



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

INSTRUCTIVO No. 0 0001

09 NOV. 2017

“Por medio del cual se exponen los conceptos principales de los delitos contra los mecanismos de participación democrática a partir de las modificaciones introducidas por la Ley 1864 de 2017”

I. INTRODUCCIÓN

La protección del bien jurídico de la participación política por parte del Derecho Penal es de trascendental importancia para la sociedad, y resulta apenas lógica, si se tiene en cuenta que ostenta una triple naturaleza, como valor, principio y derecho fundamental, que lo convierte en uno de los pilares supremos sobre los que está cimentado el Estado Social y Democrático de Derecho.

El libre ejercicio del sufragio, en escenarios de democracia representativa y participativa igualitaria, constituye una piedra angular para configurar las instituciones estatales, formar la voluntad política, y mantener el sistema democrático, a través de decisiones legítimas y vinculantes que resultan necesarias para su sostenimiento¹.

Con la expedición de la Ley 1864 de 2000 “*Mediante la cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para proteger los mecanismos de participación democrática*”, el legislador modificó algunos de los tipos penales preexistentes que protegen la participación democrática en Colombia e incorporó cinco artículos nuevos con el propósito de fortalecer y facilitar la persecución penal de conductas que más afectan la transparencia y la igualdad de los procesos en las campañas electorales.

Ante este nuevo panorama normativo, la Fiscalía General de la Nación considera necesario y oportuno la expedición de un Instructivo con el propósito de informar a los fiscales e investigadores sobre las modificaciones legales introducidas en la Ley 1864 de 2000 y orientarlos sobre la adecuada interpretación, investigación y judicialización de las conductas tipificadas como delitos.

A continuación, en forma de fichas, se explican los tipos penales contenidos en el Título XIV de la Ley 906 de 2004. El instructivo hace especial énfasis en los tipos penales creados y modificados por la Ley 1864 de 2017. Para ello, se hace un análisis de: (i) sujeto activo, (ii) verbo rector, (iv) conceptos clave en el estudio de cada tipo penal y, (v) consideraciones jurídicas relevantes sobre cada conducta.

¹ Corte Constitucional, sentencias T-603 de 2005, T-487 de 2003.

ARTICULO 386. PERTURBACION DE CERTAMEN DEMOCRATICO

Tipo penal anterior	Tipo penal modificado Ley 1864 de 2017
<p>"El que por medio de maniobra engañosa perturbe o impida votación pública relacionada con los mecanismos de participación democrática, o el escrutinio de la misma, o la realización de un cabildo abierto, incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años.</p> <p>La pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años cuando la conducta se realice por medio de violencia.</p> <p>La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público".</p>	<p>"El que por medio de maniobra engañosa perturbe o impida votación pública relacionada con los mecanismos de participación democrática, o el escrutinio de la misma, o la realización de un cabildo abierto, incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años <u>y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</u></p> <p>La pena será da prisión de seis (6) a doce (12) años cuando la conducta se realice por medio de violencia.</p> <p>La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público".</p>

Verbos rectores	Sujeto activo	Ingredientes normativos
Perturbar, impedir	Indeterminado	Maniobra engañosa, votación pública, escrutinio, mecanismo de participación democrática, cabildo abierto.

CONCEPTOS Y RECOMENDACIONES CLAVE

- Consumación: Teniendo en cuenta que unos de los verbos rectores es perturbar la votación o los escrutinios, no se requiere que estas actividades o procesos electorales efectivamente se suspendan. se cancelen o no puedan realizarse, basta con que "se desplieguen maniobras engañosas o que a través de la violencia se trastorne el normal desarrollo de los comicios electorales"², es decir se impida el curso normal de la actividad.
- Por maniobra engañosa puede entenderse cualquier actividad o artificio, astucia o maquinación, empleada por el sujeto activo para obtener un propósito ilícito, esto es, impedir o perturbar el mecanismo de participación ciudadana que se esté realizando.
- El escrutinio es la función pública mediante la cual se verifican y consolidan los resultados de las votaciones.

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. sentencia del 26 de noviembre de 2014. AP7178-2014.

El escrutinio se lleva a cabo en varias fases escalonadas y subsiguientes, por lo que puede prolongarse por un amplio periodo. Este proceso dependerá del tipo de elección que se celebre:

- i) Escrutinio de mesa: lo llevan a cabo los jurados votación, con base en los votos depositados en las urnas (aplica para todas las elecciones). Inicia inmediatamente finaliza la jornada de votación;
 - ii) Escrutinio de las comisiones escrutadores municipales, distritales y auxiliares (aplica para todas las elecciones). Por regla general, inicia el mismo día de la votación una vez haya finalizado el escrutinio de mesa, se puede prologar por varios días, y se realiza entre 9:00am y 12pm.
 - iii) Escrutinio de los Delgados del Consejo Nacional Electoral (aplica para elecciones de Diputados, Gobernadores, Cámara de Representantes, Senado y Presidente). Inicia el martes siguiente a la celebración de la elección, se puede prologar por varios días, y se realiza entre 9:00am y 12pm.
 - iv) Escrutinio del Consejo Nacional Electoral (aplica para elecciones Presidenciales)³
- Es importante tener en cuenta que, de conformidad con el artículo 51 de la Ley 1475 de 2011, en las elecciones para elegir Presidente y Congreso, los ciudadanos residentes en el exterior están habilitados para votar. Sin embargo, en este caso, el periodo de votación estará abierto durante una semana y cada día se efectúa un escrutinio parcial de mesa, de conformidad con lo previsto en el Decreto 1066 de 2015.
 - De conformidad con el artículo 103 de la Constitución Política, son mecanismos de participación ciudadana: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. No obstante, según la leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015, los mecanismos de participación que requieren de votaciones populares y por consiguiente de escrutinios son: el Referendo, el Plebiscito, la Consulta Popular y la Revocatoria de Mandato.
 - Las ley 134 de 1994 (artículo 9), define el cabildo abierto como *"la reunión pública de los concejos distritales, municipales o de las juntas administradoras locales, en la cual los habitantes pueden participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad."*

³ Para profundizar sobre escrutinio, revisar la ley 1475 de 2011 (artículo 41 a 44) y Código Electoral (artículos 134 a 193).

ARTÍCULO 387. CONSTREÑIMIENTO AL SUFRAGANTE

Tipo Penal Anterior	Tipo Penal Modificado Ley 1864 de 2017
<p>“El que utilice las armas o amenace por cualquier medio a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, con el fin de obtener apoyo o votación por determinado candidato o lista de candidatos, o voto en blanco, o por los mismos medios le impida el libre ejercicio del derecho al sufragio, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.</p> <p>En igual pena incurrirá quien por los mismos medios pretenda obtener en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato, apoyo o votación en determinado sentido, o impida el libre ejercicio del derecho al sufragio.</p> <p>La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público.”</p>	<p>“El que amenace o presione por cualquier medio a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, con el fin de obtener apoyo o votación por determinado candidato o lista de candidatos, voto en blanco, o por los mismos medios le impida el libre ejercicio del derecho al sufragio, <u>incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</u></p> <p>En igual pena incurrirá quien por los mismos medios pretenda obtener en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato, apoyo o votación en determinado sentido, o impida el libre ejercicio del derecho al sufragio.</p> <p><u>La pena se aumentará de la mitad al doble cuando la conducta sea realizada por servidor público, cuando haya subordinación, o cuando se condicione el otorgamiento o acceso a beneficios otorgados con ocasión de programas sociales o de cualquier otro orden de naturaleza gubernamental”.</u></p>

Verbo fiscal	Sujeto activo	Ingredientes normativos
Amenazar, presionar	Indeterminado	Plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato

CONCEPTO Y RECOMENDACIONES CLAVE

- **Consumación:** La conducta se entenderá consumada con la mera ejecución de los actos constitutivos de las amenazas o de las presiones indebidas, ya que el tipo penal no prevé que se deba materializar ningún resultado. Basta la realización de una conducta idónea para intimidar al sujeto pasivo, motivada por la finalidad de impedir la libre formación y manifestación de la voluntad política.

- Se puede entender por amenaza aquella acción desplegada a través de un medio idóneo o con aptitud suficiente, mediante la cual se manifieste a una persona la intención de causarle un daño o un mal⁴.
- La presión a la que hacer referencia el tipo, debe entenderse como aquella fuerza o influencia indebida que se ejerza sobre una persona para condicionar su comportamiento, y por consiguiente no cubre las influencias propias y habituales de los debates proselitistas y de la propaganda electoral amparada por la legislación vigente (Leyes 130 de 1994 y 1475 de 2011).
- Sobre el derecho al sufragio la Corte Constitucional ha indicado que "*Para expresar la opinión política en diferentes mecanismos de participación, existe un derecho-instrumento clave: el voto. A través del voto, la ciudadanía toma entonces, decisiones de forma directa.*"⁵

Así mismo, ha señalado que el núcleo esencial del derecho al voto comprende tres elementos, siendo el primero de ellos "*la libertad política de escoger*": un candidato, una lista, o determinada opción política, que incluye la posibilidad de votar en blanco, e incluso, el derecho de abstenerse a participar en un determinado mecanismo de participación ciudadana⁶.

- Con la aprobación de la Ley 1864 de 2017, el legislador agravó la pena para algunas de las acciones con las que más frecuentemente se ejercían presiones indebidas sobre el electorado, a saber: i) condicionar el acceso o la exclusión a beneficios, subsidio o programas sociales estatales; y ii) ejercer una posición de subordinación por parte de quien despliega las amenazas o las presiones indebidas, como sería el caso de los empleadores respecto de sus trabajadores.
- Para conocer más acerca de las definiciones, requisitos, procedimientos y votaciones populares de los plebiscitos, referendos y consultas populares, ver las leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015.

RECUERDE

- ✓ La pena se agravará de una tercera parte a la mitad cuando el delito sea cometido por un servidor público, cuando haya subordinación, o cuando se condicione el otorgamiento o acceso a beneficios otorgados con ocasión de programas sociales o gubernamentales.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 27 de febrero de 2015, Rad. 44935

⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-221-2015.

⁶ Corte Constitucional, sentencias C-490 de 2011 y T-324 de 1994.

ARTÍCULO 388. FRAUDE AL SUBSCRIBANTE

Tipo penal anterior	Tipo penal modificado Ley 1864 de 2017
<p>“El que mediante maniobra engañosa, obtenga que un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, vote por determinado candidato, partido o corriente política, o lo haga en blanco, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.</p> <p>En igual pena incurrirá quien por el mismo medio obtenga en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato votación en determinado sentido”.</p>	<p>“El que mediante maniobra engañosa obtenga que un ciudadano o un extranjero habilitado por la ley, vote por determinado candidato, partido o corriente política o lo haga en blanco, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, <u>y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</u></p> <p>En igual pena incurrirá quien por el mismo medio obtenga en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato votación en determinado sentido.</p> <p><u>La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público.</u></p> <p><u>La pena se aumentará de la mitad al doble cuando la conducta este mediada por amenazas de pérdidas de servicios públicos estatales o beneficios otorgados con ocasión de la ejecución de programas sociales o culturales o de cualquier otro orden, de naturaleza estatal o gubernamental.”</u></p>

Verbo (actor)	Sujeto Activo	Ingrediente (objetivo)
Obtener [el voto]	Indeterminado	Maniobra engañosa

CONCEPTOS Y RECOMENDACIONES CLAVES

- Consumación: De conformidad con la descripción típica, para que se entienda consumada la conducta delictiva es necesario que la maniobra engañosa, desplegada por el sujeto activo, efectivamente induzca en error al elector y este, como consecuencia del engaño, vote en un determinado sentido.

Sin embargo, por tratarse de un delito de resultado, puede presentarse la modalidad de tentativa, en cuyo caso, verificada la idoneidad y la univocidad de los actos ejecutivos, la pena a imponer se reducirá a la mitad del mínimo y a las tres cuartas partes del máximo.

- Por maniobra engañosa puede entenderse cualquier actividad o artificio, astucia o maquinación, empleada por el sujeto activo para obtener el propósito ilícito, esto es obtener el voto del elector.

Con la aprobación de la Ley 1864 de 2017, el legislador agravó la pena para algunas de las acciones con las que más frecuentemente se inducía en error o se estafaba al electorado, a saber: i) el condicionamiento al acceso o la exclusión a beneficios, subsidio o programas sociales estatales; y ii) ejercer una posición de subordinación por parte de quien despliega las amenazas o las presiones indebidas, como sería el caso de los empleadores respecto de sus trabajadores.

ARTÍCULO 389. FRAUDE EN INSCRIPCIÓN DE CÉDULAS

Tipo penal anterior	Tipo penal modificado Ley 1864 de 2017
<p>“El que por cualquier medio indebido logre que personas habilitadas para votar inscriban documento o cédula de ciudadanía en una localidad, municipio o distrito diferente a aquel donde hayan nacido o residan, con el propósito de obtener ventaja en elección popular, plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.</p> <p>La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público.”</p>	<p>El que por cualquier medio indebido logre que personas habilitadas para votar inscriban documento o cédula de ciudadanía en una localidad, municipio o distrito diferente a aquel donde hayan nacido o residan, con el propósito de obtener ventaja en elección popular, plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato, incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p><u>En igual pena incurrirá quien inscriba su documento o cédula de ciudadanía en localidad, municipio o distrito diferente a aquel donde haya nacido o resida, con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para terceros.</u></p> <p>La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público.”</p>

Inscribir [documento o cédula de ciudadanía]	Indeterminado	Propósito de obtener ventaja en elección popular, propósito de obtener provecho ilícito para sí o para terceros.
--	---------------	--

- Consumación: Para que la conducta se entienda consumada se requerirá que, luego de desplegados los medios indebidos, los ciudadanos habilitados para votar inscriban su cédula de ciudadanía en lugar diferente al de su nacimiento o residencia.

Sin embargo, por tratarse de un delito de resultado, puede presentarse la modalidad de tentativa, en cuyo caso, verificada la idoneidad y la univocidad de los actos ejecutivos, la pena a imponer se reducirá a la mitad del mínimo y a las tres cuartas partes del máximo.

- Por medio indebido puede entenderse cualquier tipo de prebenda, promesa de remuneración, dádiva, o coacción, que se ofrezca a los electores para instigarlos a inscribir su cédula en un lugar diferente al que en derecho corresponde.
- El fundamento constitucional del fraude en la inscripción de cédulas es el artículo 316, que señala que: *"En las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter, sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio"*.
- Para efectos de la conformación del censo electoral⁷, la legislación ha dispuesto la apertura de un período de inscripción de cédulas o zonificación, para que los ciudadanos que han cambiado su lugar de domicilio o residencia puedan acercarse al Estado a notificar esta circunstancia y poder ejercer el derecho al sufragio. Según el artículo 49 de la Ley 1475 de 2011, el período de inscripción de cédulas deberá ser abierto por la Registraduría Nacional del Estado Civil un (1) año antes del respectivo procesos electoral y se cerrará dos (2) meses antes de la jornada.

Aunque se dispone de diez (10) meses para hacer el proceso de inscripción de cédulas ante las respectivas Registradurías municipales, distritales y auxiliares, normalmente la organización electoral habilita, por una semana, la inscripción de cédulas de los votantes directamente en los puestos de votación. Por consiguiente, dada la facilidad que esto implica, es la época en la que más aumentan las inscripciones.

- Para que la inscripción de la cédula se considere irregular se requiere que el registro se haga en un lugar diferente al lugar del nacimiento o al lugar de residencia.

Sobre el ingrediente normativo 'residir', es necesario hacer una breve consideración debido a que existen múltiples definiciones de este vocablo. Para una adecuada comprensión del tipo, el concepto de residencia debe entenderse en los términos establecidos por la legislación electoral y la jurisprudencia del Consejo de Estado. En consecuencia, residencia electoral podrá ser alguna de las siguientes tres opciones, el lugar donde: a) habita una persona o de manera regular está de asiento; b) ejerce su profesión u oficio; c) posee alguno de sus negocios o empleos⁸.

⁷ Según el artículo 47 de la Ley 1475 de 2011, el censo electoral: *"Es el registro general de las cédulas de ciudadanía correspondientes a los ciudadanos colombianos, residentes en el país y en el exterior, habilitados por la Constitución y la ley para ejercer el derecho de sufragio y, por consiguiente, para participar en las elecciones y para concurrir a los mecanismos de participación ciudadana"*.

⁸ Artículo 183 de la ley 136 de 1994. Sentencia de 25 de enero de 2002, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta del. M.P. Luis Fernando Álvarez, Rad. 05001-23-15-000-2000-4434-01. Igualmente, ver Resolución No. 333 de 2015, del Consejo Nacional Electoral.

Entonces, para que una persona pueda inscribir su cédula y ejercer el derecho al voto en determinado municipio, debe haber nacido, habitar, trabajar o tener el asiento de los negocios en el municipio donde se registra. En consecuencia, no es posible acudir a criterios distintos, como por ejemplo, tener un familiar o un amigo que habite en una determinada zona, o un familiar que será candidato.

- Con la expedición de la Ley 1864 de 2017, se consagra expresamente que los ciudadanos que inscriban su documento en el lugar diferente al de su nacimiento o residencia electoral serán autores de este delito e incurrirán en igual pena que quienes, mediante medios indebidos, logran que ellos se inscriban.
- Aunque el tipo penal establece un elemento subjetivo consistente en 'obtener ventaja en elección, plebiscito, referendo o consulta', ello no implica que necesariamente el delito deba ser cometido por un candidato. Con este elemento, el legislador simplemente especificó la finalidad ilícita de la conducta y, por ende, toda persona en quien concurra esta motivación podrá ser autor del ilícito.

En otras palabras, la conducta puede ser cometida no solo por un candidato sino por cualquier persona, por ejemplo un líder político barrial o comunal, a quien un determinado resultado electoral le es ventajoso, como sería el caso de alguien a quien le ofrecen dinero por cada persona que inscriba o voto que obtenga. A esta misma conclusión debe llegarse si se tiene en cuenta que existen otro tipo de votaciones públicas, p. ejemplo, una consulta popular, plebiscito o referendo, en donde en sentido estricto no existen candidatos.

- La conducta contemplada por la legislación penal como Fraude en inscripción de cédulas, es tan solo una de las modalidades de lo que, en Derecho Electoral, se denomina como *trashumancia electoral* y que es sancionada por la vía administrativa. Según el Consejo Nacional Electoral, la trashumancia o "trasteo de votos" puede consistir en:

a) Trasladar personas a municipios distintos de su residencia para que inscriban su cédula, con fines de participación en los procesos electorales de carácter local.

b) Trasladar personas a municipios distintos de su residencia para que obtengan su cédula de ciudadanía y éstas sean incorporadas al censo electoral de ese municipio.

c) Nombrar como juradas de votación en el respectivo municipio a las personas cuya inscripción se ha declarado sin efecto por violación al artículo 316 de la Constitución Política.

d) Inscribir irregularmente cédulas de ciudadanía correspondientes a ciudadanos que no residan en el respectivo municipio, con desconocimiento de la zonificación.

*e) Trashumancia histórica: Estar inscrito en el censo de un Municipio distinta a aquel en el cual reside y como consecuencia haber ejercido el derecho al sufragio en anteriores procesos electorales de carácter local."*⁹

Por consiguiente, en paralelo con la investigación penal que se adelanta por Fraude en la inscripción de cédulas, el Consejo Nacional Electoral podrá iniciar, de oficio o a petición de parte, procesos administrativos tendientes a investigar la trashumancia electoral, pero orientados a una finalidad distinta: dejar sin efectos las inscripciones irregulares de cédulas, en cuyo caso ordenará anular la inscripción de la cédula y el ciudadano deberá ejercer el derecho al voto en el mismo lugar en que lo ejerció en la anterior elección.

Sin embargo, en la práctica, esta actuación administrativa tan solo inicia una vez haya finalizado el respectivo proceso de inscripción de cédulas, que de conformidad con la Ley 1475 de 2015, cierra dos meses antes de la jornada electoral, lo que no representará ningún obstáculo para que se ejerza la acción penal dado que el delito se consuma con la mera inscripción de la cédula.

RECUERDE

- ✓ El ciudadano que inscribe irregularmente su cédula incurría en el mismo delito
- ✓ La pena se agravará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público.

⁹ Resolución No. 215 de 2007 del Consejo Nacional Electoral.

ARTÍCULO 389 A. ELECCIÓN ILÍCITA DE CANDIDATOS**Tipo penal incorporado Ley 1864 de 2017**

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.

Verbo rector	Sujeto activo	Ingredientes
Ser elegido	Candidato	Cargos de elección popular, inhabilidad.

CONCEPTOS Y RECOMENDACIONES CLAVE

- **Consumación:** Para que la conducta delictiva se entienda consumada se requerirá que el candidato, inhabilitado por decisión judicial, disciplinaria o fiscal, sea elegido a un cargo de elección popular al que se postuló.
- **Sujeto activo calificado e intervención delictiva:** Debido a que el tipo penal establece un sujeto activo calificado (candidato), las demás personas que concurren a la comisión de la conducta punible sin tener las calidades especiales que el tipo exige, podrán responder penalmente como coautores intervinientes (artículo 30, inciso 3) o como cómplices, atendiendo a la naturaleza de su aporte¹⁰.

Para este efecto, se debe tener en cuenta que en Colombia solamente podrán postular candidatos y listas a cargos de elección popular los partidos y movimientos con personería jurídica y los grupos significativos de ciudadanos¹¹, quienes estarán obligados previamente a verificar el "cumplimiento de las calidades y requisitos de sus candidatos, así como de que no se encuentran incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad". En este orden de ideas, dar el aval a un candidato conociendo de la existencia de las inhabilidades u omitir el cumplimiento de los deberes para descartarlas, podrá dar lugar al surgimiento de responsabilidades penales en cabeza de los directivos.

- Las inhabilidades son "*aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público (...) y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos*"¹². En

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia del de julio de 2003, rad. 20704

¹¹ Constitución Política, artículo 262 y Ley 996 de 2005, artículo 7, y Ley 1475 de 2011, artículo 28.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-903 de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería.

otras palabras, se trata de unas situaciones que en algún momento concurren o han concurrido en el candidato y que pueden comprometer su desempeño en caso de resultar elegido¹³.

El ordenamiento jurídico establece dos tipos de inhabilidades, en consideración a la naturaleza y la finalidad.

- i) Por un lado están las inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado. Estas se aplican en los ámbitos penal, disciplinario, correccional y de punición por indignidad política, en donde la inhabilidad se declara y se incorpora directamente en los fallos o sentencias condenatorias.

Por ejemplo, la sentencia penal que impone como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo determinado, o el fallo disciplinario que destituye e inhabilita para ejercer funciones públicas.

Es importante tener en cuenta que, a pesar del término contemplado en las sanciones penales o disciplinarias, de conformidad con el artículo 122 de la Constitución Política, habrá una inhabilitación perpetua para inscribirse o ser elegidos en cargos de elección popular para aquellas personas condenadas, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Esta última inhabilitación perpetua, se predica igualmente para quienes aspiren a la Presidencial, al Congreso (artículos 179 y 197 de la Constitución), a las alcaldías, concejos, gobernaciones y asambleas¹⁴, cuando los candidatos hayan sido condenados a pena privativa de la libertad, en cualquier tiempo, excepto por delitos políticos y culposos.

- ii) Por otro lado, están las inhabilidades que no constituyen sanción ni están relacionadas con la comisión de faltas, sino que corresponden

¹³ Similar consideración hace el Consejo de Estado al señalar que el régimen de inhabilidades para ocupar cargos públicos (incluidos los de elección popular) consiste en un conjunto de circunstancias, hechos o causas, que limitan o restringen el derecho fundamental de acceso y ejercicio de la función pública (artículo 40 constitucional) en aras de garantizar condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad del servicio público.

"Ese régimen, está conformado por la descripción de unos elementos **temporales** -periodo inhabilitante- y **materiales** -parentesco, gestión de negocios, intervención en contratos, sentencia penal condenatoria, etc.- que cuando se configuran impiden a la persona acceder al cargo o función pública". Ver. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del diecinueve (19) de septiembre de dos mil trece (2013), Rad. 11001-03-28-000-2012-00055-00.

¹⁴ Ley 136 de 1994, artículos 4, 95 (modificados por la Ley 617 de 2000) y Ley 617 de 2000 (artículos 30, 33)

a modalidades diferentes de protección del interés general y obedecen a la garantía de principios, derechos y valores constitucionales, como son la moralidad, imparcialidad, eficacia, transparencia, entre otras¹⁵.

Dentro de este grupo de inhabilidades está la derivada de la existencia de fallos de responsabilidad fiscal, y a raíz de ellos la inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría General de la República¹⁶.

Sobre la inhabilidad fiscal, la Corte Constitucional señaló que "*el tipo de responsabilidad que se declara [en procesos de naturaleza fiscal] guarda estrecha relación con la conducta del funcionario o particular, que perjudicial a los intereses al Estado solamente en el plano patrimonial, por tanto tiene en primer lugar una incidencia directa en los derechos patrimoniales del sujeto responsable y sólo de manera indirecta afecta derechos no patrimoniales: entre los cuales se cuentan la intimidad, la honra, el buen nombre, el trabajo, y el ejercicio de determinados derechos políticos*"¹⁷. Este último evento, solo de producirá cuando el responsable no resarza el daño patrimonial causado por su gestión fiscal irregular, a través del pago de la totalidad de la indemnización pecuniaria.

Así las cosas, debido a que el proceso de responsabilidad fiscal tiene un carácter patrimonial-resarcitorio, los efectos [inhabilitantes] derivados del fallo de responsabilidad fiscal cesan una vez las personas declaradas responsables paguen al Estado la indemnización pecuniaria que compense el perjuicio causado y sean borradas del Boletín de Responsables Fiscales¹⁸.

- En resumen, el artículo 389A no sanciona penalmente a los candidatos por la violación de cualquiera de las inhabilidades previstas en la Constitución y en la ley, sino única y exclusivamente, aquellas que tienen origen en:
 - a) Sentencias condenatorias penales: para lo cual debe tenerse en cuenta:
 - El límite temporal de duración de la inhabilidad expresamente previsto en el fallo.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-348 de 2004.

¹⁶ Ley 734 de 2002, artículo 38, numeral 4 y el párrafo.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-077 de 2007.

¹⁸ La incorporación en el Boletín de Responsabilidad Fiscal busca "*la preservación de la integridad del patrimonio público, lo cual se logra generando sistemas de información que permitan evitar que las personas declaradas fiscalmente responsables continúen, con su acción u omisión, causando detrimento al erario*". Corte Constitucional, sentencia C-077 de 2007.

- Aquellas normas constitucionales y legales que contemplan inhabilidades perpetuas para el caso de determinadas condenas penales.
- b) Fallos condenatorios disciplinarios: para lo cual debe revisarse el término de duración de la inhabilidad expresamente previsto en la decisión administrativa;
- c) Fallos de responsabilidad fiscal: hasta tanto no se indemnicen los daños ocasionados al patrimonio público.
- La inscripción de candidatos y listas a cargos de elección popular durará un (1) mes y se iniciará cuatro (4) meses antes de la fecha de la correspondiente votación, y sólo podrá ser modificada para cambiar de candidato, en casos de falta de aceptación de la candidatura o de renuncia a la misma, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de cierre de las correspondientes inscripciones. Vencido el anterior término solo podrá modificarse por muerte o incapacidad física¹⁹. Sin embargo, luego de su inscripción, el candidato mantendrá la posibilidad de renunciar su aspiración en cualquier momento hasta antes de la votación.
- La declaratoria de la elección se hará mediante acto administrativo una vez haya finalizado el proceso de escrutinio²⁰.

¹⁹ Ley 1475 de 2011, artículos 30 y 31, y Ley 996 de 2005, artículo 8.

²⁰ Ver la explicación sobre Escrutinio hecha en el delito de Perturbación del Certamen Democrático de este Instructivo, ley 1475 de 2011 (artículo 41 a 44) y Código Electoral (artículos 134 a 193).

ARTICULO 390. CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE

Tipo penal anterior	Tipo penal modificado Ley 1864 de 2017
<p>"El que prometa, pague o entregue dinero o dádiva a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley para que consigne su voto en favor de determinado candidato, partido o corriente política, vote en blanco, o se abstenga de hacerlo, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p>	<p>"El que celebre contrato, condicione su perfección o prórroga, prometa, pague o entregue dinero, dádiva u ofrezca beneficio particular o en favor de un tercero a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley con el propósito de sufragar por un determinado candidato, partido o corriente política, o para que lo haga en blanco o se abstenga de hacerlo, incurrirá en prisión <u>de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</u></p>
<p>En igual pena incurrirá quien por los mismos medios obtenga en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato votación en determinado sentido.</p>	<p>En igual pena incurrirá quien por los mismos medios obtenga en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato votación en determinado sentido.</p>
<p>El sufragante que acepte la promesa, el dinero o la dádiva con los fines señalados en el inciso primero, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.</p>	<p><u>En igual pena incurrirá el sufragante que acepte la promesa, el dinero, la dádiva, el contrato, o beneficio particular con los fines señalados en el inciso primero.</u></p>
<p>La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público".</p>	<p>La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público.</p>
	<p><u>La pena se aumentará de la mitad al doble cuando en la promesa, pago o entrega de dinero, beneficios o dádivas medien recursos públicos."</u></p>

CONCEPTOS Y RECOMENDACIONES CLAVES

<p>Celebrar [contrato], condicionar su perfección o prórroga; prometer, pagar, entregar dinero o dádiva; u ofrecer beneficio particular</p>	<p>Indeterminado</p>
---	----------------------

CONCEPTOS Y RECOMENDACIONES CLAVES

- Consumación: Para la consumación de la corrupción de sufragante, basta únicamente con desplegar la conducta corruptora sobre un ciudadano apto para votar, es decir prometer, ofrecer, pagar el beneficio o la dádiva. Incluso,

no se requiere que la promesa efectivamente se cumpla o que el destinatario de ésta, vote en la forma propuesta o deje de hacerlo²¹.

- La conducta delictiva puede ejecutarse con anterioridad o de manera concomitante con la votación pública. De hecho, debido a que muchas veces concursan los delitos de fraude en inscripción de cédulas y corrupción de sufragante, éste último suele consumarse desde antes de que se cierre el proceso de inscripción de cédulas. En todo caso, lo importante es que del ofrecimiento económico, de la promesa o del pago de dinero quede claro que el propósito es condicionar el libre ejercicio del sufragio por parte del ciudadano.
- Constituyen alertas para la investigación de este delito, los crecimientos desproporcionales o compartimientos atípicamente altos en las inscripciones de cédulas. La Fiscalía General de la Nación ha identificado casos en los que se realizan ofrecimientos indebidos con dos propósitos ilícitos diferentes: primero, se hacen promesas de dineros o dádivas para que los electores haga una inscripción fraudulenta de la cédula en la etapa preelectoral y, segundo, se entregan o prometen otras sumas a los electores que inscribieron su cédula con el propósito de que ejerzan su derecho al voto en un determinado sentido.

RECUERDOS

- ✓ En igual pena incurrirá el elector que acepte la promesa el pago o la dádiva a cambio de votar de ejercer su voto.
- ✓ La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público.
- ✓ La pena se aumentará de la mitad al doble cuando en la promesa, pago o entrega de dinero, se empleen recursos públicos.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia AP263-2017.

ARTICULO 390.A. TRAFICO DE VOTOS**Tipo penal incorporado Ley 1864 de 2017**

El que ofrezca los votos de un grupo de ciudadanos a cambio de dinero o dádiva con la finalidad de que dichos ciudadanos consignen su favor de determinado candidato, partido o corriente política, voten en blanco, se abstengan de hacerlo o lo hagan en determinado sentido en un plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria de mandato incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de cuatrocientos (400) a mil doscientos (1200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Verbo rector	Sujeto activo
Ofrecer votos de grupos de ciudadanos	Indeterminado

CONCEPTOS Y RECOMENDACIONES CLAVES

- Consumación: El delito de Tráfico de Votos es de mera conducta, en consecuencia, para su consumación será suficiente que se lleve a cabo o se materialice la oferta del grupo de votantes a cambio de una contraprestación económica o una dádiva.

A diferencia de la corrupción de sufragante, el tráfico de votos no requiere para su consumación de la intervención o participación de los electores, bastará entonces que alguna persona (v.gr. un líder político) ofrezca o proponga grupos o paquetes de votantes a cambio de alguna retribución económica.

- Al momento de analizarse la adecuación típica, debe tenerse mucho cuidado con el objetivo de la oferta o las actividades que el sujeto activo de esta conducta se compromete ejecutar para conseguir los votos ciudadanos, a efectos de que pueda considerarse autor del tipo penal.

En este sentido, no podría considerarse como un comportamiento antijurídico el ofrecimiento de los servicios profesionales que pueda hacer un líder para la realización de actos propios de difusión y proselitismo político con el propósito de convencer y persuadir al electorado, en los términos autorizados por la legislación electoral vigente. Una interpretación diferente, podría implicar una restricción desproporcionada de la autonomía personal y del derecho de la participación política.

Así las cosas, la conducta proscrita se refiere a aquellos actos (anteriores o posteriores, de las corrupciones de sufragante, individualmente consideradas), en el que los líderes sociales, barriales o de bases, sirven de mercaderes e intermediarios, y preparan o efectúan "compras masivas de votos"; llegando incluso a ejercer presiones veladas sobre candidatos y partidos políticos, advirtiéndoles que de no aceptar su propuesta ilícita seguirán ofreciéndola a sus contendores electorales.

ARTICULO 391. VOTO FRAUDULENTO

Tipo penal anterior	Tipo penal modificado Ley 1864 de 2017
"El que suplante a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, o vote más de una vez, o sin derecho consigne voto en una elección, plebiscito, referendo, consulta popular, o revocatoria del mandato, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años"	"El que suplante a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, o vote más de una vez, o sin derecho consigne voto en una elección, plebiscito, referendo, consulta popular, o revocatoria del mandato, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años <u>y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes</u> ".
Verbo rector	Sueto activo
Suplantar a ciudadano habilitado para votar; votar más de una vez; votar si derecho	Indeterminado

CONCEPTOS Y RECOMENDACIONES CLAVE

- Consumación: El tipo penal de Voto fraudulento contempla tres supuestos de hecho diferentes:
 - i) Suplantar a un votante: es decir, el ocupar el lugar del elector despojándole de un derecho que está facultado a disfrutar o ejercer. Así las cosas, el tipo penal reprocha la atribución de una calidad que no se tiene.
 - ii) Votar más de una vez.
 - iii) Votar sin tener derecho: por regla general, según la legislación vigente, toda persona de nacionalidad colombiana, mayor de dieciocho (18) años, inscrita en el respectivo censo electoral, puede votar

Se exceptúan de lo anterior: los Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, las personas condenadas penalmente a pena de prisión o a pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, los incapaces para el ejercicio de derechos y funciones públicas por estado psicológico²², y las personas que no presenten su cédula de ciudadanía²³.

²² Código Electoral, artículo 70.

²³ Código Electoral, artículo 114.

Los colombianos que residen en el exterior y hacen parte del censo electoral de colombianos en el exterior, pueden participar en las elecciones de carácter nacional como Presidente o Congreso, mas no en aquellas que se decidan asuntos locales.

Los extranjeros residentes en Colombia²⁴ pueden participar en elecciones municipales y distritales, para elegir alcaldes, concejales y ediles. No pueden participar en elecciones de gobernadores y diputados.

²⁴ En los términos previstos en la Ley 1070 DE 2006

ARTICULO 392. FAVORECIMIENTO DE VOTO FRAUDULENTO

Tipo penal anterior	Tipo penal modificado Ley 1864 de 2017
El servidor público que permita suplantar a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, o votar más de una vez o hacerlo sin derecho, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.	"El servidor público que permita suplantar a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, o votar más de una vez o hacerlo sin derecho, incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el doble de la pena de prisión impuesta."
Permitir el voto fraudulento	Sujeto activo calificado

COMENTARIO

- El Código Penal sanciona con un tipo penal autónomo al servidor público que con ocasión de sus funciones permita que una persona cometa el delito de voto fraudulento, por lo que se excluye la posibilidad de que este intervenga como coautor o cómplice.
- Tradicionalmente esta conducta es cometida por los jurados de mesa que son los encargados de verificar y controlar el cumplimiento de los requisitos para poder sufragar.

ARTÍCULO 394. ALTERACIÓN DE RESULTADOS ELECTORALES

Tipo penal anterior	Tipo penal modificado Ley 1864 de 2017
<p>El que por medio distinto de los señalados en los artículos precedentes altere el resultado de una votación o introduzca documentos o tarjetones indebidamente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, salvo que la conducta constituya delito sancionado con pena mayor.</p> <p>La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público."</p>	<p>"El que por medio distinto de los señalados en los artículos precedentes altere el resultado de una votación o introduzca documentos o tarjetones indebidamente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, salvo que la conducta constituya delito sancionado con pena mayor, <u>y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</u></p> <p>La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público."</p>
Verbos factivos	Sujeto activo
Alterar resultado electoral o introducir tarjetones indebidamente	Indeterminado

CONCEPTOS Y RECOMENDACIONES CLAVES

- **Consumación:** Se trata de un tipo penal subsidiario con el que se sanciona aquellas conductas empleadas para alterar indebidamente resultados electorales, diferentes a las contempladas en los restantes delitos del Título XIV, Capítulo Único, del Código Penal, siempre y cuando ese comportamiento no constituya otro delito sancionado con pena mayor..
- Por consiguiente, en cada caso en concreto, deberá analizarse si las conductas a través de las cuales se modifican o alteran fraudulentamente los resultados electorales en los sistemas informáticos de la las comisiones escrutadores, de la Registraduría Nacional del Estado Civil o del Consejo Nacional Electoral, deberán judicializarse de conformidad con los tipos penales contemplados en el Título VII Bis, sobre la protección de la información y los datos o con fundamento en este tipo penal, pues las norma excluye la posibilidad de un eventual concurso de conductas punibles.
- Tradicionalmente, es a través de esta modalidad delictiva que se judicializan los fraudes electorales que implican adulteraciones o falsedades en los pliegos electorales, tales como el listado de sufragantes (E-10), el registro general de votantes (E-11) o las actas de escrutinio (E-14, E-24, E-26, Acta General de escrutinio).

ARTICULO 396 A. FINANCIACIÓN DE CAMPAÑAS ELECTORALES CON FUENTES PROHIBIDAS**Tipo penal incorporado Ley 1864 de 2011**

El gerente de la campaña electoral que permita en ella la consecución de bienes provenientes de fuentes prohibidas por la ley para financiar campañas electorales, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cuatrocientos (400) a mil doscientos (1200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

En la misma pena incurrirá el respectivo candidato cuando se trate de cargos uninominales y listas de voto preferente que realice la conducta descrita en el inciso anterior.

En la misma pena incurrirá el candidato de lista de voto no preferente que intervenga en la consecución de bienes provenientes de dichas fuentes para la financiación de su campaña electoral.

En la misma pena incurrirá el que aporte recursos provenientes de fuentes prohibidas por la ley a campaña electoral.

Verbo rector	Sujeto activo	Ingredientes mínimos
Permitir la consecución de bienes, intervenir en la consecución, aportar recursos.	Gerente de campaña electoral, candidato, aportantes o donante a campaña.	Gerente de campaña, cargos uninominales, listas con votos preferente, fuentes prohibidas por la ley para financiar campañas.

CONCEPTOS Y RECOMENDACIONES CLAVE

- Consumación: El tipo penal contempla tres supuestos de hecho diferentes:
 - i) Permitir la consecución de bienes provenientes de fuentes prohibidas (incisos 1º y 2º).

En este caso, el verbo rector empleado por el tipo penal (permitir) hace viable la comisión de la conducta punible a través de dos vías:

 - a. *Por conducta activa*: dar consentimiento para que se recurra a fuentes de financiación prohibida; y
 - b. *Por comportamiento pasivo*: quien estando en el deber de impedir el recaudo de fuentes de financiación prohibida, no lo hace, teniendo la posibilidad de hacerlo. Se trata de un tipo penal de omisión propia.
 - ii) Intervenir en la consecución de bienes provenientes de fuentes prohibidas (inciso 3º).

Para cuya comisión bastará que el candidato de lista de voto no preferente ejerza cualquier actividad tendiente a la consecución de bienes procedentes de fuentes de financiación prohibida que se inviertan directa o indirectamente en la campaña directa o indirectamente.

- iii) Aportar recursos provenientes de fuentes prohibidas por la ley a campaña electoral.

En este caso será suficiente que el aporte o contribución, en dinero o en especie, que haga el aportante, provenga directa o indirectamente de una fuente de financiación prohibida. En esta conducta puede incurrir cualquier persona, particular o servidor público²⁵.

- Sujeto activos calificados y participación delictiva. El tipo penal contempla tres sujetos activos calificados:

- i) Gerentes de campaña:

- a) *Gerentes en elecciones presidenciales*: De conformidad con el artículo 16 de la Ley 996 de 2005, Ley de Garantías Electorales, en toda campaña presidencial deberá haber un gerente de campaña, el cual será designado a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a la inscripción de la candidatura. El gerente será:

- El encargado de administrar todos los recursos de la campaña.
- El representante oficial de la campaña presidencial ante el Consejo Nacional Electoral para todos los efectos relacionados con la financiación de la campaña política y la posterior presentación de informes, cuentas y reposición de los gastos de la campaña.
- El responsable de la rendición pública de informes de cuentas de las campañas en las que participen. Sin embargo, para estos efectos, el candidato presidencial, el gerente, el tesorero y el auditor de las campañas, responderán solidariamente por la oportuna presentación de los informes contables y por el debido cumplimiento del régimen de financiación de campañas.

²⁵ En este evento, debe considerarse que la ley habilita a los miembros de corporación pública de elección popular para hacer donaciones a las campañas electorales. Sin embargo, si una de estas personas incurriere en alguna de las otras prohibiciones, será sujeto de este delito, por ejemplo, el congresista que utiliza dineros procedentes del narcotráfico para financiar una campaña.

En el caso de las elecciones presidenciales, el gerente podrá designar subgerentes en cada departamento o municipio, según lo considere, quienes serán sus delegados para la respectiva entidad territorial²⁶.

- b) *Gerentes de elecciones de Congreso y de autoridades locales*: De conformidad con la Ley 1475 de 2011²⁷, en este tipo de campañas electorales, cuyo monto máximo de gastos sea superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales originados en fuentes de financiación privada, deberá designarse un gerente, el cual será el administrador de los recursos de las campañas. En las que el monto máximo de gastos sea inferior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales originados en fuentes de financiación privada, no se requiere designación de un gerente y los administradores de la campaña serán los candidatos.

Hay que tener en cuenta que, de conformidad con la Ley 1475 de 2011 (artículo 25), los partidos con personería jurídica podrán adoptar reglas especiales para la administración de las campañas y la designación de los gerentes de campaña. Esta reglamentación deberá registrarse ante el Consejo Nacional Electoral y que deberá analizarse a efectos de una adecuada identificación de los sujetos activos de la conducta punible.

- c) *Candidatos*:

- A cargos uninominales: quienes se inscriban para ser elegidos como: presidente de la República, gobernador y alcalde.
- A cargos colegiados o plurinominales: quienes aspiren a ser elegidos: congresistas, diputados, concejales y ediles.

Los aspirantes a cargos plurinominales pueden presentarse a través de listas cerradas o listas con voto preferente²⁸.

- d) *Otros partícipes*: Pese a que el tipo penal establece un sujeto activo calificado (gerente o candidato), las demás personas que concurren a la comisión de la conducta punible sin tener las calidades especiales que el tipo exige, podrán responder penalmente como coautores intervinientes (artículo

²⁶ Ley 996 de 2005, artículo 16.

²⁷ Artículo 25. *Administración de los recursos y presentación de informes*. Los recursos de las campañas electorales cuyo monto máximo de gastos sea superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales originados en fuentes de financiación privada serán administrados por los gerentes de campaña designados por los candidatos a los cargos uninominales y a las corporaciones públicas cuando se trate de listas con voto preferente. En los casos de listas cerradas el gerente será designado de común acuerdo por los candidatos o, en su defecto, por el partido, movimiento o comité promotor del grupo significativo de ciudadanos.

²⁸ Artículo 262 de la Constitución Política. (...) Cada partido o movimiento político podrá optar por el mecanismo de voto preferente. En tal caso, el elector podrá señalar el candidato de su preferencia entre los nombres de la lista que aparezcan en la tarjeta electoral. La lista se reordenará de acuerdo con la cantidad de votos obtenidos por cada uno de los candidatos. La asignación de curules entre los miembros de la respectiva lista se hará en orden descendente empezando por el candidato que haya obtenido el mayor número de votos preferentes.

30, inciso 3) o como cómplices, atendiendo a la naturaleza de la contribución delictiva²⁹.

- Fuente de financiación legal y prohibida: Los gerentes y candidatos podrán recurrir a varias fuentes para la financiación de sus campañas: recursos propios de los partidos, créditos o aportes que provengan del patrimonio de los candidatos y sus familiares, contribuciones y donaciones de particulares, créditos de entidades financieras, recursos originados en actividades lucrativas de los partidos y la financiación estatal³⁰.

Sin embargo, son fuentes de financiación prohibidas, según la Ley 1475 de 2011 (artículo 27):

1. Las que provengan, directa o indirectamente, de gobiernos o personas naturales o jurídicas extranjeras, excepto las que se realicen a título de cooperación técnica para el desarrollo de actividades distintas a las campañas electorales. *Por ejemplo, cuando una compañía extranjera hace aportes de financiación a una campaña.*

2. Las que se deriven de actividades ilícitas o tengan por objeto financiar fines antidemocráticos o atentatorios del orden público. *Por ejemplo, cuando se utilizan bienes en dinero o en especie provenientes directa o indirectamente del narcotráfico o del lavado de activos.*

3. Las contribuciones o donaciones de personas titulares del derecho real, personal, aparente o presunto, de dominio, respecto de bienes sobre los cuales se hubiere iniciado un proceso de extinción de dominio. *En este caso será suficiente que se abra un proceso contra los bienes de una persona para que esta quede por completo inhabilitada para aportar cualquier bien a una campaña.*

4. Las contribuciones anónimas.

5. Las de personas naturales contra las cuales se hubiere formulado acusación o imputación en un proceso penal por delitos relacionados con la financiación, pertenencia o promoción de grupos armados ilegales, narcotráfico, delitos contra la administración pública, contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad. *Por ejemplo, un ex servidor público que a pesar de haber renunciado a su cargo, enfrente un proceso penal por desfalcar recursos del Estado, quedará inhabilitado para financiar una campaña.*

6. Las que provengan de personas que desempeñan funciones públicas, excepto de los miembros de corporaciones públicas de elección popular,

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de julio de 2003, rad. 20704

³⁰ Ley 1475 de 2011, artículo 20.

quienes podrán realizar aportes voluntarios a las organizaciones políticas a las que pertenezcan, con destino a la financiación de su funcionamiento y a las campañas electorales en las que participen, de acuerdo con los límites a la financiación privada previstos en el artículo 25 de la presente ley. *Por ejemplo, un funcionario de la rama judicial, no podrá en ningún caso hacer aportes a una campaña.*

7. Las que provengan de personas naturales o jurídicas cuyos ingresos en el año anterior se hayan originado en más de un cincuenta por ciento de contratos o subsidios estatales; que administren recursos públicos o parafiscales, o que tengan licencias o permisos para explotar monopolios estatales o juegos de suerte y azar. *Por ejemplo, las empresas que explotan el chance, no podrán hacer contribuciones en las campañas electorales. Así mismo, el contratista cuyos ingresos dependan en su mayoría de la contratación con un municipio, no podrá financiar ninguna campaña electoral.*

- e) De conformidad con la Ley 1475 de 2011, los partidos y los grupos significativos deberán presentar ante el Consejo Nacional Electoral los informes consolidados de ingresos y gastos de las campañas electorales en las que hubiere participado dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la votación.

Para este efecto, la misma ley dispone que los gerentes de campaña y candidatos deberán presentar ante el respectivo partido o grupo significativo de ciudadanos, los informes individuales de ingresos y gastos de sus campañas dentro del mes siguiente a la fecha de la votación³¹.

³¹ Ley 1475 de 2011, artículo 25.

ARTICULO 396B: VIOLACION DE LOS TOPES O LIMITES DE GASTOS EN LAS CAMPANAS ELECTORALES**Tipo penal incorporado Ley 1864 de 2017**

El que administre los recursos de la campaña electoral que exceda los topes o límites de gastos establecidos por la autoridad electoral, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa correspondiente al mismo valor de lo excedido e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

Verbo rector	Sujeto activo	Ingredientes normativos
Exceder los topes o límites de gastos	Administrador de recursos de campaña (gerente o candidato)	Topes o límites de gastos, autoridad electoral

Tipo penal en blanco

Para efectos de determinar cuál es la conducta penalmente proscrita, el tipo penal hace remisión a los "topes o límites de gastos establecidos por la autoridad electoral".

CONCEPTOS Y RECOMENDACIONES CLAVE

- Consumación: Esta conducta se consume en el momento exacto en el que se efectúe un gasto que supere el tope o límite de gastos fijado por el Consejo Nacional Electoral o por la ley.
- Sujeto activos calificados y participación delictiva. El tipo penal contempla un sujeto activo calificado: el administrador de los recursos de las campañas. De conformidad con la ley³², administran recursos las siguientes personas:
 - i) Gerentes de campaña:
 - *Gerentes en elecciones presidenciales:* De conformidad con el artículo 16 de la Ley 996 de 2005. Ley de Garantías Electorales, en toda campaña presidencial deberá haber un gerente de campaña, el cual será designado a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a la inscripción de la candidatura. El gerente será:
 - El encargado de administrar todos los recursos de la campaña.
 - El representante oficial de la campaña presidencial ante el Consejo Nacional Electoral para todos los efectos relacionados con la

³² Ley 996 de 2005 y ley 1475 de 2011.

financiación de la campaña política y la posterior presentación de informes, cuentas y reposición de los gastos de la campaña.

- El responsable de la rendición pública de informes de cuentas de las campañas en las que participen. Sin embargo, para estos efectos, el candidato presidencial, el gerente, el tesorero y el auditor de las campañas, responderán solidariamente por la oportuna presentación de los informes contables y por el debido cumplimiento del régimen de financiación de campañas.

En el caso de las elecciones presidenciales, el gerente podrá designar subgerentes en cada departamento o municipio, según lo considere, quienes serán sus delegados para la respectiva entidad territorial³³.

- b) *Gerentes de elecciones de Congreso y de autoridades locales:* De conformidad con la Ley 1475 de 2011³⁴, en este tipo de campañas electorales, cuyo monto máximo de gastos sea superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales originados en fuentes de financiación privada, deberá designarse un gerente, el cual será el administrador de los recursos de las campañas.

Hay que tener en cuenta que, de conformidad con la Ley 1475 de 2011 (artículo 25), los partidos con personería jurídica podrá adoptar reglas especiales para la administración de las campañas y la designación de los gerentes de campaña. Reglamentación deberá registrarse ante el Consejo Nacional Electoral, y que deberá analizarse a efectos de una adecuada identificación de los sujetos activos de la conducta punible.

- c) *Candidatos:* En las campañas en que el monto máximo de gastos sea inferior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales originados en fuentes de financiación privada, no se requiere designación de un gerente y los administradores de la campaña serán los candidatos.
- d) *Otros partícipes:* Pese a que el tipo penal establece un sujeto activo calificado (gerente o candidato), las demás personas que concurran a la comisión de la conducta punible sin tener las calidades especiales que el tipo exige, podrán responder penalmente como coautores intervinientes (artículo 30, inciso 3) o como cómplices, atendiendo a la naturaleza de la contribución delictiva³⁵.

³³ Ley 996 de 2005, artículo 16.

³⁴ Artículo 25. *Administración de los recursos y presentación de informes.* Los recursos de las campañas electorales cuyo monto máximo de gastos sea superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales originados en fuentes de financiación privada serán administrados por los gerentes de campaña designados por los candidatos a los cargos uninominales y a las corporaciones públicas cuando se trate de listas con voto preferente. En los casos de listas cerradas el gerente será designado de común acuerdo por los candidatos o, en su defecto, por el partido, movimiento o comité promotor del grupo significativo de ciudadanos.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de julio de 2003, rad. 20704

- Topes de financiación:

De conformidad con en el artículo 109 de la Constitución Política el Estado puede limitar el monto máximo de los gastos que los partidos, movimientos, grupos significativos de ciudadanos y candidatos puedan realizar en las campañas electorales.

El establecimiento de los límites de gastos de las campañas ha sido fijado de dos formas, dependiendo de la elección:

- Elección presidencial: el límite fue fijado directamente por el legislador a través de Ley 996 de 2005 (Ley de garantías electorales) y simplemente deberá indexarse anualmente de conformidad con el aumento del índice de precios al consumidor³⁶.
- Elecciones de Congreso y autoridades locales: el límite máximo de gastos de cada campaña será fijado mediante resolución por el Consejo Nacional Electoral (CNE), en el mes de enero de cada año³⁷.
- La doble naturaleza de la violación de topes:

La violación de los topes máximos de gastos de campaña es uno de los nuevos tipos penales incorporados por la Ley 1864 de 2017. A través de este tipo se penaliza una conducta que igualmente constituye una infracción administrativa propia del derecho electoral, que se investiga de conformidad con lo previsto en la Constitución (artículo 109) y Ley 1475 de 2011 (artículos 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 26) y se sanciona con la pérdida del cargo o de la investidura.

Sin embargo, por el hecho de que esta misma situación sea investigada por la vía administrativa (a cargo del Consejo Nacional Electoral), no implica en ningún momento que exista algún tipo de prejudicialidad para que un presunto infractor sea investigado, judicializado y sancionado por la vía penal, como sucede en el caso de la pérdida del empleo o cargo público por violación de topes de gastos de campaña³⁸.

³⁶ **Artículo 12. Topes de campaña.** El tope de gastos de las campañas presidenciales del año 2006 será de diez mil millones de pesos (\$10.000'000.000) para la primera vuelta. Para la segunda vuelta presidencial, si la hubiere, el tope será de seis mil millones de pesos (\$6.000'000.000). El monto fijado como tope de campaña comprende la sumatoria, tanto de los recursos aportados por el Estado, como los aportados por los particulares.

Artículo 13. Los valores señalados en pesos en la presente ley, se reajustarán anualmente de acuerdo con el aumento del índice de precios al consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

³⁷ **Artículo 24 de la Ley 1475 de 2011. Límites al monto de gastos.** Los límites de gastos de las campañas electorales a los distintos cargos y corporaciones de elección popular serán fijados por el Consejo Nacional Electoral en el mes de enero de cada año, teniendo en cuenta los costos reales de las campañas, el correspondiente censo electoral y la apropiación presupuestal para la financiación estatal de las mismas.

³⁸ Ley 1475 de 2011, artículo 26. Igualmente ver, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 1 de diciembre de 2016, radicación número: 50001-23-33-000-2015-00006-01.

- Presentación de informes de gastos al CNE:

De conformidad con la Ley 1475 de 2011, los partidos y los grupos significativos de ciudadanos deberán presentar ante el Consejo Nacional Electoral los informes consolidados de ingresos y gastos de las campañas electorales en las que hubiere participado dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la votación.

Para este efecto dispone la misma ley, que los gerentes de campaña y candidatos deberán presentar ante el respectivo partido o grupo significativo de ciudadanos los informes individuales de ingresos y gastos de sus campañas dentro del mes siguiente a la fecha de la votación³⁹.

- Registro de los libros de ingresos y gastos:

Los libros destinados a los ingresos y gastos de la campaña deberán ser registrados ante las autoridades electorales, según el tipo de elección: i) Los libros de contabilidad de la campaña presidencial se registrarán ante el Consejo Nacional Electoral en el mismo acto de inscripción de la candidatura⁴⁰; y ii) los de las elecciones de Congreso y autoridades locales, se registrarán ante la misma autoridad electoral encargada de la inscripción del candidato o de la lista, a partir de los seis (6) meses anteriores al debate electoral, y máximo hasta el día de la inscripción⁴¹.

- El Estado está facultado para restringir el monto máximo de las contribuciones, donaciones o aportes de los particulares a las campañas políticas. Estos límites a la financiación privada de las campañas⁴² son diferentes a los límites máximos de gastos que fija el Consejo Nacional Electoral o la ley, y su violación o superación no está cobijada por el supuesto fáctico contemplado en este tipo penal.

³⁹ Ley 1475 de 2011, artículo 25.

⁴⁰ Ley 996 de 2005, artículo 17.

⁴¹ Resolución 330 de 2007 del Consejo Nacional Electoral.

⁴² Ver artículo 14 de la Ley 996 de 2005 y 23 de la Ley 1745 de 2011.

ARTICULO 396C. OMISION DE INFORMACION DEL APORTANTE**Tipo penal incorporado Ley 1864 de 2017**

El que no informe de sus aportes realizados a las campañas electorales conforme a los términos establecidos en la ley, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cuatrocientos (400) a mil doscientos (1.200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Verbo rector	Sujeto activo	Ingredientes normativos
No informar	Aportante o donante a campañas electorales	Aportes, campañas electorales

Tipo penal en blanco

Para efectos de determinar cuál es la conducta penalmente proscrita, el tipo penal hace remisión a una "ley" de carácter extrapenal en la cual se establecen los "términos" en que deben presentarse los informes sobre los aportes de campaña.

CONCEPTOS Y RECOMENDACIONES CLAVE

- El ordenamiento jurídico prevé las campañas electorales puedan ser financiadas por el Estado (por la vía del anticipo y la reposición de votos) y por los ciudadanos, es decir hay fuentes de financiación pública y privada.

La financiación privada de una campaña electoral podrá provenir de los candidatos y sus familiares, de las contribuciones o donaciones de los particulares, de los créditos que se soliciten ante entidades financieras legalmente autorizadas o de los aporte de los partidos políticos.

Sin embargo, en la actualidad, la legislación vigente en materia de financiación de campañas políticas⁴³ no contempla:

- Ninguna obligación de reporte para los ciudadanos que contribuyan económicamente con una campaña electoral.
- La autoridad ante la cual se deban presentar.
- Los términos o plazos en que deberá ser presentado el informe.
- Los requisitos que deberán reunir los informes.
- Los procedimientos que surtirán para la presentación de los informes.

Por consiguiente, en la actualidad, no existe dentro del ordenamiento jurídico una norma penal o extrapenal a la cual pueda remitir el tipo a efectos

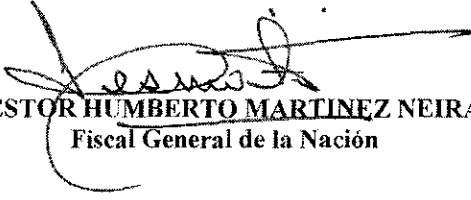
⁴³ Constitución Política (artículo 109), Ley 130 de 1994 (artículos 18-21), Ley 996 de 2005 (artículos 11-21), Ley 1475 de 2011 (artículos 20-27).

0 0001

Hoja No. 33. Instructivo "Por medio del cual se exponen los conceptos principales de los delitos contra mecanismos de participación democrática a partir de las modificaciones introducidas por la Ley 1864 de 2017"

de determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada. En este orden de ideas, el delito será inaplicable mientras que el legislador estatutario crea la obligación y regula los procedimientos y los requisitos a través de los cuales los ciudadanos deberán informar sobre sus aportes o contribuciones a las campañas electorales.

Dado en Bogotá D.C., a los **09 NOV. 2017**


NÉSTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
Fiscal General de la Nación