exequibilidad del delito hostigamiento contemplado en el Código Penal, en los siguientes términos: *“La importancia del principio de no discriminación es tan alta para un estado democrático, constitucional y social de derecho, que (...) por ello, en el ámbito de las medidas contra la discriminación [este tribunal] mantiene una posición deferente o de respeto amplio por las opciones legislativas por el lugar cardinal que ocupa este principio dentro del orden jurídico colombiano. De un lado, se trata de un principio fundante del orden político (...) De otro lado, posee una relación inextricable con la dignidad humana, fuente y fin de los derechos fundamentales (...) Y si el buen nombre y la honra tienen, en criterio de esta Sala, una protección multinivel, ello es mucho más cierto en el caso de la igualdad y la prohibición de discriminación. Como la erradicación de este fenómeno es un anhelo universal (o al menos un propósito sobre el que existe un nivel de consenso más amplio posible en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos), entonces no cabe duda de que debe existir (...) una protección multinivel de ese derecho (...) esa protección, enfatiza la Sala, debe comprender medidas de diverso tipo, pero no excluye las de naturaleza penal (...) Por ello, si bien el Congreso de la República y los demás órganos del poder público no pueden cifrar en las normas penales la lucha contra la discriminación, tampoco es viable afirmar que esas sean innecesarias para combatir las representaciones más graves. El tipo penal estudiado se dirige precisamente contra tales conductas, especialmente graves y lesivas de la dignidad humana (...).”*

5.1.5.2. En segundo lugar, desde la perspectiva de los *fenómenos criminales de base*, este tribunal ha considerado que las problemáticas de alta complejidad y de gran calado que se han convertido en prácticas reiteradas e incontenibles, que

⁴⁷ M.P. María Victoria Calle Correa.

desbordan y desafían la capacidad ordinaria del Estado, lo habilitan para crear esquemas complejos de intervención que pueden involucrar, según el caso, las herramientas punitivas. En estas hipótesis, por tanto, la disponibilidad o existencia de otros instrumentos para enfrentar y combatir problemas estructurales y endémicos arraigados social y culturalmente que han tomado ventaja, no descarta automáticamente la vía penal, como sugeriría un entendimiento estricto del principio de mínima intervención.

Lo anterior explica los patrones decisionales de este tribunal en este frente, pues, precisamente, en distintos escenarios la Corte ha declarado la exequibilidad de las disposiciones criminalizadoras que atienden a problemáticas sociales, económicas, políticas o culturales de este tipo, y en función de la consideración anterior se ha declarado su constitucionalidad, mientras que frente a conductas y comportamientos puntuales y episódicos que no tienen ese arraigo en la comunidad, este tribunal se ha mostrado más estricto a la hora de evaluar la validez de las normas penales a la luz del principio de *ultima ratio*.

Precisamente, esta corporación ha descartado las acusaciones en contra de las normas que han criminalizado las manifestaciones del fenómeno discriminatorio⁴⁸, la violencia intrafamiliar⁴⁹, el contrabando y el lavado de activos⁵⁰ o la inducción a la prostitución⁵¹, sobre la base de que se trata de problemáticas de gran calado que justifican medidas de mayor drasticidad, mientras que frente a disposiciones que penalizan comportamientos socialmente nocivos pero que no revisten para el Estado mayor nivel de dificultad para combatirlos, se ha llegado a declarar su inexecutable, como en el caso del delito ultraje a emblemas o símbolos patrios⁵², o del delito de negativa a cumplir órdenes judiciales en el marco de las audiencias penales⁵³.

En el caso del delito de contrabando, por ejemplo, en la sentencia C-203 de 2016⁵⁴ la Corte sostuvo que si bien este fenómeno podía y debía combatirse con otro tipo de herramientas policivas, pecuniarias y contables, la circunstancia de que se tratara de una problemática global que actualmente desborda la capacidad institucional del Estado, y que estuviera vinculada a fenómenos incontrolables como la falta de oportunidades por el desempleo y la informalidad, la cultura de la tolerancia frente a la ilegalidad, los intereses patrimoniales de las organizaciones delictivas, y la cultura del “lucro fácil”, habilitaba al Estado para acudir a las vías penales. Con esta misma aproximación, en la sentencia C-636 de 2009⁵⁵ se declaró la exequibilidad de la disposición legal que criminalizó la inducción a la prostitución, cuestionada por sancionar comportamientos que se encuentran mediados por la voluntad de la presunta víctima y por existir herramientas alternativas para enfrentar esta problemática; reconociendo que

⁴⁸ Sentencia C-091 de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa.

⁴⁹ Sentencia C-368 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁵⁰ Sentencias C-191 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo) y C-203 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

⁵¹ Sentencia C-636 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵² Sentencia C-575 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵³ Sentencia C-897 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁴ M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁵⁵ M.P. Mauricio González Cuervo.

efectivamente el Estado debe adoptar e implementar un esquema de atención integral a este fenómeno, la Corte sostuvo que la circunstancia de que se tratara de un fenómeno creciente en todo el mundo, mediado por redes transnacionales, soportado por medios tecnológicos de difícil control, e invisibilizado en muchas ocasiones por las propias víctimas, justificaba la intervención penal.

5.1.5.3. Finalmente, desde la perspectiva de los *mecanismos legales alternativos*, el desplazamiento de las herramientas criminales exige no sólo que de manera hipotética el Estado pueda implementar otras medidas para prevenir, enfrentar o combatir determinado fenómeno social, sino que se trate de herramientas accesibles y disponibles dentro del ordenamiento jurídico, susceptibles de ser implementadas por los órganos del Estado, y calificadas en términos de idoneidad y eficacia. De este modo, para evaluar la validez de las normas penales a la luz del principio de mínima intervención no basta con determinar si existe un instrumento jurídico alternativo, sino que además, se debe efectuar un análisis sobre su disponibilidad, accesibilidad y aptitud. Por tanto, la existencia de dispositivos jurídicos alternativos, pero no calificados por su precariedad frente al fenómeno que pretende atender, no desplaza automáticamente la vía penal.

De hecho, las decisiones de la justicia constitucional relativas a la validez de las medidas punitivas se encuentran mediadas por un análisis sobre las calificaciones de los instrumentos penales y extra penales. Ejemplo de ello son las decisiones en las que se declaró, sobre esta base, la exequibilidad de las disposiciones legales que tipificaron la inasistencia alimentaria⁵⁶, el hostigamiento⁵⁷, la obstrucción de vías públicas que afecten el orden público⁵⁸, la violencia intrafamiliar⁵⁹, el contrabando y el lavado de activos⁶⁰, la inducción a la prostitución⁶¹, y la injuria y calumnia⁶², pues la Corte evidenció que aunque existían mecanismos jurídicos alternativos para enfrentar estos fenómenos, su eficacia era limitada, de suerte que ante esta insuficiencia las facultades punitivas del Estado podían activarse. En el escenario de los delitos contra la familia, por ejemplo, en las sentencias C-984 de 2002⁶³ y C-237 de 1997⁶⁴ se declaró la exequibilidad de los delitos de inasistencia alimentaria, demandados por imponer una modalidad de prisión por deudas y por criminalizar un fenómeno social que puede ser atendido mediante otro tipo de medidas menos lesivas de la libertad individual, bajo la premisa de que las vías alternativas para exigir por vía judicial las sumas adeudadas resultan insuficientes de cara a la protección del núcleo familiar y de la integridad física y moral de sus miembros. Bajo una línea analítica semejante, en la sentencia C-636 de 2009⁶⁵ se descartaron los cargos formulados

⁵⁶ Sentencia C-984 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁷ Sentencia C-091 de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa.

⁵⁸ Sentencia C-742 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

⁵⁹ Sentencia C-368 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁶⁰ Sentencias C-191 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo) y C-203 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

⁶¹ Sentencia C-636 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁶² Sentencia C-442 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

⁶³ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta sentencia se declaró la exequibilidad del artículo 233 del Código Penal, que tipificó el delito de inasistencia alimentaria.

⁶⁴ M.P. Carlos Gaviria Díaz. En este fallo se declaró la exequibilidad del artículo 263 del Decreto 100 de 1980, que en su momento tipificó el delito de inasistencia alimentaria.

⁶⁵ M.P. Mauricio González Cuervo. En esta providencia se declaró la exequibilidad del artículo 213 del Código Penal, que tipificó el delito de inducción a la prostitución.

en contra del delito de inducción a la prostitución por criminalizar conductas que se encuentran mediadas por la voluntad de la víctima y por existir herramientas de otro tipo para atender esa problemática, bajo la premisa de que medidas alternativas como las políticas de atención integral a la mujer o los controles migratorios constituyen un imperativo, pero insuficientes y precarios para hacer frente a un fenómeno de alta complejidad como la prostitución en un mundo globalizado.

A la inversa, cuando este tribunal ha arribado a la conclusión de que la tipificación de un delito o la agravación punitiva desborda las potestades sancionatorias del Estado, o cuando ha concluido que la despenalización o la reducción de penas se ajusta a la Carta Política, el análisis judicial ha incorporado el examen sobre la disponibilidad, la accesibilidad y la idoneidad y eficacia de los mecanismos alternativos extra penales, frente a las cualificaciones del instrumento criminal. En las sentencias C-542 de 1993⁶⁶, C-897 de 2005⁶⁷, C-355 de 2006⁶⁸, C-55 de 2009⁶⁹, y C-107 de 2018⁷⁰, por ejemplo, se declaró la inconstitucionalidad de medidas penalizadoras, declaración que tuvo como fundamento, entre otras cosas, la comprobación de la suficiencia de los esquemas alternativos extra penales o de la precariedad de la vía criminal para atender cierto tipo de fenómenos. Este es el caso de la sentencia C-542 de 1993, en el que la Corte concluyó que penalizar el pago de rescates por secuestros extorsivos era inconstitucional, porque, entre otras cosas, en escenarios extremos en los que la vida de familiares o de personas cercanas está en inminente peligro, la amenaza de una pena carece de toda eficacia, y porque en todo caso el combate al fenómeno del secuestro exige otro tipo de medidas, especialmente mediante la sofisticación de las herramientas de investigación y sanción. Y en el escenario del delito de aborto, en la sentencia C-355 de 2006 se argumentó que en contextos extremos en los que una mujer se encuentra embarazada producto de una violación, o en los que su hijo padece de una anomalía grave que hace inviable su vida, o en los que su vida e integridad se encuentra amenazada gravemente, la amenaza punitiva carece de toda eficacia, mientras que las políticas de apoyo a la maternidad o de acceso a métodos anticonceptivos pueden tener un impacto decisivo en los índices de aborto. Y en la sentencia C-107 de 2018 la Corte declaró la inexecutable de la norma legal que dispuso que en el delito de lesiones con agentes químicos, ácido o sustancias similares, la duración de las medidas de seguridad para inimputables sería al menos la misma que la de la pena contemplada para ese tipo penal; la Corte puso

⁶⁶ M.P. Jorge Arango Mejía. En este fallo se declaró la inexecutable parcial de los delitos de celebración indebida de contratos de seguro y el de colaboración en el pago de rescate por la liberación secuestrados, previstos en los artículos 12 y 16 de la Ley 40 de 1993, *“por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones”*.

⁶⁷ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En esta sentencia se declaró la inexecutable del artículo 12 de la Ley 890 de 2004, que penaliza al asistente en audiencia judicial que se niegue deliberadamente a cumplir las órdenes del juez o magistrado.

⁶⁸ M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. En este fallo se declaró la constitucionalidad condicionada del delito de aborto consagrado en el artículo 122 del Código Penal.

⁶⁹ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En esta sentencia se declaró la inexecutable del artículo 461 del Código Penal, que tipificó el delito de ultraje a emblemas o símbolos patrios.

⁷⁰ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. En este fallo se declaró la inexecutable del parágrafo del artículo 116A del Código Penal, en el que se estableció que para el delito de lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares, *“cuando proceda la medida de seguridad en contra del imputado, su duración no podrá ser inferior a la duración de la pena contemplada en este artículo”*.

e presente que aunque con esta medida el legislador pretendió evitar que los responsables de este delito simularan su inimputabilidad para eludir la pena, una medida de esta naturaleza no tendría la potencialidad de evitar los fraudes al sistema judicial y mucho menos la comisión de dicho delito, y que en cambio, a través de tipos penales como el fraude procesal, falsedad en documento público o privado o el falso testimonio, se podría sancionar y evitar este tipo de conductas.

Asimismo, en aquellos casos en que la Corte ha declarado la constitucionalidad de medidas despenalizadoras o de reducciones punitivas, la decisión ha estado precedida de un análisis sobre la idoneidad y eficacia de las medidas alternativas. En la sentencia C-226 de 2002⁷¹, por ejemplo, la Corte declaró la exequibilidad de las normas que derogaron los tipos penales de bigamia y de matrimonio ilegal, argumentando, entre otras cosas, que el ordenamiento jurídico contempla otras formas efectivas de protección a la familia, entre ellas, la nulidad de los contratos de matrimonio realizados sin el cumplimiento de los requisitos legales. En la sentencia C-239 de 2014⁷² se descartaron los cargos formulados contra el delito de “ejercicio arbitrario de la custodia”, cuestionados por el accionante por penalizar únicamente al padre que, sin tener la custodia, arrebató, sustrae, retiene u oculta a uno hijo menor para privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado, más no al padre que tiene la custodia e impide el otro ejercer el derecho de visitas; en este fallo la Corte sostuvo que aunque impedir el vínculo paterno-filial por medio de la obstrucción del derecho de visitas constituía un comportamiento reprochable por desconocer el derecho de los niños a tener una familia, la ley civil contemplaba mecanismos idóneos y eficaces para garantizar este derecho, y que incluso, a través de la acción de tutela se podría exigir el respeto de dicho derecho.

5.1.6. Así las cosas, aunque en razón del principio de mínima intervención del derecho penal las herramientas criminales son admisibles únicamente cuando no existen otros mecanismos para enfrentar el correspondiente fenómeno criminal, el deber de proteger los bienes jurídicos reconocidos en el ordenamiento constitucional obliga a articular este imperativo con la atribución del Congreso de la República para evaluar y para determinar la pertinencia de los instrumentos penales, y con la facultad estatal para hacer uso de los mismos en tres escenarios: cuando se trate de las mayores afectaciones a los bienes jurídicos de mayor importancia constitucional, cuando se pretenden intervenir fenómenos de alta complejidad y gran calado que han desbordado la capacidad ordinaria del Estado, y cuando los instrumentos alternativos carecen de las cualificaciones para desplazar la vía penal, en términos de accesibilidad, disponibilidad, idoneidad y eficacia.

5.2. Análisis de los cargos por el desconocimiento del principio de mínima intervención del derecho penal

5.2.1. Partiendo el marco analítico anterior, pasa la Sala a evaluar los cargos

⁷¹ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷² M.P. Mauricio González Cuervo.

formulados por la accionante, en el sentido de que el legislador abusó de sus potestades punitivas al criminalizar fenómenos que pueden ser enfrentados mediante dispositivos jurídicos alternativos.

5.2.2. La Corte desestima las acusaciones de la accionante, pues, aunque comparte la tesis de que el Estado cuenta con diferentes instrumentos para evitar que personas inhabilitadas para ocupar cargos de elección popular se inscriban como candidatos, adelanten la campaña política, participen en los comicios y resulten elegidas, discrepa de las consecuencias que de esta premisa extrae la accionante. A juicio de la Sala, el tipo penal de elección ilícita de candidatos responde a un fenómeno creciente y de difícil control que provoca una afectación grave a uno de los bienes jurídicos más importantes dentro del ordenamiento constitucional, como es el sistema electoral a través del cual se materializa el principio democrático, frente al cual, el esquema ordinario de control ha resultado insuficiente.

5.2.3. Así, en primer lugar, el tipo penal contenido en el artículo 389A del Código Penal atiende a la necesidad de blindar el *sistema electoral y, en general, los mecanismos de participación democrática*.

En efecto, el delito de elección ilícita de candidatos fue introducido al ordenamiento jurídico en la Ley 1864 de 2017, cuyo objetivo fundamental fue la protección de los mecanismos de participación democrática “*mediante el fortalecimiento de la persecución penal de las conductas que atentan contra ellos*”⁷³. Así, tanto el mencionado delito como los demás que se incorporaron al Código Penal, tales como la perturbación de certamen democrático, el constreñimiento al sufragante, el fraude al sufragante, el fraude en la inscripción de cédulas, la corrupción del sufragante, el tráfico de votos, el voto fraudulento, el favorecimiento de voto fraudulento, la mora en la entrega de documentos relacionados con una votación, la alteración de resultados electorales, el ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula, la denegación de inscripción, la financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas, la violación de topes o límites de gastos en las campañas electorales y la omisión de información al aportante, conformaron un nuevo título del Código Penal denominado “*delitos contra los mecanismos de participación democrática*”, cuyo objeto es responder, mediante la vía sancionatoria, a las afrentas más graves al sistema electoral.

Al presentarse el proyecto de ley en el Congreso de la República se sostuvo que el fortalecimiento de los mecanismos de participación democrática era una necesidad imperante, ya que aunque “*Colombia cuenta con una democracia respetable, nuestro sistema electoral, y particularmente nuestros mecanismos de participación popular se ven constantemente atacados por personas inescrupulosas que cada certamen electoral refinan su tácticas criminales para interferir en las diferentes elecciones y atacar contra los mecanismos de participación democrática (...) por ende, se hace necesario adelantar una reforma a la Ley 599 de 2000 que castigue con severidad a quienes atentan contra*

⁷³ Gaceta 213 de 2017. Informe a la Comisión Primera del Senado de la República.

la democracia colombiana (...) sólo previniendo y castigando la corrupción electoral podremos salvaguardar una de las instituciones más sagradas de un país que se precia de tener una democracia respetable que efectivamente representa el sentir del pueblo”⁷⁴.

El sistema electoral, a su turno, constituye uno de los componentes esenciales de la democracia colombiana, en la medida en que a través suyo se materializa la voluntad ciudadana en la conformación e integración del poder político. Mediante el sufragio el pueblo elige a las máximas autoridades gubernamentales tanto a nivel nacional como a nivel local, y, en particular, al Presidente de la República, a los gobernadores, a los alcaldes, y a los miembros de las asambleas departamentales y de los concejos distritales y municipales, así como a los integrantes del Congreso de la República. Por su parte, estas autoridades participan en la conformación de los poderes ejecutivo y legislativo, de los órganos de control y del poder judicial. Y todo este conglomerado, conformado directa e indirectamente a partir de la voluntad general manifestada a través del sufragio, define el rumbo de la Nación y realiza los fines últimos del Estado: asegurar la efectividad de los principios, derechos y deberes, promover la prosperidad y el interés general, proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

De este modo, el sistema electoral, lejos de ser un elemento accesorio o secundario, constituye un elemento medular de la organización política y la manifestación por excelencia del principio democrático, por lo cual resulta forzoso concluir que la potestad punitiva del Estado se ejerció en relación con unos de los bienes esenciales del ordenamiento constitucional.

5.2.4. En segundo lugar, la Sala toma nota de que la conducta sancionada en el artículo 389A del Código Penal envuelve una afectación grave al sistema electoral, y en general al sistema democrático.

Por un lado, la elección de candidatos envuelve una defraudación a las expectativas del electorado, ya que en la hipótesis contemplada en el tipo penal, una persona, avalada por un partido y movimiento político, y por la organización electoral como tal, inscribe su candidatura, adelanta la correspondiente campaña y participa en el certamen electoral, a pesar de que tiene vedada la posibilidad de desempeñar cargos de elección popular por recaer en cabeza suya una inhabilidad objetiva, decretada previamente por una condena penal, por una sanción disciplinaria o por una decisión de las instancias fiscales. De este modo, el electorado que toma sus decisiones basado en un principio de confianza hacia la organización electoral, hacia los partidos y hacia sus candidatos, encuentra defraudada su confianza al descubrir, luego del proceso eleccionario, que algunos de los candidatos no podían ejercer cargos públicos.

⁷⁴ Gaceta 511 de 2017. Exposición de Motivos a la Ley 017 de 2015 (Cámara de Representantes).

Pero, además, la elección de candidatos inhabilitados genera traumatismos graves en el funcionamiento del sistema electoral.

Como en la hipótesis contemplada en el tipo penal una persona inhabilitada logra ser elegida, pero no puede ocupar el cargo, el ciudadano que finalmente lo asume no resulta ser la misma que fue elegida originalmente en las urnas, lo cual de por sí tiene un alto costo en términos del principio democrático.

Además, en el caso de los cargos uninominales, la elección de un candidato inhabilitado puede dar lugar a la necesidad de realizar elecciones atípicas, con todo el desgaste en términos económicos, sociales y políticos que ello implica. Según información de la Registraduría Nacional del Estado Civil⁷⁵, entre 1999 y 2018 se realizaron 674 elecciones atípicas de autoridades locales, en su mayor parte correspondientes a alcaldías municipales o distritales, y excepcionalmente a gobernaciones o corporaciones públicas del orden local. En el año 2018 se realizaron 11, correspondientes a 10 alcaldías y a una gobernación⁷⁶, en el año 2017 se efectuaron 11, correspondientes a nueve alcaldías y a un concejo municipal⁷⁷, y en el año 2016 se realizaron 11, correspondientes a dos alcaldías, un concejo municipal y siete JAL⁷⁸. El costo de cada elección atípica es variable, pero en cualquier caso es significativo: según la Registraduría Nacional del Estado Civil, la elección atípica para la alcaldía de Riohacha tuvo un costo aproximado de 2.200 millones de pesos, mientras que las que se realizaron para la alcaldía de Tumaco tuvieron un costo de 2.400 millones de pesos.⁷⁹ Aunque la realización de estas elecciones puede ocurrir por diferentes causas, dentro de las cuales se han registrado, por ejemplo, alteraciones en el orden público que impiden la realización del comicio, la muerte del funcionario, la revocatoria del mandato, la destitución o la nulidad de elección por motivos distintos a la inhabilidad previa del candidato, la elección atípica también puede ser la consecuencia forzosa e ineludible de haberse elegido una persona inhabilitada previamente por una condena penal o una sanción disciplinaria o fiscal. De hecho, ya se han registrado diferentes elecciones atípicas por esta causa, tal como ha aconteció con el alcalde de Cota en octubre de 2007 o con el alcalde de Fresno en el año 2015.

En el caso de las elecciones para corporaciones públicas se generan traumatismos de gran entidad, pues como la persona inhabilitada no puede ocupar el cargo, lo tendrá que hacer otra que no fue elegida en las urnas por la ciudadanía, en instituciones que no sólo tienen un rol protagónico en la vida económica, política y social del país, sino que además tienen una raigambre democrática muy

⁷⁵ Al respecto *cfr.* <https://www.registraduria.gov.co/-Atipicas-2018-.html>. Último acceso: 10 de mayo de 2019.

⁷⁶ Las elecciones atípicas se realizaron para la elección del gobernador del Amazonas, y para elección de los alcaldes de Jamundí, Cartagena, Tolima, Santa Catalina, Arroyohondo, Montecristo, Betulia, Yali y Villanueva.

⁷⁷ Las elecciones atípicas se realizaron para la elección de los alcaldes de Yopal, Sardinata, Fresno, Sabanas de Ángel, Cereté, Galapa, Cajamarca, Tumaco y Caldas, y para elección del Concejo de Sabanas de Ángel.

⁷⁸ Las elecciones atípicas se realizaron para la elección de las JAL de Floridablanca, Montebello, Ciénaga, Turbaco, Arjona, Duitama y Carmen de Viboral, para los alcaldes de Curumaní y Togüi, y para el concejo de Guamal.

⁷⁹ Al respecto *cfr.* Fundación Paz y Reconciliación, *Elecciones atípicas. Democracia y Gobernabilidad*. Documento disponible en: <https://pares.com.co/wp-content/uploads/2017/08/Elecciones-Atipicas.pdf>. Último acceso: 10 de mayo de 2019.

importante, tal como ocurre con el Congreso de la República, las asambleas departamentales, los concejos distritales y municipales, y las Juntas Administradoras Locales.

Por lo demás, la participación de personas inhabilitadas en comicios provoca diversas distorsiones en el sistema electoral, independientemente de su elección efectiva.

Es así como el Acto Legislativo 01 de 2003 creó un nuevo instrumento de asignación de curules que depende, primero, de que el partido o movimiento del respectivo candidato haya obtenido el umbral mínimo de votos, esto es, el 3% de los sufragados en el caso del Senado de la República o el 50% del cuociente electoral en el caso de las demás corporaciones públicas, y segundo, de la cifra repartidora, que resulta de dividir sucesivamente de uno hasta el número de curules a proveer, por el número de votos válidos obtenidos por cada lista, ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de escaños por asignar. Pues bien, la posibilidad de participar en una elección de este tipo, estando incurso en una inhabilidad, distorsiona los resultados del umbral y de la cifra repartidora, pues los votos en favor de una persona inhabilitada pueden ser capitalizados por el partido o movimiento al que pertenece para obtener el umbral y un mayor número de curules.

De igual modo, la participación de un candidato inhabilitado, la consecución de votos y su eventual elección, también provocan distorsiones graves en el esquema de financiación de los partidos y movimientos, y de las campañas políticas. Según la Ley Estatutaria 1475 de 2011, los partidos y movimientos políticos tienen derecho a recibir financiación estatal, cuyo monto depende, entre otras cosas, de los votos obtenidos por los candidatos avalados por el respectivo partido o movimiento. Primero, según lo determina el artículo 17 de la citada ley, *“el Estado concurrirá a la financiación del funcionamiento permanente de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, por conducto del Fondo Nacional de Financiación Política”*, financiación que por su parte, se distribuye en función de los votos emitidos válidamente en su favor en las últimas elecciones de Senado y Cámara de Representantes, en función de las curules obtenidas en el Congreso, en los concejos municipales, asambleas departamentales, y en función del número de mujeres y jóvenes que acceden a las corporaciones públicas. Asimismo, el artículo 21 de la Ley Estatutaria contempla la financiación estatal para las campañas electorales, mediante el sistema de reposición de gastos por votos válidos obtenidos, cuando en las elecciones para corporaciones públicas *“la lista obtenga el cincuenta (50%) o más del umbral determinado para la respectiva corporación”*, y cuando en las elecciones para gobernaciones y alcaldes el candidato obtenga el 4% o más del total de votos válidos depositados. Además, los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos que inscriban candidatos, pueden solicitar el anticipo del 80% de la financiación estatal de las campañas electorales, según lo establece el artículo 22 de la citada normatividad. En este orden de ideas, la inscripción y elección de candidatos que han sido inhabilitados por decisión judicial, disciplinaria y fiscal puede alterar y desfigurar

el esquema de financiación, ya que por la forma como está configurado el sistema, es posible que los partidos y movimientos políticos accedan artificiosamente a recursos públicos en razón de haber candidatizado personas que no podían ocupar cargos públicos de elección popular.⁸⁰

La forzosa conclusión de lo anterior es que la elección de candidatos inhabilitados por una condena penal o por una sanción disciplinaria o fiscal comporta una serie de daños y lesiones de primer orden al sistema electoral, que se traduce en una erosión del principio democrático y en alteraciones graves en la conformación y en el funcionamiento de la organización política. Según lo ha venido advirtiendo el Misión de Observación Electoral (MOE), una de las irregularidades más graves a los que se enfrenta el sistema democrática tiene origen, precisamente, en la postulación y elección de candidatos que se encuentran inhabilitados: *“Las elecciones permitieron identificar múltiples casos en los que, a pesar de que una persona había sido condenada penalmente y que la sentencia había quedado ejecutoriada, aquella fue avalada, y por ende, participó efectivamente como candidato en la elección, con todo lo que ello implica en el defraudamiento del electorado y los gastos en que se pudo haber incurrido en caso de que hubiere resultado vencedor”*.⁸¹

5.2.5. En tercer lugar, los mecanismos para prevenir que candidatos inhabilitados para ejercer cargos de elección popular sean elegidos, han tenido hasta ahora una eficacia limitada.

5.2.5.1. Según lo expresaron la demandante y los intervinientes, la ley asigna a los partidos y a los movimientos políticos el deber de verificar que los candidatos que avalan cumplan los requisitos para su postulación, y que, además, no se encuentren inhabilitados. Según el artículo 10 de la ley 1475 de 2011, constituye falta sancionable para los directivos de tales movimientos y partidos *“inscribir candidatos a cargos o corporaciones de elección popular que (...) se encuentren incurso en causales objetivas de inhabilidad o incompatibilidad (...)”*, sanciones que pueden ser amonestaciones escritas y públicas, suspensión del cargo directivo hasta por tres meses, destitución del cargo, expulsión del movimiento o partido, y las demás que establezcan los estatutos correspondientes. De igual modo, los partidos y movimientos pueden ser sancionados por las irregularidades en el otorgamiento de los avales con suspensión o privación de la financiación estatal, suspensión de la personería jurídica y del derecho de inscribir candidatos o listas en la circunscripción en la que se cometieron las faltas, cancelación de la

⁸⁰ Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que según el artículo 12 de la Ley 1475 de 2001, *“los partidos o movimientos políticos perderán el reconocimiento de su personería jurídica, cuando al restarle los votos obtenidos por los congresistas condenados por los delitos a que se refiere el numeral 5º del artículo 10, no se alcance el umbral. En estos casos se ordenará adicionalmente la devolución de la financiación estatal de la campaña en una cantidad equivalente al número de votos obtenidos por el congresista o congresistas condenados. La devolución de los recursos de reposición también se aplica cuando se trate de candidatos uninominales. En los casos de listas cerradas la devolución aplicará en forma proporcional al número de candidatos elegidos”*. Aunque se trata de sanciones severas, tienen un alcance limitado porque operan únicamente cuando los votos en favor del candidatos inhabilitado son necesarios para alcanzar el umbral.

⁸¹ Misión de Observación Electoral (MOE), *Irregularidades y anomalías electorales en Colombia. Elecciones locales 2011*. Documento disponible en: https://moe.org.co/wp-content/uploads/2017/07/Irregularidades_y_anomalias_electorales_Colombia_2011-4.pdf. Último acceso: 8 de mayo de 2019.

personería jurídica o disolución de la organización, según lo determina el artículo 12 de la misma ley.

Sin embargo, este filtro en cabeza de los partidos ha tenido un impacto limitado. Primero, porque, al no existir bases de datos centralizadas, actualizadas y de acceso público sobre las inhabilidades de origen sancionatorio, no siempre está al alcance de los partidos y movimientos realizar un control eficaz en este frente, especialmente en aquellas hipótesis en los que tales inhabilidades tienen origen en una condena penal; lo anterior se encuentra agravado por el hecho de que las inhabilidades generales no coinciden con las específicas para ejercer cargos de elección popular, por lo cual, las certificaciones generales que expide la Procuraduría sobre la ausencia de inhabilidades, no constituyen un instrumento idóneo de control.

Asimismo, el efecto disuasivo e intimidatorio de las amenazas sancionatorias para los partidos y sus directivos pueden verse neutralizados y aminorados, ya que, al mismo tiempo, el ordenamiento jurídico contempla una serie de reglas que funcionan como incentivos para estas agrupaciones, y que les permite capitalizar los votos de las personas inhabilitadas pero con amplio respaldo electoral, en aspectos como la financiación estatal, la obtención del umbral y el “arrastre” de candidatos mediante la cifra repartidora. Lo anterior, unido a las garantías sustantivas y procesales propias de todo trámite sancionatorio, conduce a que, en un análisis de riesgo-beneficio, los partidos y movimientos pueden optar por asumir los peligros de otorgar el aval a personas que se encuentra inhabilitadas y de una sanción futura e incierta, frente a las ventajas políticas y económicas ciertas del aval.

Prueba de las limitaciones de este mecanismo de control en cabeza de los partidos y movimientos políticos, son los altos índices de candidatos inhabilitados que son reportados por la Procuraduría General de la Nación a partir del Sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad (SIRI)⁸², y las revocatorias de inscripción de candidatos inhabilitados que con frecuencia decide el Consejo Nacional Electoral a partir de estos reportes. Días antes de las elecciones del 25 de octubre de 2015, la Procuraduría reportó en SIRI 734 candidatos inhabilitados. Y en la resolución 1851 de 2015 el Consejo Nacional Electoral revocó 96 de estas inscripciones, correspondientes a candidatos inhabilitados según SIRI⁸³.

Según consta en la Resolución 0376 de 2017, el Consejo Nacional Electoral evidenció que para estas elecciones un solo partido inscribió a 84 candidatos que se encontraban inhabilitados por causales objetivas de inhabilidad derivadas de sanciones de naturaleza administrativa, fiscal o penal, y que en cada uno de estos eventos, la expedición del correspondiente aval se debe a que “*los controles de la*

⁸² En SIRI se encuentran las inhabilidades originadas por sanciones disciplinarias de destitución, la sanción disciplinaria de suspensión, las condenas por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, y la pérdida de investidura de congresista, diputado o concejal.

⁸³ Al respecto *cfr.* la resolución 1851 de 2015 del Consejo Nacional Electoral. Documento disponible en: <http://relatoria.cne.gov.co/media/uploads/2015-1851.PDF>. Último acceso: 4 de mayo de 2019.

colectividad fueron laxos, o cuando menos meramente formales”, ya que, o bien los candidatos aportaron certificaciones ordinarias de antecedentes e inhabilidades de la Procuraduría General de la Nación, “que no permiten conocer inhabilidades especiales respecto de cargos como los de elección popular a los que aspiraban”, y que, incluso, en otras oportunidades se otorgaron avales existiendo de certificados especiales que acreditaban la inhabilidad, y constando el lema “presentan inhabilidades especiales aplicadas al cargo”. A partir de esta consideración, el Consejo Nacional Electoral concluyó que “en gran medida, la inscripción de candidatos incursos en causales de inhabilidad que dieron razón a la apertura de esta investigación, se debió a un actuar negligente y gravemente culposo del partido (...) al no tomar medidas serias para verificar las condiciones particulares de sus candidaturas con la existencia de inhabilidades tan elementales como las derivadas de sanciones que les impedirían ser postulados y/o electos en los cargos para los cuales se les inscribió como candidatos”.⁸⁴

5.2.5.2. Por su parte, la Ley 1475 de 2011 dispuso que las instancias gubernamentales debían efectuar un segundo filtro, para evitar que las personas inhabilitadas para ejercer cargos de elección popular se postulen como candidatos, adelanten la correspondiente campaña electoral, y resulten elegidos. En tal sentido, se atribuyó a la Registraduría Nacional del Estado Civil el deber de verificar el cumplimiento de los requisitos formales para la inscripción de candidatos, y el de remitir una relación de los mismos a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República para que certifiquen sobre la ausencia de inhabilidades, y otorgó la potestad al Consejo Nacional Electoral para revocar las inscripciones y para no declarar elegidos a los candidatos inhabilitados.

Aunque estos mecanismos son un filtro muy importante dentro de la organización electoral, especialmente respecto de las inhabilidades objetivas a las que apunta el tipo penal demandado, en la práctica han resultado insuficientes de cara a la protección del sistema electoral.

La Registraduría Nacional del Estado Civil ha entendido, de conformidad con el artículo 28 de la Ley 1428 de 2011, que el control que realiza para la inscripción de los candidatos es meramente formal, y que, en este orden ideas, la entidad revisa únicamente que el candidato aporte los respaldos documentales, particularmente el referido al diligenciamiento de formularios, a la entrega de las fotografías, y al aval del partido, sin que la entidad revise si el candidato se encuentra inhabilitado: *“Cuando los partidos o movimientos políticos se acercan a la sede de la Registraduría a realizar la inscripción de un candidatos, la Registraduría verifica el cumplimiento de los requisitos formales exigidos y en caso de encontrar que los reúnen, aceptan su solicitud de inscripción. Estos requisitos se refieren al diligenciamiento de los formularios y la entrega de la documentación exigida así como las fotografías. La Registraduría no es competente para verificar antecedentes disciplinarios o judiciales, labor que*

⁸⁴ Al respecto *cfr.* la resolución 0376 del 2017 del Consejo Nacional Electoral. Documento disponible en: <http://relatoria.cne.gov.co/media/uploads/2017-0376.PDF>. Último acceso: 5 de mayo de 2019.

*corresponde a los partidos y movimientos políticos que otorgan el aval y, con posterioridad a la inscripción, a la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República. En ningún caso la Registraduría podrá negar la inscripción a un aspirante que presente los requisitos formales exigidos por Ley. Serán los organismos de control y el Consejo Nacional Electoral, los que estudien los casos que se puedan presentar y en los casos que así lo ameriten, revocar su inscripción (...) la Registraduría remite la lista de los candidatos inscritos a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para que estos órganos verifiquen si alguno de ellos, eventualmente, se encuentra incurso en una inhabilidad. Si el candidato está inhabilitado, será el Consejo Nacional Electoral el encargado de revocar su inscripción ”.*⁸⁵

Como puede advertirse, se trata de un instrumento débil de cara al sistema de inhabilidades, pues institucionalmente se radica en los partidos y movimientos políticos la responsabilidad de garantizar la inexistencia de inhabilidades objetivas de los candidatos, aunque, como ya se advirtió, el mismo esquema electoral genera una serie de incentivos para otorgar el aval a candidatos inhabilitados pero con buen respaldo electoral.

Por su parte, aunque el Consejo Nacional Electoral tiene la muy importante y significativa potestad para revocar la inscripción y para no declarar elegidos a los candidatos inhabilitados, el mecanismo no es infalible. Primero, por el modelo de intervención previsto en la Ley 1475 de 2011, la entidad no evalúa automática e integralmente todas las candidaturas de todas las personas inscritas por la Registraduría Nacional del Estado Civil, sino que, en su lugar, se revisan los casos por solicitud del propio partido o movimiento, de un ciudadano o por los reportes del SIRI, cuando según el registro de la Procuraduría General de la Nación podría existir una inhabilidad objetiva, o cuando exista una denuncia o comunicación específica respecto de un candidato particular. Además, este registro tiene algunas limitaciones, ya que según se explicó, la información no se encuentra centralizada, especialmente cuando se origina en condenas penales; para las elecciones del día 25 de octubre de 2015, por ejemplo, SIRI arrojó 15 reportes con el listado de personas inhabilitadas desde la fecha en que venció el plazo para las inscripciones y las elecciones⁸⁶, existiendo variaciones importantes entre uno y otro, evidenciándose, entre otras cosas, que en algunos casos las condenas judiciales no son reportadas inmediatamente, que en plazos temporales estrechos las decisiones sobre las inhabilidades pueden varían en virtud de decisiones judiciales originadas en acciones de tutela o en procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, o que algunas sanciones a nombre de los ciudadanos no generan inhabilidad para aspirar al cargo inscrito. Finalmente, como las decisiones del Consejo Nacional Electoral de revocar una inscripción no se adoptan automáticamente con el sólo reporte de la Procuraduría General de la Nación, adelantar los trámites que garantizan el debido proceso tiene un costo en términos de tiempo en escenarios de premura y apremio y, da lugar a todo tipo de

⁸⁵ Al respecto *cfr.* <https://www.registraduria.gov.co/Que-pasa-si-se-inscribe-un.html>. Último acceso: 13 de mayo de 2019.

⁸⁶ Los informes corresponden al 23, 15, 13 y 8 de octubre, 29, 28, 21, 15, 11 y 1 de septiembre, y 31, 26, 21, 18 y 6 de agosto. El número de personas reportadas como inhabilitadas según SIRI osciló entre 702 y 734.

debates probatorios y hermenéuticos de tipo procesal y sustantivo; entre otras cosas, ante la ausencia de un procedimiento específico se discute sobre la procedencia del previsto de manera general en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de la oralidad, sobre el camino procesal según los causales de revocatoria alegadas, entre muchas otras cosas⁸⁷.

5.2.6. Por último, aunque las instancias jurisdiccionales pueden anular las elecciones contrarias al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y aunque la violación de este régimen es una causal de pérdida de investidura, operan con posterioridad a la elección del candidato, tienen un carácter subsidiario, y por su naturaleza judicial revisten mayor complejidad y duración.

5.2.7. En este orden de ideas, la Corte estima que la tipificación del delito de elección ilícita de candidatos no genera el desbordamiento en las facultades punitivas del Estado que alega la accionante, por las siguientes razones.

Primero, porque el delito hace frente a uno de los ataques más nocivos al sistema electoral, y con ello al principio democrático. Ello, en cuanto la inscripción de candidatos inhabilitados, su participación en el certamen electoral y su posterior elección, defrauda al electorado y genera graves disfuncionalidades en el sistema en aspectos críticos y cruciales como la financiación de los partidos y movimientos políticos y de los certámenes electorales, la elección de ciudadanos que no pueden ocupar el cargo, y la ocupación de cargos de elección popular por personas que no cuentan con la legitimidad democrática. Así, como el legislador se encuentra habilitado, cuando no obligado, a recurrir a la vía penal para combatir los ataques de mayor entidad al ordenamiento constitucional, las acusaciones de la demanda resultan infundadas.

Segundo, porque los mecanismos extra penales para combatir la candidatización de personas inhabilitadas para acceder a cargos de elección popular, han tenido un alcance limitado y restringido: (i) los filtros en cabeza de los partidos y movimientos políticos han resultado insuficientes, pues las amenazas de sanción para estos grupos y para sus directivos son inciertas y en ocasiones tardías, y se encuentran compensadas por los beneficios políticos y económicos que se obtienen con los votos de los candidatos inhabilitados; (ii) por su parte, los controles en cabeza de la Registraduría son de tipo formal y no se extienden al análisis de las eventuales inhabilidades; (iii) y las facultades del Consejo Nacional Electoral para revocar inscripciones y para no declarar elegidos a los candidatos inhabilitados son importantes pero insuficientes, porque los controles se activan por solicitud de parte, la información proporcionada por la Procuraduría General de la Nación a través de SIRI puede no ser suficiente y oportuna, y la complejidad de los trámites y procedimientos que deben preceder a la decisión puede conducir a que algunos ciudadanos inhabilitados inscritos como candidatos de elección popular en la Registraduría mantengan esta condición hasta la fecha de la

⁸⁷ Al respecto *cfr.* Armando Novoa García, *Informe final 2014-2018. Consejo Nacional Electoral: Guardianes de la Democracia? La verdad del CNE*. Documento disponible: http://alianzaverde.org.co/pagina/images/INFOR.E-FINAL_MAGISTRADO-NOVOA2.pdf. Último acceso: 12 de mayo de 2019.

elección. De este modo, como la precariedad y las limitaciones de los instrumentos alternativos permite al legislador evaluar la viabilidad de las herramientas criminales, el Congreso se encontraba habilitado para crear nuevos mecanismos, de naturaleza penal, en cabeza de los propios candidatos, además de los que existen en cabeza de los partidos y movimientos políticos, de las instancias gubernamentales, y de los organismos judiciales.

Finalmente, la Sala toma nota de que la candidatización de personas inhabilitados se ha convertido en una práctica reiterada y extendida en el territorio nacional, que hoy en día desborda la capacidad institucional del Estado, y que esta circunstancia faculta al órgano legislativo para evaluar la pertinencia de la vía punitiva.

6. El cargo por el desconocimiento de la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva

6.1. La proscripción de la responsabilidad objetiva en los delitos de resultado

6.1.1. Según se expuso anteriormente, la accionante sostiene que el delito de elección ilícita de candidato desconoce la proscripción de cualquier forma de responsabilidad objetiva, en la medida en que sanciona resultados que son ajenos al comportamiento del sujeto activo, y no su propia conducta. Ello, por cuanto el delito se consuma con la elección del candidato, cuya ocurrencia depende de los votos del electorado y no de una actuación del sujeto activo del delito, de modo que el acto que ha debido criminalizarse es la inscripción del ciudadano en la Registraduría Nacional del Estado Civil, en lugar de un hecho que le es ajeno, como la elección de una persona a un cargo público.

Lo anterior hace necesario examinar la viabilidad de los tipos penales de resultado a la luz de la prohibición de responsabilidad objetiva, para establecer las condiciones bajo las cuales el Estado puede tipificar delitos que sancionan resultados cuya producción no sólo depende del agente del tipo penal, sino de otros factores ajenos a su comportamiento.

6.1.2. Los tipos penales de resultado, que se perfeccionan con la producción de un efecto que se encuentra separado espacio-temporalmente de la conducta del sujeto activo, se han justificado a partir de la necesidad de apelar a los instrumentos penales únicamente cuando se materializa la lesión a los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, lesión que, en ocasiones, no se produce con la sola realización de la conducta del sujeto activo, sino con un resultado ulterior provocado por aquel. En efecto, aunque a veces la afectación de estos bienes se materializa con la sola conducta del agente, tal como ocurre, por ejemplo, con el delito violación de habitación ajena respecto del bien jurídico de la inviolabilidad de domicilio, en otros casos ello sucede cuando se produce un resultado provocado por la conducta del sujeto activo, pero separado de aquella, y para este tipo de hipótesis se han diseñado los tipos penales de resultado. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con los delitos de lesiones personales y de homicidio, en los que no basta con la realización de un ataque, como puede ser un

golpe o un disparo, sino que este se traduzca en el menoscabo de la salud o integridad física de la víctima, o en su muerte, según el caso.

6.1.3. Sin embargo, como quiera que en estos casos el resultado en función del cual se estructuran estos tipos penales se encuentra separado espacial y temporalmente de la conducta activa o pasiva del sujeto pasivo, el principio de culpabilidad y la prohibición de la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva exigen que el efecto previsto en el tipo penal sea atribuible o imputable al comportamiento, activo o pasivo, del sujeto activo, y que el mismo comporte la infracción de los deberes jurídicos en cabeza de este último.

Así las cosas, desde el punto de vista causal, se requiere que el agente haya activado la cadena de acontecimientos que dan lugar al efecto previsto en el tipo penal, y que, dentro del curso regular de los mismos, el comportamiento, positivo o negativo, se traduzca en dicho resultado. Y desde el punto de vista de la imputación, se requiere que el efecto típico contemplado en la disposición penal sea atribuible a una acción que genera un peligro no permitido o que sea jurídicamente desaprobado.

6.1.4. Bajo este esquema, los tipos penales pueden satisfacer a un mismo tiempo el principio de lesividad, pues los delitos se estructuran únicamente cuando se produce la lesión del bien jurídico, y el principio de culpabilidad, pues el efecto que se sanciona es el resultado de la conducta antijurídica del sujeto pasivo.

6.2. Análisis del cargo

6.2.1. Teniendo en cuenta el marco conceptual y anterior, la Sala descarta las acusaciones de la demanda de inconstitucionalidad, ya que aunque comparte la tesis de la accionante en el sentido de que el resultado que configura el delito de elección ilícita de candidato no depende exclusivamente del comportamiento del sujeto activo, es decir, del ciudadano inhabilitado que ha sido elegido, sino del electorado en general, difiere de las consecuencias que se extrajeron de la premisa anterior sobre la consagración de una modalidad de responsabilidad objetiva.

6.2.2. Primero, desde el punto de vista de la tipicidad, no es cierto que el delito de elección ilícita de candidato sancione el comportamiento ajeno, pues desde una perspectiva causal el acto de elección, en función del cual se estructura el tipo penal, presupone una serie de conductas que deben ser desplegadas por el sujeto activo del delito, tales como la inscripción de la candidatura, la realización de una campaña política y la participación en los comicios electorales. Asimismo, la Corte coincide con los planteamientos de la Vista Fiscal, en el sentido de que, correspondiendo el artículo 389A del Código Penal a un tipo penal de resultado, también es posible sancionar, en grado de tentativa, a quienes adelantan todas estas actuaciones que tienen la potencialidad de consumar el delito, y por razones ajenas a su voluntad, no obtienen el resultado esperado de su elección.

6.2.3. Desde el punto de vista de la antijuricidad, la estructura del tipo penal se explica por la necesidad de criminalizar las hipótesis en las que los daños al

sistema electoral tienen mayor entidad, lo cual ocurre, no cuando el candidato se postula ante la Registraduría, sino cuando este logra sortear los filtros existentes en el sistema jurídico, y participa en el certamen electoral, y resulta elegido.

Cuando el candidato se postula y se inscribe ante la Registraduría, el pueblo no ha sido convocado, no se ha movilizadado, ni se ha expresado a través de las urnas, y es posible detener el proceso electoral con su retiro voluntario o mediante la cancelación de su inscripción por parte de la Comisión Nacional Electoral cuando aparece en los reportes de SIRI. En la medida en que avanza el proceso se incrementan y potencian progresivamente los daños, y culminan con la elección del candidato. En esta fase ya se han defraudado las expectativas del electorado, pues los ciudadanos depositaron su voto bajo la premisa de que los candidatos avalados por su partido y por la organización electoral pueden ocupar el cargo, este último queda vacante y se deben realizar elecciones atípicas o declarar elegido a quien puede no contar con la legitimación popular, y se generan una serie de distorsiones en aspectos como la financiación estatal de los partidos y de las campañas, la asignación de curules o el mantenimiento de la organización en la vida política.

De hecho, este punto fue objeto de reflexión y debate en el Congreso durante el proceso de aprobación de la Ley 1864 de 2017. Inicialmente se propuso tipificar el delito de “inscripción o posesión ilícita de candidatos”, que se consumaría con el acto de inscripción o con el acto de posesión. Según la propuesta original presentada para el primer debate en la Cámara de Representantes, el delito se planteó para *“el que estando inhabilitado para desempeñar cargos públicos se inscriba como candidato para ocupar un cargo de elección popular o una vez elegido se posesione, incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años (...)”*.⁸⁸

Sin embargo, durante su examen en el Senado de la República se puso en evidencia la necesidad de circunscribir el tipo penal a las hipótesis en las que la inhabilidad tiene un origen sancionatorio, y la de estructurar el delito en función del acto de elección y no de la postulación o de la posesión, ya que, *“dicha tipificación conllevaría a una innecesaria congestión en la justicia. De acuerdo con el informe que motivó la adición de este artículo, 729 de los candidatos inscritos para las elecciones locales eran inhábiles. Si este artículo hubiera estado vigente para el año 2015, se hubieran iniciado 729 procesos penales, lo cual habría derivado en una congestión injustificada de la justicia, ya que no se evidencia cómo la sola inscripción de estos candidatos puede lesionar el bien jurídico de la participación democrática, al punto de requerir una sanción penal. Por esta razón proponemos que el verbo rector sea ‘inscribir’. Si se elimina este verbo no habría una desprotección al bien jurídico, ya que se mantendría el verbo rector ‘posesión’. El verbo ‘posesión’ abarca también la inscripción, pues un candidato no se puede posesionar sin antes inscribirse. Con esto se logra perseguir las conductas que realmente vulneran el bien jurídico, y no se incentivaría una congestión judicial innecesaria”*.⁸⁹

⁸⁸ Gaceta 720 de 2015.

⁸⁹ Gaceta 872 de 2016.

Posteriormente, en el segundo debate en el Senado de la República se reparó en el hecho de que los perjuicios provocados a los mecanismos democráticos se producen, no con la posesión del candidato inhabilitado, sino con la elección del mismo, pues ello implicaría que un candidato inhabilitado elegido y no posesionado, no podría ser sancionado penalmente, a pesar de haber torpedeado los mecanismos democráticos. A partir de esta consideración, se propuso modificar la estructura del tipo penal, para sancionar, no a quien se poseione en el cargo, sino al que resulte elegido: *“Surge la pregunta de qué sucede con aquel ciudadano que, estando inhabilitado para ejercer el cargo de elección popular, resulta elegido y no se posesiona. En este caso, el tipo penal propuesto no tendría el alcance para imputar a dicho candidato, pues la redacción del artículo exige que se haya posesionado. Esto implica que este candidato, aun cuando torpedeó los mecanismos democráticos, al hacerse elegir para un cargo en el cual conscientemente sabe que no puede desempeñarse, no recibirá ninguna sanción penal. Esto evidentemente no cumple con el objetivo principal del artículo de proteger los mecanismos de elección y participación democrática. Por ello, se propone modificar el sujeto activo de la conducta de tal manera que este no sea ‘el que se poseione’ sino ‘el que sea elegido’. Así, el artículo estaría previniendo adecuadamente que candidatos conscientemente inhábiles se hagan elegir mediante los mecanismos democráticos, obligando a la organización electoral a repetir las elecciones”*.

6.2.4. Y desde la perspectiva de la culpabilidad no tiene asidero la tesis de la accionante sobre la instauración de una modalidad especial de responsabilidad objetiva a través del delito de elección ilícita de candidato, pues, primero, el comportamiento del candidato inhabilitado activa y desencadena el curso causal de acontecimientos que conlleva al resultado contemplado en el tipo penal, a través de un conjunto de comportamientos positivos y negativos que generan el efecto o el resultado previsto en la disposición penal, de modo que el resultado es atribuible a su comportamiento. Segundo, estos comportamientos que desde el punto de vista causal conducen al resultado previsto en el tipo penal, son atribuibles a la infracción del deber en cabeza del ciudadano inhabilitado de no participar en el certamen electoral, realizada dolosamente de manera sostenida a lo largo del tiempo. Y finalmente, el artículo 389A del Código Penal consagra un delito doloso, de suerte que únicamente se sanciona a las personas que teniendo conocimiento sobre su inhabilidad, deliberadamente optan por participar en los comicios electorales.

Para la Corte, la configuración del tipo penal es consistente con la estructura de los delitos de resultado, en los que, por definición, su contenido consiste en la producción de un efecto que se encuentra separado, espacial y temporalmente de la conducta del agente, y en la que, con frecuencia, la consumación del tipo se produce con la mediación de diferentes causas. Aunque esta circunstancia ha dado lugar a la elaboración de diferentes teorías explicativas para determinar cuándo un resultado es atribuible a una persona, lo cierto es que, en la hipótesis analizada, el resultado sí se puede adjudicar al sujeto activo del delito, pues este activa el curso causal de acontecimientos y general el riesgo que da lugar al resultado

previsto en el artículo 389A del Código Penal.

Este comportamiento está constituido por un complejo de comportamientos positivos y negativos, que incluyen, por ejemplo, la vinculación a un partido o movimiento político, la realización de las gestiones ante este partido o movimiento para la obtención del aval, la inscripción como candidato ante la Registraduría General del Estado Civil, la realización de la campaña política y el mantenimiento de la inscripción hasta la realización del certamen electoral. Todas estas acciones son condiciones idóneas y necesarias para la generación del resultado, por lo cual, pueden ser atribuidas al sujeto activo desde este punto de vista causal.

Además, estas conductas comportan un desconocimiento doloso de prohibiciones expresas del orden jurídico, ya que el resultado contemplado en el tipo penal supone necesariamente la realización de gestiones ante el partido o movimiento político al que pertenece para obtener el aval, su inscripción como candidato ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, la realización de la campaña política, la abstención de retiro de la candidatura y la participación efectiva en los comicios electorales, existiendo una inhabilidad objetiva para ocupar un cargo de elección popular, de la cual tiene pleno conocimiento. Se trata entonces de comportamientos que no solo son condición necesaria y que tienen la idoneidad para producir el efecto previsto en la norma penal, sino que además se realizan de manera consciente y deliberada, en contravía de las prohibiciones del ordenamiento jurídico.

Sobre este punto, debe destacarse que la norma demandada sanciona únicamente a quienes se encuentran incurso en una inhabilidad objetiva proveniente de una condena penal o de una sanción disciplinaria o fiscal, hipótesis en las que el sujeto activo tiene conocimiento sobre la existencia de la inhabilidad, y en las que no hay dudas o controversias sobre su existencia.

Y precisamente, el Congreso de la República tuvo plena consciencia de la necesidad de sancionar penalmente sólo a quienes actúan dolosamente, y de circunscribir el delito a las personas inhabilitadas por una condena penal o por una sanción disciplinaria o fiscal para asegurar que el sujeto activo tiene conocimiento de la limitación legal, y de la irregularidad de su comportamiento. De hecho, inicialmente durante el trámite de la Ley 1864 de 2017 se propuso sancionar penalmente a las personas que estando inhabilitadas para desempeñar cargos públicos se inscribiesen como candidatos para ocupar un cargo de elección popular o una vez elegido se posesione⁹⁰. Sin embargo, en la ponencia para primer debate en el Senado de la República se dio cuenta de la necesidad de limitar el

⁹⁰ En la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes se propuso la tipificación del delito de “Inscripción o posesión ilícita de candidatos”, en los siguientes términos: *“El que estando inhabilitado para desempeñar cargos públicos se inscriba como candidato para ocupar un cargo de elección popular o una vez elegido se posesione, incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.// La misma pena se aplicará al responsable o responsables de otorgar los avales y/o realizar la inscripción de candidatos a los cargos de elección popular. En el caso de los grupos significativos de personas, incurrirán en esta pena los ciudadanos de que trata el inciso 4° del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011”*. Gaceta 720 de 2015.

tipo penal a las inhabilidades originadas en una condena penal o en una sanción disciplinaria o fiscal, pues sólo en estas hipótesis se puede tener certeza de que el candidato conoce de su inhabilidad. En tal sentido, se advirtió que bajo la redacción del tipo penal, *“no se exige que la persona al momento de inscribirse tenga conocimiento de que se encuentra inhabilitada para ejercer un cargo de elección popular (...) es así que por el sólo hecho de que la persona que está inhabilitada, aunque no lo sepa, se inscriba a un cargo de elección popular, o una vez elegido se posesione, podrá ser acreedor de una pena de prisión entre cuatro (4) a nueve (9) años más la respectiva multa. Ante esto, vale la pena recordar que el dolo, como elemento subjetivo de la tipicidad, exige el conocimiento de los elementos estructurales del tipo penal así como también de la voluntad de ejecutar la conducta. Uno de los elementos estructurales de este tipo penal es estar inmerso en una causal de inhabilidad (sujeto calificado). En principio, se exige que la persona tenga conocimiento de que es inhábil para que se consume el delito, sin embargo, por la naturaleza expansiva e interpretable del régimen de inhabilidades, la persona (sujeto activo) puede no tener conocimiento de que se encuentra en una causal de inhabilidad y aun así ser acreedor de una sanción penal (...) de lo anterior se desprende que si bien una persona puede estar inhabilitada en virtud de la potestad sancionadora del Estado o para salvaguardar el interés general, la primera de estas modalidades es la que merece un reproche penal en los términos establecidos en este proyecto de ley, más no la segunda (...) en el primero de los casos es evidente que la persona conocía de su inhabilidad, pero en el segundo caso no lo es. En principio, la inhabilidad que es impuesto como sanción es notificada al interesado por parte de la autoridad competente, por lo que no podría alegarse su desconocimiento”*.

A partir de esta consideración se propuso la reestructuración del tipo penal, sancionando únicamente las hipótesis en que la inhabilidad tiene origen sancionatorio, y en las que es posible presumir el dolo del sujeto activo. En tal sentido, se propuso el tipificar el delito de posesión ilícita de candidatos, en los siguientes términos: *“El que estando inhabilitado para desempeñar cargos públicos en relación con la potestad sancionadora del Estado, se posesione en un cargo de elección popular, incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La misma pena se aplicará al responsable o responsables de inscribir o de otorgar los avales a los candidatos que se posesionen estando inmersos en las inhabilidades establecidas en el inciso anterior. En el caso de los grupos significativos de ciudadanos se entenderán responsables los ciudadanos de que trata el inciso 4° del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011”*.

Posteriormente, se propuso precisar el alcance de la expresión *“potestad sancionatoria del Estado”*, aclarando que el tipo penal se extiende únicamente a los casos en que la inhabilidad proviene de una decisión judicial o disciplinaria. Y durante el segundo debate en el Senado de la República se extendió a las inhabilidades provenientes de la declaratoria de responsabilidad fiscal, teniendo en cuenta que según el artículo 38 de la Ley 734 de 2002, la declaratoria de responsabilidad fiscal implica la inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco años siguientes a la ejecutoria de

la decisión, aunque cesa cuando la Contraloría declare haber recibido el pago debido, o cuando excluya al responsable del boletín de responsables fiscales, y aclarando que en esta hipótesis el candidato necesariamente conoce sobre su inhabilidad, ya que siempre debe ser notificado.

6.2.5. No sobra aclarar que el candidato que resulta inhabilitado con posterioridad a su inscripción, tiene la facultad para renunciar a la misma, en los términos del artículo 31 de la Ley 1475 de 2011.

6.2.6. En este orden de ideas, la Sala desestima las acusaciones de la demanda sobre la creación de una nueva modalidad de responsabilidad objetiva en la legislación penal, ya que, primero, la configuración del delito de elección ilícita de candidato como un tipo penal de resultado atiende a la necesidad de sancionar los ataques de mayor entidad al sistema electoral; segundo, el efecto previsto en la disposición demandada es atribuible al desconocimiento doloso de las prohibiciones legales, y materializadas mediante la obtención del aval del partido, la inscripción de la candidatura en la Registraduría, la realización de la campaña política y la participación en los comicios, a sabiendas de la existencia de una inhabilidad, cuyo conocimiento se presume por tener un origen sancionatorio; y finalmente, el Código Penal únicamente sanciona la modalidad dolosa, de suerte que sólo son penalizadas las personas que teniendo conocimiento de su inhabilidad, deliberadamente participan en los comicios electorales.

7. Recapitulación

7.1. La ciudadana Andrea Valentina Velásquez presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 389A del Código Penal, que tipifica el delito de elección ilícita de candidatos, para sancionar a las personas que son elegidas para un cargo de elección popular estando inhabilitada para desempeñarlo por decisión judicial disciplinaria y fiscal.

A su juicio, el precepto demandado desconoce los artículos 1, 2, 3, 28, 29, 40 y 150 de la Carta Política, por la confluencia de tres tipos de deficiencias: (i) de una parte, la tipificación de este delito comportaría un desbordamiento en las potestades punitivas del Estado, pues, por un lado, el legislador apeló a la vía criminal existiendo otros mecanismos para evitar la misma problemática, y, además, sancionó una conducta que previamente ha sido objeto de una inhabilidad, con lo cual se desconoce el principio de mínima intervención y el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, y el principio de *non bis in idem*; (ii) asimismo, la medida legislativa tendría como efecto la restricción injustificada en el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos por no estar amparada en una decisión judicial, e impediría conocer el respaldo y la legitimidad con la que cuentan los ciudadanos que han sido inhabilitados, con el agravante de que en el actual escenario político los organismos de control suelen abusar de sus facultades sancionatorias, incluso en ocasiones por motivaciones políticas; (iii) finalmente, de manera consecencial a lo anterior, el tipo penal provocaría una afectación al sistema de principios, derechos y garantías contenidas en la Carta Política.

7.2. Teniendo en cuenta los cuestionamientos planteados por algunos de los intervinientes y por el Ministerio Público a la aptitud de la demanda, la Sala concluyó que algunas de las acusaciones de la demanda no eran susceptibles de ser evaluadas en el escenario del control abstracto de constitucionalidad, al no haberse aportado los elementos estructurales de la controversia jurídica.

Frente a los cargos por el presunto desconocimiento de los artículos 1, 2 y 3 de la Carta Política, no se indicó el sentido de la oposición normativa alegada, pues no se indicaron los contenidos normativos que habrían sido transgredidos ni tampoco se aportaron las razones que explican la incompatibilidad entre el delito de elección ilícita y tales contenidos, más allá de afectaciones hipotéticas, indirectas, difusas y consecuenciales a la acusación por la violación del derecho al debido procesal y del principio democrático.

Asimismo, se concluyó que tampoco era viable el análisis judicial por la presunta transgresión del principio democrático, ya que las acusaciones parten de la asimilación, manifiestamente equivocada, de que la voluntad de las mayorías expresadas en las urnas es equivalente a la voluntad del constituyente primario, y porque además la sola afirmación sobre la importancia de conocer el respaldo electoral los candidatos inhabilitados, no explica la inconstitucionalidad de la medida legislativa.

Finalmente, frente a las acusaciones por la presunta inobservancia del derecho al debido proceso, la Sala encontró que tampoco era procedente el análisis del cargo por el desconocimiento del principio de *non bis in ídem*, ya que este se sustentó en la premisa inaceptable de que el régimen de inhabilidades y el tipo penal demandado sancionan las mismas conductas y atienden al mismo fin.

Sin embargo, se encontró que subsistían dos elementos del cuestionamiento, relacionados, por un lado, con la existencia de diferentes dispositivos jurídicos de naturaleza extra penal que apuntan a evitar que quienes han sido inhabilitados por decisión judicial, disciplinaria o fiscal se inscriban como candidatos, participen en los comicios electorales y resulten elegidos, lo que a su juicio desconoce el carácter exceptivo y de *ultima ratio* del derecho penal, y por otro, con la criminalización de un resultado que no es atribuible directamente al sujeto activo del delito de elección ilícita de candidatos, ya que este no se configura con la inscripción de la candidatura, como debería ser, sino con la elección en las urnas, que depende del electorado, lo que a su juicio infringe la prohibición de toda forma de responsabilidad objetiva.

7.3. Así delimitada la controversia constitucional, la Corte abordó dos interrogantes: (i) primero, si la tipificación del delito de elección ilícita de candidatos desconoce el principio de mínima intervención y el carácter subsidiario y de *ultima ratio* del derecho penal, al existir otros mecanismos en el ordenamiento jurídico orientados a evitar que las personas que han sido inhabilitadas por una condena penal o por una decisión disciplinaria o fiscal se inscriban como candidatos de elección popular, participen en los comicios electorales y resulten elegidos; (ii) y segundo, si al haberse estructurado el delito

de elección ilícita de candidatos en función de un resultado que no depende de la persona inhabilitada sino del electorado, como es la circunstancia de resultar elegido en una votación, infringe a proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva.

7.4. Con respecto a la primera de estas acusaciones, la Sala descartó la tesis sobre el desconocimiento del carácter excepcional y de *ultima ratio* del derecho penal, ya que aunque la legislación contempla diferentes mecanismos orientados a evitar que las personas que han sido inhabilitadas por una condena penal o por una sanción disciplinaria o fiscal para ocupar cargos de elección popular inscriban su candidatura, participen en el certamen electoral y resulten elegidos, el tipo penal de elección ilícita de candidatos no transgrede esta directriz, por las siguientes razones.

Primero, en la medida en que el tipo penal apunta a sancionar los atentados más graves del sistema electoral y al principio democrático como elemento medular del ordenamiento constitucional, se amplían las potestades punitivas del legislador. En efecto, la elección de candidatos inhabilitados defrauda al electorado, provoca traumatismos al sistema electoral por permitir la designación de un candidato que no puede ocupar el cargo y por hacer necesaria la realización de elecciones atípicas o la elección de una persona que puede no contar con legitimidad democrática, y genera distorsiones en la conformación y el funcionamiento de los órganos de origen democrático y de los partidos y movimientos políticos, en aspectos críticos como la financiación estatal de estas agrupaciones y de los certámenes electorales y la asignación de curules en función de la obtención del umbral y de la cifra repartidora.

Segundo, aunque el ordenamiento jurídico contempla una serie de mecanismos para evitar la inscripción de los candidatos, su participación en los comicios y su elección, estos tienen un alcance limitado e insuficiente: los partidos y los movimientos tienen el deber de verificar la ausencia de inhabilidades, pero al mismo tiempo no cuentan con bases de datos actualizadas y completas, la información es proporcionada por el mismo candidato, y al mismo tiempo el esquema electoral genera incentivos para que estas agrupaciones avalen candidatos inhabilitados pero con amplio respaldo electoral; el control de la Registraduría en la inscripción de las candidaturas es meramente formal, y las potestades del Consejo Nacional Electoral para revocar tales inscripciones o para no declarar elegidos a los ciudadanos inhabilitados resultan insuficientes, ya que este mecanismo se activa a solicitud de parte, debe estar antecedido de un proceso complejo y dispendioso que no siempre está acorde con la premura del cronograma electoral, y la información de soporte, proporcionada por la Procuraduría General de la Nación a través de SIRI, en ocasiones es imprecisa o no se encuentra actualizada. De esta manera, las limitaciones de los mecanismos jurídicos alternativos, de carácter extra penal, amplían las potestades punitivas del Estado para sancionar una práctica frecuente y creciente en el escenario político.

Por último, la circunstancia de que el tipo penal atienda a una práctica reiterada y creciente que hoy en día desborda la capacidad institucional del Estado, descarta

las acusaciones de la accionante sobre el desbordamiento en el uso de las facultades punitivas del legislador.

7.5. Con respecto a las acusaciones por la creación de una nueva modalidad de responsabilidad objetiva, la Sala concluyó que los señalamientos eran infundados.

Por un lado, la configuración del tipo penal en función de la elección del candidato y no en función de la inscripción de la candidatura en la Registraduría Nacional del Estado Civil, no sólo es consistente con la estructura general de los delitos de resultado, en los que el efecto previsto en la disposición penal se encuentra separado espacial y temporalmente del comportamiento del sujeto activo, sino que además atiende a la necesidad de sancionar únicamente los casos en que los daños provocados al sistema electoral tienen mayor entidad, y en los que se han logrado sortear los mecanismos ordinarios de control.

Además, aunque el efecto previsto en el tipo penal depende de los resultados de las votaciones, lo anterior no configura una forma de responsabilidad objetiva, ya que, primero, desde el punto de vista causal este efecto atribuible al comportamiento del candidato, que activa y desencadena el curso de acontecimientos que resultan en su elección, a través de acciones idóneas y necesarias para ello, como la inscripción en la Registraduría, la realización de la campaña política, el no retiro de la candidatura y la participación en los comicios; y segundo, estos comportamientos sostenidos a lo largo del tiempo se ejecutan de manera dolosa, a sabiendas de la existencia de la inhabilidad por tener un origen sancionatorio, y en contravía de prohibiciones expresas del ordenamiento jurídico.

7.6. En este orden de ideas, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 389A del Código Penal, por los cargos analizados.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia y en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE

DECLARAR LA EXEQUIBILIDAD del artículo 389A del Código Penal, por los cargos analizados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Presidenta

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado
Con aclaración de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado
Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General