

CONTENIDO

GLOSARIO	9
INTRODUCCIÓN	19
1. GENERALIDADES DE LA DOGMÁTICA PENAL EN COLOMBIA	21
1.1 NACIMIENTO DEL CONCEPTO DE DELITO	21
1.2 TEORÍAS DEL DELITO	22
1.2.1. <i>Noción legal y delito legal.</i>	22
1.2.2. <i>Noción formal.</i>	22
1.2.3. <i>Noción Sustancial, Jurídica y Extrajurídica.</i>	22
1.2.4. <i>Noción político axiológica.</i>	23
1.2.5. <i>Concepto de delito en las escuelas Italianas.</i>	23
1.2.5.1. <i>Noción jurídica de Carrara.</i>	23
1.2.5.2. <i>Noción analítica de Ferri.</i>	24
1.2.5.3. <i>Noción sociológica (delito natural).</i>	24
1.2.6. <i>Concepto de delito y teorías según los esquemas del delito Alemán.</i>	24
1.2.6.1. <i>Noción casualista, esquema clásico del delito.</i>	24
1.2.6.2. <i>Esquema neoclásico del delito.</i>	25
1.2.6.3. <i>Esquema finalista del delito.</i>	27
1.2.6.4. <i>Teoría funcionalista del delito.</i>	29
1.3 ESTRUCTURA DOGMÁTICA DEL DELITO EN COLOMBIA	31
1.3.1. <i>Código penal del 1980.</i>	31
1.3.1.1. <i>Tipicidad.</i>	32
1.3.1.2. <i>Antijuridicidad.</i>	32
1.3.1.3. <i>Culpabilidad.</i>	32
1.3.2. <i>Código penal del 2000.</i>	32
1.3.2.1. <i>Tipicidad.</i>	33
1.3.2.2. <i>Antijuridicidad.</i>	43
1.3.2.3. <i>Culpabilidad</i>	44
1.4. <i>DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.</i>	45
1.4.1. <i>Concurso de conductas punibles.</i>	45
1.4.1.1. <i>Concurso efectivo de tipos o concurso legal.</i>	45
1.4.2. <i>Concurso aparente de tipos.</i>	47
2. GENERALIDADES DEL SISTEMA ELECTORAL COLOMBIANO.	49
2.1 <i>EL DERECHO AL SUFRAGIO VERSUS EL VOTO</i>	49
2.2 <i>HISTORIA DE LOS ELEMENTOS DEL SISTEMA ELECTORAL EN COLOMBIA</i> ...	51
2.3 <i>ELEMENTOS DE SISTEMA ELECTORAL COLOMBIANO</i>	52

2.3.1. <i>Las listas únicas.</i>	52
2.3.2. <i>El voto preferente.</i>	53
2.3.3. <i>El umbral.</i>	55
2.3.4. <i>Cifra repartidora.</i>	55
2.4 JURADO DE VOTACIÓN.	58
2.5 DOCUMENTOS ELECTORALES	59
2.5.1. E-1.....	60
2.5.2. E-2.....	60
2.5.3. E-3.....	60
2.5.4. E-5	60
2.5.5. E-9	61
2.5.6. E-10.....	61
2.5.7. E-11.....	61
2.5.8. E-12.....	61
2.5.9. E-13.....	61
2.5.10. E-14.....	61
2.5.11. E-22.....	62
2.5.12. E-23.....	62
2.5.13. E-24.....	62
2.5.14. E-26.....	62
2.6 ETAPAS DEL PROCESO ELECTORAL	63
2.6.1. <i>Etapa pre-electoral.</i>	63
2.6.2. <i>Etapa electoral.</i>	64
2.6.3. <i>Etapa pos- electoral.</i>	64
2.7 COMISIONES ESCRUTADORAS.	65
2.7.1. <i>Comisiones escrutadoras distritales o municipales.</i>	66
2.7.2. <i>Comisiones Escrutadoras Auxiliares.</i>	66
2.7.3. <i>Comisiones Departamentales o Generales.</i>	66
2.8 NATURALEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA LA ELECCIÓN.	67
2.8.1. <i>Clasificación de los actos administrativos desde el punto de vista del procedimiento.</i>	68
2.8.2. <i>Clasificación de los actos administrativos desde el punto de vista de su relación con la decisión.</i>	68
2.8.3. <i>Acto administrativo que declara la elección.</i>	69
2.8.4. <i>Actos del consejo nacional electoral.</i>	69
3. HISTORIA DEL DELITO DE ALTERACIÓN A RESULTADOS ELECTORALES EN COLOMBIA.	70
4. ALTERACIÓN DE LOS RESULTADOS ELECTORALES SUBSIDIARIEDAD DEL DELITO FRENTE A TEORÍA DEL CONCURSO.	77
4.1 <i>CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL DE ALTERACIÓN DE RESULTADOS ELECTORALES EN ABSTRACTO, TAL CUAL COMO LO ESTABLECIÓ EL LEGISLADOR PENAL EN LA LEY 1142 DEL 2007.</i>	79
4.2 <i>ANÁLISIS DE LAS FORMAS DE COMETER EL FRAUDE ELECTORAL, SEGUÍN EL MAESTRO FRANCISCO CARRARA</i>	88

4.3 CASUÍSTICA PARA DETERMINAR LAS IMPLICACIONES PRÁCTICAS EN LA APLICACIÓN DEL DELITO DE ALTERACIÓN DE RESULTADOS ELECTORALES 92

5. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL, PROCESO NO. 26.470, DEL PRIMERO (1) DE AGOSTO DEL 2008, MAGISTRADO PONENTE SIGIFREDO ESPINOZA PÉREZ..... 97

5.1 ANÁLISIS CONCEPTUAL 97

5.1.1. Identificación de la providencia.97

5.1.2. Actuación procesal.....97

5.1.3. Hechos relevantes.98

5.1.4. Aspecto jurídico considerado.99

5.1.5. Partes (actuación procesal).100

5.1.6. Problema jurídico.100

5.1.7. Tesis100

5.1.8. Explicación de la tesis.....100

5.1.9. Método.105

5.1.10. Salvamento de voto105

5.2 ANÁLISIS CRÍTICO 105

6. CONCLUSIÓN 110

BIBLIOGRAFÍA 112

LISTA DE ILUSTRACIONES

ILUSTRACIÓN 1 EL UMBRAL	55
ILUSTRACIÓN 2 CIFRA REPARTIDORA	56
ILUSTRACIÓN 3 LA REPARTICIÓN DE CURULES	57

LISTA DE ANEXOS

ANEXO 1. RESPUESTA DE DERECHO DE PETICIÓN POR LA REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL.....	118
---	-----

GLOSARIO

ACTO ADMINISTRATIVO: Declaración unilateral de la voluntad de la administración, u otro órgano del estado que cumpla funciones administrativas, o de particulares en ejercicio de la función pública, para crear, modificar o extinguir una situación jurídica determinada, general o particular.

AEQUITAS: “Es la justicia tal como es sentida en el ambiente social de un tiempo dado, sentimiento difuso que, doctrinalmente, justicia nuevos reconocimientos y amparos de derechos subjetivos y preside, como criterio directriz, la modificación de las instituciones jurídicas”¹.

ALTERAR: Cambiar la esencia o forma de algo

ANTI JURIDICIDAD: lesión o puesta en peligro sin justa causa del interés jurídico tutelado por la ley.

ARCA TRICLAVE: Es el depósito provisto de tres cerraduras destinado a proteger los documentos electorales que sirven de base para efectuar los escrutinios de las diferentes comisiones escrutadoras. Podrán ser utilizados locales como arca triclave.

ABSTENCIÓN: Es una expresión de rechazo, individual o colectiva de unos ciudadanos libres, acerca de unas propuestas que están llamadas a producir determinados efectos jurídicos y que gozan de una debida protección constitucional.

BIENES JURÍDICOS: Son valores que por su importancia dentro del ordenamiento jurídico, el legislador protege en la norma penal y sirven para que el ser humano desarrolle su personalidad dentro del estado manteniendo un equilibrio entre el individuo y la sociedad.

¹ DERECHO EN LA RED. La “aequitas” como justicia objetiva en la antigua roma [en línea]. Colombia: Google, jul. 2013 citado 19 mayo., 2015. Disponible en internet: <URL: <http://www.derechoromano.es/2013/07/aequitas-justicia-objetiva-antigua-roma.html>>.

BROGLIO: Consistía en la compra de votos considerada una intriga ilícita. La criminalidad del hecho no consiste en desear o pedir un cargo, sino en los medios inmorales que se emplean para conseguirlo, por lo que se habla de intrigas lícitas e ilícitas, según hayan sido honestos o inmorales los medios escogidos para ganarse el favor de los electores.

CENSO ELECTORAL: Es el conjunto de ciudadanos titulares de cédulas aptas para votar, por estar inscritos e incorporados en un determinado lugar.

CIFRA REPARTIDORA: Consiste en el resultado menor que arroja dividir sucesivamente por uno, dos, tres, hasta el número de curules a proveer, la suma de votos válidos obtenidos por cada lista, ordenando los resultados en forma decreciente hasta obtener un número total de resultados igual al número de escaños por asignar. Cada lista obtendrá tantas curules como veces está contenida la cifra repartidora en el total de sus votos válidos.

CLAVEROS: Es el ciudadano encargado de recibir e introducir en el arca triclave los documentos electorales y de velar por su conservación.

COCIENTE ELECTORAL: Es el total de votos válidos entre las curules a proveer. En Colombia es necesario determinar el cociente para hallar el umbral.

COMISIONES ESCRUTADORAS: Son las encargadas de consolidar los escrutinios, resolver las reclamaciones que ante ellas presenten, declarar la elección y expedir las credenciales cuando fuere el caso.

COMISIÓN ESCRUTADORA MUNICIPAL O DISTRITAL: Le corresponde hacer el escrutinio general de votos para acaldes distritales y municipales, concejales y ediles o miembros de las juntas administradoras locales, declarar su elección y expedir las respectivas credenciales; también deberán resolver los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de las comisiones escrutadoras auxiliares. Contra sus decisiones procede el recurso de apelación ante los delegados del consejo nacional electoral.

COMISIÓN ESCRUTADORA REGIONAL: Le corresponde practicar el escrutinio de los votos depositados para los gobernadores, diputados y el alcalde mayor de santa fe de Bogotá, declarar su elección y expedir las credenciales respectivas. También es función de esta comisión computar los votos para presidente de la república y practicar el escrutinio de votos para senadores y representantes. Así mismo se encargaran de resolver las reclamaciones ante ella presentadas y sus decisiones podrán ser apeladas ante el consejo nacional electoral.

COMISIÓN ESCRUTADORA ZONAL: Les corresponde resolver reclamaciones interpuestas ante ellas y en uso de esta facultad podrán, ordenar que las actas o registros afectados se excluyan del cómputo de votos y de los escrutinios, o declarar su corrección cuando se trate de errores aritméticos en la suma de votos. De la misma manera les corresponde resolver las reclamaciones que hayan sido presentadas ante los jurados de votación. Contra sus decisiones procede el recurso de apelación ante las comisiones escrutadoras distritales o municipales.

CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES: Se presenta cuando, con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones se infringe varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición. De esta manera se quedara sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas.

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL: Es la autoridad electoral, encargada de regular, inspeccionar, vigilar y controlar toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden, y gozará de autonomía presupuestal y administrativa.

CORRUPCIÓN ELECTORAL IMPROPIA: Se define como los demás fraudes electorales distintos a la compra de votos.

CORRUPCIÓN ELECTORAL PROPIA: se refiere a la corrupción al sufragante, es decir, a la compra de votos.

CULPA: Es una de las modalidades de la conducta punible, se presenta, cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

CULPABILIDAD: Es un reproche que la sociedad hace al sujeto agente del delito por obrar contrariamente a los postulados ético-jurídicos que nutren el devenir colectivo; por desobedecer la norma de deber que está en posibilidad de cumplir. Tiene como supuestos los siguientes ingredientes: I) la imputabilidad, II) la conciencia actual o potencial de antijuridicidad y III) la exigibilidad de otra conducta

CURUL: O escaño, es el puesto o espacio, que ocupan los miembros o representantes de los partidos políticos, movimientos o grupo significativo de ciudadanos, en las respectivas corporaciones públicas, a las que hayan sido electos.

DEBER: “Consiste en la obligación impuesta por una norma jurídica, de observar una cierta conducta. Para García Máynez, el deber jurídico es la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera una cierta conducta, positiva o negativa”².

DELITO: Es la conducta humana típica, antijurídica y culpable.

DOLO: Es una de las modalidades de la conducta punible, se presenta cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También cuando la realización de la infracción ha sido prevista como probable por el sujeto agente y este deja su no producción librada al azar.

DERECHO: “Es una regla de conducta impuesta a los individuos que viven en sociedad, cuyo respeto se considera, por la sociedad y en un momento dado,

² DEBER JURÍDICO [Anónimo] [en línea]. Edición 2014. Google, 2014 citado 19 de mayo 2015. Disponible en Internet: <URL:<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/deber-jur%C3%ADdico/deber-jur%C3%ADdico.htm>>.

como garantía del interés común y cuya violación produce contra el autor una reacción colectiva”³.

DOCUMENTO: “Se denomina documento a todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza.

Por lo tanto, no sólo son documentos aquellos que llevan signos de escritura, sino también los objetos que como los hitos, planos, marcas, contraseñas, mapas, fotografías, películas cinematográficas, etcétera, poseen la misma característica de ser representativos”⁴.

DOCUMENTO PÚBLICO: Es el otorgado por un funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención.

E-1: Es el documento por medio del cual se hace la citación a los jurados de votación.

E-2: Es la resolución por medio del cual se nombra el remplazo de los jurados de votación.

E-3: Es el documento electoral que contiene la lista de ciudadanos inscritos.

E-5: Es la resolución por la cual se señalan los sitios para realizar los escrutinios auxiliares, municipales/distritales indicándose la zona, la dirección y barrio.

E-9: Son adhesivos electorales que sirven para cerrar y sellar las urnas, en los cuales se indican las personas responsables de cerrar y sellar las urnas, que para

³DERECHO [Anónimo] [en línea]. Edición 2014. Google, 2014 citado 19 de mayo 2015 Disponible en Internet: <URL: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho/derecho.htm>>.

⁴ DOCUMENTO [Anónimo] [en línea]. Edición 2014. Google, 2014 citado 19 de mayo 2015. Disponible en Internet: <URL:<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/documento/documento.htm>>.

todos los efectos se entenderá que son los jurados de votación; tanto principales como suplentes.

E-10: Es un documento que permite evidenciar quienes son los ciudadanos autorizados para votar en cada mesa de votación, puesto que solamente contiene el número de cedula de ciudadanía de aquellos.

E-11: Es un documento electoral diseñado por la registradora del estado civil, que contiene impreso el número de cedula de los ciudadanos aptos para sufragar en cada mesa y un espacio al frente destinado a escribir el nombre completo de su titular, quien debe ser identificado por los jurados antes de depositar su voto y cuando ello ocurra debe ser escrito su nombre en el espacio en blanco al frente de su número de cedula. De consiguiente, este documento permite averiguar, de un lado, que los inscritos ciertamente votaron y, de otro, cuales son los nombres y los números de las cedula de identificación de los ciudadanos que sufragaron en cada mesa de votación.

E-14: O acta de escrutinios de los jurados de votación, es un documento donde el jurado registra el número de votos que obtiene cada uno de los candidatos, partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos en la respectiva mesa y totaliza los votos depositados en ella.

E-24: Contiene los consolidados de cada una de las mesas de votación, es el fundamento del acto declaratorio de la elección. En consecuencia, la falsedad o adulteración del formulario E-24 afecta tanto la veracidad de las actas de escrutinios de las comisiones escrutadoras auxiliares cuyo contenido autentico y veraz debe expresar. Como de los formularios E-26 y E-26AG.

E-26: Refleja la suma de la votación obtenida en la totalidad de las mesas por cada uno de los candidatos.

ESCRUTINIOS: es la función pública mediante la cual se verifican y consolidan los resultados de las votaciones.

ETAPAS DEL PROCESO ELECTORAL: Son los momentos en que se desarrolla todo el procedimiento electoral desde la inscripción de los candidatos hasta la declaratoria de su elección.

ETAPA PREELECTORAL: Esta etapa comienza tres meses antes de la elección en esta etapa se realiza el censo electoral, se escogen los jurados de votación, también se inscriben las candidaturas y en general se monta toda una infraestructura que permita que el día de las elecciones la ciudadanía expresa su voluntad.

ETAPA ELECTORAL: Esta se refiere al día de las elecciones como tal. El día en que los ciudadanos depositan su cuota de poder individual y ayudan a conformar así el poder público según sea la voluntad de la ciudadanía. Este día la registraduría nacional del estado civil y todas las dependencias apoyan el proceso de las elecciones, se acompañan de los organismos de control y de la fuerza pública para garantizar el éxito de la jornada electoral.

ETAPA POS- ELECTORAL: *Pasado el día de las elecciones, la organización electoral apoyada en las comisiones escrutadoras, realiza el proceso de escrutinios.*

FRAUDE ELECTORAL: Es la intervención ilícita de un proceso electoral con el propósito de impedir, anular o modificar los resultados reales. Son acciones que atentan contra la legalidad de la democracia.

GERRYMANDERISMO: Es un término de ciencia política referido a una manipulación de las circunscripciones electorales de un territorio, uniéndolas, dividiéndolas o asociándolas, con el objeto de producir un efecto determinado sobre los resultados electorales. Puede ser usado para mejorar o empeorar los resultados de un determinado partido político o grupo étnico, lingüístico, religioso o de clase. Es, por tanto, una técnica destinada a quebrar la imparcialidad de un sistema electoral determinado. En términos técnicos, se trata de un caso *demalapportionment*: el porcentaje de escaños de un distrito no coincide con el

porcentaje de población del mismo, lo que da lugar a que algunos distritos estén sobrerrepresentados y otros infrarrepresentados⁵.

JURADO DE VOTACIÓN: El jurado de votación es la persona encargada por la ley para cumplir la función pública de presenciar, participar activamente y desarrollar el proceso de las votaciones, cumpliendo básicamente las funciones de: recepción y verificación de los documentos y elementos de la mesa de votación; revisión de la urna; instalaciones de la mesa de votación; vigilancia del proceso de las votaciones; verificación de la identidad de los votantes; firma y entrega de las tarjetas electorales a los votantes; realización del escrutinio de los votos depositados en la mesa y consignación de los correspondientes resultados en los ejemplares de actas de escrutinios y firmar las actas.

LISTAS UNICAS: Es uno de los elementos del sistema electoral y consiste en que el partido político, movimiento o grupo significativo de ciudadano, solo podrá presentar una única lista con un número de candidatos igual al de las curules a proveer en la respectiva corporación pública a la que aspiren.

MODALIDADES DE LA CONDUCTA PUNIBLE: Las modalidades de la conducta punible son el dolo, la culpa y la preterintención.

NORMA JURÍDICA: Se entiende por norma jurídica, la regla de conducta heterónoma bilateral, externa y coercible.

PENA: La pena es la sanción que le impone el estado a un individuo que ha cometido un delito. Estas son principales, sustitutas y accesorias.

PRETERINTENCIÓN: La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.

⁵ FUNDACIÓN WIKIPEDIA. Gerrymandering [en línea]. Google, mayo 2015 citado 19 de mayo 2015. Disponible en Internet: <URL: <https://es.wikipedia.org/wiki/Gerrymandering>>.

RESULTADO DE LAS ELECCIONES: Son las consecuencias del proceso electoral que empieza en la fase pre electoral y termina con el acto administrativo de declaratoria, donde se convierten los votos en curules.

SISTEMA ELECTORAL: Podemos entender el concepto de sistema electoral, en un sentido amplio y uno restringido. En sentido amplio sistema electoral se suele emplear como sinónimo de derecho electoral o régimen electoral, que comprende principios, reglas, normas y órganos que están relacionados con el sistema electoral. Pero en sentido restringido o específico que es en el que se debe entender para efectos de nuestra investigación, sistema electoral es el conjunto de aquellas variables, por medio de los cuales los votos emitidos por los ciudadanos en las urnas, se convierten en escaños o curules, y que posee unos elementos sin los cuales no podría existir.

SUFRAGIO: Es el derecho constitucional de elegir y ser elegido.

TARJETONES: Son los instrumentos públicos en los cuales se manifiesta la preferencia del pueblo ante un opción.

TENTATIVA: Definida en la ley 599 del 2000 como: El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirlo.

TESTIGOS ELECTORALES: Es el ciudadano designado por un candidato o una colectividad política, para vigilar las votaciones y presentar reclamaciones ante los jurados de votación en los escrutinios de mesa. Su función es la de presenciar y supervisar la imparcialidad, pureza y publicidad del proceso electoral. Los testigos

electorales no podrán interferir en el proceso de votación ni conteo que realizan los jurados de votación, pero pueden presentar reclamaciones.

TIPICIDAD: Es la adecuación de una conducta humana al tipo penal.

TIPO PENAL: Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas.

UMBRAL: Es el mínimo de votos necesario, que debe obtener una lista para entrar a competir por las curules o escaños a proveer en las respectivas corporaciones públicas a las que aspiren.

VOTO: Materialización del derecho al sufragio instrumento que contiene la voluntad popular.

VOTO PREFERENTE: El voto preferente es el mecanismo mediante el cual, los electores tienen la posibilidad de reorganizar las listas presentadas por los partidos, movimientos políticos y grupo significativas de ciudadanos a las respectivas corporaciones públicas.

INTRODUCCIÓN.

Con esta monografía, pretendemos respondernos la siguiente pregunta: ¿si el delito de alteración de resultados electorales dada su naturaleza subsidiaria resulta aplicable a un caso concreto, donde se lesione o ponga en peligro el bien jurídico de los mecanismos de participación democrática? Todo lo aquí expuesto dentro del ordenamiento jurídico colombiano, tomando de referencia en particular el orden jurídico penal de cara a la ley 599 del 2000 y ley 906 de 2004, sin dejar pasar un recuento histórico comparativo de cómo ha evolucionado el delito de alteración desde los códigos penales de 1837 hasta hoy.

Dentro de las características que posee el tipo penal consagrado en el artículo 394 de la ley 599 del 2000, modificado por el artículo 43 de la ley 1142 del 2007, es su naturaleza subsidiaria, manifestada en la forma que solo se aplica este delito, si las conductas descritas en él, no son sancionadas por otro delito que detente mayor pena. Es importante señalar que las penas en Colombia son principales y accesorias, y que de dentro de las principales, está la multa, la pena privativa de la libertad y la pena privativa de otros derechos.

La subsidiaridad contenida en este tipo evita, que pueda concursar con otros tipos penales, en virtud de que uno de los principios doctrinales para romper el concurso o lo que es lo mismo para configurar un concurso aparente de tipos es el principio de subsidiaridad.

El interés que genera esta investigación es tanto de tipo académico como profesional, académico en la medida en que se realiza un recorrido histórico comparativo profundo del tipo penal de alteración de resultados electorales desde el código penal de 1837 hasta hoy, así como también, se decantan generalidades básicas de derecho penal y derecho electoral; y profesional porque le muestra tanto a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, la **POLICÍA JUDICIAL** y el **JUEZ**, como deben ser las investigaciones e imputaciones cuando se comentan las conductas que describe el tipo penal en estudio.

La estructura de nuestra investigación consta de cinco capítulos, en el primero de ellos abordamos las generalidades de derecho penal, las teorías del delito, la evolución del concepto de delito en Colombia, para lo cual fue necesario de guiarnos de maestro **NODIER AGUDELO BETANCUR** en su libro esquemas del delito, también en este capítulo definimos los dispositivos amplificadores del tipo en especial el concurso de conductas punibles, que nos ayudará a comprender como debe ser el comportamiento de la autoridades investigativas cuando quiera que un sujeto trasgreda la ley penal cometiendo las conductas contenidas en el delito de la referencia.

En el capítulo segundo abordamos las generalidades del derecho electoral, definimos los conceptos de sufragio, voto, sistema electoral, elementos del sistema electoral, jurados de votación, etapas del proceso electoral, documentos electorales, documentos que contienen los resultados de las votaciones y la naturaleza del acto administrativo que declara la elección. Esto es sumamente importante porque el desconocimiento de estos elementos objetivos del tipo penal puede conducir a errores en la investigación e imputación de estas conductas.

En el capítulo tercero desarrollamos toda nuestra capacidad investigativa y realizamos un recuento histórico comparativo desde 1837 hasta hoy de la evolución del delito de alteración de resultados electorales así como también del bien jurídico de los mecanismos de participación democrática.

En el capítulo cuarto desarrollamos el problema de nuestra investigación, y se analizó si frente a la teoría del concurso el delito de alteración de resultados electorales resulta aplicable, si efectivamente tal como está redactada la norma protege el bien jurídico tutelado por el legislador, en éste capítulo explicamos las clases de falsedad y como en vez de calificar por la alteración se aplica de preferencia la falsedad ideológica, material o por supresión o destrucción de documento público; también explicamos los concursos que en la práctica se presentan frente a las conductas de fraudes electorales, abordamos los fraudes que según el maestro **FRANCISCO CARRARA** violaban la libertad del sufragio, realizamos una casuística para una mejor comprensión de la investigación, desglosamos los elementos subjetivos y normativos del tipo y explicamos cada uno de ellos y finalmente le dimos una propuesta o solución al problema planteado en la monografía que a nuestro juicio es una solución definitiva y no paliativa.

Por último en el capítulo quinto, se efectuó un análisis crítico de una sentencia que a nuestro juicio, es más política que jurídica y académica. Providencia de la corte suprema de justicia sala de casación penal, de radicación No. 26.470, del primero (1) de agosto del 2008, magistrado ponente. **SIGIFREDO ESPINOZA PÉREZ.**

La metodología empleada es: en cuanto a la forma, esta es una investigación básica fundamentada en el paradigma cualitativo con enfoque explicativo. Es del tipo de investigación en el Campo del Derecho, jurídica, y el método de investigación es el analítico y de síntesis.

Finalmente, la información fue aprehendida mediante la realización de fichas bibliográficas producto de fuentes primarias y secundarias. Ha esta monografía anexamos respuesta por parte del Registrador nacional del estado civil, a peticiones sobre la conformación y realización del proceso electoral en Colombia.

1. GENERALIDADES DE LA DOGMÁTICA PENAL EN COLOMBIA

1.1 NACIMIENTO DEL CONCEPTO DE DELITO

Antes de la existencia de las normas jurídicas^(*), los individuos en sociedad, cansados de la inequidad y violencia en que vivían, producto del estado de libertades sin límites, más que los meramente físicos, deciden asentarse en un territorio determinado, y desprenderse de su libertad natural en aras del bien común y la procura de la felicidad. Es allí, donde ve la luz el derecho que trae consigo las normas; y la posibilidad del restablecimiento del orden jurídico perdido, en cabeza del dispensador de justicia, en contra, del infractor de las leyes promulgadas por el estado.

Es por eso que solo a partir de la existencia de las normas jurídicas es que se puede hablar del concepto de delito; por ello la existencia del aforismo latino **NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE PREVIA** afirmación que a la postre se ha convertido en el principio de legalidad de los delitos y las penas, y que establece que no podrá haber delito, ni pena sin ley previa. Por otro lado, el maestro **BECCARIA** prescribe “*que los principios del verdadero derecho del soberano a castigar los delitos, se hayan consultado el corazón del hombre*”⁶. Es inescindible la anterior afirmación del maestro Beccaria, de la concepción de que se necesita una ley (norma jurídica) que ratifique esos principios que emanan del corazón del hombre y que son reprochables a luz del derecho natural. Es por ello, que en su obra Beccaria señala: “*que la primera consecuencia de estos principios, es que solo las leyes (norma jurídicas) pueden decretar las penas sobre los delitos*”⁷ y que no puede existir delito que no esté expresamente consagrado en la ley, puesto que “*en todo delito debe hacerse un silogismo perfecto: la premisa mayor (ley general, norma jurídica, precepto positivo), la menor (la acción conforme o no a la ley) y la consecuencia (libertad o pena)*”⁸.

(*) Se entiende por norma jurídica, la regla de conducta heterónoma bilateral, externa y coercible. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. Decimocuarta edición. Bogotá: Temis, 2006. p. 91.

⁶ BONESANA, Cesare, marqués de Beccaria. De los delitos y las penas. Temis.1994, p.4. [Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín.]

⁷ Ibid. p.5

⁸ Ibid. p.7

1.2 TEORÍAS DEL DELITO

Al estudiar el delito y sus distintas teorías, encontramos diferentes conceptualizaciones al respecto; y observamos que este concepto varía, de acuerdo al momento histórico en se vive, que influye en los pensadores que abordaron la temática y la doctrina de pensamiento que induce a los juristas a emitir sus postulados.

1.2.1. Noción legal y delito legal.

Esta noción considera por delito, la descripción expresa que hace el legislador de una conducta. “En todas las nociones del delito legal, el delito no se toma como hecho, sino como instituto jurídico”.⁹ “Según **Grispigni** el **delito como hecho** es un suceso histórico concreto, individualizado en el espacio y en el tiempo, cometido por una o más personas y que, según la ley, debe ser sometido a una sanción criminal. Y el **delito como instituto jurídico** es un conjunto de normas jurídicas que determina las condiciones necesarias y suficientes para que un hecho concreto pueda ser sometido a una sanción criminal”¹⁰.

1.2.2. Noción formal.

Desde esta perspectiva delito será, toda conducta típica que se le atribuya una sanción. En este sentido **Gómez Prada** siguiendo a **Cuello Calón**, definen el delito como: “la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena”¹¹.

1.2.3. Noción Sustancial, Jurídica y Extrajurídica.

Para esta noción, adquiere relevancia el contenido ético, social y político de los hechos que prevé la norma como punible. Desde un enfoque sustancial jurídico:

⁹ FERNÁNDEZ C, Juan. Derecho Penal Fundamental. Tomo I. Bogotá: Temis, 1989. p. 172.

¹⁰ ANTOLISEI, Francesco. Manuel de derecho penal. Buenos Aires: Uteha, 1960. p.126. y NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho penal Chileno. Tomo I. Santiago: Jurídica de Chile, 1960. p. 244.

¹¹ GÓMEZ PRADA, Agustín. Derecho Penal Colombiano. Parte general. Bucaramanga: Impenda del departamento de Santander, 1972. p. 112. y CUELLO CALÓN, Eugenio. La moderna penología. Barcelona: Bosch, 1974. p. 284

En cada uno de los órdenes jurídicos aparecerá: *la teoría objetiva*, que ve en el delito, primordialmente, el ataque a un bien o interés jurídicamente tutelado, y *la teoría subjetiva*, según la cual el delito, es ante todo desobediencia al deber jurídico de acatamiento al derecho y al estado (nacionalsocialismo, fascismo), o a la manifestación de una voluntad socialmente peligrosa (positivismo italiano), o a la revelación de una voluntad social y políticamente intolerable (finalismo)¹².

Desde el enfoque sustancialista (extrajurídico), describe **Sauer**: “delito es obrar contrario a la moral, dirigido a un resultado dañoso a la sociedad (contrario a la comunidad)... es una lesión grave, cultural y eticosocialmente, de las ideas de justicia y bien común... un querer y obrar antijurídicamente (socialmente dañoso) y culpable, insoportable cultural y eticosocialmente, en contradicción grave con la justicia y el bien común”¹³.

1.2.4. Noción político axiológica.

Para esta noción, hay que distinguir cuales son los valores fundamentales de una sociedad, en un determinado momento histórico. Desde el punto de vista axiológico político y la sociología, “delito es el hecho que, según el criterio de la clase dominante contenido en el juicio del legislador, vulnera los valores fundamentales o condiciones de conservación y aumento del poder social y políticamente dominante en una comunidad determinada”¹⁴.

1.2.5. Concepto de delito en las escuelas Italianas.

1.2.5.1. Noción jurídica de Carrara.

Esta noción, define el delito civil, como: “la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso”¹⁵.

¹² FERNÁNDEZ C. Op. Cit., p. 173.

¹³ SAUER, Wilhelm. Derecho penal. Barcelona: Bosch, 1956 p. 50-53.

¹⁴ FERNÁNDEZ C. Op. Cit., p. 175.

¹⁵ CARRARA, Francisco. Programa de derecho criminal. Volumen I. Prefacio a la V edición. Bogotá: Temis, 1971. p. 43

1.2.5.2. Noción analítica de Ferri.

Esta noción define el delito legal, de la siguiente forma: “delito legal consiste en que un hombre (sujeto activo) ofende a otro (sujeto pasivo) violando un derecho o bien (objeto jurídico) que se concreta en la persona o en la cosa (objeto material), mediante una acción síquica que determina y guía una acción física, produciendo un daño público y privado”¹⁶.

1.2.5.3. Noción sociológica (delito natural).

Para esta noción el delito debe analizarse como trasgresión de las normas cualesquiera que sean, tanto de tipo moral como legal. Para la noción Sociológica, delito es, “según **Galofalo**, la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medida media en que se encuentran en la sociedad civil, por medio de acciones nocivas para la colectividad”¹⁷(**), finalmente para **Ferri-Berenini**, “son acciones punibles (delitos) las determinadas por los móviles individuales (egoístas) y antisociales, que perturban las condiciones de vida y contravienen la moralidad media de un determinado pueblo en un momento dado.”¹⁸

1.2.6. Concepto de delito y teorías según los esquemas del delito Alemán.

1.2.6.1. Noción casualista, esquema clásico del delito.

Para **Franz von Liszt**, “la acción es la modificación voluntaria del mundo exterior perceptible por los sentidos”¹⁹. Para **Beling** “solo el comportamiento humano voluntario se puede llamar delito”²⁰.

Para esta escuela son tres los elementos de la acción: “I) la manifestación de la voluntad, II) el resultado y III) la relación de causalidad”²¹. “En resumen, para que exista acción, basta con que el sujeto haya querido algo,

¹⁶ FERRI, Enrrico. Principios de Derecho Criminal. Madrid España: Reus, 1933. p. 364.

¹⁷ FERNÁNDEZ C. Op. Cit., p. 175.

(**) A esta definición, observo Ferri que: 1) que existen otros sentimientos fundamentales, como el pudor, la religiosidad y el patriotismo, cuya violación constituye delito natural., 2) que en el delito natural, antes que la violación a esos sentimientos, se da la ofensa a las condiciones de existencia social., 3) que la violación de esos sentimientos y la ofensa de esas condiciones constituye delito natural cuando aparece determinada por móviles antisociales, no en cambio si los móviles son altruistas.

¹⁸ FERNÁNDEZ C. Op. Cit., p. 175.

¹⁹ VON LISZT, Franz. Tratado de derecho penal. Tomo II. Madrid: Reus, 1927. p. 297y ss.

²⁰ BELING, Ernst. Die lehre vom verbrechen. Tubingen.J.C.: Mohr,1906. p. 9.

²¹ AGUDELO BETANCUR, Nódier. Curso de derecho penal, esquemas del delito. Tercera reimpresión de la tercera edición. Bogotá: Temis, 2007. p. 24

pero lo algo querido no es un problema que se indague en la acción sino en la culpabilidad²².

En este esquema, la acción tiene un papel de piedra angular, puesto que engrana los demás elementos, para la concepción del delito. De esta forma el delito se presentara aquí como “acción típica, antijurídica y culpable”²³.

En cuanto a la **tipicidad**, para este sistema, “el tipo es parte del aspecto objetivo del delito y es la descripción de las características externas del comportamiento. La tipicidad en relación con la antijuridicidad tendría apenas un sentido indiciario; con esto se quiere decir que aquella indicaría a esta: una acción típica no siempre es antijurídica puede existir alguna causal que la justifique”²⁴, se concluye entonces que el **tipo es objetivo descriptivo**.

Por su parte la **antijuridicidad**, “expresada de manera sencilla vendrá a ser, la falta de permiso para actuar, por lo que se puede inferir que está estructurada en forma **objetiva-normativa o valorativa**”²⁵.

Finalmente la **culpabilidad**, “es un nexo psicológico que hay entre el sujeto, el autor y el hecho: “es la relación subjetiva entre el acto y el autor”²⁶. En esta escuela, el **dolo** y la **culpa** son formas o grados de la culpabilidad, es decir, “el dolo y la culpa son la culpabilidad misma”²⁷. La **imputabilidad** “es presupuesto de la culpabilidad, ya que para poder hablar de culpabilidad es necesario que previamente se constate la imputabilidad del sujeto (ser capaz de poder determinarse libremente, con conocimiento y libertad)”²⁸.

1.2.6.2. Esquema neoclásico del delito.

Para este sistema la “acción es comportamiento socialmente relevante”²⁹, se sigue manteniendo un concepto causal de acción pero se le adiciona el ingrediente del sentido social. En este concepto de acción queda abarcada tanto la acción como la omisión. “Sin embargo, los partidarios del concepto social de acción siguieron diciendo que lo importante para la determinación de la acción, era el hecho de que hubiese voluntariedad. Siguieron afirmando: **el delito es acción típica, antijurídica y culpable**, y para la

²² AGUDELO BETANCUR. Op. Cit., p. 26

²³ Ibid. p. 29

²⁴ Ibid. p. 29

²⁵ Ibid. p. 30

²⁶ Ibid. p. 30

²⁷ Ibid. p. 31

²⁸ Ibid. p. 31

²⁹ Ibid. p. 38

existencia de la acción basta la simple voluntariedad”³⁰. En este esquema “el contenido de voluntad, lo que quiso el sujeto, se estudiara solo en el campo de la culpabilidad, como se hacía dentro del esquema clásico”³¹.

El **tipo** puede contener elementos subjetivos y elementos normativos pero con prevalencia de los objetivo sobre subjetivo, excepcionalmente se habla de que el tipo tiene elementos subjetivos, ejemplo de ello es el tipo de injuria. Es por ello que **HEGLER** planteo en 1914, “si el tipo es una descripción de lo que se considera socialmente dañoso, en aquellos casos en que lo socialmente dañoso dependa de determinados elementos subjetivos, estos deben quedar incluidos en el tipo”³². “En consecuencia, no siempre el tipo puede determinarse solo a partir de su aspecto objetivo, pues hay elementos subjetivos que determinan la existencia o no de un tipo, o también, depende que cual sea ese elemento subjetivo, puede darse un tipo u otro”³³. Para este esquema el tipo contiene elementos descriptivos, normativos y valorativos.

La **antijuridicidad**, “deja de entenderse como la relación objetiva de contradicción entre un comportamiento y una norma jurídica y pasa a ser injusto material, dañosidad social o lesión a intereses jurídicos, lesión que, dicho sea de paso, a veces “depende de la dirección subjetiva de la voluntad””³⁴. Para la escuela neoclásica, “la tipicidad implica necesariamente la antijuridicidad. La tipicidad ya no es un mero indicio de la antijuridicidad, sino su fundamentadora, ya no es simple ratio cognoscendi, sino ratio essendi”³⁵.

La **culpabilidad**, en este aspecto el esquema neoclásico avanza, puesto que para la existencia de culpabilidad “no basta con la comprobación de un vínculo psicológico, es preciso que exista reprochabilidad del comportamiento”³⁶ es decir aquí la culpabilidad “sigue siendo nexo psicológico, pero se le introduce el elemento del reproche”³⁷. La culpabilidad se encuentra compuesta por una parte subjetiva, (nexo psicológico entre el sujeto y el hecho) y una parte valorativa o normativa (juicio de reproche acompañado de la exigibilidad de otra conducta).

Para este esquema, los elementos de la culpabilidad son: “la imputabilidad, el dolo, la culpa y la exigibilidad de otra conducta. Vemos entonces al dolo y

³⁰ AGUDELO BETANCUR. Op. Cit., p. 38

³¹ Ibid. p. 38

³² Ibid. p. 39

³³ Ibid. p. 41

³⁴ Ibid. p. 51

³⁵ Ibid. p. 51

³⁶ Ibid. p. 42

³⁷ Ibid. p. 50

a la culpa ubicados todavía, como en el sistema clásico del delito, en la culpabilidad, pero, mientras en el esquema clásico del delito el dolo y la culpa son formas o grados de culpabilidad, en el esquema neoclásico del delito, dolo y culpa son elementos de la culpabilidad”³⁸.

1.2.6.3. Esquema finalista del delito.

Para este sistema, acción humana es:

Ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer <<final>>, no solamente <<causal>>. La “finalidad” o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de sus saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde un fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso la finalidad es, dicho en forma gráfica vidente, y la causalidad es ciega”³⁹.

En resumen, “la acción supone la voluntad y esta implica la finalidad”⁴⁰. Esta finalidad es concebida “como la dirección de la voluntad hacia metas propuestas por la conciencia que se adelanta en el tiempo”⁴¹.

La acción, en este esquema, tiene diferentes fases para su realización, así “entre la fijación del fin y su realización, hay varias etapas que se deben recorrer, las cuales pueden concretarse en una fase interna y en otra externa de su realización”.⁴² En la fase interna de la acción encontramos las siguientes etapas: anticipación mental del fin, determinación de los medios y consideración de los posibles efectos de la acción (efectos concomitantes) y siempre ocurrirá en la esfera del pensamiento; por su parte la fase externa no posee subdivisiones y esta se limita a ser el proceso causal para lograr el fin deseado, dicho de otra forma esta es la realización en el mundo exterior.

³⁸ AGUDELO BETANCUR. Op. Cit., p. 48-49

³⁹ Ibid. p. 59

⁴⁰ Ibid. p. 60

⁴¹ Ibid. p. 60

⁴² Ibid. p. 60

La **tipicidad**, para este esquema, “los tipos penales son las descripciones de las conductas relevantes para el derecho punitivo. Y si lo que los tipos describen son acciones y estas siempre implican un elemento subjetivo, el tipo siempre implicara un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo”⁴³. “La acción típica concreta no se puede establecer sino a partir de la consideración del contenido de voluntad”⁴⁴, es decir lo que quiso el sujeto.

En cuanto a la **antijuridicidad**, considera este esquema, que:

La misión primaria del derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual, de sus propiedad, etc. Pues, cuando entra efectivamente en acción, por lo general ya es demasiado tarde. Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ello constituye el fundamento más sólido que sustenta el estado y la sociedad⁴⁵.

De lo anterior se concluye que para el esquema finalista la antijuridicidad se resume en el *desvalor del acto o desvalor de la acción*.

La **culpabilidad**, para este esquema, “la culpabilidad es un puro juicio de reproche, que tiene como supuestos los siguientes ingredientes: I) la imputabilidad, II) la conciencia actual o potencial de antijuridicidad y III) la exigibilidad de otra conducta”⁴⁶.

Se resalta que en el esquema finalista, no se encuentra el dolo y la culpa como grado o forma de la culpabilidad (clásicos) o elemento de la misma (neoclásicos), sino que se encuentran ubicados en la tipicidad, esto se explica porque como lo afirma WELZEL “si el dolo es lo valorado, no puede ser la valoración misma; si la culpabilidad es la valoración del dolo, el dolo no puede ser parte de la culpabilidad”⁴⁷ dicho de otra forma, “la culpabilidad es la valoración del dolo, no puede el dolo ser, al mismo tiempo, parte de esta valoración o sea no pueden estar en un mismo plano lógico, la valoración y el objeto de valoración”⁴⁸. Si se retomara el concepto de acción arriba propuesto, bien se podría señalar, que “de ella hace parte la voluntad como su espina dorsal y es ese su lugar natural”⁴⁹. Ahora bien, si se analiza

⁴³ AGUDELO BETANCUR. Op. Cit., p. 71-72

⁴⁴ Ibid. p. 72

⁴⁵ Ibid. p. 77-78

⁴⁶ Ibid. p. 91

⁴⁷ Ibid. p. 57

⁴⁸ Ibid. p. 58

⁴⁹ Ibid. p. 58

el concepto de dolo para este esquema, se encuentra que el mismo es “conocer y querer la realización de un hecho típico”⁵⁰.

Resumiendo lo hasta aquí dicho sobre el dolo encontramos que: “I) el dolo hace parte de la acción, como voluntad jurídicamente relevante y no de la culpabilidad, y II) el dolo no implica la conciencia de antijuridicidad como ocurre en los esquemas clásicos y neoclásicos”⁵¹.

Ya situada la culpa como elemento subjetivo del tipo penal, y analizando la estructura final de la acción, ésta abarca tres componentes básicos: I) el fin último, II) la selección de los medios y III) la dirección de la acción. Teniendo en cuenta lo anterior se afirma que “La esencia del delito culposo no está en el resultado sino en la indebida dirección de la acción que se orienta con violación del deber objetivo de cuidado exigido en el acontecer social”⁵².

1.2.6.4. Teoría funcionalista del delito.

“Los funcionalistas, encabezados por el profesor de la universidad de Munchen Claus Roxin, orientaron la discusión del derecho penal a una pregunta que, por más sencilla y elemental que parezca, se había perdido en la decadente rencilla entre causalistas y finalistas: ¿para qué sirve y qué función cumple el derecho penal?”⁵³

Este pensamiento generó nuevos conceptos, re-ubicó nociones anteriores, replanteó todas las categorías dogmáticas, orientado a partir de las funciones de los fines de la pena, erigiendo un sistema abierto por un lado y un sistema cerrado por otro[2], dirigido a trabajar nuevas realidades y pensamientos del Derecho Penal; por sus resultados y sus consecuencias, entendiendo al sistema abierto en lo que no se describe exhaustivamente y en todos sus aspectos el objeto de la prohibición, por lo que quiere decir que el tipo aun no es indicio del injusto; como pasa en el sistema cerrado que se complementa el tipo (clase) de injusto; en el sistema abierto por el contrario el injusto sólo puede comprobarse desde la perspectiva de

⁵⁰ AGUDELO BETANCUR. Op. Cit., p. 69

⁵¹ Ibid. p. 73

⁵² Ibid. p. 91

⁵³ CRUZ BOLÍVAR, Leonardo. Transformación del método dogmático. En: URBANO MARTINEZ, José Joaquín, *et al*. Lecciones de derecho penal general. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p. 197- 208. (p. 203).

*la antijuridicidad mediante la verificación positiva de elementos especiales de este*⁵⁴.

En este planteamiento el bien jurídico tutelado- concepto ligado necesariamente al de la política criminal- ocupa un lugar decisivo y sobre él descansa buena parte del sistema, al punto que a partir de éste organiza ROXIN el concepto de teoría de la imputación objetiva, que origina una gran discusión en torno a los conceptos de causalidad e imputación en el derecho penal, y que en la estructura del tipo planteada por dicho autor complementa el tipo objetivo⁵⁵.

Para ROXIN “la culpabilidad, como máxima exigencia del estado al ciudadano, solo puede entenderse y desarrollarse desde la función preventiva de la pena”⁵⁶. Para ROXIN los elementos del delito son la tipicidad, antijuridicidad y la responsabilidad esta última contenía la culpabilidad y la necesidad de la pena.

Tipicidad.

La teoría funcionalista interpreta las conductas descritas en los tipos penales en función de la necesidad abstracta de la pena para un supuesto regular y no basado en la personalidad del sujeto en concreto o de la concreta situación de la actuación. Al tipo se le confiere la función de llamada, no solo capta o describe simples procesos causales naturales, pues tiene como función enviar un mensaje al raciocinio del individuo para que sepa cuáles son las conductas prohibidas con el fin político-criminal de que las evite (delitos de acción), o bien, realice la conducta ordenada para la salvaguarda de un bien jurídico en peligro (delitos de omisión). Para persuadir al individuo, el tipo establece una pena a imponer a quien contravenga el mensaje y de esa forma se busca disuadirlo o causarle temor para que se abstenga de realizar la conducta que lesiona el bien jurídico tutelado o actúe para evitar la lesión de ese bien, el efecto disuasorio se conoce como prevención general negativa, y obedece a los lineamientos generales de un derecho penal preventivo general. El tipo penal describe una conducta, pero la realidad ofrece multiplicidad de conductas que podrían adecuarse a dicha descripción, luego entonces se debe determinar cuáles de esas conductas se han pretendido prevenir a través del tipo. Solo

⁵⁴ DAZA PÉREZ, Mario Felipe. El funcionalismo en claus roxin y günther jakobs [en línea]. Colombia: Google, Blog derecho público, oct. 2009 citado 19 mayo 2015. Disponible en internet:<URL:<http://derechopublicomd.blogspot.com/2009/10/el-funcionalismo-o-teleologismo.html>>.

⁵⁵ CRUZ BOLÍVAR. Op. Cit., p. 203.

⁵⁶ ROXIN, Claus. Culpabilidad y prevención en el derecho penal. Madrid: Reus. 1980.

*aquellas conductas así identificadas pueden ser consideradas como desaprobadas legalmente y en consecuencia, son típicas.*⁵⁷

Antijuridicidad.

*“Para Roxin una acción es formalmente jurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal, y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales”.*⁵⁸

Responsabilidad.

*La culpabilidad, como cuarta categoría de la teoría del delito es sustituida por Roxin por la responsabilidad la cual se conforma por la culpabilidad y la necesidad de la pena, la categoría de la responsabilidad tiene que resolver el problema de bajo que presupuestos el autor puede ser hecho penalmente responsable por un injusto realizado por él. El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico-penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol. No obstante para considerar responsable al sujeto, además de la culpabilidad, se debe constatar la necesidad de imponerle la pena y no una sanción menos nociva, para lo cual es necesario acudir a los fines de la pena*⁵⁹.

1.3 ESTRUCTURA DOGMÁTICA DEL DELITO EN COLOMBIA

1.3.1. Código penal del 80.

El decreto 100 de 1980, fue una normativa que recoge, el concepto del causalismo neoclásico en lo que respecta al hecho punible, en él no se define taxativamente lo que es delito, pero esta normatividad considera por tal, a la conducta punible que es típica, antijurídica y culpable. Desde la definición misma del concepto de acción que trae esta obra, en su artículo 19, se

⁵⁷ EQUIPO 5. Teoría causalista, finalista, funcionalista y método lógico (diferencias) [en línea]. Colombia: Google, Blog, Oct. 2009 citado 19 mayo 2015. Disponible en Internet:<URL: <http://penaldelito.blogspot.com/2009/10/teoria-causalista-finalista.html>>

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

comprenden la adopción del sistema causalista neoclásico alemán; en tal virtud el hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión.

A continuación analizaremos cada uno de los elementos antes enunciados:

- 1.3.1.1. Tipicidad.** Definida en el artículo 3 de esta normativa, incluyó elementos normativos y subjetivos del injusto, que apuntan a un esquema valorativo en el tipo. Pero sigue siendo un tipo eminentemente causal, porque el dolo, la culpa y la preterintención son formas de la culpabilidad.

Un ejemplo claro es el artículo 313 del decreto 100 de 1980, que incluyó los elementos subjetivos de “imputaciones deshonrosas”.

- 1.3.1.2. Antijuridicidad.** Se encuentra establecida en el artículo 4 de la siguiente forma: “para que la conducta típica sea antijurídica, se requiere que lesione o ponga en peligro el interés jurídico protegido por la ley”. Criterio que a nuestro juicio, encaja en el concepto neoclásico alemán de la antijuridicidad.

- 1.3.1.3. Culpabilidad.** Definida en el artículo 5 de esta normativa, proscribía toda forma de responsabilidad objetiva. Contiene los elementos subjetivos del hecho punible como el dolo y la culpa; los define como formas de culpabilidad en el artículo 35, y los explica en los artículos 36,37y 38. Recogiendo así, los fundamentos del causalismo valorativo alemán.

1.3.2. Código penal del 2000.

Por su parte la ley 599 del 2000, en lo referente a la tipicidad y la culpabilidad acoge el concepto finalista de la teoría del delito, mientras que en lo que respecta a la antijuridicidad, adopta el concepto funcionalista de **ROXIN**. En el artículo noveno de esta normatividad se preceptúa que para que la conducta sea punible se requiere que sea típica antijurídica y culpable; elementos que analizaremos así:

1.3.2.1. Tipicidad.

Se ha dicho que sin tipicidad no hay delito. También que “el principio de legalidad encuentra su perfecta complementación en el de tipicidad”.⁶⁰ La ley 599 del 2000, en su artículo 10, preceptúa, que: “la ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitando claramente en la constitución política o en la ley”.

Ahora bien, desde una perspectiva más técnica, puede entenderse por tipo penal un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas (E. R. ZAFFARONI).

Se dice que es un instrumento legal, pues el tipo pertenece al texto legal donde se encuentran sus diferentes especies; es, entonces, un dispositivo plasmado en la ley. En segundo lugar, es lógicamente necesario, porque para saber si una conducta es delictiva no se puede prescindir de tal herramienta. Además se dice, en tercer lugar, que es predominantemente descriptivo, porque a la hora de consignar las conductas en la ley, el legislador suele acudir a “descripciones” valiéndose de figuras lingüísticas apropiadas o elementos descriptivos como “matar”, “cosa”, “equipajes de viajeros”, “cabeza de ganado mayor o menor”, “falsificar”, etc. (confróntese, artículos 103, 239, 241 numerales 5 y 8, y 286), que se perciben mediante los órganos de los sentidos; en otras oportunidades sin embargo, utiliza dicciones que se remiten o sustentan –en gran medida- en juicios de valor de carácter jurídico, como “título no translaticio de dominio” (artículo 249), “resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario [sic] a la ley” (artículo 413), “ajena” (artículo 239), “servidor público”, “documento público” (artículo 286); u otras de contenido extrajurídico, como las “imputaciones deshonorosas” (artículo 220), el “comercio carnal” o la “prostitución” (artículo 213); esto es, elementos normativos. Es más, en muchas figuras se usan elementos de índole puramente subjetiva como, por ejemplo, “ánimo de lucro” (artículo 104, #4), “el propósito de obtener provecho” (artículo 239), el obrar “para satisfacer los deseos de otro” (artículo 213), cuya redacción –lo mismo que las anteriores- debe ser compatible con la exigencia de taxatividad o de determinación que emana del principio de legalidad de los delitos y las penas.

En cuarto y último lugar, se postula que la función del tipo penal es individualizar conductas humanas penalmente prohibidas o mandadas, porque él es el encargado de otorgar relevancia penal a

⁶⁰ MENDOZA, Víctor León. Derecho Penal General. Tercera Edición. Bogotá: Temis, 1991. p. 99.

los diversos comportamientos valorados de manera negativa por el legislador.⁶¹

Siguiendo el concepto de tipicidad de WELZEL, el tipo se encuentra compuesto por unos elementos normativos y unos elementos subjetivos:

1.3.2.1.1. Elementos normativos del tipo penal

Son elementos normativos del tipo penal, los siguientes:

-Los **Sujetos**: “Quien desarrolla, en todo en parte, la conducta prohibida por el tipo penal se denomina sujeto activo de la conducta punible; de otra parte, el titular del bien jurídico tutelado (sea una persona individual una colectividad o un ente estatal) se denomina sujeto pasivo”.⁶²

-El **Objeto**:

La comprensión gramatical del tipo lleva a concluir que el objeto es el sustantivo contenido en el predicado de la oración valga decir, aquello sobre lo que recae la conducta del sujeto activo. Si se aprecia en concreto el objeto, se le denomina objeto material (la cosa hurtada, el cuerpo materia del homicidio etc.); en tanto que si hace referencia a su abstracción jurídica, adquiere la connotación de objeto jurídico (el patrimonio económico, vida humana individual, etc)⁶³.

- La **Conducta**:

La expresión gramatical de la conducta se hace a través de verbos, que pueden referirse de manera simple al objeto (matar a otro) o de manera compleja, cuando un verbo, por sí mismo, carece de sentido lógico suficiente para delimitar el comportamiento reprochable (inducir en error, acceder carnalmente).

Un tipo penal puede describir una sola hipótesis fáctica, o varias; en este último caso, las distintas conductas pueden ser conjuntamente necesarias para la consumación del delito (tipo compuesto acumulativo), o independientemente suficiente para el mismo efecto (tipo compuesto alternativo)⁶⁴.

⁶¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal parte general. Quinta edición actualizada. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2003. p. 344

⁶² URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, *et al.* Lecciones de Derecho Penal parte general. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p. 220

⁶³ *Ibid.* p. 220

⁶⁴ *Ibid.* p. 220

-Los **Ingredientes normativos**: “Se denominan ingredientes normativos del tipo aquellas expresiones que requieren, para su adecuada comprensión, de un juicio valorativo referido a otras normas del ordenamiento jurídico o a un determinado contexto socio cultural o técnico científico”⁶⁵.

1.3.2.1.2. Elementos subjetivos: se definen en el artículo 21 de la ley 599 del 2000 como modalidades de la conducta punible; y estas son el dolo, la culpa y la preterintención.

En el tipo subjetivo se examina la disposición “subjetiva” de quien emprendió una acción o de quien incurrió en la omisión de cumplir con un deber que le correspondía, creando o aumentando un riesgo jurídicamente desaprobado, a causa del cual lesionó o puso en peligro un bien jurídico. A ellos se le adicionan los ingredientes subjetivos del tipo a que se refieren las normas de la parte especial del código penal, se identifican con las expresiones “con el ánimo de”, “con el propósito de” etc.⁶⁶

-Dolo

Consagrado en el artículo 22 de nuestro código penal expresa lo siguiente: “*La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*”.

“En la doctrina han sido propuestas diversas clasificaciones del dolo; no obstante, la más importante es aquella que se ha hecho a partir del elemento volitivo. Desde esta perspectiva se habla de: a) intención o dolo directo de primer grado b) dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias c) dolo eventual o condicionado”⁶⁷.

■ Dolo intención o dolo de primer grado.

Se caracteriza porque la realización de los hechos constitutivos de infracción penal es la meta de la conducta. El sujeto persigue directamente la acción u omisión típica (en los delitos de peligro), el resultado previsto en el tipo, o ambas cosas. Prevalece el elemento volitivo sobre el

⁶⁵ URBANO MARTÍNEZ, *et al.* Op. Cit., p. 220

⁶⁶ *Ibid.* p. 228

⁶⁷ *Ibid.* p. 234

cognoscitivo, pues para que se estructure es indiferente que el sujeto se halla representado o no el resultado típico; basta con que lo haya querido y haya ordenado su comportamiento de una forma tal que le permitiera obtenerlo⁶⁸.

■ **Dolo directo de segundo grado, indirecto o de consecuencias necesarias.**

“En este evento el sujeto está seguro que su conducta activa u omisiva traerá consigo unas consecuencias que están previstas como infracción penal, porque se presentan como inevitables; incluso le pueden parecer desagradables o puede no desearlas, pero esta disposición anímica no le es relevante, porque predomina el aspecto intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo”⁶⁹.

■ **Dolo eventual o condicional.**

“El sujeto se representa como probable que con su conducta activa u omisiva se produzcan los hechos constitutivos de acción penal y, no obstante a ellos, no evita su acaecimiento. Para establecer si el autor se representó tal probabilidad debe analizarse tanto la creación o incremento del riesgo a que dio lugar la conducta como los conocimientos que tenía el autor ex ante”⁷⁰.

■ **Características del dolo en la ley 599 de 2000.**

1. El dolo no es ya una forma de culpabilidad, sino una modalidad de la conducta, con lo cual fue trasladado al tipo de injusto.
2. El conocimiento que se exige para el dolo versa sobre los hechos constitutivos de la infracción penal, con lo cual queda excluido el conocimiento de la antijuridicidad; se trata de un dolo natural o avalorado.
3. En la primera parte de la norma fueron reconocidas las modalidades de dolo directo de primer grado y segundo grado.
4. El “conocimiento” y el “querer” versan sobre “los hechos constitutivos de la infracción penal”, con lo cual queda incluidos todos los elementos del tipo objetivo.

⁶⁸ URBANO MARTÍNEZ, *et al.* Op. Cit., p. 234

⁶⁹ *Ibid.* p. 235

⁷⁰ *Ibid.* p. 235

5. Las expresiones “conoce” y “quiere”, a que alude la norma al regular el dolo directo, expresan que éste debe ser efectivo y actual.
6. En el dolo eventual se adopta la teoría de la probabilidad y se prescinde del “querer, aceptar o conformarse” que son característicos de las conductas dolosas. Se incluye la “no evitación”, cuando se refiere la norma al dejar la producción “librada al azar”, lo cual implica la no intervención del agente⁷¹.

-Culpa.

El código penal Colombiano, consagra en su artículo 23 lo siguiente: *“La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”*.

Aunque el tipo culposo, al igual que el doloso, presenta un aspecto objetivo y otro subjetivo, la doctrina no acostumbra a dividir su estudio en tipo objetivo y subjetivo; las razones de ellos son, de una parte, que los elementos descriptivos y normativos de los tipos imprudentes difieren de los dolosos; y de otra, que la voluntad de realización de la conducta por parte del sujeto no se dirige a un resultado jurídico-penalmente relevante⁷².

El **aspecto objetivo de los tipos culposos**: está conformado, además de los elementos previstos en la descripción típica por la infracción al deber objetivo de cuidado y, según la mayoría de la doctrina, también por el resultado.

El **aspecto subjetivos de los tipos culposos**: se debe analizar el aspecto volitivo, para establecer que el sujeto iba a realizar una conducta final que no está dirigida a ocasionar hechos constitutivos de infracción penal; también se debe analizar el aspecto intelectual o cognoscitivo, para concretar la objetiva “previsibilidad, representación o reconocibilidad” por parte del sujeto de que, a partir de su infracción al deber objetivo de cuidado se podría generar un resultado jurídico-penalmente relevante; y finalmente la actitud del sujeto frente a ese resultado que se presentó⁷³.

⁷¹ URBANO MARTÍNEZ, *et al.* Op. Cit., p. 239

⁷² *Ibid.* p. 241

⁷³ *Ibid.* p. 242-243

■ Culpa consciente y culpa inconsciente.

En la **culpa consciente** el sujeto se representa la posibilidad del resultado constitutivo de la infracción penal pero, por la infravaloración del grado del peligro, la sobrevaloración de sus propias fuerzas o la simple confianza en su buena suerte considera que aquel no se realizará.

En la **culpa inconsciente** (negligencia) el sujeto al realizar su conducta ni siquiera prevé la posibilidad del resultado; no advierte el peligro que un hombre prudente y diligente en su lugar hubiera percibido⁷⁴.

■ Características de la culpa en la ley 599 del 2000.

1. Se acogió el “concepto normativo” de la culpa, al haber incorporado la “infracción al deber objetivo de cuidado”.
2. Fueron incluidos en la norma tres de los elementos del aspecto objetivo del tipo culposo: infracción del deber objetivo de cuidado, relación de causalidad o determinación y realización del riesgo en el resultado; como se desprende de la frase “ el resultado es producto de ...”
3. Se tuvieron en cuenta elementos del aspecto subjetivo, como son “previsibilidad o representatividad” del resultado y la “confianza” en evitarlo, cuando se trata de la culpa consciente o con representación.
4. La expresión “por ser previsible incluye un elemento objetivo-Normativo para los casos de culpa inconsciente. Dependerá de lo que “sea previsible”, para lo cual podrá tomarse como baremo lo reconocible para un hombre medio, no exclusivamente para el autor.
5. Se mantuvo la clasificación de culpa consciente y culpa inconsciente⁷⁵.

-Preterintención.

Se encuentra consagrada en forma expresa en el artículo 24 del código penal colombiano de la siguiente forma: “*La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente*”.

Por su parte, encontramos que es la jurisprudencia (ejemplo de estas, la sentencia de C.S.J. sala penal, de fecha 14 de marzo de 2002, expediente 15663 de magistrado ponente Jorge Aníbal Gallegos), apoyada en la doctrina, la que se ha encargado de delimitar los

⁷⁴ URBANO MARTÍNEZ, *et al.* Op. Cit., p. 243-244

⁷⁵ *Ibid.* p. 247

requisitos que se necesitan para estar en presencia de un delito preterintencional; dichos requisitos son:

1. El propósito de cometer un delito determinado.
2. La producción de un resultado delictivo que exceda la intención del agente.
3. La existencia de una perfecta relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado producido.
4. Que el objeto material sobre el cual se realiza la conducta sea el mismo objeto material que padece el resultado mayor.
5. La expresa consagración legal de la figura.

1.3.2.1.3. Diversas Clases De Tipos Penales

“Los tipos que se encuentran en el código penal Colombiano presentan caracteres diversos desde el punto de vista del sujeto activo, del bien jurídico tutelado, con la descripción legal de la conducta, de su estructura y de su contenido”.⁷⁶ Es así como a continuación analizaremos en detalle cada uno de los anteriores conceptos enunciados:

-Los tipos penales en cuanto al sujeto activo.

Hay necesariamente que distinguir, si la conducta descrita en el tipo penal, requiere para su configuración ser realizada por una sola persona o si por el contrario se requiere de la intervención de por lo menos dos personas. En el primero de estos eventos estaremos en presencia de “un tipo de sujeto activo singular o mono-subjetivo. Ejemplo de tal clase de tipos son los que describen el homicidio, las lesiones personales, el hurto, entre otros”.⁷⁷

Si nos encontramos en presencia del segundo de los eventos descritos entonces nos hemos topado con “un tipo de sujeto activo plural o pluri-subjetivo. Ejemplo de estos tipos son: el concierto para delinquir, la rebelión, la sedición”.⁷⁸

Así mismo será objeto de análisis el hecho de que “en el tipo se exija o no una condición especial en el sujeto activo. Estos pueden ser de sujeto activo indeterminado o de sujeto activo cualificado”.⁷⁹ “Tipos de

⁷⁶ MENDOZA. Op. Cit., p. 106.

⁷⁷ Ibid. p. 106.

⁷⁸ Ibid. p. 106.

⁷⁹ Ibid. p. 106.

sujeto activo indeterminado son aquellos en que la conducta que describen puede ser realizada por cualquier persona. Generalmente aluden al sujeto activo con expresiones “el que” o “al que”, “quien”. Como ejemplo de estos tipos podemos señalar los de homicidio, hurto y estafa”.⁸⁰

Por su parte los “tipos de sujeto activo cualificado son los que exigen en el sujeto activo una condición especial, como la de ser servidor público, mujer u otra determinada en la norma descriptora de la conducta. Ejemplo de estos tipos son el abuso de autoridad, el peculado”⁸¹ entre otros.

-Los tipos penales en cuanto al bien jurídico tutelado.

En relación con el bien jurídico protegido apriorísticamente en la norma por el legislador, al describir las conductas constitutivas de los tipos penales, encontramos que estos pueden ser simples y complejos, de lesión y de peligro. En cuanto al primer bloque anteriormente descrito “son simple los tipos en los que se tutela un solo bien jurídico. Estos son la gran mayoría así como el hurto, el homicidio, el de la falsedad en documentos públicos, en los cuales se tutelan respectivamente el patrimonio económico, la vida y la fe pública. Son complejos los tipos en los que se tutelan varios bienes jurídicos. El comportamiento descrito en ellos, a diferencia de los simples, lesiona bienes jurídicos de diversa índole”.⁸² Como ejemplo de estos tipos podemos encontrar el homicidio en persona protegida (artículo 135 del código penal Colombiano) ya que con la realización de este tipo se lesionaría a la vez el bien jurídico de la vida y el de los delitos contra personas y bienes protegidos.

Por su parte pertenecen al segundo bloque de delitos los tipos de lesión y de peligro. Son tipos de lesión, los que “describen conductas que llevan envuelta la destrucción o el menoscabo de los bienes jurídicos tutelados por la norma. Ejemplo el homicidio, pues no hay homicidio sin muerte”.⁸³ Son tipos de peligro, aquellos que “describen conductas que no llevan envuelta la destrucción ni el menoscabo del bien jurídico tutelado, pero que contienen una amenaza o un peligro para el. Ejemplo de este tipo es el incendio”⁸⁴.

⁸⁰ MENDOZA. Op. Cit., p. 106.

⁸¹ Ibid. p. 106.

⁸² Ibid. p. 107.

⁸³ Ibid. p. 107.

⁸⁴ Ibid. p. 107.

-Los Tipos Según su Estructura.

Según la forma de su estructura los tipos penales se clasifican de la siguiente forma: básicos, especiales, subordinados; elementales y compuestos; completos, incompletos y en blanco.

El **Tipo es básico**, cuando, “se aplican sin sujeción a ningún otro porque en ellos se describe automáticamente un comportamiento o conducta”⁸⁵. Ejemplo el homicidio simple.

El **tipo es especial**, cuando “tienen elementos propios además del básico y por ello se aplican con independencia del mismo”,⁸⁶ dicho de otra forma para una mejor comprensión es el que “teniendo relación con el tipo básico por pertenecer al mismo capítulo del código penal, contiene elementos adicionales que permiten que se aplique con absoluta independencia de dicho tipo básico”.⁸⁷ Ejemplo de este es el homicidio calificado.

El **tipo es subordinado o complementado**, cuando “se aplican con sujeción al tipo básico por estar sustancialmente referidos a él. Estos tipos establecen modalidades o circunstancias relativas a los sujetos, el objeto o la conducta que describen tomando como base la del tipo en que se apoyan, por tal razón no pueden ser aplicados independientemente del básico”.⁸⁸ Dicho de otra forma es aquel que “por relacionarse intrínsecamente con el tipo básico y mostrar hechos que cambian la conducta básica, el objeto o los sujetos, no puede aplicarse sin tener en cuenta el básico”.⁸⁹ Como ejemplo de estos tipos encontramos el homicidio agravado (artículo 104 del código penal).

Los **tipos agravados** son los que establecen una sanción de mayor gravedad y los **tipos atenuados**, son los que aminoran la sanción.

El **tipo es elemental** cuando, “describen una sola conducta, un solo comportamiento. En ellos tan solo se encuentra un solo verbo rector”.⁹⁰ Dicho de mejor manera son aquellos que “contienen un solo verbo rector y, consecuentemente, se refieren a un solo comportamiento del

⁸⁵ MENDOZA. Op. Cit., p. 107.

⁸⁶ Ibid. p. 107.

⁸⁷ VARGAS VARGAS, Pedro Pablo y LONDOÑO HERRERA, Taylor. Derecho penal general. En más de mil preguntas con sus respuestas y notas. Bogotá: Doctrina y ley limitada, 2001. p. 134.

⁸⁸ MENDOZA. Op. Cit., p.108.

⁸⁹ VARGAS VARGAS y LONDOÑO HERRERA. Op. Cit., p. 134.

⁹⁰ MENDOZA. Op. Cit., p. 108.

agente”.⁹¹ Ejemplo de esto es el homicidio simple. (Artículo 103 del código penal).

El **tipo es compuesto** cuando, “contiene varios verbos rectores y, consecuentemente, se refiere a diferentes comportamientos del agente. Ejemplo: tráfico de influencias de servidor público (artículo 411 del código penal).”⁹²

El **tipo es autónomo** cuando, “describe la conducta en forma total, de tal manera que para comprenderlo no hay necesidad de acudir a la interpretación sistemática o a otros estatutos con el pretexto de complementar su significado. Ejemplo hurto simple (artículo 239 código penal)”.⁹³

El **tipo es en blanco** cuando, “no describe la conducta en forma total, remitiéndose el legislador al mismo texto o a otros ordenamientos jurídicos para que quede completo. En otras palabras el que contiene un vacío que debe ser llenado por otra norma, para poder hacer la adecuación típica. Ejemplo: Acaparamiento (artículo 297 del código penal)”.⁹⁴

-Los Tipos Según su Contenido.

Son aquellos que se presentan cuando “la conducta contenida en el tipo implique o no la obtención de un resultado, los tipos pueden ser de mera conducta o de resultado. Son de mera conducta aquellos que contienen la simple descripción del comportamiento o conducta sin que deba producirse un resultado. Son tipos de resultados los que requieren en su descripción que se obtenga un resultado”.⁹⁵ Por su parte, son tipos de acción los que “describen un comportamiento activo, consistente en un hacer, como son el hurto, el homicidio., y tipos de omisión los que describen una conducta omisiva o negativa, consistente en un no hacer”.⁹⁶

Los **Tipos de comisión por omisión** se presentan cuando:

La omisión por sí sola no alcanza a ser típica, pero sirve de medio para la obtención de un resultado con el cual ha de surgir la tipicidad del comportamiento. Pero este comportamiento se sale

⁹¹ VARGAS VARGAS y LONDOÑO HERRERA. Op. Cit., p.135.

⁹² Ibid. p.135.

⁹³ Ibid. p. 135.

⁹⁴ Ibid. p. 135.

⁹⁵ MENDOZA. Op. Cit., p. 108.

⁹⁶ Ibid. p. 109.

de la esfera de los tipos de omisión porque en estos, como existe un deber legal de hacer, el simple no hacer hace típica la conducta, en cambio cuando se da la omisión como medio, la actitud de inercia corporal ha de servir para la obtención de un resultado frente al cual es cuando viene a darse la tipificación legal del comportamiento.⁹⁷

1.3.2.2. Antijuridicidad.

El artículo 11 de la ley 599 del 2000 dispone, bajo el título de antijuridicidad que “para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley penal”.

“Con esta norma, sin duda, se acepta que la antijuridicidad en el sistema penal patrio es formal y material, o mejor, para que la conducta sea antijurídica se requiere que, además de ser contraria al derecho, lesione o ponga en peligro el bien jurídico”⁹⁸.

1.3.2.2.1. Antijuridicidad formal.

Es formalmente antijurídica, penalmente hablando, la conducta que se realiza cuando está prohibida por el ordenamiento jurídico penal o se omite cuando es mandada por el mismo, sin justa causa, siempre que el resto del ordenamiento no la autorice. Entonces, para que una conducta pueda ser tildada de antijurídica formalmente debe contradecir, el derecho en general, aparecer prohibida por el derecho penal (mandada en caso de omisión) y no aparecer circunstanciada por una causal de justificación⁹⁹.

1.3.2.2.2. Antijuridicidad material.

Por su parte, es materialmente antijurídica la conducta que lesiona o pone en peligro efectivamente el bien jurídico penal.

Para determinar la antijuridicidad material de una conducta debe establecerse la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, tomando en consideración el carácter fragmentario del derecho penal que indica que no cualquier lesión o puesta en

⁹⁷ MENDOZA. Op. Cit., p. 109.

⁹⁸ URBANO MARTÍNEZ, *et al.* Op. Cit., p. 333

⁹⁹ *Ibid.* p. 334

peligro implica antijuridicidad material sino solo aquellas que superando la insignificancia alcanzan o alcanzarían a afectar el bien jurídico de manera grave¹⁰⁰.

1.3.2.3. Culpabilidad

Expresa el artículo 12 de la ley 599 del 2000 que “solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva. Entre nosotros la culpabilidad se entiende “como un juicio de valor, como un juicio de reproche que se le hace a un individuo que ha realizado una conducta típica y antijurídica, pese a haber podido actuar de otra manera y conforme a sentido”¹⁰¹.

Los elementos de la culpabilidad son:

1. La imputabilidad
2. El conocimiento de la antijuridicidad
3. La exigibilidad de otra conducta

Ahora bien, el nuevo código penal consagra como norma rectora en el artículo 3 el principio de necesidad de la pena, luego ello necesariamente implica, como ocurrió con el pensamiento-problema que para la imposición de una pena no basta demostrar la culpabilidad, entendida como juicio de reproche, sino que es indispensable, además, probar que la pena es justa y necesaria.

En conclusión, la culpabilidad, de conformidad con el nuevo ordenamiento penal, se sigue entendiendo como juicio de reproche realizado a un sujeto que pudiendo actuar de otra manera decide realizar una conducta típica y antijurídica. Pero ésta por sí sola no es suficiente para imponer una pena: es indispensable, además, demostrar que la pena es justa y necesaria de conformidad con el principio de necesidad de la pena¹⁰².

¹⁰⁰ URBANO MARTÍNEZ, *et al.* Op. Cit., p. 334

¹⁰¹ Ibid. p. 367

¹⁰² Ibid. p. 368

1.4. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.

En el orden jurídico penal Colombiano, son tres los dispositivos amplificadores del tipo: El primero se encuentra consagrado en el artículo 27 de la ley 599 del 2000, y es la tentativa, el segundo de estos dispositivos es el concurso de personas en la conducta punible, referido en el artículo 28 de esta misma obra y finalmente el concurso de conductas punibles determinado en el artículo 31, el cual va a ser objeto de explicación por su inescindible relación con el problema de esta investigación.

1.4.1. Concurso de conductas punibles.

En el proceso de adecuación típica que realiza el juez, una vez se coloca en su conocimiento-notitia criminis la realización de determinado comportamiento (una o plúrima acción u omisión), no solo debe advertir, si dicho comportamiento encuadra en el tipo objetivo, es decir, si es típica o atípica la conducta sub examen, sino que le corresponde, en desarrollo del proceso de adecuación determinar cuál o cuáles son los bienes jurídicos vulnerados- lesionados o puestos en peligro-y, así las cosas, precisar en qué tipo o tipos penales se puede encuadrar dicho comportamiento (unidad o pluralidad de acciones u omisiones, se repite)¹⁰³.

1.4.1.1. Concurso efectivo de tipos o concurso legal.

De conformidad con el **artículo 31** de la ley 599 del 2000 en Colombia hay concurso cuando: “Con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones se infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedara sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”.

El concurso legal, puede ser heterogéneo simultaneo, heterogéneo sucesivo, homogéneo simultaneo y homogéneo sucesivo.

¹⁰³ IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J. Apuntes de Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998. p. 272

“El concurso **heterogéneo simultáneo**, también conocido como concurso legal se presenta cuando una conducta (acción u omisión) se adecua a varios tipos penales distintos sin que se excluyan entre sí. Son requisitos la unidad de acción, el múltiple desvalor frente a la norma y la unidad de sujeto agente”.¹⁰⁴

Ejemplo: Diego pone un artefacto explosivo en un estadio de futbol donde se disputaba el encuentro del Barcelona futbol club contra el juventus, con la intención de causarle la muerte a Juan; sin embargo al detonar el artefacto, como consecuencia de ello le causa la muerte a Juan, pero también, le causa lesiones personales a Diego y daña las pantallas de estadio, causando daño en bien ajeno al dueño del estadio.

El concurso **heterogéneo sucesivo**.

Aquí nos situamos frente a varias conductas que se adecuan a varios tipos penales, lo que supone interés solamente para efectos de punibilidad y de naturaleza procesal, pero en realidad no ofrece ningún aspecto problemático en sede de tipicidad, pues el funcionario o interprete simplemente debe hacer la adecuación de cada una de las conductas. Si más estamos, dogmáticamente hablando, frente a varios delitos únicos que solo concurren porque así lo indican los fines de la pena y lo exige el derecho procesal. Se presenta este concurso por ejemplo, cuando el sujeto activo mata, al otro día hurta, y al día siguiente viola, etc.¹⁰⁵

“El concurso **homogéneo simultáneo**, esta clase de concurrencia se presenta cuando una sola acción se adecua varias veces al mismo tipo penal, sin excluirse entre sí. Por obvias razones los requisitos son la unidad de acción, de agente, y la multiplicidad de desvalores sobre el mismo elemento normativo. Podríamos mostrar este concurso con el ejemplo de quien con una bomba de gran potencia logra matar a varias personas”.¹⁰⁶

El concurso **homogéneo sucesivo**.

Al contrario del concurso heterogéneo sucesivo, aquí el autor realiza varias conductas que se adecuan todas, siendo distintas, a varios tipos penales que coinciden en número con el de acciones desplegadas. El principal problema que plantea la realidad jurídica alrededor de esta modalidad concursal es la determinación de la unidad de acción que se opone al concurso homogéneo sucesivo, en el que, lógico, aparecen

¹⁰⁴ SAMPEDRO ARRUBLA, Camilo. Concurso de tipos penales. En: URBANO MARTINEZ, José Joaquín, *et al.* Lecciones de derecho penal general. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p. 321- 329. (p. 322)

¹⁰⁵ Ibid. p. 323.

¹⁰⁶ Ibid. p. 323

varias acciones independientes, como lo vimos, así quien en diferentes oportunidades realice torturas sobre diferentes personas.¹⁰⁷

1.4.2. Concurso aparente de tipos.

“El concurso aparente de tipos penales o falso concurso, se presenta cuando al momento de adecuar un determinado comportamiento, parece que se acomodara a varios tipos o normas, sin embargo, solo se aplica uno de ellos, al darle observancia a la interpretación, pues las normas se excluyen entre sí”.¹⁰⁸

“No existe hasta nuestros días un acuerdo en el número, nombre y contenido de los principios, que solucionan el aparente concurso de tipos. Pero, FONTECILLA y PAVÓN VASCONCELO, reconocen cuatro: especialidad, concusión, subsidiariedad y alternatividad”.¹⁰⁹

1.4.2.1. Principio de especialidad.

“**Lex specialis derogat legi generalis**” generalmente se afirma: “un tipo es especial en relación con otro junto con el cual está en vigor, cuando contiene todos sus elementos constitutivos y además otros específicos llamados de especialización, sobre los cuales se funda su validez en relación con el tipo básico o general”¹¹⁰

“Sin embargo el criterio se amplía cuando se observa: La especialidad es fenómeno o regla general aplicable a toda norma jurídica, por lo que no solo se aplicara al tipo de manera restringida sino a la norma penal. Así tenemos que la especialidad se aplica a normas dentro del mismo cuerpo de ley o en diverso”¹¹¹.

La especialidad se debe entender como la ley que subordina a la general, por lo cual “no se concibe el cumplimiento del tipo especial sin el cumplimiento del tipo general”.¹¹²

1.4.2.2. Principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad, resumido en el aforismo latino **Lex primaria derogat legi subsidiarie**, que dicho sea de paso, se encuentra contenido en el

¹⁰⁷ SAMPEDRO ARRUBLA. Op. Cit., p. 323

¹⁰⁸ IBÁÑEZ GUZMÁN. Op. Cit., p. 286

¹⁰⁹ Ibid. p. 286

¹¹⁰ REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal parte general. Reimpresión undécima edición. Bogotá: Temis, 1989. p. 148

¹¹¹ IBÁÑEZ GUZMÁN. Op. Cit., p. 289

¹¹² ZAFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal parte general. Tomo IV. Buenos Aires: Edia, 1982. p. 560-561.

tipo penal establecido en el artículo 394 de la ley 599 del 2000; afirma: *“que un tipo es subsidiario respecto de otro cuando ambos describen grados diversos de lesión en forma tal que una de ellas es más grave que la otra y cuando, además de menos grave entra en la composición de la otra como elemento constitutivo o circunstancia de agravante. De tal manera que conceptualmente se refunden los fundamentos de la subsidiariedad tácita y la expresa”*.¹¹³

“La subsidiariedad es expresa cuando la ley es la que directamente supedita la aplicación de una norma a que el hecho en él descrito no se encuentre en otro de mayor jerarquía de lesión y; tácita cuando se realiza tal razonamiento mediante la interpretación. Es importante recalcar que la subsidiariedad expresa es una forma o manifestación de la regla de especialidad que rige el concurso aparente de tipos.”¹¹⁴

1.4.2.3. Principio de consunción

“lex consumens derogat legi consumptae”

“Se ha entendido por principio de consunción aquel que intervienen cuando un tipo penal determinado absorbe en si el desvalor de otro, excluyendo a este su función punitiva. La regla de consunción aunque definida su aplicación era subsidiaria, en cuanto no se pudiera aplicar otra regla de resolución de los concursos”¹¹⁵.

1.4.2.4. Principio de alternatividad

Se dice que existe alternatividad, cuando los dos tipos penales se comportan como dos círculos secantes; en esta hipótesis se excluye su aplicación simultánea porque siendo equivalentes las conductas descritas en uno y otro, hay incompatibilidad entre ellos; citase ordinariamente el caso de hurto y la apropiación indebida. Algunos piensan que es una forma de expresión de la consunción, otros, la posibilidad de tipos penales que se excluyen aunque son incompatibles, al paso que a nosotros muchos nos parece que no es un principio para resolver el aparente concurso de tipos sino un imposible concurso.

Ejemplo, cuando una persona se apodera de un bien valiéndose de engaños y mentiras, pues obviamente no nos encontramos frente a un hurto sino a una estafa¹¹⁶.

¹¹³ IBÁÑEZ GUZMÁN. Op. Cit., p. 291-292

¹¹⁴ Ibid. p. 292

¹¹⁵ REYES ECHANDIA. Op. Cit., p. 149

¹¹⁶ IBÁÑEZ GUZMÁN. Op. Cit., p. 298-299

2. GENERALIDADES DEL SISTEMA ELECTORAL COLOMBIANO.

2.1 EL DERECHO AL SUFRAGIO VERSUS EL VOTO

La constitución política de Colombia de 1991 señala en su art. 258; que a su vez fue modificado por artículo 11 del acto legislativo 01 del 2003: *“que el voto es un derecho y un deber y que el estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos. En las elecciones de candidatos podrán emplearse tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La Organización Electoral suministrará igualitariamente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones los movimientos y partidos políticos con personería jurídica y los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos”*.

“El diccionario de la real academia de la lengua española define la palabra voto: Como la Expresión pública o secreta de una preferencia ante una opción. Y también como el Gesto, papeleta u otro objeto con que se expresa tal preferencia”¹¹⁷. No debemos creer que los conceptos de sufragio y voto sean lo mismo, desde el punto de vista jurídico, el voto **NO** puede ser considerado como derecho, pues como se ve la facultad de elegir y ser elegido proviene del sufragio y no del voto. Esto es así, desde la segunda mitad del siglo XX donde se adopta el sufragio universal en casi todos los países del mundo; por otra parte el voto tampoco es un deber. Según nuestro criterio para evitar confusiones de tipo semántico y jurídico; el constituyente debió emplear el término sufragio y no voto, tal como lo utilizó el constituyente 1886, y no darle al voto la connotación de deber.

En la citada norma jurídica, no se menciona por ningún lado la palabra sufragio. Por otra parte el voto, debe entenderse como la materialización del derecho al sufragio; y hacemos énfasis en esto, el voto no es un derecho, sino el instrumento mediante el cual el elector expresa su intención política en las urnas, y por regla general lo hace utilizando documentos tales como papeletas, tarjetones e incluso

¹¹⁷ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Voto [en línea]. 23ª edición. Madrid, España: Google, oct. 2014 citado 19 mayo 2015. Disponible en Internet: <URL: <http://lema.rae.es/drae/?val=voto>>.

hoy, se está hablando del voto electrónico. “El sufragio en cambio, es el derecho político y constitucional a votar a los cargos públicos electos. En un sentido amplio, el *sufragio* abarca el activo, donde se determina quienes tienen derecho al ejercicio del voto (uso más común); y el pasivo, que se refiere a quienes y en qué condiciones tienen derecho a ser elegidos”¹¹⁸.

Pero el derecho a elegir y ser elegido presupone la existencia de un “*sistema electoral*”^(***) que materialice en curules o escaños, la intención política del elector; por eso el maestro José Ignacio Vives Echeverría definió el sufragio como: “sistema por el cual, mediante elección, el pueblo designa libremente a sus gobernantes o adopta sus leyes”¹¹⁹. También el profesor de derecho constitucional David Mercado Pérez, en su obra manual de teoría constitucional define al sufragio como “un derecho o un deber que se le reconoce o se le asigna a los ciudadanos para que puedan optar por alternativas políticas que de modo general se le pone a su consideración o bien, la posibilidad de elegir y ser elegido”¹²⁰.

El sufragio entonces, tiene la doble significación de *derecho y deber*. Pero en Colombia el sufragio solo es un derecho, así las cosas considerar al voto un deber es una impresión jurídica y semántica.

El concepto de sufragio como derecho se encuentra contenido en la obra del contrato social de ROUSSEAU y consiste, en “considerar a cada ciudadano como poseedor de una porción de soberanía del pueblo, que le permite optar por las decisiones políticas que crea conveniente, o no hacerlo según el caso, este enfoque nos lleva a un fenómeno conocido con el nombre de “*abstencionismo*” por lo cual los titulares del derecho al sufragio pueden voluntariamente no sufragar”¹²¹.

“El sufragio-función parte del concepto teórico, de que si se vive en un sistema democrático de gobierno todos los ciudadanos deben ser responsables de que el mismo funcione; así pues, sufragar es un deber, y no un derecho, por lo que el

¹¹⁸ FUNDACIÓN WIKIPEDIA. Sufragio [en línea]. Google, mayo 2015 citado 19 de mayo 2015. Disponible en Internet: <URL: <http://es.wikipedia.org/wiki/Sufragio>>.

(***) Podemos entender el concepto de sistema electoral, en un sentido amplio y uno restringido. En sentido amplio sistema electoral se suele emplear como sinónimo de derecho electoral o régimen electoral, que comprende principios, reglas, normas y órganos que están relacionados con el sistema electoral. Pero en sentido restringido o específico que es en el que se debe entender para efectos de nuestra investigación, sistema electoral es el conjunto de aquellas variables, por medio de las cuales los votos emitidos por los ciudadanos en las urnas, se convierten en escaños o curules, y que posee unos elementos sin los cuales no podría existir. Ver: VANEGAS GIL, Pedro Pablo. Estudios de derecho electoral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 117-119.

¹¹⁹ VIVES ECHEVERRÍA, José Ignacio. Tratado de derecho electoral colombiano. Bogotá: Temis, 1984. p. 47.

¹²⁰ MERCADO PÉREZ, David. Manual de derecho constitucional. Primera edición. Bogotá: Rodríguez Quito Editores, 2008. p. 299.

¹²¹ ROUSSAU, Jean Jacques. El contrato Social. Primera edición. Sarpe Editorial. p.210.

abstencionismo se castiga ya sea con la prohibición de desempeñar cargos públicos, de contratar con el estado, de no tener derecho a becas u otros auxilios públicos, etc”¹²².

En Colombia siempre se ha manejado el concepto de sufragio, como derecho, pues al abstencionista, no se le impone ninguna sanción, multa o reproche por la omisión o renuencia del ejercicio de su derecho; incluso hasta un congresista colombiano (**Roy Leonardo Barreras Montealegre**) en entrevista a la W radio, expreso: **que la abstención es una forma de participación política.**

2.2 HISTORIA DE LOS ELEMENTOS DEL SISTEMA ELECTORAL EN COLOMBIA

Desde 1830 cuando Colombia se consolida como nación independiente, se empieza a construir su historia electoral que a la postre ha sido ininterrumpida; pero con el adivinamiento de la Constitución de 1832, se establecieron los requisitos para determinar la calidad de nacional de un ciudadano, para así saber quién podía ejercer actividades electorales. Esta fue la razón por la cual, en primera instancia, los esclavos (que constituían una mayoría en el país) no fueron considerados como ciudadanos.

Así Colombia decide dejar de tener un insipiente y precario sistema electoral; y empieza a promulgar normas para modernizarse en esta materia. No obstante, es palpable que todos los intentos reformistas, han obedecido a intereses de los que detentan el poder para perpetuarse en el mismo, lo que ha conllevado a que hoy, no exista un sistema electoral que supla las necesidades de los ciudadanos, a la hora de ejercer el derecho al sufragio.

Con la promulgación del decreto, 2241 de 1986, actual código electoral colombiano se pretendió, perfeccionar el proceso y la organización electoral para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas. Para lo cual, el legislador se valió de unos elementos electorales que en su momento fueron: el sistema de cociente electoral, el sistema de residuo, las papeletas, la consulta interna de los partidos. Estos mecanismos, no pudieron cumplir con la intención de la promulgación del código y conllevan al debilitamiento de los partidos políticos porque nuestros dirigentes descubrieron la forma de beneficiarse con aquel modelo de sistema electoral y con menos votos, alcanzar más curules o escaños en los escenario de poder de las respectivas corporaciones públicas a las que aspiraban. Este fenómeno alcanzo su culmen cuando ALFONSO LOPEZ MICHELSEN, sugiere la

¹²² MERCADO PÉREZ. Op. Cit., p. 300.

adopción del gerrymanderismo; o como lo denominó él, operación avispa, para las elecciones de la asamblea nacional constituyente de 1990. Esta sugerencia fue desechada por el partido liberal, pero fue de recibo, por los políticos cartageneros, por eso, para las elecciones de concejo distrital de esa ciudad en el año 2002 ninguno de los aspirantes, que finalmente fueron elegidos concejales, alcanzó el cociente electoral para llegar a una curul en esa corporación. Todos los 19 concejales llegaron a sus escaños por residuo, fenómeno que se conoció como feria de avales y que finalmente vino a develar la segregación de los partidos políticos que respaldaron dichas candidaturas. Lo anterior, trajo la necesidad de modificar el sistema electoral en Colombia y cambiar sus elementos, por eso, a través del acto legislativo 01 de 2003, pasamos de un sistema de cociente electoral, a uno de cifra repartidora, sin que ello quiera decir que el cociente electoral, no sea necesario en el actual sistema para la determinación de umbral. Así las cosas los elementos de nuestro sistema electoral los encontramos expresamente mencionados en el acto legislativo 01 del 2003 y ellos son: las listas únicas, el umbral, la cifra repartidora y el voto preferente.

2.3 ELEMENTOS DE SISTEMA ELECTORAL COLOMBIANO.

- ❖ *“Las listas únicas fortalecen los partidos políticos.*
- ❖ *El voto preferente desencadena en más democracia.*
- ❖ *El umbral se encamina hacia una mayor gobernabilidad.*
- ❖ *Con la cifra repartidora se pretende una mayor equidad y representatividad en la escogencia de los integrantes de las corporaciones públicas”.*¹²³

2.3.1. Las listas únicas.

El objeto del acto legislativo 01 del 2003, al implementar el elemento de la lista única va encaminado a frenar lo que se conoció como la “feria de avales”, que fue lo que produjo el menoscabo y fragmentación del anterior sistema electoral; “las listas únicas conciben la idea que el partido político, movimiento o grupo significativo de ciudadanos solo podrá presentar una única lista con un número igual de candidatos, que el de la corporación pública a que aspiren”.¹²⁴ Ejemplo: el concejo de Cartagena lo conforman 19 concejales, significa que el partido liberal, solo podrá presentar una única lista, con un número máximo de 19 candidatos. Dicho sea de paso, que los partidos políticos, movimientos o

¹²³ REYES GONZÁLEZ, Guillermo Francisco. Tratado de derecho electoral. El nuevo orden político y electoral en Colombia. Primera reimpression. Bogotá: Legis, 2005. p.160.

¹²⁴ Ibid. p.160.

grupos significativos de ciudadanos, solo podrán presentar una lista para cada elección, de las diferentes corporaciones públicas.

El Fundamento jurídico y constitucional es el art. 20 del acto legislativo 02 del primero de julio del 2015 que estableció la forma como quedó redactado el artículo 262 de la constitución política de Colombia y modificó el artículo, 11 del acto legislativo 01 de 2009, el cual modifico a su turno el art.- 263 de la C.P.N y el 12 del acto legislativo 01 del 2003, reza de la siguiente manera: “los partidos, movimientos políticos y grupos significativo de ciudadanos que decidan participar en proceso de elección popular, inscribirán candidatos y listas únicas, cuyo número de integrantes no podrá exceder el de curules o cargos a proveer en la respectiva circunscripción, excepto en las que se eligen hasta miembros, las cuales podrán estar integradas hasta por tres candidatos”.

2.3.2. El voto preferente.

El voto preferente es el mecanismo mediante el cual, los electores tienen la posibilidad de reorganizar las listas presentadas por los partidos, movimientos políticos y grupo significativas de ciudadanos a las respectivas corporaciones públicas. Ejemplo: el partido liberal presenta 19 candidatos para la elección del concejo distrital de la ciudad de Cartagena, en el siguiente orden: PEDRO RODRÍGUEZ candidato # 1, JUAN PEREZ candidato # 2 y sucesivamente hasta DIEGO MOYA MOLINAS candidato # 19, después de las elecciones resulta que el candidato #1 obtuvo 50 votos, el candidato #2, obtuvo 70 votos y el candidato #19, 190 votos, así las cosas el orden de la lista cambia y el primero de la lista de conformidad con el ejemplo, será el candidato #19 gracias al elemento del voto preferente. Es menester señalar que las listas que presentan los partidos con el advenimiento del mencionado acto legislativo (01 del 2003) y de cara al decreto 2241 de 1986, pueden ser cerradas bloqueadas y cerradas no bloqueadas, es más, la tendencia en américa latina ha sido que las listas sean bloqueadas.

En las bloqueadas el elector no tiene la opción de modificar el orden de ubicación de los candidatos, corresponden a las denominadas “sin voto preferente”; entre tanto las listas no bloqueadas, el sufragante puede modificar el orden de las misma y, por lo tanto son de “Voto preferente”, vale la pena señalar que en Colombia no existe la opción de *listas abiertas* (****) y hasta antes de la reforma del 2003, las listas eran además de cerradas, bloqueadas¹²⁵.

(****) Las listas abiertas el elector puede introducir nuevos candidatos, a la lista que presenta el partido político, movimiento o grupo significativo de ciudadanos.

El Fundamento jurídico y constitucional es el art. 20 del acto legislativo 02 del primero de julio del 2015 que estableció la forma como quedó redactado el artículo 262 de la constitución política de Colombia el cual establece que: “cada partido o movimiento político o grupo significativo de ciudadanos, podrá optar por el mecanismo del 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”.

El voto preferente como mecanismo elemental del sistema electoral presenta, unas ventajas y unas desventajas, en el entendido y como anota el profesor DAVID MERCADO PÉREZ “no existen sistemas electorales neutros ya que cualquier decisión sobre el sistema a adoptarse fortalecerá algunos grupos y limitará a otros.¹²⁶”

2.3.2.1. Ventajas del voto preferente.

- ❖ Se ve el esfuerzo del candidato y su carisma hacia el público para captar el mayor número de adeptos.
- ❖ El elector puede elegir a su propio criterio el candidato de su preferencia dentro de la lista presentada por el partido político.
- ❖ Genera un equilibrio entre los candidatos y los directivos partidistas y reduce el riesgo de divisiones internas que podrían surgir del desmesurado poder de los jefes de las colectividades¹²⁷.

2.3.2.2. Desventajas del voto preferente.

- ❖ Es solo una estrategia de los caciques político para protegerse del umbral y la cifra repartidora.
- ❖ Hay pugna entre los candidatos de un mismo partido, y esto trae como consecuencia campañas individualistas, el mesianismo; y consiguientemente se produce el debilitamiento del sistema partidista.
- ❖ Se desinstitucionalizan los partidos y se fortalece las micro empresas electoras, en el clientelismo y la compra de votos¹²⁸.

¹²⁵ REYES GONZÁLEZ Op. Cit., p.195.

¹²⁶ MERCADO PÉREZ. Op. Cit., p. 308.

¹²⁷ REYES GONZÁLEZ. Op. Cit., p.163-164.

¹²⁸ Ibid. p.165.

2.3.3. El umbral.

Es el mínimo de votos necesario, que debe obtener una lista para entrar a competir por las curules o escaños a proveer en las respectivas corporaciones públicas a las que aspiren. Tiene su fundamento jurídico y constitucional, en el artículo 21 del acto legislativo 02 del 2015 se establece la forma como se determina el umbral así: *“Para garantizar la equitativa representación de los Partidos y Movimientos Políticos y grupos significativos de ciudadanos, las curules de las Corporaciones Públicas se distribuirán mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas de candidatos que superen un mínimo de votos que no podrá ser inferior al tres por ciento (3%) de los sufragados para Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás Corporaciones, conforme lo establezcan la Constitución y la ley. Cuando ninguna de las listas de aspirantes supere el umbral, las curules se distribuirán de acuerdo con el sistema de cifra repartidora”.*

Así tenemos que para senado el umbral lo establece el constituyente mismo, y es el (3%) de los votos válidos emitidos en las urnas para la corporación de senado.

Para las demás corporaciones se debe tener en cuenta el total de votos válidos y las curules a proveer. Ejemplo: en el concejo de Cartagena hay 19 curules el umbral se determinara dividiendo, el total de votos válidos entre 19 y luego entre dos. Así:

$$\frac{\text{Votos válidos: 190}}{\text{Curules a proveer: 19}}$$

$$\text{Umbral: } \frac{190/19}{2} = \frac{10}{2}$$

Ilustración 1 El umbral ²

Umbral: 5

2.3.4. Cifra repartidora.

Este método fue creado por el belga, Víctor D’hont. Para determinar de forma más equitativa los cargos a proveer por cada partido, en las corporaciones públicas a las que aspiraban.

Consiste en dividir los votos válidos obtenidos por las listas de cada partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos entre una constante o cifra repartidora, para determinar las curules a proveer en determina corporación pública. Al respecto el artículo 21 del acto legislativo 02 del 2015 expresa: “La cifra repartidora resulta de dividir

sucesivamente por uno, dos, tres o más el número de votos obtenidos por cada lista, ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer”.

El resultado menor se llamará cifra repartidora. Cada lista obtendrá tantas curules como veces esté contenida la cifra repartidora en el total de sus votos.

EJEMPLÓ:

Supongamos que se trata de las elecciones de concejo en Cartagena y vamos a repartir 19 curules:

PARTIDO	VOTOS LISTA	1	2	3	4
<u>Partido cambio radical</u>	35032	35032	17516	11677,3333	8758
<u>Partido de la “u”</u>	29882	29882	14941	9960,66667	7470,5
<u>Partido C colombiano</u>	26001	26001	13000,5	8667	6500,25
<u>PIN</u>	20311	20311	10155,5	6770,33333	5077,75
<u>Partido L colombiano</u>	19643	19643	9821,5	6547,66667	4910,75
<u>Movimiento AICO</u>	13623	13623	6811,5	4541	3405,75
<u>Movimiento SI</u>	13235	13235	6617,5	4411,66667	3308,75
<u>Movimiento ASI</u>	13115	13115	6557,5	4371,66667	3278,75
<u>Polo democrático Alternativo</u>	9450	9450	4725	3150	2362,5
<u>Partido verde</u>	8735	8735	4367,5	2911,66667	2183,75
<u>AFRO VIVES</u>	7120	7120	3560	2373,33333	1780
<u>MIO</u>	2048	2048	1024	682,66667	512
<u>MIRA</u>	2000	2000	1000	666,66667	500
<u>TOTAL VOTOS VALIDOS DE LAS LISTAS</u>	200195				

Ilustración 2 Cifra repartidora

- **TOTAL VOTOS VALIDOS:** 228195
- **VOTOS NULOS:** 15000

- **VOTOS NO MARCADOS:** 20000
- **VOTOS BLANCO:** 28000
- **VOTOS VALIDOS DE LAS LISTAS:** 200195
- **UMBRAL:** $200195/19 = (10536,5789)/2 = 5268,28947 = 5270$
- **CIFRA REPARTIDORA:** 8667

<u>LAS CURULES SE REPARTIRÁN ASÍ:</u>		<u>RESIDUO.</u>
PARTIDO CAMBIO RADICAL	4	0
PARTIDO DE LA "U"	3	0
PARTIDO C COLOMBIANO	3	0
<u>PIN</u>	2	0
PARTIDO L COLOMBIANO	2	0
MOVIMIENTO AICO	1	0
MOVIMIENTO SI	1	0
MOVIMIENTO ASI	1	0
POLO DEMOCRÁTICO ALTERNATIVO	1	0
PARTIDO VERDE	1	0
TOTAL CURULES. 19.	19	0

Ilustración 3 La repartición de curules

2.4 JURADO DE VOTACIÓN

El jurado de votación es la persona encargada por la ley para cumplir la función pública de presenciar, participar activamente y desarrollar el proceso de las votaciones, cumpliendo básicamente las funciones de: recepción y verificación de los documentos y elementos de la mesa de votación; revisión de la urna; instalación de la mesa de votación; vigilancia del proceso de las votaciones; verificación de la identidad de los votantes; firma y entrega de las tarjetas electorales a los votantes; realización del escrutinio de los votos depositados en la mesa y consignación de los correspondientes resultados en los ejemplares de actas de escrutinios y firmar las actas¹²⁹.

Son requisitos para ser jurado, los siguientes: ser ciudadano en ejercicio, tener edad no superior a los 60 años, no ser objeto de sanciones por pérdida de los derechos políticos y gozar de reconocida honorabilidad e imparcialidad.

El artículo quinto, de la ley 163 de 1994 en lo atinente a los jurados de votación expresa “Para la integración de los jurados de votación se procederá así:

1. Con noventa (90) días calendario de antelación a la fecha de la elección, los Registradores del Distrito Capital, Municipales y Auxiliares solicitarán a las entidades públicas, privadas, directorios políticos y establecimientos educativos, las listas de las personas que pueden prestar el servicio de jurados de votación. Las listas elaboradas por establecimientos educativos contendrán nombres de ciudadanos con grado de educación secundaria no inferior a décimo (10.) nivel.

2. Los Registradores Municipales y Distritales, mediante resolución, designarán tres (3) jurados principales y tres (3) suplentes para cada mesa, ciudadanos no mayores de sesenta (60) años pertenecientes a diferentes partidos o movimientos políticos. Los principales podrán convenir con los suplentes el cumplimiento de la función alternándose entre sí. No se podrá designar como jurados a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, del Registrador Nacional, ni de los Registradores del Estado Civil, distritales, municipales o auxiliares, ni de los delegados del Registrador. El incumplimiento a esta disposición constituirá causal de mala conducta”.

En cuanto a los jurados de votación es importante señalar que:

- ✓ Son funcionarios públicos.
- ✓ Que su cargo es forzosa aceptación.
- ✓ Son nombrados en virtud de un acto administrativo por los registradores delegados del estado civil, ya sea municipales o departamentales.

¹²⁹ REYES GONZÁLEZ. Op. Cit., p. 372.

- ✓ Contra el acto de nombramiento y designación de los jurados, proceden los recursos de apelación y reposición.
- ✓ Por lo tanto los documentos que profieran estos funcionarios públicos transitorios, tiene el carácter de documentos públicos.

Al respecto la resolución 22 del 20 de septiembre del 2013 firmada por el registrador nacional del estado civil y el procurador general de la nación determina expresamente: Que los jurados de votación cumplen una función pública transitoria y son sujetos disciplinables, y en su labor diligencian documentos públicos desde que instalan la mesa hasta que entregan los documentos electorales después del escrutinio.

2.5 DOCUMENTOS ELECTORALES

Respecto de lo que se debe entender por documento público, el jurista cartagenero JORGE TIRADO HERNÁNDEZ en su curso de pruebas judiciales tomo II parte especial ha dicho:

El documento público es el género, y comprende tanto los instrumentales (escrito) como los no instrumentales (no escritos), verbigracias discos, grabaciones, filmaciones, etc. El inciso tres del artículo 251 del C.P.C. (art. 243, inc 2 del C.G. del proceso) define el documento público como “el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención”.

En el proceso penal, sea que se sustancien en la ley 906 del 2004, o con apoyo en la ley 600 del 2000 (reguladora del sistema mixto), no existe una norma que defina lo es el documento público, y, en consecuencia debemos estarnos a la definición del proceso civil, en la cual se destaca que, por regla general, el advenimiento de este tipo de documento no exige el elemento forma, es decir, su expedición de acuerdo con cierta formalidades legales, sino exclusivamente el elemento subjetivo, comprensivo este de dos aspectos: (I) otorgamiento del documento por un funcionario público (II) siempre en ejercicio de sus funciones o con su intervención¹³⁰.

“Según la norma, el escrito que le da forma al instrumento público debe aparecer autorizado o suscrito por el funcionario competente, es decir, el que legalmente tiene las facultades para autorizarlo o suscribirlo; de ahí que el legislador hable del funcionario respectivo. Por su parte, la autorización o suscripción se entiende surtida con la firma de dicho funcionario”¹³¹.

¹³⁰ TIRADO HERNÁNDEZ, Jorge. Curso de pruebas judiciales tomo II. Parte especial. En los procesos civiles, comerciales, de familia, contencioso administrativos y penales, incluyendo los nuevos códigos procesales. Bogotá: Ediciones y Doctrina Ley Ltda., 2013. p. 583.

¹³¹ Ibid. Pag.585.

El tarjetón como documento público que es, debe estar necesariamente suscrito por el jurado de mesa, para que tenga tal calidad y pueda ser oponible a tercero; porque desde que se instala la mesa todos los documentos que profiere el jurado tendrán la calidad de públicos. Concluimos entonces, que tarjetón, que no esté firmado por el jurado de votación, no puede ser documento público.

Es menester recalcar que dentro de las funciones de los jurados según respuesta de la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, a petición que radicamos a esa entidad, se encuentra dos fundamentalmente: (i) entregar una tarjeta electoral firmada por el jurado y el votante se dirige al cubículo. (ii) verificar que la tarjeta electoral que va a depositar el ciudadano en la urna sea la firmada por el jurado. Se observa claramente la importancia de la firma de los jurados, para la validez del documento (tarjeta electoral).

Existen unos documentos electorales que se expiden en tránsito del proceso eleccionario; también son denominados por la doctrina y parte de los litigantes como formularios. Dentro de los más utilizados se encuentran:

2.5.1. E-1.

“Es el documento por medio del cual se hace la citación a los jurados de votación”.¹³²

2.5.2. E-2.

“Es la resolución por medio del cual se nombra el remplazo de los jurados de votación”.¹³³

2.5.3. E-3.

“Es el documento electoral que contiene la lista de ciudadanos inscritos”.¹³⁴

2.5.4. E-5.

“Es la resolución por la cual se señalan los sitios para realizar los escrutinios auxiliares, municipales/distritales indicándose la zona, la dirección y barrio”.¹³⁵

¹³² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Régimen Electoral Colombiano. Doctrina del Consejo Nacional Electoral. Normatividad de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Jurisprudencia Electoral. Registraduría Nacional del Estado civil Manuales (8805) Legis, 2014. P. 713.

¹³³ Ibid. p. 714.

¹³⁴ Ibid. p. 715.

¹³⁵ Ibid. p. 717.

2.5.5. E-9.

“Son adhesivos electorales que sirven para cerrar y sellar las urnas, en los cuales se indican las personas responsables de cerrar y sellar las urnas, que para todos los efectos se entenderá que son los jurados de votación; tanto principales como suplentes”.¹³⁶

2.5.6. E-10.

“Es el documento electoral, que indica la lista de sufragantes en las respectivas mesas, así como las zonas y el puesto”.¹³⁷

2.5.7. E-11.

Es el documento electoral, que contiene el acta de instalación de la mesa, lista de sufragantes y el registro general de votantes.¹³⁸ Tiene su sustento normativo en el artículo 114 del Código Nacional Electoral.

2.5.8. E-12.

“Es el certificado que autoriza la votación”.¹³⁹

2.5.9. E-13.

“Es el acta de instalación del jurado de votación y de constancia sobre el escrutinio”.¹⁴⁰

2.5.10. E-14.

Es el acta de escrutinios de los jurados de votación en las mesas que les corresponden, tiene su sustento normativo en el artículo 142 del Código Electoral modificado por la ley 6 de 1990 artículo 12.

¹³⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Op. Cit., p. 733.

¹³⁷ Ibid. p.734.

¹³⁸ Ibid. p.735.

¹³⁹ Ibid. p.736.

¹⁴⁰ Ibid. p.737.

2.5.11. E-22.

“Es la resolución por la cual se sustituyen a los miembros de una comisión escrutadora”.¹⁴¹

2.5.12. E-23.

“Es el documento electoral mediante el cual las comisiones escrutadoras tienen constancia, de cómo se han realizado los escrutinios, deben leerse en viva voz los datos allí expresados en tránsito de la audiencia”.¹⁴²

2.5.13. E-24.

““Resultado de escrutinio”, el artículo 172 del código electoral, define a este documento, como una acta de escrutinio que consolida los resultados de la votación de los diferentes candidatos, bien sea por mesa, puesto o municipio en cuadros para contabilizar la votación que queda vertida en formularios o programas del computador que generan la información respectiva”.¹⁴³

2.5.14. E-26.

Esta acta es generada en la audiencia del escrutinio y consolida los resultados totales de los candidatos. Sus sustento jurídico es el artículo 169 del decreto 2241 de 1986. Modificado por la ley 62 de 1988 artículo 14. Los formularios son: **E-26 y E-26 AG.**

¹⁴¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Op. Cit., p.740-4.

¹⁴² Ibid. p.740-4

¹⁴³ REYES GONZÁLEZ. Op. Cit., p.387.

2.6 ETAPAS DEL PROCESO ELECTORAL

El proceso electoral está compuesto de tres etapas fundamentales e interdependientes entre sí.

- ETAPA PRE-ELECTORAL.
- ETAPA ELECTORAL.
- ETAPA POS-ELECTORAL.

2.6.1. Etapa pre-electoral.

Esta es la etapa número uno y está comprendida dentro de los tres meses anteriores al día de las elecciones, aunque la organización electoral (ver los art. 264, 265 y 266 de la constitución política de Colombia modificados por los actos legislativos 01 del 2003 y 01 del 2009) trabaje durante todo el año en preparación de los comicios.

Durante esta etapa se realizan procesos fundamentales como la depuración y establecimiento de censo electoral, es decir el proceso por el cual la REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, establece quienes son colombianos aptos para votar y expresar así su voluntad, también se dan de baja las cédulas por defunción o por pérdidas de derechos políticos y se incluyen las cédulas de los colombianos que han alcanzado la mayoría de edad o que regresan a la vida civil después de prestar el servicio militar.

En esta etapa también se realiza la selección de los jurados de votación y su posterior capacitación, para que puedan cumplir con la función asignada en el día de las elecciones.

Los jurados se eligen mediante sorteo electrónico, previa alimentación de las bases de datos con la información que brindan las entidades públicas y privadas, los movimientos y partidos políticos, los grupos significativo de ciudadanos y las universidades.

Así mismo, se revisa la división política del país y se establece la cantidad de puestos de votación y la cantidad de mesas por puesto, también se define el número de ciudadanos que podrán sufragar en cada mesa.

Por otro lado, también se inscriben las candidaturas y en general se monta toda una infraestructura que permite que el día de las elecciones la ciudadanía exprese su voluntad de forma libre y autónoma.

A su vez en esta epata también se realizan otras actividades que son:

- ❖ *Instalación de mesas de información.*
- ❖ *Arcas tricables.*
- ❖ *Designación de comisión escrutadora*
- ❖ *Acreditación de testigos electorales.*
- ❖ *Simulacros electorales.*

2.6.2. Etapa electoral.

Esta se refiere al día de las elecciones como tal. El día en que los ciudadanos depositan su cuota de poder individual y ayudan a conformar así el poder público según sea la voluntad de la ciudadanía.

Este día la Registraduría nacional del estado civil y todas las dependencias apoyan el proceso de las elecciones, se acompañan de los organismos de control y de la fuerza pública para garantizar el éxito de la jornada electoral. Este día se desarrolla así:

- ❖ *Instalación de mesas de votación.*
- ❖ *Inicio de las votaciones.*
- ❖ *Desarrollo de la votaciones (De 8. a.m a 4.p.m)*
- ❖ *Cierre de las votaciones*
- ❖ *Escrutinios de los jurados.*
- ❖ *Entrega de documentos electorales.*
- ❖ *Consolidación de resultados electorales y expedición de boletines.*

2.6.3. Etapa pos- electoral.

Pasado el día de las elecciones, la organización electoral apoyada en las comisiones escrutadoras, realiza el proceso de escrutinios.

El escrutinio es la función pública mediante la cual se verifican y consolidan los resultados de las votaciones. Consiste en el conteo y consolidación de los votos depositados por cada candidato y lista de candidatos

Comisiones escrutadoras. El artículo 157 del código electoral, prescribe: Diez (10) días antes de las correspondientes elecciones, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial deberán designar, en Sala Plena, las comisiones escrutadoras distritales y municipales formadas por dos (2) ciudadanos de distinta filiación política, que sean jueces, notarios o registradores de instrumentos públicos en el respectivo distrito judicial.

*Finalizados los escrutinios se procede a la declaratoria de la elección y se entregan las credenciales a los ciudadanos que resulten elegidos. Durante esta etapa, también se sancionan aquellos ciudadanos que fueran nombrados como jurados de votación y que sin razón justificada no cumplieron su función el día de las elecciones. (***)*

2.7 COMISIONES ESCRUTADORAS.

En Colombia, con la promulgación del decreto 2241 de 1986, el legislador se propuso que los escrutinios fueran el reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector vertida en las urnas; es decir, que los representantes de las corporaciones públicas sean en realidad los que el pueblo eligió. En palabras del doctor, Sebastián Fausto Méndez Toloza:

Esta es la voluntad que se predica desde el momento en que se acude a las urnas a expresar libremente la voluntad del electorado, pero para tener la certeza de lo allí depositado la ley ha blindado estos procesos con los llamados testigos electorales, que son personas que en nombre de un candidato, partido, movimiento políticos o social o de grupos significativos de ciudadanos vigilan el desarrollo de las votaciones y supervisan la imparcialidad de quienes ejercen funciones electorales y garantizan la pureza y publicidad del proceso electoral, funciones otorgadas por el artículo 45 de la ley 1475 de 2011¹⁴⁴.

No obstante, los testigos electorales no son la única forma que legislador a utilizado para blindar los procesos eleccionarios, con la creación de las comisiones escrutadoras se pretende que la voluntad popular expresada indemne en las unas sean el reflejo exacto de los resultados de las votaciones, es por ello que una elección puede ser declarada perfectamente sin testigos electorales, pero jamás podrá ser declarada sin comisiones escrutadoras, máxime que como veremos más adelante en no pocas ocasiones del durante el proceso de escrutinio son las comisiones quienes declaran la elección.

El código electoral colombiano, señala que dentro del proceso administrativo para la declaratoria de una elección han de haber comisiones escrutadoras según sea la naturaleza del proceso; sin embargo con la promulgación del acto legislativo 01 del 2009 el consejo nacional electoral se convirtió en la máxima autoridad escrutadora de Colombia; y puede de oficio o a solicitud de partes revisar los escrutinios y declarar la elección en cualquiera de las etapas de este proceso administrativo. Ver el artículo 12 numerales 3 y 4 del acto legislativo 01 del 2009 que modifico el 265 Constitución política de Colombia.

(*****) Con ocasión de un derecho de petición radicado al despacho del registrador nacional del estado civil de Colombia, la Registraduría respondió lo aquí expuesto, en lo referente a las etapas del proceso electoral. Según una cartilla realizada por esa entidad, concepto que anexo con la presente.

¹⁴⁴ MÉNDEZ TOLOZA, Sebastián Fausto. Procedimiento administrativo electoral, como blindar y defender los procesos electorales en Colombia. Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2013. p. 89-90.

En ese orden de ideas las comisiones escrutadoras que existen en Colombia son tres: Comisiones escrutadoras distritales y municipales, Comisiones escrutadoras zonales o auxiliares y Comisiones escrutadoras generales o departamentales.

2.7.1. Comisiones escrutadoras distritales o municipales.

Se encuentran reguladas en el artículo 157 del código nacional electoral que expresa lo siguiente: “10 días antes de las correspondientes elecciones, los tribunales superiores del distrito judicial deberán designar, en sala plena, las comisiones escrutadoras distritales y municipales formadas por dos ciudadanos, que sean jueces, notarios o registradores de instrumentos públicos en el respectivo distrito judicial.

Los registradores distritales u municipales actuarán como secretarios de las comisiones escrutadoras”.

La principal función de esta comisión escrutadora, aparte de las señaladas en el decreto 2241 de 1996, es la consagrada en el artículo 7 de la ley 163 de 1994, que establece: “Corresponde a las Comisiones Escrutadoras Distritales y Municipales hacer el escrutinio de los votos depositados para Alcaldes Distritales y Municipales, Concejales y Ediles o Miembros de Juntas Administradoras Locales; declarar su elección y expedir las respectivas credenciales”.

2.7.2. Comisiones Escrutadoras Auxiliares.

El artículo 158 del decreto 2241 de 1986, expresa: “Cuando se trate de ciudades divididas en zonas, los tribunales superiores de distrito designarán, en la misma forma prevista en el artículo anterior, las comisiones auxiliares encargadas de hacer el cómputo de los votos depositados en las arcas triclaves de las zonas y de las agrupaciones del censo nacional electoral. Los delegados del registrador nacional y los registradores distritales designarán los registradores que actúen como secretarios de dichas comisiones”.

2.7.3. Comisiones Departamentales o Generales.

Están instituidas en el artículo 155 del código nacional electoral, modificado por la ley 62 del 1988 que en su artículo 13 señala: “El consejo nacional electoral formará, hasta 30 días antes de cada elección, una lista de

ciudadanos en número equivalente al doble de los departamentos, a fin de practicar los escrutinios de los votos para senadores, representantes, diputados, según el caso, y computar los votos para presidente de la república y alcaldes municipales. Dicha lista estará formada por ciudadanos pertenecientes a los partidos que tengan mayor representación en el congreso y que hayan sido magistrados de la Corte suprema de justicia, consejeros de estado, miembro del consejo nacional electoral, magistrados del tribunal superior o contencioso administrativo o sean o hayan sido profesores de derecho. Dentro de los 15 días anteriores a cada elección, el consejo nacional electoral, procederá a escoger por sorteo y para cada departamento, de la lista que se refiere el inciso anterior dos ciudadanos de distinta filiación política, encargados de verificar por delegación y a nombre del consejo dichos escrutinios y cómputos de votos”.

La principal función de esta comisión escrutadora, aparte de las señaladas en el decreto 2241 de 1996, es la consagrada en el artículo 7 de la ley 163 de 1994, que establece: “Corresponde a los delegados del Consejo Nacional Electoral hacer el escrutinio de los votos depositados para los Gobernadores, declarar su elección y expedir las credenciales respectivas; hacer el escrutinio de los votos depositados para el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, Distrito Capital, declarar su elección y expedir las respectivas credenciales.

Corresponde a las Comisiones Escrutadoras Departamentales hacer el escrutinio de los votos depositados para los diputados, declarar su elección y expedir las correspondientes credenciales”.

2.8 NATURALEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA LA ELECCIÓN.

Señala el doctor Libardo Rodríguez R. que el acto administrativo en un sentido restringido es: “la declaración unilateral de la voluntad de la administración, u otro órgano del estado que cumpla funciones administrativas, o de particulares en ejercicio de la función pública, para crear, modificar o extinguir una situación jurídica determinada, general o particular”.¹⁴⁵

Los actos administrativos doctrinalmente tienen muchas clasificaciones, pero en lo que respecta a esta monografía, analizaremos las siguientes:

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ R, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Décimo séptima edición. Bogota: Temis S.A., 2011. P. 271-272.

2.8.1. Clasificación de los actos administrativos desde el punto de vista del procedimiento.

Es decir, “de acuerdo con las diferentes actuaciones requeridas para la elaboración del acto, encontramos actos simples y actos complejos”.¹⁴⁶

“Los simples son aquellos que requieren una sola actuación jurídica para su expedición. Por ejemplo el decreto de nombramiento de un ministro”.¹⁴⁷

También los actos administrativos simples como lo afirman Sayagués Lazo, son “los que la declaración de la voluntad administrativa emana de un solo órgano”.¹⁴⁸

Los complejos, “requieren varias actuaciones jurídicas para su expedición, como aquellos que están sujetos a autorización previa, aprobación posterior, concepto de otros organismos o autoridades o que requieren varias aprobaciones. Por ejemplo una ordenanza de una asamblea requiere aprobación en varios debates y la sanción del gobernador”.¹⁴⁹ También serán complejos los actos administrativos, que “requieren la intervención de dos o más órganos, conjunta o sucesivamente, de la misma autoridad o de varias”.¹⁵⁰

2.8.2. Clasificación de los actos administrativos desde el punto de vista de su relación con la decisión.

Podemos distinguir los actos preparatorios o accesorios y los actos definitivos o principales.

*Los actos preparatorios o accesorios son aquellos que se expiden como parte de un procedimiento administrativo que se encamina a adoptar una decisión o que cumplen un requisito posterior a ella. Aquí se incluyen también los llamados actos de trámite. Por ejemplo, el acto por el cual se solicita concepto a otra autoridad antes de tomar la decisión o aquel por el cual se le imparte aprobación posterior a esta última. Frente a los anteriores, los actos definitivos o principales son los que contienen la decisión propiamente dicha o, como dice el inciso final del artículo 43 de la ley 1437 del 2011 los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.*¹⁵¹

¹⁴⁶ RODRÍGUEZ R. Op. Cit., p. 300.

¹⁴⁷ Ibid. p. 300-301

¹⁴⁸ VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Novena edición. Bogotá: Temis S.A., 1987. p. 272.

¹⁴⁹ RODRÍGUEZ R. Op. Cit., p. 301.

¹⁵⁰ VIDAL PERDOMO. Op. Cit., p. 272

¹⁵¹ RODRÍGUEZ R. Op. Cit., p. 301-302.

2.8.3. Acto administrativo que declara la elección.

El acto administrativo por medio del cual se declara una elección ya sea por parte de la comisión escrutadora distrital o municipal, por parte la comisión escrutadora departamental o general o el consejo nacional electoral es un acto administrativo complejo de acuerdo a su procedimiento, porque empieza desde la etapa pre- electoral y finaliza con la declaratoria de la elección; es decir, no se confeccionan en un solo acto jurídico sino que requiere varias actuaciones de distintas autoridades u órganos para su elaboración, tales como la registradora nacional del estado civil, los jurados de votación, los tribunales superiores de distrito judicial, el consejo nacional electoral y las comisiones escrutadoras, etc. Ver el acápite de las etapas del proceso electoral.

Finalmente, el acto administrativo que declara la elección es un acto definitivo porque pone fin al procedimiento administrativo eleccionario.

Es menester señalar que durante el proceso electoral se expiden unos documentos o formularios tales como, el E-14, E-24 y E-26, contentivos de los resultados de las votaciones que sirven de basamento para confeccionar el acto administrativo definitivo y complejo que pone fin al procedimiento por medio del cual el pueblo escoge a quienes quiere que los represente en los respectivos cargos de elección popular. En tal virtud el acto declarativo de la elección que dicho sea de paso, es un acto compuesto y definitivo, es él que puede ser objeto de declaratoria de nulidad en función del medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 de la ley 1437 del 2011. No obstante lo anterior también debe ser demandado junto con los actos precedentes (E-14, E-24 y E-26 las actas de escrutinios proferidas por las respectivas comisiones), previo agotamiento del requisito de procedibilidad estatuido artículo 8 del acto legislativo 01 del 2009.

2.8.4. Actos del consejo nacional electoral.

“Los actos del consejo nacional electoral referentes a la declaratoria de la elección, los que resuelven recursos de apelación interpuestos en contra de las decisiones de las comisiones escrutadoras departamentales, del distrito capital, y los que desaten los desacuerdos o llenen los vacíos u omisiones de aquellas, se denominan acuerdos. Los demás actos administrativos se denominan resoluciones”.¹⁵²

¹⁵² REYES GONZÁLEZ. Op. Cit., p. 84.

3. HISTORIA DEL DELITO DE ALTERACIÓN A RESULTADOS ELECTORALES EN COLOMBIA.

Cuando el hombre decidió establecerse en un territorio determinado y organizarse, ello trajo consigo el surgimiento del concepto de nación, y este, a su vez, da paso al nacimiento del concepto de Estado; tal como lo definió LEÓN DUGUITE “Estado es la personificación jurídica de la Nación”. Pero dentro de ese Estado deben existir individuos con la autoridad para imponer las reglas (normas jurídica) a los asociados en un determinado territorio; sin embargo, esas reglas prescriben la idea de que dentro del Estado todos los ciudadanos son iguales y tienen los mismos derechos; es así como a nadie se le confiere especial justificación para imponer obligaciones a otro contra su voluntad, ni el derecho de dirigir de manera exclusiva las cosas públicas.¹⁵³

Por ello DUVERGER. Proclamo con sobrada sabiduría: “si todos los hombres son libres e iguales, ninguno puede mandar a los demás, salvo que haya sido elegido por ellos para hacerlo”.¹⁵⁴ Como consecuencia de esta premisa nace la democracia en su más simple forma, nacen también los procesos electorales, para lo cual es menester y necesidad del estado, regular todas estas nuevas conductas.

En Roma existían conflictos de incidencia social para los cuales no había regulación normativa, pero dada su importancia y necesidad, los senadores y autoridades romanas creaban normas para resolver el caso o los casos según fuere. A este fenómeno jurídico social los romanos lo denominaron *aequitas* o *equidad*.

Así las cosas, las normas jurídicas van cambiando de acuerdo con las necesidades, las problemáticas y realidades en el entorno en que se desarrollen, alcanzando consigo aquello que los romanos denominaban equidad.

En Colombia el delito de Alteración de resultados electorales se encuentra consagrado en el art. 394 de la ley 599 de 2000 modificado por el art. 43 de la ley 1142 del 2007; pero no siempre ha existido con las mismas connotaciones de hoy, puesto que a lo largo de la historia han variado las sanciones, las modalidades de la comisión del hecho punible (conducta) e incluso hasta el nombre del tipo penal.

Es así como el reproche a la conducta de alterar los resultados en una elección surge, como consecuencia apenas lógica, del nacimiento de las dinámicas electorales en la antigüedad. De esta manera encontramos que es en la polis griega y en la Roma clásica; el lugar de origen de los delitos electorales en

¹⁵³ VIVES ECHEVERRÍA. Op. Cit., p. 3.

¹⁵⁴ Ibid. p. 3.

general, y más específicamente del delito de Alteración de los Resultados Electorales. De igual forma es importante destacar las particularidades que se le dan a este tipo penal en la edad moderna o medieval, y finalmente examinar el impacto y tratamiento de dicho delito en la legislación colombiana desde el código de 1837 hasta la ley 599 del 2000.

*Tal como lo señala JUAN PABLO GALEANO REY: “En la Época Griega existía una organización electoral que propendía por evitar el fraude, de esta manera los ciudadanos atenienses votaban en asamblea, donde para hacer parte de ella era menester aparecer como ciudadano en el registro que llevaban las demos o comunidades políticas locales. En Grecia se sancionaba a las personas que fueran sorprendidas intentando cometer fraude en las contiendas electorales hasta con la pena capital”*¹⁵⁵

El citado autor considera que en la *época republicana imperial; con la promulgación de la ley Julia de Ambitus*, se castigaba la práctica consistente en realizar actos injustos e ilegales para conseguir votos.

Así también, la *ley cornelia fulvia de ambitus*, establecía que la corrupción con fines electorales se consideraba crimen capital.

“Algunos autores consideran que la corrupción electoral tuvo connotación eminentemente política, pues los romanos contemplaban que la comisión de los delitos electorales solo se producía en elecciones para cargos gubernativos o para las magistraturas, de lo que se infiere claramente, que al cesar las libertades políticas en un estado cesa consigo la posibilidad de la comisión de estos delitos”¹⁵⁶.

*De igual forma en lo referente a los delitos electorales y más específicamente al delito de alteración de Resultados, Juan Pablo Galeano Rey, citando a F.Carrara señala que en la Edad Moderna, surge la figura del broglio (*****), relativa al fraude electoral y a la compra de votos.*

En Francia el código penal de 1810 incluyo un capítulo en el que se estableció la violencia, la coerción, la corrupción y el fraude como causas específicas de

¹⁵⁵ GALEANO REY, Juan Pablo. Manual de derecho penal, parte especial, tomo II. Carlos G. Castro Cuenca. Coordinador. Bogotá: Temis. 2011. p. 538- 539.

¹⁵⁶ Ibid. p. 540-541-542.

(*****) El Broglio consistía en la compra de votos considerada una intriga ilícita, pues se partía del presupuesto de que no es delito desear un empleo, ni lo es tampoco emplear medios honrados para obtenerlo. La criminalidad del hecho no consiste en desear o pedir cargo, sino en los medios inmorales que se emplean en los medios para conseguirlo, por lo que se habla de intrigas lícitas e ilícitas, según hayan sido honestos o inmorales los medios escogidos para ganarse el favor de los electores. El código de Brumario IV en su art. 616 y 617 prevenía severas penas para los actos de violencia contra la libertad del sufragio aunque no se refirió al fraude electoral.

la suplantación de la voluntad popular, que lesionan la libertad, la honestidad y la integridad del sufragio, respectivamente(*****).¹⁵⁷

En la legislación colombiana, tal como pasó en el mundo occidental el delito de alteración a resultados electorales ha variado a lo largo de la historia. Por ello se hace necesario remontarse a los comienzos de nuestra historia patria, para analizar la consagración normativa del delito en mención, de la siguiente forma:

- I. **En el código penal de 1837**, dentro de los derechos tutelados, consagró el de la legalidad, libertad y sinceridad del sufragio.
- II. **La constitución de 1886**, en su texto original, delegó en el legislador la potestad de establecer o determinar el sistema electoral conforme a lo estatuido en los art. 93, 95, 175, 178 y 181, principalmente. Es así como las leyes 7 de 1888 y 119 de 1892 son las que desarrollan el mandato constitucional: la primera declaraba electos a los candidatos que obtuvieran el mayor número de votos y en el orden descendiente de estos (art. 48 y 103, refiriéndose a la elección de corporaciones públicas). La segunda determinaba que las asambleas departamentales elegirían por mayoría absoluta cada dos años un senador principal para un periodo de seis años (art. 137).

Las bases para establecer en Colombia un sistema electoral, toman como referente el acto legislativo 08 de 1905, y el acto legislativo 03 de 1910; esto es así porque desde antes de la constitución de 1886 los partidos que ganaban la contienda electoral arrasaban con todo el botín electoral, acabando así la posibilidad de representación en la administración del Estado, de su contendor. Gracias a la expedición del art. 4 del acto legislativo 08 de 1905 se dispuso por primer vez: “que en toda elección popular que tenga por objeto constituir corporaciones públicas y en el nombramiento de senadores, se reconoce el derecho de representación de las minorías, y lo determinará la manera y el término para llevarlo a efecto”, que correspondió a la ley 45 de 1905 establecerlo. Posteriormente el art.45 del acto legislativo 03 de 1910 fue la primera disposición de carácter constitucional que estableció en Colombia un sistema electoral que aseguró la representación proporcional de los partidos.

(*****) Rene Gonzales de la Vega, considera que el código penal francés de 1810, refirió tres formas específicas de suplantar la voluntad popular a saber: I. La violencia o coerción, II. La corrupción y III. El fraude. Encontramos el tutelaje de tres bienes en esta regulación jurídica, fundamentales al derecho electoral: La libertad del sufragio que se vulnera con el uso de la fuerza, la honestidad de proceso electoral que se afecta con la corrupción y la sinceridad del sufragio universal que es dañado por el fraude electoral y la alteración.

¹⁵⁷ GALEANO REY. Op. Cit., p. 542-543.

“Que el sistema electoral que se establezca tenga la finalidad de dar representación proporcional a los partidos políticos, es un propósito que subsiste desde 1910 hasta nuestros días”.¹⁵⁸ Así, el precepto normativo vertido en el art. 45 del acto legislativo 03 de 1910, también consagró: “que en toda elección en que se vote por más de dos individuos, aquella se hará por el sistema del voto incompleto, o del cuociente lectoral, o del voto acumulativo, u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho”.

Teniendo Colombia un **sistema electoral** definido, era necesaria la regulación de los delitos que pudieran afectar el normal curso de los procesos electorales y que atentaran, contra la intención y la voluntad popular consolidante de la democracia en cualquier estado; máxime que la constitución de 1886 le confirió al legislador, de forma expresa, que definiera los delitos que menoscaben la verdad y la libertad del sufragio, y estableciera la correspondiente sanción penal.

- III. *Es por eso, que en el capítulo dieciséis de la Ley 7ª de 1888 se hicieron aclaraciones sobre las sanciones que se debían considerar en caso de faltas por parte de los funcionarios públicos; con este apartado los legisladores buscaron garantizar la condenación del fraude electoral, a fin de garantizar que la democracia colombiana se practicara dentro de parámetros de objetividad y racionalidad que en cierto modo reflejarían el grado de civilidad de la naciente nación.*¹⁵⁹
- IV. *Así también determinó la ley 85 de 1916 que las elecciones para senadores debían realizarse en modo indirecto mientras que las destinadas a elegir concejeros municipales, diputados a las asambleas departamentales, representantes al congreso y presidente de la república, debían efectuarse en forma directa; el ritual se modificó nuevamente en la reforma constitucional de 1936, en cuyo artículo 33 se estableció que: “Todos los ciudadanos eligen directamente Concejeros Municipales, Diputados a las Asambleas Departamentales, Representantes al Congreso Nacional y Presidente de la República”.*¹⁶⁰

¹⁵⁸ VIVES ECHEVERRÍA. Op. Cit., p. 14.

¹⁵⁹ CONGRESO COLOMBIANO DE CIENCIA POLÍTICA. (I. 30 de septiembre al 4 de octubre de 2008, Bogotá, Colombia) Memorias. régimen político e instituciones Bogotá, universidad de los andes, 2008. 7-8 p.

¹⁶⁰ Ibid. p. 7-8.

- V. “Con la ley 109 de 1922 cuyo bien jurídico tutelado era la libertad, se buscó blindar el proceso electoral en Colombia”.¹⁶¹

Sin embargo no era por tanto aconsejable que en Colombia entrara en vigencia la ley 109 de 1922, fruto del proyecto Concha, sin antes someterla a un nuevo estudio o revisión; y fue así como se aplazó el inicio de su vigencia y el gobierno nacional creó una comisión de tres especialistas en estudios penales para que determinara si el proyecto Concha debería convertirse en código, o si era necesario redactar uno nuevo, adaptado a las nuevas condiciones de la época.¹⁶²

- VI. El decreto 2300 del 14 de septiembre de 1936. La preceptiva legal dispuso en el art. 290: “*El que altere o modifique por cualquier medio el resultado de una votación, incurrirá en prisión de 6 meses a 2 años y en multa de 50 a 100 pesos.*”

La pena se aumentara hasta en una cuarta parte si el responsable fuera funcionario público, o miembro de una corporación electoral, y se aplicará además la interdicción de derechos u funciones públicas hasta por diez años”.

Esta norma se encontraba dentro del libro II, título diez, de los delitos contra el sufragio. Se puede colegir, genéricamente, de esta norma, que el legislador del 36 estableció para este tipo penal, las siguientes características:

- a. Es un tipo principal.
- b. Es un tipo penal compuesto Alternativo porque basta con que se altere o modifique el resultado de una elección para que se configure la realización del tipo penal (*****).
- c. Es un tipo de resultado.
- d. Es un tipo de lesión.
- e. Es un tipo abierto.
- f. Es un tipo penal en blanco.

- VII. En el Decreto ley 100 de 1980; el legislador colombiano consagró en el Título VIII un capítulo único dedicado a la protección del bien jurídico del sufragio; en dicho capítulo encontramos el art. 256 que describe la conducta típica de Alteración de Resultados Electorales, de la siguiente forma: “*El que por medio distinto de los señalados en los artículos precedentes altere*

¹⁶¹ GALEANO REY. Op. Cit., p. 545.

¹⁶² GÓMEZ, Bersarión . Desarrollo del pensamiento jurídico colombiano. Perspectiva histórica del derecho penal en Colombia. En: Revista diálogos de saberes. Enero-junio, 2006. No. 24. issn 0124-0021. p. 97.

(*****) Toda modificación es una alteración pero no toda alteración es una modificación.

el resultado de una votación o introduzca documentos o papeletas indebidamente, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cinco (5) años”.

De la anterior descripción normativa podemos determinar de forma general las siguientes características:

- a. Es un tipo principal.
- b. Es un tipo penal compuesto alternativo.
- c. Es un tipo penal en blanco.
- d. Es un tipo de resultado.
- e. Es un tipo de lesión.
- f. Es un tipo penal cerrado.

Desde el punto de vista de la sanción penal fue más lapso el tratamiento que le dio el legislador de 1980 al delito de alteración a resultados electorales, comparado con el código de 1936, toda vez que en la preceptiva normativa del 80 se suprimió el agravante que se imponía cuando la conducta fuere cometida por un servidor público.

- VIII.** Ley 599 del 2000, art. 394, modificado por el artículo 43 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente: *“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.*

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público”.

Nos encargaremos de analizar este delito en toda la extensión que como investigadores y juristas nos sea posible; es por eso que desde la perspectiva de la dogmática penal sustancial lograremos demostrar la inaplicabilidad del delito, tal como la imposibilidad jurídica de que en las etapas procesales el sentenciador pueda condenar por la comisión de tal conducta, para lo cual es menester determinar las implicaciones prácticas a la hora de que existan hechos que reproduzcan las conductas descritas en el artículo 394 del código penal colombiano.

De forma genérica mencionaremos ciertas características que presentan el delito de Alteración a los resultados electorales analizado en abstracto:

- a. Es un tipo Subsidiario. Novedad esta que aparece con la creación de la ley 599 del 2000. No admitiendo así la modalidad de concurso.

- b.** Es un tipo penal compuesto alternativo. Esta característica la mantiene de los códigos anteriores; legislación de 1936 y 1980.
- c.** Es un tipo penal en blanco, característica esta se mantiene desde el código penal de 1936 hasta la actual legislación.
- d.** Es un tipo de resultado.
- e.** Es un tipo de lesión.

4. ALTERACIÓN DE LOS RESULTADOS ELECTORALES SUBSIDIARIEDAD DEL DELITO FRENTE A TEORÍA DEL CONCURSO.

“Algunos doctrinantes definen el derecho penal electoral como el conjunto de disposiciones penales que sea en la legislación electoral o en la penal, se refieren a cuestiones relativas a este tema, atribuyéndoles una pretendida autonomía que les daría categoría de derecho especial”¹⁶³.

“Así las cosas, el concepto de derecho penal electoral solo puede considerarse como connotación para el conjunto de normas relacionadas con la tención derivada de la afectación o quebrantamiento del bien jurídico libertad del sufragio”¹⁶⁴, o como lo estableció el legislador penal en la ley 1142 del 2007 los mecanismos de participación democrática.

“El bien jurídico tutelado por las infracciones electorales no es únicamente la libertad política en cuanto a bien jurídico individual, pues más que atentarse contra la libertad del elector, se agravia el principio mismo de la soberanía sobre el que descansa la organización del estado”¹⁶⁵. Es por ello, que en principio tendríamos que decir que al transgredir este bien jurídico el sujeto pasivo sería el pueblo, no obstante, al ser éste, uno de los elementos constitutivos del estado siempre que haya afectación o violación de este bien jurídico el sujeto pasivo será el estado.

Es dable resaltar que, el principio de subsidiariedad, contenido en el delito de Alteración de Resultados Electorales, además de anular la posibilidad de establecer un concurso de tipos, también anularía la tipicidad; puesto que a los funcionarios (policía judicial, fiscal, juez de control de garantías y de conocimiento) tal y como está tipificado el delito, se les imposibilita la prosecución de la actuación procesal frente al bien jurídico de los mecanismos de participación democrática, ya que al no poder calificar por este delito, la conducta estatuida en la ley penal, sería inocua frente al objeto jurídico que pretende proteger.

El delito de alteración de resultados electorales, es un tipo penal subsidiario y está definido en el art. 394 de la ley 599 del 2000, que a su vez fue modificado por el art. 43 de la ley 1142 del 2007. En el siguiente tenor: “El que por medios distintos de los señalados en los artículos precedentes altere el resultado de una votación o introduzca documentos o tarjetones indebidamente incurrirá en prisión de 4 a 8 años salvo que la conducta constituya delito sancionado con pena mayor.

¹⁶³ GALEANO REY. Op. Cit., p. 543.

¹⁶⁴ Ibid. p. 544.

¹⁶⁵ Ibid. p. 545.

La pena se aumentara de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público”.

El objeto jurídico que protege el bien de los mecanismos de participación democrática es que dentro del procedimiento administrativo electoral, los escrutinios o los resultados de la votación sean el reflejo exacto de la voluntad del elector expresada en las urnas; es decir, que en esencia la protección del legislador penal durante del proceso electoral se ve reflejado en los escrutinios o resultados de las elecciones. El maestro Francisco Carrara anotó, que: “en Roma existía una distinción entre la corrupción electoral propia y la corrupción electoral impropia. La primera referente a la corrupción al sufragantes; es decir, a la compra de votos. En tanto a la segunda, se definió como los demás fraudes electorales”¹⁶⁶. A nuestro modo de ver, el maestro carrara, lo que en esencia pretendió proteger al hacer la censura de la corrupción electoral impropia, fue, los escrutinios o el resultado de la elección.

Si entendemos el término alteración en un sentido lato o amplio, hay que resaltar que la misma implica un engaño o adulteración de la realidad, por lo cual coincidimos con él jurista Italiano y aplicado al orden jurídico penal Colombiano, que siempre que se cometa: Perturbación del certamen democrático, constreñimiento al sufragante, fraude en inscripción de cédulas, fraude al sufragante, corrupción al sufragante, voto fraudulento, favorecimiento de voto fraudulento, denegación de inscripción; y ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédulas, también se altera el resultado de una elección. Es por eso que el objeto jurídico de protección más que los mecanismos de participación democrática, es que los escrutinios sean el reflejo exacto de la votación expresada en las urnas.

Al inquirir en el estudio del delito de alteración de resultados electorales, es necesario dividir en tres secciones el análisis del mismo. La primera comprende, las características del tipo penal de Alteración a los Resultados Electorales en abstracto, tal cual como lo estableció el legislador penal en la ley 1142 del 2007; la segunda sección será un análisis de las formas que según el maestro FRANCISCO CARRARA se comete el fraude electoral; y por último un aparte de casuística para establecer las implicaciones prácticas en la aplicación del delito de alteración de resultados electorales.

¹⁶⁶ CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parte especial. Volumen V. Temis. 1973. p. 46.

4.1 CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL DE ALTERACIÓN DE RESULTADOS ELECTORALES EN ABSTRACTO, TAL CUAL COMO LO ESTABLECIÓ EL LEGISLADOR PENAL EN LA LEY 1142 DEL 2007

Como hemos venido señalando el delito de Alteración de Resultados electorales resulta inaplicable en el ordenamiento jurídico penal dada su naturaleza subsidiaria; no obstante ello, analizaremos las características de este tipo penal en abstracto, de conformidad con la ley 1142 del 2007.

4.1.1. Según el sujeto activo.

Este es singular o mono-subjetivo. En el tipo penal de primer inciso el sujeto activo es singular e indeterminado; en el tipo penal del segundo inciso, el sujeto activo es singular y cualificado. (servidor público).

4.1.2. Según el bien jurídico tutelado.

Este es complejo o pluriofensivo y de lesión. Es pluriofensivo porque cuando la alteración de los resultados electorales, implique la falsedad de un documento público como el E10, E11, E14, E24, E26; y demás formularios electorales, además de vulnerarse el bien jurídico de los mecanismos de participación democrática se vulneraría, la fe pública.

Es de lesión, porque la alteración o introducción de documentos o tarjetones descrita en el tipo, vulnera y menoscaba los resultados de las elecciones en el entendido en que se pierde el objeto jurídico de protección, toda vez que al existir un resultado diferente al efectivamente expresado en la urnas, se va al traste con la voluntad popular, de los ciudadanos.

4.1.3. Según sus Estructura.

Este es especial, compuesto y en blanco.

- ❖ Es especial, porque además de las características contenidas en los tipos básicos precedentes, esta norma jurídica contempla otras conductas para comisión del delito y lograr así el desmedro o lesión del bien jurídico de los mecanismos de participación democrática; estas son: alterar los resultados de una elección por un medio distinto de los señalados en los artículos precedentes, que a nuestro juicio solo puede ser a través de la falsedad o por medio de la introducción de documentos o tarjetones debidamente falsificados.
- ❖ Es compuesto alternativo: Porque tiene varios verbos rectores, como introducir y alterar; y es alternativo, en el sentido en que es suficiente con que se realice cualquiera de estas dos conductas para que se configure el tipo penal en estudio.

- ❖ Es en blanco, porque no se encuentra descrita la conducta en forma total, remitiéndose en el texto el legislador, a otros órdenes jurídicos; para comprender palabras como: Servidor público, votación pública, tarjetones; y documentos electorales.

4.1.4. Según su contenido.

El tipo es de resultado y de acción.

- ❖ Es de resultado, porque la alteración e introducción de documentos y tarjetones en las urnas implica la obtención de un resultando, contentivo de una modificación del mundo exterior.
- ❖ Es de acción, porque las conductas descritas en él, implican un comportamiento activo consistente en un qué hacer, ya que a nuestro juicio el delito solo se comete de las siguientes formas: la falsificación de los documentos electorales, la destrucción de los mismos y la introducción indebida de documentos o tarjetones en las urnas.

4.1.5. Objeto jurídico.

“La legalidad y la transparencia de los resultados electorales”¹⁶⁷.

4.1.6. Objeto material.

“Este es fenoménico; cuando recae sobre el resultado alterado de la votación y Real; cuando recae sobre los documentos o tarjetones indebidamente introducidos”¹⁶⁸.

4.1.7. Tentativa.

El artículo 27 de la ley 599 de 2000 expresa: *“El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.*

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su

¹⁶⁷ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Código Penal Esquemático. Tercera edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA., 2012. p. 435.

¹⁶⁸ Ibid. p. 435.

consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirlo”.

*“La tentativa es uno de los dispositivos amplificadores del tipo penal; por tal motivo su ubicación dentro de la teoría del delito se encuentra en sede de tipicidad. Lo anterior en razón a que la parte especial del código penal describe los comportamientos en su fase de consumación; por ende, en los supuestos de la misma no es posible realizar el juicio de adecuación típica si no se recurre a un amplificador como el previsto para esta figura”.*¹⁶⁹

En lo que respecta al artículo 394 de la ley 599 de 2000. Si admite, tentativa en el entendido de que el sujeto activo inicie la realización de los actos ejecutivos tendientes a la consumación de la conducta delictual, pero esta no se lleva a cabo por causas externas a la voluntad del sujeto agente; expresado en forma de ejemplo, cuando el sujeto activo, falsifique los tarjetones y antes de introducirlos en las urnas es descubierto.

4.1.8. Concurso.

No admite.

En el caso, del delito de Alteración de resultados electorales, éste al ser subsidiario, solo se aplica por disposición expresa del legislador cuando las **conductas** descritas en él, no sean sancionadas por un delito de mayor pena.

El componente de la subsidiariedad, descrito en el tipo penal de la referencia es lo que imposibilita que éste delito pueda concursar con otro; no obstante, al no admitir concurso, las conductas en él descritas tampoco se pueden tipificar como alteración de los resultados electorales.

Lo anterior, es comprensible en cuanto que si analizamos este tipo penal, tendremos que decir que las conductas reprochables por el legislador son las de alterar por medios distintos de los señalados en los artículos precedentes o introducir documentos o tarjetones en las urnas.

Para el diccionario de la real academia de la lengua la palabra alterar proviene *del latín alterāre, der. de alter 'otro' y significa: “Cambiar la esencia o forma de algo”*,¹⁷⁰ en ese orden de ideas el legislador con la creación del delito consagrado en el art. 394, como primera medida pretendió proteger los resultados de las elecciones para ciertos cargos públicos, en tal medida que nadie cambiara la

¹⁶⁹ URBANO MARTÍNEZ, *et al.* Op. Cit., p. 309.

¹⁷⁰ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Alteración [en línea]. 23ª edición. Madrid, España: Google, oct. 2014 citado 19 mayo 2015. Disponible en Internet: <URL: <http://lema.rae.es/drae/?val=alteraci%C3%B3n>>.

esencia o la forma de estos. Sin embargo en Colombia dichos resultados, se encuentran consignados en documentos o actas; y siempre, que se presente una falsedad en tales instrumentos, se cambiará o alterará el contenido de los mismos.

Así las cosas la única manera de alterar los resultados electorales al tenor del artículo 43 de la ley 1142 del 2007 que modificó el artículo 394 de la ley 599 del 2000 sería falsificando los documentos contentivos de la voluntad popular; ya sea que se encuentren en medios físicos o magnéticos. De este modo, esta falsedad puede ser ideológica, material o por destrucción supresión u ocultamiento de documento público.

No obstante, existen casos en que al realizarse las conductas descritas en el delito del 394 de la ley 599 del 2000 hay que aplicar un concurso de tipos que por poseer mayor pena se acogen de preferencia al delito en estudio.

4.1.8.1. Falsedad Ideológica.

“El delito del artículo 286 de la ley 599 del 2000, es de los llamados especiales propios. Esto significa que quien no tiene la calidad de servidor público no puede concurrir como autor mediato o inmediato, o coautor, pero si puede hacerlo como determinador (instigador) o cómplice”.¹⁷¹

Siendo la falsedad ideológica un abuso de funciones públicas, donde éstas no existen o no se ejercen, no es posible el delito del artículo 286. Solo puede ejercer una función pública quien es titular de la misma. Si no se tiene la función o ésta se ha perdido, aunque sea temporalmente, no puede haber expresión de la misma. El documento ideológicamente falso, es documento público para todos los efectos legales, precisamente por ser expresión de una función pública. Documento privilegiado con la presunción de verdad y autenticidad, que le otorga ley. No es documento con apariencia de público; lo es para todos los efectos legales.¹⁷²

Mientras un documento falso no sea usado, su capacidad de daño o peligro (artículo 11 del código penal) es una posibilidad y, a veces, una probabilidad; aun el efectivo uso no causa los perjuicios que provee la ley. De esto se concluye que en la falsedad documental sin uso del documento falso, el juicio de antijuridicidad se hace sobre hipótesis de daño, con lo cual no se da estricto cumplimiento al artículo 11 del código penal; que exige que la lesión o el peligro, para efectos de antijuridicidad, deben ser reales. Lo anterior conduce a pensar en una modificación de la ley penal que permita, en su aplicación, juicios más ajustados a la lógica y a la realidad.

¹⁷¹ MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio José. Falsedad-Estafa y fraude mediante cheque, nuevo código penal doctrina-jurisprudencia. Primera edición. librería ediciones del profesional Ltda., 2003. p. 50.

¹⁷² Ibid. p. 53.

Siguiendo la práctica judicial colombiana sobre el manejo de la antijuridicidad en la falsedad documental, advertimos que el respectivo juicio es indirecto, pues se parte de la capacidad probatoria del documento y si esta es positiva se afirma su antijuridicidad, y si es negativa se excluye. Es decir, se identifica la capacidad probatoria con la capacidad de daño en el tráfico jurídico, y se entiende la (fe pública) como presunción de veracidad de la prueba documental. Esta forma de razonamiento es cuestionable pues según opinión mayoritaria, lo que se valora en el tipo, no entra en el juicio de antijuridicidad.¹⁷³

Al ponderar el delito de falsedad ideológica en documento público con el delito de alteración de resultados electorales podemos extraer que para poder alterar los resultados de las votaciones es necesario falsificar los documentos que contienen los resultados electorales; La falsedad será ideológica siempre que la alteración de los resultados la cometan los jurados de votación, los miembros de las comisiones escrutadoras o los magistrados del consejo nacional electoral cuando tengan que hacer los escrutinios.

Los sujetos activos cualificados del delito de falsedad ideológica, por la alteración de los documentos contentivos de los resultados de las votaciones, solo podrán realizar tal conducta típica con ocasión y relación del ejercicio de sus funciones. Es necesario señalar que siempre que se falsifiquen estos documentos, se tendrán que usar, ya que son requisito *Sine qua non* para la creación de instrumentos públicos posteriores e incluso del acto administrativo que declara la elección. Es decir, siempre se estará en presencia del agravante de la falsedad ideológica contenido en el artículo 290 de la ley 599 del 2000, cuando se alteren ideológicamente los documentos que contienen los resultados de la votación. Pues sería absurdo, falsificar un instrumento de esta naturaleza y no utilizarlo, máxime que la ley establece como obligatorio la utilización de las actas de escrutinios para la declaratoria de la elección. Cuando los documentos públicos que contienen los resultados de las votaciones sean el producto de uno adulterado, falsificado o alterado, la falsedad ideológica se agravará por el uso y concursará con la obtención de documento público falso o fraude procesal dependiendo de la clase de documento que se obtenga y la etapa del proceso de escrutinios en que se encuentre.

Hay que recalcar, que existen ciertos documentos electorales que son necesarios para confeccionar otros, o lo que es lo mismo, sin los cuales no se pueden crear aquellos, esto es, el caso del E-14, el E-24 y el -26, toda vez, que el E-24 se confecciona tomando como basamento el E-14; así también el E-26, se confecciona a partir del E-14 y el E-24; y el acto

¹⁷³ MARTÍNEZ LÓPEZ. Op. Cit., p. 55.

administrativo que declara la elección se confecciona a partir de todos estos documentos precedentes.

Si de la falsedad ideológica agravada por el uso se obtienen documentos públicos, que no tengan la naturaleza de actos administrativos, esta concursará con la conducta señalada en el artículo 288 de la ley 599 de 2000; mientras si obtienen documento que tengan la calidad de actos administrativos, como el que declara la elección la falsedad ideológica agravada por el uso concursará con el delito de fraude procesal, consagrado en el artículo 453 de la ley 599 del 2000.

Sin embargo, es posible que la falsedad consignada en los documentos electorales adulterados, sea corregida y enmendada por las comisiones distritales, municipales o generales, en el proceso de escrutinios, caso en cual, frente bien jurídico de los mecanismos de participación democrática, tal conducta no sería delito, por carecer del elemento de la antijuridicidad, pero, frente al bien jurídico de la fe pública, calificaría en falsedad ideológica, agravada por el uso. Tal será el caso del jurado de mesa que altera el formulario E-14, consignando datos contrarios a la verdad a favor de un candidato, que en vez de sacar 200 votos, saco 20 votos tal como aparece en los tarjetones depositados en la urna, así pues, en aplicación del artículo 164 del decreto 2241 de 1986, un testigo electoral que presenciaba el escrutinio hecho por los jurado, le solicita a los miembros de la comisión escrutadora municipal, que se realice un recuento de los votos de la mesa, por existir duda sobre la exactitud del cómputo hecho por los jurados de votación, la comisión accede a la reclamación, hace el recuento de los votos y corrige el error.

Podemos concluir que, existe falsedad ideológica cuando el jurado de mesa, los miembros de las comisiones escrutadoras o los delegados del consejo nacional electoral en el ejercicio de la función escrutadora o los magistrados de esa corporación, falsifiquen los documentos públicos que contienen los resultados de la elección, así:

Primero: Si el jurado de mesa consigna en los E-14 resultados distintos a favor de un candidato, partido político, movimiento o grupo significativo de ciudadanos de los efectivamente expresados en las urnas, incurrirá en falsedad ideológica agravada por el uso tal como dimana de lo anteriormente expresado.

También será falsedad ideológica agravada por el uso, si los miembros de las comisiones escrutadoras nacionales, departamentales, distritales, municipales y zonales o los miembros del Consejo Nacional electoral ejercicio de función escrutadora o los magistrados de esa corporación, falsifican los E-24 o E-26 o uno de estos documentos o los dos

respectivamente, consignando resultados distintos de los efectivamente vertidos en las urnas.

Observamos, que al cambiarse los resultados, alterando los documentos electorales contentivos de la expresión popular manifestada en las urnas, por parte de los sujetos activos cualificados antes referenciados, la conducta se tipifica en falsedad ideológica agravada por el uso y no en alteración de los resultados electorales, puesto que los documentos públicos, son falsificados para la confección del correspondiente acto que declara la elección o documentos públicos posteriores, lo que hace imperioso aplicar el agravante contenido en el artículo 290 de la ley 599 del 2000, y así la pena, para el delito de falsedad ideológica agravada por el uso tendrá una sanción privativa de la libertad comprendida entre los 64 hasta los 216 meses, razón por la cual se aplicará de preferencia a el delito de alteración a los resultados electorales dado que este último, tiene una sanción inferior aun cuando la conducta sea cometida por un servidor público en cuyo caso la pena oscilaría entre los 64 a los 144 meses; Por ello, teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad contenido en este tipo penal, solo se puede aplicar la falsedad ideológica agravada por el uso.

4.1.8.2. Falsedad material.

“El sujeto activo es indeterminado, por lo tanto puede realizar este delito, los particulares y los empleados oficiales por fuera de sus funciones”.¹⁷⁴
Si el hecho lo realiza un servidor público, la punibilidad es mayor. Por ser delito común admite todas las formas de autoría y participación.

La falsedad material en documentos supone la alteración o modificación de uno ya elaborado o la creación de uno nuevo, bien sea imitando un modelo preexistente, o simplemente crear la apariencia de un documento. Quien falsifica suplanta una función pública, o modifica la expresión de ésta contenida en el documento.

Lo más frecuente en la falsedad material es la alteración del contenido del documento, o la falsa atribución de autoría, como falsificación de firmas, o la creación completa del documento (texto, firma, sello, etc.).¹⁷⁵

La falsedad material sobre documentos electorales que contienen los resultados de las votaciones se presenta si los E-14, E-24 y E-26, son alterados por cualquier persona o un servidor público en ejercicio de sus

¹⁷⁴ ARENAS SALAZAR, Jorge. Delito de falsedad, tercera edición. Bogotá: Ediciones doctrina y ley Ltda., 2002. p. 547.

¹⁷⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ. Op. Cit., p. 58-59.

funciones pero que no tenga la facultad para crear estos documentos; y en estos instrumentos se consignen resultados distintos de los efectivamente vertidos en las urnas a favor de un candidato o un partido político, movimiento o grupo significativo de ciudadanos.

Hay que señalar, que al cambiarse los resultados, alterando los documentos electorales contentivos de la expresión popular manifestada en las urnas, la conducta se tipifica en falsedad material y no en alteración, porque esta falsedad posee una sanción punitiva de 48 a 108 meses, mientras que el delito de alteración a los resultados electorales posee una pena privativa de la libertad que oscila entre los 48 a 96 meses, si es cometida por cualquier persona.

La falsedad material agravada por el uso (ver lo explicado en falsedad ideológica) de los documentos electorales que contiene los resultados de la votación, también puede ser cometida por servidores públicos, caso en el cual, se presentará concurso con el delito del 288 de la ley 599, o el fraude procesal dependiendo del caso. Al tener mayor sanción punitiva, este concurso de tipos deberá aplicarse de preferencia al 394 de la ley 599 del 2000.

Si la falsedad material sobre los documentos que contienen los resultados de las votaciones es realizada por un servidor público, en los documentos E-14 y E-24 y los vicios de los mismos son corregidos durante el proceso de escrutinio y hasta antes de la declaratoria del acto de elección la conducta descrita sería antijurídica frente al bien de los mecanismos de participación democrática, pues los resultados de las votaciones se mantendrían indemnes; no obstante, frente a la fe pública se configuraría el tipo de falsedad material agravada por ser ésta conducta, cometida por un servidor público.

4.1.8.3. Falsedad por destrucción supresión u ocultamiento.

“Cualquier persona puede ser autor del delito de falsedad por destrucción, supresión u ocultamiento de documento público, que le pueda servir de prueba, por lo cual la ejecución del delito admite todas las formas de autoría y participación”.¹⁷⁶

“Se destruye un documento, eliminando el soporte que lo contiene, como quemar una carta, una factura, un oficio, o aplicando un líquido que haga irreconocible su contenido o lo que representa. Lo importante

¹⁷⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ. Op. Cit., p. 92.

en la destrucción es que desaparezca la información que contiene el documento”.¹⁷⁷

La falsedad sobre los documentos que contienen los resultados de las votaciones, puede ser por destrucción, supresión u ocultamiento los mismos, tales como E-14, E-24 y E-26; siempre que con estas conductas se pretenda alterar o cambiar el resultado de la elección, como por ejemplo, el que inconforme con los escrutinios destruye los documentos para que nadie conozca su contenido. Esta falsedad, también puede ser cometida por un servidor público, verbigracia el jurado de votación que después de hacer el escrutinio decide ocultar algunos tarjetones, para que no sean tenidos en cuenta a la hora de diligenciar el formulario E-14.

Se concluyen entonces, que al destruir, suprimir u ocultar los documentos públicos, con la finalidad de cambiar la esencia de los resultados, contentivos de la expresión popular manifestada en las urnas, la conducta se tipifica en falsedad por destrucción, supresión y ocultamiento de documentos públicos, toda vez que ésta falsedad señala una sanción punitiva privativa de la libertad de 32 a 144 meses si la infracción es cometida por cualquier persona y de 48 a 180 meses si la misma es cometida por un servidor público, mientras que la alteración tiene una sanción privativa de la libertad inferior que oscila entre los 48 a 96 meses si la infracción es cometida por cualquier persona y se agrava de 64 a 144 si la conducta es realizada por un servidor público; Por ello, teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad, solo se puede aplicar la falsedad por destrucción supresión u ocultamiento, pues esta última posee pena mayor.

La otra modalidad para la comisión del delitito consagrado en el artículo 394 de la ley 599 de 2000, se presenta cuando se introduzcan documentos o tarjetones indebidamente, frente a lo cual hay que señalar que la introducción de documentos o tarjetones puede hacerse en las urnas durante la etapa electoral desde que se instala la mesa hasta que comienza el escrutinio. Es inocua la distinción entre documento y tarjetón que hace el legislador; toda vez, que los únicos documentos que se pueden introducir en la urna, una vez hayan sido falsificados, para alterar los resultados de las votaciones, y vulnerar el bien jurídico de los mecanismos de participación democrática, son los tarjetones; es apenas lógico, que se hable de tarjetones, puesto que en el sistema electoral actual el instrumento mediante el cual se deposita el voto es el tarjetón o tarjeta electoral.

¹⁷⁷ MARTÍNEZ LÓPEZ. Op. Cit., p. 93.

La introducción de documentos o tarjetones indebidamente, siempre implica una falsedad material, pues el documento debe tener la apariencia de auténtico, hecho que implica necesariamente que exista el instrumento falso, a favor de algún candidato o partido político, movimiento o grupo significativo de ciudadanos. Es relevante señalar que cuando se falsifica el tarjetón y se introduce en la urna o urnas la conducta de falsedad material se agravara por el uso del documento público falso; por lo cual, el delito de Alteración de Resultados Electorales en su segunda modalidad, tampoco puede tipificarse en la medida que el principio de subsidiaridad contemplado en el artículo 394 del código penal, hace imposible aplicar este delito. Es por demás superflua, la distinción que se pueda hacer entre los sujetos que comenten esta falsedad material al introducir documentos o tarjetones indebidamente; pues ya sea el servidor público o un particular, con la sola introducción del documento se está usando, situación jurídica que implica que se le agrave la pena a la falsedad material.

4.2 ANÁLISIS DE LAS FORMAS DE COMETER EL FRAUDE ELECTORAL, SEGÚN EL MAESTRO FRANCISCO CARRARA

El maestro carrara, consideró en su obra Programa de Derecho Criminal, que cometían fraude en las elecciones para funcionarios públicos, las siguientes personas:

- 4.2.1. Los que al formar, copiar o imprimir las listas de electores, omiten dolosamente algunos nombres, o proceden de modo que algunos nombres sean indebidamente omitidos.**

- 4.2.2. Los que al distribuir entre los electores notificaciones o circulares de nombramiento, emplean artificios para que a algunos de ellos no les llegue la noticia del día de las elecciones.**

- 4.2.3. Los que con engaños o falsas noticias evitan que los electores concurren a las urnas.**

- 4.2.4. Los que teniendo que leer y proclamar los nombres consignados en las células, leen y proclaman a sabiendas nombres distintos de los que están escritos en ellas.**

4.2.5. Los que, al hacer la suma de los votos obtenidos por cada uno de los elegidos, alteran maliciosamente su resultado numérico, en daño o provecho de un candidato.

4.2.6. Los que ejercen funciones de electores, sin haber sido nombrados, abusando de una nota de nombramiento perteneciente a otro individuo.

A continuación analizaremos cada una de las anteriores conductas:

4.2.1. Los que al formar, copiar o imprimir las listas de electores, omiten dolosamente algunos nombres, o proceden de modo que algunos nombres sean indebidamente omitidos.

Esta conducta, para el maestro Francisco Carrara constituía fraude electoral, no obstante si revisamos el código penal Colombiano (ley 599 del 2000) en lo referente al bien jurídico de los mecanismos de participación democrática, hay que señalar que este comportamiento reprochable por el jurista italiano, no encaja en ninguno de los tipos penales que pretenden salvaguardar el bien jurídico en comento. Sin embargo, al ver el artículo 394 de la ley 599 del 2000 modificado por la ley 1142 del 2007, advertimos que este tipo penal, exige una alteración de los resultados por medios distintos de los señalados en los artículos precedentes; y tal como se dijo en apartes anteriores de esta monografía al omitir deliberadamente electores plenamente facultados por la ley, y en esto coincidimos con Carrara se estará alterando el resultado de las votaciones porque los mismos no se pueden confeccionar con el total de los electores legalmente habilitados.

A pesar de lo anterior, no se puede olvidar que la etapa preelectoral, es el momento dentro del procedimiento administrativo, donde se confeccionan los censos electorales, y está a cargo de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

“Se denomina censo electoral, al conjunto de ciudadanos, titulares de cédulas actas para votar, por estar inscritos e incorporados en un determinado lugar”.¹⁷⁸

“La cédula de ciudadanía expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, es el único documento válido para identificarse y para ejercer los derechos y deberes electorales”.¹⁷⁹

¹⁷⁸ REYES GONZALES. Op. Cit., p. 243.

¹⁷⁹ Ibid. p. 198.

El proceso de cedulación está compuesto por tres momentos:

Primero: *preparación de las cédulas: En esta etapa se recibe la información biográfica, se toma la reseña decadactilar y se le asigna el número.*

Segundo: *Expedición: Durante este momento se verifica y valida la información con el fin de evitar la doble cedulación u otra limitación que impida la entrega física del documento. La fecha de expedición de la cédula es visible en el documento que se le entrega al ciudadano y coincide con la fecha de su preparación.*

Tercero: *Entrega: El ciudadano se debe presentar personalmente a la Registraduría municipal, donde efectúa la solicitud, con la presentación de la contraseña y allí será entregado el documento. Del artículo 98 de la Constitución Política de Colombia y del artículo 76 del Código Nacional Electoral se deducen dos consecuencias: I. la ciudadanía se obtiene solo con el cumplimiento de los 18 años y II. Al ciudadano, una vez se presente a la Registraduría, con la documentación exigida, y cumplido los trámites internos mencionados, se le expide la cédula y se integra al censo electoral.¹⁸⁰*

En este orden de ideas, los servidores públicos de la Registraduría, o el registrador nacional, o sus delegados cuando fuere el caso, cuando les tocó confeccionar el censo electoral y deliberadamente omitan electores habilitados para votar del censo por ellos confeccionados, incurrirán en la conducta descrita en la ley penal como falsedad ideológica en documento público agravado por el uso, toda vez, que el censo electoral sirve o es requisito para confeccionar el E-10 y el E-11. Del cual se deduce el uso de este documento (censo electoral).

4.2.2. Los que al distribuir entre los electores notificaciones o circulares de nombramiento, emplean artificios para que a algunos de ellos no les llegue la noticia del día de las elecciones.

Aplicado al caso Colombino, la conducta aquí descrita es atípica, pues es un hecho notorio el día en que se realizaran las votaciones o elecciones. Cabe destacar, que en Colombia, La publicación de las fechas de las elecciones es realizada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, utilizando medios de amplia circulación Nacional, tal como se desprende del artículo 5 numeral 11 y 12 del decreto 1010 del 2000 expedido por el departamento Administrativo de la Función Pública. Por lo que cualquier

¹⁸⁰ REYES GONZALES. Op. Cit., p. 199.

notificación contraria al calendario electoral de la Registraduría, adolecerá de valor jurídico y de credibilidad social.

4.2.3. Los que con engaños o falsas noticias evitan que los electores concurren a las urnas.

Esta conducta, encaja perfectamente en la descrita en el artículo 386 de la ley 599 del 2000 modificado por el artículo 39 de la ley 1142 del 2007, que expresa: “el que por medio de maniobra engañosa perturbe o impida votación pública relacionada con los mecanismos de participación democrática o el escrutinio de las mismas o la realización de un cabildo abierto incurrirá en prisión de 4 a 9 años”.

De lo anterior se infiere que son análogas las conductas en el sentido de que ambas exigen para su realización el elemento del engaño o maniobra engañosa, También son iguales en el entendido, de que una de las formas para impedir una votación es evitar que los electores concurren a las urnas.

4.2.4. Los que teniendo que leer y proclamar los nombres consignados en las células, leen y proclaman a sabiendas nombres distintos de los que están escritos en ellas.

La conducta anteriormente descrita, es atípica en el ordenamiento jurídico colombiano y goza de sentido que ello sea así, porque el hecho de decir o proclamar candidatos diferentes de los efectivamente electos no produce efecto jurídico alguno, pues como ya fue explicado en el capítulo II. de esta monografía, en el orden jurídico electoral lo que tiene incidencia en los resultados electorales, son las actas de escrutinio y el acto administrativo que declara la elección, que dicho sea de paso, siempre será escrito.

4.2.5. Los que, al hacer la suma de los votos obtenidos por cada uno de los elegidos, alteran maliciosamente su resultado numérico, en daño o provecho de un candidato.

En lo referente a esta conducta léase lo escrito en esta monografía en este mismo capítulo en lo referente a la falsedad ideológica.

4.2.6. Los que ejercen funciones de electores, sin haber sido nombrados, abusando de una nota de nombramiento perteneciente a otro individuo.

La conducta aquí descrita aplicada al orden jurídico penal colombiano, encaja perfectamente en la tipificada en el artículo 391 de la ley 599 del 2000 modificado por el artículo 41 de la ley 1142 del 2007, que expresa: “el que suplante a un ciudadano o 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 4 a 8 años”. Cabe anotar que de la redacción del tipo penal actual en el ordenamiento jurídico colombiano, se puede deducir, que el mismo es mucho más amplio que el consagrado por el jurista italiano, dado que para este solamente existía fraude electoral cuando era suplantado un ciudadano habilitado para votar mientras que en la redacción actual además de lo anterior se contempla el hecho de votar más de una vez o consignar votos sin tener derecho a ello.

4.3 CASUÍSTICA PARA DETERMINAR LAS IMPLICACIONES PRÁCTICAS EN LA APLICACIÓN DEL DELITO DE ALTERACIÓN DE RESULTADOS ELECTORALES

4.3.1. Casuística.

4.3.1.1. Caso 1:

Pedro y Juan son candidatos para las elecciones a Alcaldía de Cartagena. Margarita quien es miembro del partido conservador, en la calidad de jurado de votación presidente de la mesa 05, del puesto de votación de Chambacú, decide modificar el E-14 de su mesa para favorecer a su compañero de partido Pedro, dándole 50 votos más de los que este efectivamente obtuvo en las urnas, haciendo de esta manera ganar a Pedro en su mesa, por encima del candidato Juan quien era el real ganador. ¿De qué delito, será responsable margarita?

Respuesta:

La conducta de margarita encaja en el delito de falsedad ideológica agravada por el uso del documento y no en alteración a los resultados electorales. Lo anterior es así dado que el delito del artículo 286 de la ley 599 del 2000 posee mayor pena que el delito contenido en el artículo 394 del mismo cuerpo normativo, quien además

de poseer menos pena, por su estructura subsidiaria imposibilita su aplicación. Se tipifica la falsedad ideológica de documento público agravada por el uso porque los E-14 como ya se expresó, es documento público y su falsedad será ideológica dado que los jurados de mesa son las personas que por ley tienen la función de elaborarlos, además será agravada por el uso, pues el jurado de mesa tal como se expresa en su manual de funciones deben entregarle los E-14 a los claveros, lo que implica necesariamente la utilización del instrumento.

4.3.1.2. Caso 2:

Marcos quien era clavero para las elecciones del 2011 donde se escogerían los representantes de los consejos distritales, municipales, la juntas administradoras locales, los miembros de las asambleas departamentales, los alcaldes y gobernadores, recibe de Manuel candidato al consejo distrital de Cartagena por el partido X, \$50.000.000 de pesos para que este le ayude a quedar electo concejal.

Al recibir Marcos de los jurados de mesa el formulario E-14 debidamente diligenciado y firmado por estos, decide realizar en estos documentos unas pequeñas modificaciones que permitan que su amigo Manuel quede elegido; de esta forma por ejemplo en la mesa 10, donde Manuel obtuvo 50 votos Marcos modifica en E-14 para convertir el número 50 en 500 votos, permitiéndole ser electo concejal. ¿De qué delito, será responsable Marcos y Manuel?

Respuesta:

La conducta de Manuel, encaja perfectamente en el artículo 407 de la ley 599 de 2000.

La conducta de marcos aquí descrita, se tipifica en el delito falsedad material agravada por el uso del documento y por su condición de servidor público en concurso con fraude procesal y cohecho propio, mas no alteración a los resultados electorales. Lo anterior es así, porque este concurso de tipos penales posee mayor pena que el delito contenido en el artículo 394 de la ley 599 del 2000., el cual además de poseer menos pena por su estructura subsidiaria imposibilita su aplicación. Se resuelve el caso en este concurso de tipos porque, no cabe la menor duda de que la conducta realizada por el clavero de modificar los E-14 es una alteración en la materialidad o cuerpo del documento; es agravada por el uso porque el clavero tiene entre sus funciones la de entregar el E-14 a los miembros de las comisiones respectivas (comisión escrutadora municipal), y este tipo penal a la vez concursa con el fraude procesal dado que al declararse la elección del candidato en el acto administrativo correspondiente, se está llevando a error a los miembros de las comisiones municipales o distritales para obtener un acto administrativo espurio en su integridad, el delito de cohecho propio consagrado en el artículo 405 de la ley 599 del 2000, también se aplica en este caso, dado que Marcos al recibir de Manuel dinero para hacer un acto totalmente contrario a su función de custodia del material electoral, incurre en este tipo penal.

4.3.1.3. Caso 3:

Camilo quien trabajo para la empresa Z, encargada de hacer los tarjetones y demás documentos electorales, y quien conoce los modelos de tarjetones para las elecciones a presidencia de la república, decide aliarse con Sandro candidato a la presidencia.

Camilo Fabrica tarjetones idénticos a los que serán utilizados el día de las elecciones, pero olvida firmarlos donde le correspondería hacerlo al jurado de mesa, no obstante, los marca todos con el número que corresponde a Sandro.

Sandro le paga a los sufragantes para que el día de las elecciones metan en las urnas los tarjetones marcados que le favorecen y saquen los tarjetones que recibieron del jurado de mesa.

Respuesta:

En este caso, la conducta de camilo es atípica, porque creo un documento que no es idóneo para engañar ello es, porque al carecer de las firmas de los jurados no puede obtener nunca la apariencia de documento público y no puede servir de prueba.

Sandro, comete el delito de corrupción al sufragante en concurso con falsedad por destrucción, supresión u ocultamiento de documento público en calidad de determinador. No obstante que el tarjetón por el entregado a los electores carezca de idoneidad para producir el engaño, pues este con su actuar genera que los ciudadanos habilitados para votar se abstengan de hacerlo puesto que con el solo hecho de concurrir a las urnas a llevar este documento se imposibilitan para ejercer su derecho al sufragio.

Los electores cometen el delito de falsedad por destrucción, supresión u ocultamiento de documento público en concurso con corrupción al sufragante. Porque al sustraer el documento debidamente firmado por los jurados incurrir en tal falsedad, en el sentido que el tarjetón ostentaba la calidad de documento público y al recibir de Sandro el dinero comenten la corrupción al sufragante.

Variación caso 3:

Sandro, con los tarjetones firmados por los jurados de mesa, que fueron sacados por los primeros sufragantes, los marca a su favor y le paga a nuevos sufagantes para que lo depositaran en las respectivas mesas.

Respuesta:

Sandro comete el delito de falsedad material en documento público agravada por el uso en calidad de determinador en concurso con corrupción al sufragante. Ello es así porque al suplantar la voluntad popular en esos tarjetones legalmente suscritos por los jurados de mesa, se está creando el documento público y al

solicitarle al elector que los introduzca en las urnas lo está usando, en calidad de determinador. La conducta anterior concursa con la corrupción al sufragante porque éste le paga un dinero a los electores para que introduzcan en las urnas los tarjetones previamente falsificados.

Los electores cometen el delito de uso de documento público falso en concurso con corrupción al sufragante inciso 3. Ver art. 291 y 390 de la ley 599 del 2000, y el art. 54 de la ley 1142 del 2007.

4.3.1.4. Caso 4:

Lucas quien tiene el cargo de clavero, inconforme con los resultados de las votaciones decide quemar los E-14 y los tarjetones para que nadie conozca quien fue el candidato ganador.

Respuesta:

Lucas incurre en el delito de falsedad por destrucción, supresión u ocultamiento de documento público agravada por ser la conducta cometida por un servidor público.

4.3.1.5. Caso 5:

Juan, en su calidad miembro comisión escrutadora de municipio de Cartagena, para las elecciones a cámara de representantes del año 2010, al realizar los escrutinios de la respectiva corporación, altera deliberadamente un documento E-24, para favorecer a un candidato. La alteración consistió en que de acuerdo al E-14 de la única mesa del respectivo puesto de votación el candidato A saco 3 votos y mientras que al confeccionar el E-24 del mismo puesto a dicho candidato A le aparecen 103 votos.

Este E-24 alterado sirve para la confección del E-26 del municipio y el posterior acto administrativo declaratorio de la elección; no obstante lo anterior a la comisión escrutadora del municipio de Cartagena conformada por Pedro, Juan y María, se le elevo la reclamación correspondiente en la oportunidad legal para el efecto para subsanar irregularidad efectuada por Juan, pero ésta comisión no le dio trámite a la reclamación y no dejó constancia de la misma en el acta general de escrutinio. ¿Qué delitos comete Juan, y los miembros de la comisión?

Respuesta:

Juan comete el delito de falsedad ideológica agravada por el uso, porque ese documento E-24 se usó para el confeccionar el E-26 y el posterior acto administrativo declaratorio de la elección, en concurso con fraude procesal porque se obtuvo un acto administrativo espurio en su integralidad y prevaricato por

omisión al no darle trámite a la reclamación interpuesta ante la comisión en la oportunidad legal para el efecto, desconociendo el mandato legal del artículo 164 del decreto 2241 de 1986.

Pedro y María, responden por el delito de prevaricato por omisión por lo anteriormente expuesto.

4.3.2. Propuesta para la solución del problema jurídico.

Para solucionar el problema planteado respecto de la inaplicabilidad del delito de alteración de resultados electorales dada su naturaleza subsidiaria, son dos las soluciones para este conflicto, la primera; consiste en aumentarle la pena de este delito. La segunda; en modificar su estructura convirtiéndolo en un tipo penal principal, eliminando el ingrediente de la subsidiariedad contenido en el mismo.

En cuanto a la primera solución de aumentar la pena, sería una propuesta paliativa y no definitiva para resolver el problema planteado, en tal virtud, que si existe una reforma normativa que aumente también las penas de los delitos de falsedad contra el bien jurídico de la fe pública ocurriría exactamente lo que hoy ocurre y que fue objeto de nuestra investigación.

Caso muy diferente sería que se modificara la estructura del tipo y se eliminara el componente de la subsidiariedad, convirtiéndolo así en un tipo penal principal, como ocurrió en Colombia durante un tiempo. En ese sentido se cumpliría el fin propuesto por el legislador con la creación del delito consagrado en el artículo 394 de la ley 599 de 2000, y es que proteja el bien jurídico de los mecanismos de participación democrática, que por ser subsidiario el delito, hoy día no cumple con dicho fin.

Finalmente, consideramos que sería más útil y eficaz en nuestro orden jurídico penal la segunda solución al problema, porque esta lo resuelve de fondo.

5. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL, PROCESO NO. 26.470, DEL PRIMERO (1) DE AGOSTO DEL 2008, MAGISTRADO PONENTE SIGIFREDO ESPINOZA PÉREZ.

5.1 ANÁLISIS CONCEPTUAL

5.1.1. Identificación de la providencia.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Proceso No. 26.470, del primero (1) de Agosto del 2008, magistrado ponente **SIGIFREDO ESPINOZA PÉREZ.**

5.1.2. Actuación procesal.

Mediante decisión del 28 de noviembre de 2006 se dio inicio a la investigación y se vinculó a los Representantes a la Cámara por el departamento del Magdalena Jorge Luis Caballero Caballero y Alfonso Campo Escobar, así como también a los Senadores Dieb Maloof Cuse, LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE, Mauricio Pimiento Barrera y Álvaro Araújo Castro, a quienes el 15 de febrero de 2007 se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación.

En el curso de la instrucción varios de ellos renunciaron a su investidura, salvo los doctores LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE, Mauricio Pimiento Barrera y Dieb Maloof Cuse, contra quienes el 9 de agosto de 2007 se profirió resolución de acusación. Al Senador Vives Lacouture se le imputó la posible comisión de los delitos de concierto para delinquir agravado (art. 340 inciso 2°), constreñimiento al sufragante (art. 387) y alteración de resultados electorales (art. 394).

La acusación cobró ejecutoria el 4 de octubre de 2007, cuando la Sala negó el recurso de reposición interpuesto por la defensa de los acusados.

Se dio inicio al juzgamiento de los senadores VIVES LACOUTURE y Pimiento Barrera, pues Maloof Cuse renunció a su condición de congresista. Superada la audiencia preparatoria y en el curso de la audiencia pública se decretó el rompimiento de la unidad procesal, motivo por el cual esta sentencia únicamente cobija al primero.

Previo a la audiencia pública, conforme a lo ordenado en la preparatoria y en lo que interesa estrictamente a esta actuación, se trasladó copia del acta de aceptación de cargos y sentencia anticipada del ex Representante a la Cámara Alfonso Campo Escobar y del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses se recibió copia del dictamen psiquiátrico practicado al señor Rafael Enrique García Torres.

Mediante certificación jurada rindieron declaración el doctor José Alfredo Escobar Araújo y el senador Miguel Pinedo Vidal.

En la audiencia pública se escuchó a los comandantes de las AUC Hernán Giraldo Serna e Iván Roberto Duque Gaviria; al ex alcalde de Santa Marta José Francisco Zúñiga Riascos; a la líder comunitaria de la Sierra Nevada de Santa Marta Magali Patricia Ortiz Ríos; al ex concejal de la misma ciudad Héctor Ignacio Rodríguez Acevedo; al poligrafista Manuel Novoa Bermúdez y a Sandra Rubiano, Gabriel Antonio Carrero Torres, Saúl Severini Caballero, José del Rosario Gamarra Sierra, Gustavo Castro Guerrero y, de nuevo, a Rafael García Torres.

Terminada la audiencia pública, a la que no fue posible lograr la comparecencia de José María Barrera (a. Chepe Barrera) y Juan Barrera Prada, pasa la Sala a proferir el fallo que corresponda.

5.1.3. Hechos relevantes.

- 5.1.3.1.** Como parte de la confederación de grupos armados al margen de la ley que con ocasión de las aproximaciones con el Estado estratégicamente se presentaron ante el país como las “Autodefensas unidas de Colombia”, el “Bloque Norte” de las Autodefensas campesinas de Córdoba y Urabá comandado por Rodrigo Tovar Pupo, alias “Jorge 40”, se asentó, entre otras regiones de la Costa Atlántica, en buena parte del departamento del Magdalena.
- 5.1.3.2.** Al igual que otros grupos de autodefensa, el de “Jorge 40”, primero mediante la violencia, impuso en algunos espacios geográficos de la costa Caribe sus propias “normas” bajo el falso supuesto de que lo hacía en defensa del Estado Constitucional, y luego con ese pretexto incidió mediante los llamados “acumulados de solidaridad comunitaria” en la construcción del tejido social, definiendo propósitos que acomodó a sus particulares criterios.
- 5.1.3.3.** Desde antes de 2002 las autodefensas con influencia en el departamento del Magdalena delinearon un plan de expansión a través

del cual pretendían posicionar a sus miembros y aliados en diversos niveles de la administración pública y en cargos de elección popular, empeño en el cual los políticos asumieron su actividad con el aval de los agentes armados, como lo hizo LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE, a quien el grupo ilegal apoyó en su aspiración al Senado de la República en el año 2002.

- 5.1.3.4.** Con ese poder, la incidencia en los espacios políticos comenzó a manifestarse en la elección de las autoridades locales y después en las nacionales, sobre todo en la contienda para Congreso de la República del año 2002, en las cuales las autodefensas dividieron el departamento del Magdalena en tres secciones para garantizar que la fórmula para Senado encabezada por LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE resultara beneficiada con los votos de los ciudadanos de los municipios del sur de ese departamento, de acuerdo con un programa fundado en el constreñimiento al elector y en la alteración de los resultados electorales.
- 5.1.3.5.** Se toma como fundamento para la imputación del senador LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE., Por los delitos de concierto para delinquir agravados y alteración a los resultados electorales, el informe de justicia y paz, junto con la declaración de Rodrigo Tovar Pupo alias “Jorge 40” en la cual manifestó que al menos el 70 % del territorio del Magdalena fue dominado militarmente por las autodefensas, que pretendieron luego afianzar su dominio a través de los llamados acumulados de solidaridad comunitaria.
- 5.1.3.6.** Se toma como fundamento para la imputación los testimonios de Joaquín José Vives Pérez y Rafael García Torres en los que se menciona la división en distritos electorales del departamento del Magdalena para las elecciones de congreso en el año 2002 y las candidaturas únicas para ciertos cargos de elección popular como prueba de la manifestación del poder paramilitar, que no fue exclusivo de “Jorge 40” sino también de Hernán Giraldo Serna, jefe del frente Tayrona.

5.1.4. Aspecto jurídico considerado.

Libertad

5.1.5. Partes (actuación procesal).

5.1.5.1. Sujeto Activo.

Corte suprema de justicia sala de casación penal

5.1.5.2. Sujeto Pasivo.

Luis Eduardo Vives Lacouture

5.1.6. Problema jurídico.

¿Es responsable el senador Luis Eduardo Vives Lacouture por la comisión de los delitos de alteración a los resultados electorales, concierto para delinquir agravado y constreñimiento al sufragante en el departamento del magdalena durante el proceso de elección del congreso de la república en el año 2002?

5.1.7. Tesis.

5.1.7.1. Corte Suprema de Justicia Sala Penal: NO

5.1.8. Explicación de la tesis.

La Corte Suprema de Justicia en mérito de lo expresado a lo largo de toda la providencia consideró relevar y absolver a Luis Eduardo Vives Lacouture del cargo de constreñimiento al sufragante por el cual había sido convocado a juicio; en virtud, que en el acervo probatorio contenido en el expediente de la referencia fue imposible la demostración de la responsabilidad en la comisión de este delito. Así las cosas, queda claro que la respuesta de la tesis ha de ser negativa frente al problema jurídico planteado pues el sujeto solo es condenado por los delitos de concierto para delinquir agravado en concurso con alteración a los resultados electorales.

5.1.8.1. En lo referente al cargo del delito de **concierto para delinquir agravado** la Corte Suprema de Justicia sala Penal consideró lo siguiente:

5.1.8.1.1. *Las cifras electorales, además de su importancia para estructurar la tipicidad de los delitos contra los mecanismos de participación democrática, son prueba evidente del concierto para delinquir agravado, ya que es insostenible que la división en distritos electorales se haya realizado solamente para favorecer unas opciones políticas y no para promover a un grupo ilegal con pretensiones de afianzar su incidencia en*

espacios políticos que ya había alcanzado mediante el control de las autoridades locales y regionales.

- 5.1.8.1.2.** *En efecto, la cadena de indicios convergentes y unívocos que se infieren de hechos debidamente probados, tales como la sectorización del departamento en tres zonas electorales y los pactos entre políticos y autodefensas, no dejan duda de los acuerdos entre el Bloque Norte y el senador **VIVES LACOUTURE** para promover al grupo ilegal, como pasa a verse.*
- 5.1.8.1.3.** *Según lo expresó Rafael García Torres¹⁸¹, las candidaturas únicas en los municipios de Ariguaní y Tenerife con ocasión de las elecciones de autoridades locales en el año 2000, son la manifestación de la influencia alcanzada en el departamento del Magdalena por el Bloque Norte de las autodefensas y muestra de la evidente decisión de “Jorge 40” de incursionar en la actividad política, constituyéndose ese hecho en el primer paso de la consolidación política del aparato militar de los bloques sur, centro y de la ribera occidental del río de la Magdalena, que llevan a la organización a fijarse el propósito de alcanzar tres escaños en Senado y Cámara en las elecciones de 2002.*
- 5.1.8.1.4.** *Con ese fin, “Jorge 40” crearía el Movimiento de la Provincia Unida y se acercaría a Alfonso Campo Escobar y Jorge Castro Pacheco, políticos del Magdalena, paso necesario para que **LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE** y Salomón Saade aceptaran esa propuesta, propiciando que las autodefensas y la clase política definieran candidaturas e integraran las siguientes fórmulas: **VIVES LACOUTURE** y Campo Escobar por el sur, Dieb Maloof y José Gamarra Sierra por el centro y Salomón Saade y Jorge Luis Caballero por la ribera occidental del río de la Magdalena, a cambio de que cada uno de los candidatos al Senado hicieran aportes al Bloque Norte en cuantía de ochocientos millones de pesos y de cuatrocientos millones los aspirantes a la Cámara, como lo expresó García Torres a partir de lo que José Gamarra y Jorge Castro Pacheco le comentaron en su oportunidad.*
- 5.1.8.1.5.** *Para garantizar tanto la expansión del grupo paramilitar como la elección de sus aliados, García Torres aceptó que por encargo de “Jorge 40” fue él quien diseñó los mecanismos para asegurar la votación de los distintos candidatos del grupo armado, trabajo para el cual se valió de la ayuda de Enrique Osorio de la Rosa, funcionario de la Registraduría Municipal, quien se encargó de conseguir los censos electorales de los departamentos del Magdalena, Guajira y Cesar, documentos indispensables para crear un listado de votantes por puesto, zona, mesa, municipio o departamento, el que fue entregado en octubre de ese mismo año al jefe paramilitar por Gamarra Sierra y Osorio en una finca de Sabanas de San Ángel.*
- 5.1.8.1.6.** *Con ese mismo propósito, García Torres y Osorio de la Rosa explicaron a potenciales jurados la manera como se consolidaría el fraude, trabajo en el cual los jurados, de ser el caso, entre otras posibilidades, debían estar en condiciones de sustituir los votos depositados por candidatos distintos a los definidos por el Bloque Norte en cada sección del departamento por tarjetones marcados con los candidatos señalados por la organización armada ilegal. Para que nada pudiera afectar ese propósito, en una reunión con los Registradores de casi todos los municipios en el restaurante La Gran Muralla de Santa Marta, Osorio de la Rosa les pidió designar como jurados de votación a las personas sugeridas por los candidatos, en el entendido que sabían de donde provenía la orden.*

¹⁸¹ Declaración del 21 de noviembre de 2006, fl. 127 c. 11.

- 5.1.8.1.7.** *Aun cuando Enrique Osorio de la Rosa refuta al principal testigo y “Jorge 40” niega su participación en procesos electorales, porque en su criterio el trabajo político de las autodefensas le permitió crear una opinión popular mediante los llamados “acumulados solidarios comunitarios”, lo cierto es que la declaración de García Torres se corrobora con datos objetivos, los cuales muestran que el comportamiento electoral en el departamento del Magdalena para los comicios de 2002 fue consecuencia de la alteración de los resultados y no de la unión de fuerzas pluripartidistas como lo aduce la defensa, debido a que de haber ocurrido así es incomprensible que otras fórmulas no alcanzaran una significativa votación en la zona donde él la obtuvo y que abandonara aquellas en las que en otras épocas fue respaldado, para en su lugar, contradiciendo toda regla de la experiencia, “jugar su suerte y su futuro político” en un escenario geográfico al que por primera vez se aproximaba.*
- 5.1.8.1.8.** *En ese sentido, la revisión de los guarismos en los tres últimos procesos electorales confirma que la división del departamento por ese grupo ilegal para favorecer determinadas fórmulas políticas fue un hecho cierto y no una invención de García Torres. En efecto, en las elecciones de 1998 en los municipios de Santa Ana, Pijiño del Carmen, San Zenón, San Sebastián de Buena Vista, Guamal y El Banco que pertenecen al sur del departamento, entre los aspirantes del Magdalena al Senado de la República el doctor **VIVES LACOUTURE** obtuvo **2.477** votos frente a 6.539 votos de Enrique Rafael Caballero, 4.140 votos de Micael Segundo Cotes y 3.803 votos de Miguel Pinedo Vidal.¹⁸²*
- 5.1.8.1.9.** *En cambio, en las elecciones de 2002, en esas mismas poblaciones y en las de Nueva Granada y Santa Bárbara de Pinto, que integran el llamado distrito sur del Magdalena, el senador **VIVES LACOUTURE**¹⁸³ obtuvo **32.543** votos frente a 513 votos de Miguel Pinedo Vidal¹⁸⁴, cuya votación fue la segunda entre los demás candidatos del país a ese Cuerpo Legislativo. En esa misma región, en el debate electoral de 2006 el congresista procesado obtuvo **4.361** votos, lo que significa que entre una elección y otra su potencial disminuyó **28.182** votos, no obstante que su votación total en el Magdalena fue superior en 1.037 votos a la obtenida en marzo de 2002.¹⁸⁵*
- 5.1.8.1.10.** *Ni la mayor concentración de sus esfuerzos en la capital del departamento en 1998, ni su exclusiva dedicación al sur en el 2002, ni el abandono de esta región por las alianzas con otros municipios, ni su expulsión del “partido de la U” en el 2006, como lo quiso mostrar la defensa, explican suficientemente los cambios de su votación en esos procesos electorales, razón por la cual la teoría del fraude a que hace referencia Rafael García Torres se ofrece incontrovertible. Claro, porque es incomprensible que el senador **VIVES LACOUTURE** hubiese abandonado un trabajo político que le representó el 68.09% de su votación en el departamento y desperdiciara ese importante caudal electoral del sur –32.543 votos-.*

¹⁸² Elecciones de Senado período constitucional 1998-2002, datos oficiales de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

¹⁸³ Según Rafael García Torres, este distrito le fue asignado por las autodefensas al Senador fl. 127 c. 11.

¹⁸⁴ Datos oficiales de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

¹⁸⁵ En el departamento del Magdalena **VIVES LACOUTURE** obtuvo 47.794 votos en las elecciones de 2002 y 48.831 votos en las del 2006, según datos oficiales de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

- 5.1.8.1.11.** *En ese orden, las cifras reflejan un comportamiento electoral anormal en la campaña de 2002 que sólo encuentra explicación posible en los acuerdos de algunos políticos del Magdalena con el Bloque Norte de las autodefensas, mediante el cual se dividió el departamento en tres zonas o distritos electorales para asegurar la elección al Senado de la República de quienes hicieron parte de los mismos, como efectivamente ocurrió.*
- 5.1.8.1.12.** *Esta conclusión se reafirma con el convenio político hallado dentro de los documentos encontrados en la caleta de “Jorge 40”¹⁸⁶ y del cual se evidencia sin esfuerzo alguno que los municipios del distrito centro¹⁸⁷ fueron asignados a un candidato distinto al doctor **VIVES LACOUTURE**, como quiera que en ellos únicamente obtuvo **155** votos frente a **37.443** sufragios alcanzados por el doctor Dieb Maloof en esa misma zona.*
- 5.1.8.1.13.** *Todavía más: en los comicios de 2002, la concentración electoral fruto del acuerdo con las autodefensas al mando de “Jorge 40” también se presentó en las poblaciones de Plato, Sitionuevo, El Piñón, Cerro de San Antonio, Concordia, Pedraza y Tenerife, ubicadas en la zona ribereña del río Magdalena, en las cuales el senador **VIVES** obtuvo **116 votos** contra los **37.811** alcanzados por Salomón Saade.*
- 5.1.8.1.14.** *De manera que un comportamiento electoral como el registrado en esos tres distritos, contrario a lo que sostienen la defensa y el politólogo Gustavo Castro Guerrero, no lo explican las alianzas entre políticos y partidos, porque no está demostrado que en virtud de ellas se hayan dado concentraciones de esa naturaleza. En efecto, en las elecciones de 2006 en ninguno de los municipios de Magdalena, incluida su capital, las listas de partidos o movimientos que participaron obtuvieron porcentajes iguales al 68%¹⁸⁸ del total de la votación en cada uno de ellos; mientras que en el 2002, en los municipios del sur, con excepción de El Banco, la del doctor **VIVES** fue superior al 71%; la de Dieb Maloof Cuse al 78% en los del centro y con excepción de Sitio Nuevo, la de Salomón Saade al 69% en los de la zona ribereña.*
- 5.1.8.1.15.** *Si ninguna tesis explica coherente y suficientemente semejantes resultados electorales, entonces la versión de García Torres adquiere solidez y de allí se puede inferir, aún cuando haya manifestado su sorpresa al ver al doctor **VIVES LACOUTURE** respaldando a Alfonso Antonio Campo Escobar, que si él diseñó un programa para consolidar el proyecto de las autodefensas en el Magdalena y en particular para concretar unos resultados a favor de la dupla conformada por los doctores Dieb Maloof y Gamarra Sierra, es porque igualmente se hizo lo mismo en otros distritos, con la obvia aquiescencia de los beneficiados.*
- 5.1.8.1.16.** *Como se comprende, la explicación de los guarismos electorales realizada por el testigo tiene un apoyo objetivo incontrovertible, que se manifiesta en la distribución de las zonas electorales como consecuencia de un acuerdo previo con el grupo armado, pues si se analiza la dinámica y el comportamiento electoral en los distintos procesos políticos en los que participó el doctor **VIVES LACOUTURE**, perfectamente se puede destacar que el favor casi unánime obtenido en el sur, zona en donde jamás había realizado un trabajo político, sólo puede ser explicado como consecuencia del fraude a*

¹⁸⁶ Diligencia de inspección judicial al proceso 86.776 adelantado por la Fiscalía 5 Especializada de Santa Marta, fl. 227 c. 3.

¹⁸⁷ Pivijay, Ariguaní, Chivolo, Remolino, Sabanas de San Ángel, Salamina, Zapayán y Algarrobo.

¹⁸⁸ De 30 municipios, en sólo 10 -Algarrobo, Ariguaní, Nueva Granada, Cerro de San Antonio, Pedraza, Sabanas de San Ángel, El Piñón, Concordia y Zapayán- la votación por listas con voto preferente superó el 50%.

que alude García Torres, en cuyo diseño fue vital su participación y la decisión de las autodefensas.

- 5.1.8.1.17.** *En efecto, aun cuando al testigo no le correspondió ejecutar la manipulación de la voluntad ciudadana en la zona sur, sí estuvo pendiente del trabajo para favorecer a Dieb Maloof en el centro del departamento, como en efecto ocurrió, garantizando que un ciudadano que de igual manera no había realizado antes ningún trabajo político en esa región, obtuviera porcentajes de votación que alcanzaron niveles de aceptación casi unánimes.*
- 5.1.8.1.18.** *En consecuencia, si el dato objetivo de las votaciones acredita que en el departamento del Magdalena se repartieron las regiones entre tres parejas de candidatos a Senado y Cámara, y el “Convenio de Santa Marta” revela que la asignación de la zona central fue hecha por “Jorge 40”, es forzoso concluir que las otras dos –una de las cuales les fue entregada a los doctores **VIVES LACOUTURE** y Campo Escobar- corresponden a un mismo plan de apoderamiento paramilitar.*
- 5.1.8.1.19.** *Como se ve, la prueba es incontrovertible para sostener que el doctor **VIVES** incurrió en el delito de concierto para delinquir agravado, tanto por el favorecimiento electoral como por los documentos que demuestran la influencia paramilitar en el departamento y por los testigos que la confirman, todo lo cual no puede ser explicado con el argumento según el cual el senador fue engañado por su fórmula política, por la simple y llana razón de que nadie con su experiencia en estas materias puede asumir sorpresa frente a la unanimidad con que fue favorecido.*
- 5.1.8.1.20.** *Como si eso no fuese suficiente, el doctor César Gaviria Trujillo percibió directamente la dificultad para ejercer la política en el departamento del Magdalena por la presencia paramilitar, lo cual reafirma que tanto unanimismo a favor de un candidato únicamente es explicable si se contaba con el apoyo previo de la organización ilegal. Si así es, el respaldo en una zona geográfica concreta sólo puede ser la expresión del acuerdo ilícito, que a su vez implica el reconocimiento y la expansión de las autodefensas como expresión de la necesaria promoción que surge del acuerdo bilateral, que es justamente lo que sanciona el inciso 2º del artículo 340 del Código Penal de 2000.*
- 5.1.8.2.** En lo referente al cargo del delito de **Alteración a los Resultados Electorales** la Corte Suprema de Justicia sala Penal consideró lo siguiente:
- 5.1.8.2.1.** *La división del departamento del Magdalena en “distritos electorales” no ofrece discusión. Así, mientras el senador **LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE** obtuvo en la zona sur del departamento 37.500 votos para Senado, en la central 500 y en la ribereña 600, Dieb Maloof, integrante de otra de las fórmulas, obtuvo en el centro 37.443, en el sur 141 y en la ribera 563 votos. Eso implica que en los ocho municipios que conformaban la zona sur, frente a otras opciones, **VIVES** obtuvo una votación cercana a la unanimidad.*
- 5.1.8.2.2.** *En efecto, resulta inexplicable que el senador **VIVES LACOUTURE** sólo hubiese obtenido el respaldo electoral de los municipios del sur del departamento del Magdalena en las elecciones de 2002 y que ese “apoyo” se haya diluido en las siguientes elecciones, lo que lógicamente no corresponde a la regla general de la experiencia en estas materias. Por lo tanto, ese irregular comportamiento electoral sólo*

se puede explicar cómo el resultado de un fraude, en cuya demostración la declaración de Rafael García Torres es esencial.

- 5.1.8.2.3.** *En ese sentido, se debe tener en cuenta que desde el punto de vista de los amplificadores del tipo penal, tanto comete el delito de alteración de resultados el que ejecuta la conducta como quien determina su realización, lo cual en el caso del doctor VIVES LACOUTURE, por lo que se ha visto, se logró a través de medios distintos al constreñimiento.*
- 5.1.8.2.4.** *Siendo esa la situación probatoria, es imposible admitir que la votación del doctor VIVES LACOUTURE fuese consecuencia de los acuerdos políticos con líderes regionales, pues la regla general de la experiencia indica que esos convenios no conducen a niveles cercanos a la unanimidad, lo cual por demás no es un asunto que sea exclusivo de los resultados de la zona sur del departamento, sino que es igualmente predicable de otras regiones en donde fueron favorecidas otras fórmulas políticas, las que según la explicación del doctor VIVES serían consecuencia de pactos similares, cuando lo que se ha demostrado es que fueron fruto del consenso con fuerzas ilegales.*
- 5.1.8.2.5.** *En consecuencia, al estar probado, como lo exige el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal la responsabilidad del procesado, la Sala condenará al doctor VIVES LACOUTURE por la comisión de los delitos de concierto para delinquir agravado y alteración de resultados electorales.*

5.1.9. Método.

Sociológico

- 5.1.10. Salvamento de voto.** No tiene

5.2 ANÁLISIS CRÍTICO

En el presente acápite analizaremos la providencia en lo referente al delito de Alteración a los Resultados electorales; en lo que respecta al concierto para delinquir lo tocaremos someramente dada su íntima relación con el delito contra los mecanismos de participación democrática referido.

- 5.2.1.** Como fue señalado anteriormente, el fundamento de la condena al ex senador **EDUARDO VIVES LACOUTURE** por del delito de Alteración de los Resultados Electorales, es el testimonio de García Torres y Osorio de la Rosa en el cual manifestaron que el fraude o alteración de los resultados electorales, expresado en el proceso en comento consistió en explicarles a potenciales jurados como se iba a fraguar tal conducta punible, trabajo en el cual, los jurados, de ser el caso, entre otras posibilidades, debían estar en condiciones de sustituir los votos

depositados por candidatos distintos a los definidos por el bloque norte de los paramilitares en el Magdalena en cabeza de “Jorge 40” por tarjetones marcados con los candidatos señalados por la organización armada ilegal.

A nuestro parecer, la analizada providencia yerra en el sentido en que considera que las conductas descritas por los testigos constituyen el delito de alteración a los resultados electorales, como pasa a verse.

Es menester recordar que el delito de alteración de los resultados electorales es un delito subsidiario en el sentido de que éste, es sancionado siempre y cuando la conducta contenida en el mismo no sea sancionada por otro delito que ostente mayor pena. Así las cosas las conductas descritas por García Torres e impartidas a los jurados para cometer el fraude se adecuan típicamente al delito de falsedad ideológica, agravada por el uso, en la calidad de determinador, toda vez que para que el jurado pueda introducir el tarjetón en la urna y así cumplir con lo pactado con la organización armada ilegal es menester la existencia previa de tal instrumento público (tarjetón) a introducir; y como es el jurado el único que con su firma le da legitimidad y validez a este documento, es éste, para el caso en referencia quien comete tal delito; esto es, la falsedad ideológica, que se agravará por el uso al momento en que los jurados introduzcan los tarjetones en las urnas.

No obstante al ser la falsedad ideológica agravada por el uso, un delito sancionado con pena mayor que el de alteración a resultados electorales, la eventual imputación, acusación y condena emanada del testimonio de García Torres al senador Luis Eduardo Vives Lacouture debió ser por el delito de falsedad ideológica agravada en calidad de determinador.

- 5.2.2.** Establece la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, que la declaración de García Torres se corrobora con datos objetivos, los cuales muestran que el comportamiento electoral en el departamento del Magdalena para los comicios de 2002 fue consecuencia de la alteración de los resultados y no de la unión de fuerzas pluripartidistas como lo aduce la defensa, debido a que de haber ocurrido así es incomprensible que otras fórmulas no alcanzaran una significativa votación en la zona donde él ex senador **VIVES** la obtuvo y que abandonara aquellas en las que en otras épocas fue respaldado, para en su lugar, contradiciendo toda regla de la experiencia, “jugar su suerte y su futuro político” en un escenario geográfico al que por primera vez se aproximaba.

En ese sentido, la revisión de los guarismos en los tres últimos procesos electorales confirma que la división del departamento por ese grupo ilegal para favorecer determinadas fórmulas políticas fue un hecho cierto y no una invención de García Torres. En efecto, en las elecciones de 1998 en los municipios de Santa Ana, Pijiño del Carmen, San Zenón, San Sebastián de Buena Vista, Guamal y El Banco que pertenecen al sur del departamento, entre los aspirantes del Magdalena al Senado de la República el doctor VIVES LACOUTURE obtuvo 2.477 votos frente a 6.539 votos de Enrique Rafael Caballero, 4.140 votos de Micael Segundo Cotes y 3.803 votos de Miguel Pinedo Vidal.

En cambio, en las elecciones de 2002, en esas mismas poblaciones y en las de Nueva Granada y Santa Bárbara de Pinto, que integran el llamado distrito sur del Magdalena, el senador VIVES LACOUTURE obtuvo 32.543 votos frente a 513 votos de Miguel Pinedo Vidal, cuya votación fue la segunda entre los demás candidatos del país a ese Cuerpo Legislativo. En esa misma región, en el debate electoral de 2006 el congresista procesado obtuvo 4.361 votos, lo que significa que entre una elección y otra su potencial disminuyó 28.182 votos, no obstante que su votación total en el Magdalena fue superior en 1.037 votos a la obtenida en marzo de 2002.

Ni la mayor concentración de sus esfuerzos en la capital del departamento en 1998, ni su exclusiva dedicación al sur en el 2002, ni el abandono de esta región por las alianzas con otros municipios, ni su expulsión del “partido de la U” en el 2006, como lo quiso mostrar la defensa, explican suficientemente los cambios de su votación en esos procesos electorales, razón por la cual la teoría del fraude a que hace referencia Rafael García Torres se ofrece incontrovertible. Claro, porque es incomprensible que el senador VIVES LACOUTURE hubiese abandonado un trabajo político que le representó el 68.09% de su votación en el departamento y desperdiciara ese importante caudal electoral del sur –32.543 votos-.

En ese orden, las cifras reflejan un comportamiento electoral anormal en la campaña de 2002 que sólo encuentra explicación posible en los acuerdos de algunos políticos del Magdalena con el Bloque Norte de las autodefensas, mediante el cual se dividió el departamento en tres zonas o distritos electorales para asegurar la elección al Senado de la República de quienes hicieron parte de los mismos, como efectivamente ocurrió.

Esta conclusión se reafirma con el convenio político hallado dentro de los documentos encontrados en la caleta de “Jorge 40” y del cual se evidencia sin esfuerzo alguno que los municipios del distrito centro

fueron asignados a un candidato distinto al doctor VIVES LACOUTURE, como quiera que en ellos únicamente obtuvo 155 votos frente a 37.443 sufragios alcanzados por el doctor Dieb Maloof en esa misma zona.

5.2.3. Una de las principales divergencias que tenemos con la Corte Suprema de Justicia sala Penal, radica en que esta providencia rompe de forma grosera con lo establecido en el orden jurídico penal colombiano en varios aspectos, tanto de derecho sustantivo como procedimental; Los cuales pasaremos a explicar inmediatamente.

- Uno de los fundamentos de la Corte para declarar la culpabilidad del senador es que los testimonios de García frente a la responsabilidad del fraude se corroboran con datos objetivos; que no son otra cosa que el resultado de los comicios después de un proceso de escrutinio dirigido y ratificado por la máxima autoridad administrativa competente en la materia, ellos es, el Consejo Nacional Electoral. Establece el artículo 12 de la ley 599 del 2000 que esta proscrita y erradicada de orden jurídico penal toda forma de responsabilidad objetiva; hecho plausible que ese máximo tribunal de casación desconoció al proferir tan criticada providencia.
- Otro de los argumentos de tan distinguida corporación es que el doctor Vives Lacouture obtuvo 2.477 votos en el sur del departamento del magdalena para las elecciones al senado en el año de 1998; mientras que para la elecciones del 2002 en esa misma zona del departamento obtuvo 32.543 votos, finalmente para las contiendas electorales del 2006 en igual región geográfica obtuvo 4.331 votos al senado de la república. También deja sentado ese tribunal que como quiera que del testimonio de García Torres y del computador de “Jorge 40” se deja por probado que existió un fraude en el centro del magdalena es absolutamente incuestionable, irrevocable e irrefutable que igual comportamiento delictual y criminal ocurrió en el sur de ese departamento y del que se benefició tal como se refleja en los escrutinios de esos comicios el doctor Vives Lacouture. Para no entrar en imprecisiones de tipo conceptual y dogmática sea lo primero señalar que el delito de alteración de resultados electorales consagrado en el artículo 394 de la ley 599 del 2000 modificado por el artículo 42 de la ley 1142 del 2007, según su contenido, es un tipo penal de resultado, que exige para la comisión de la conducta punible que se dé una modificación del mundo exterior a través de una alteración, que no es otra cosa que cambiar, superponer, mutar, falsificar los resultados de unos comicios. En este orden de ideas, tal exigencia del legislador para

la realización del delito descrito no se ve reflejada ni probada en la providencia, pues jamás será de resultado el hecho de **inferir** que como quiera que se probó, un fraude en el centro del departamento del Magdalena y este estaba dividido en tres zonas o distritos electorales por los paramilitares, de ahí se deriva que también tuvo que existir tal fraude en el sur; y por ende el senador **LACOUTURE** al ser beneficiado electoralmente en los comisos en el año 2002 en esta zona del departamento, es directamente responsable de tal delito.

- Finalmente, el favor electoral del senador Vives Lacouture vertido en los comicios del 2002, es considerado por la Corte Suprema de Justicia en su providencia fruto de la teoría del fraude a que hace referencia Rafael García Torres y se ofrece incontrovertible. Porque es incomprensible que el senador Vives Lacouture hubiese abandonado un trabajo político que le representaba un caudal electoral de 32.543 votos. Nótese que el máximo tribunal tipifica un comportamiento político que no puede comprender. Lo que en la gradación probatoria se asemejaría a la duda, o tal vez al campo de la probabilidad, pero jamás a la certeza.

Dentro de la finalidad de prueba en el campo penal el artículo 7 inciso final y 381 de la ley 906 del 2004, conmina al juez que para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda, sin bien la preceptiva legal, habla de conocimiento más allá de toda duda y no de convencimiento hay que entender fácilmente que el legislador se está refiriendo al grado de conocimiento referente a la certeza, definido por el autor Fran Marino de Malatesta como el del triunfo definitivo de lo afirmativo en la mente del ser humano, mas no al grado antecedente del conocimiento llamado probabilidad, que es menor en la escala de la creencia, porque esté, si bien hay predominio de lo afirmativo sobre lo negativo, o vise versa, sin embargo, no se ubica en la inteligencia del juez más allá de toda duda como lo exige la ley¹⁸⁹.

Al ser incomprensible el comportamiento electoral en el departamento del Magdalena en los comicios del 2002 por parte del juzgador la consecuencia jurídica por lo anteriormente expresado es la absolución y no la condena como efectivamente ocurrió.

¹⁸⁹ TIRADO HERNÁNDEZ, Jorge. Curso de Pruebas Judiciales parte General Tomo I. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley Ltda., 2006. p. 173.

6. CONCLUSIÓN

Sin lugar a duda esta monografía tiene muchas conclusiones, de tipo sustancial como de tipo procedimental.

Sea lo primero señalar que tal cual como está redactado el tipo penal de alteración de resultados electorales, este no protege el bien jurídico que pretendió salvaguardar el legislador; no obstante lo anterior, las conductas descritas en este tipo, si son punibles por otros delitos y frente a bienes jurídicos distintos. Lo cual nos conduce a pensar, que el afán y diligencia del legislador para promulgar la norma, ha sido un esfuerzo inocuo y perdido, porque, el componente subsidiario contenido en el delito estudiado, al anular la posibilidad de establecer un concurso de tipos también anula su tipicidad, bajo la premisa que sí, y solo sí se podrá aplicar, el tipo penal del 394, si las conductas descritas en él, no son sancionadas por otros delitos que ostenten mayor pena.

Al hacer una lectura de la precitada norma penal, en principio, no habría problema, el conflicto surge en la medida en que sí existen delitos que ostentan mayor pena y que describen las conductas del 394, Así como también existen, concurrencias de conductas que se adecuan a la referida norma y que poseen mayor sanción punitiva.

Del capítulo uno podemos concluir que el la noción de delito que adopta la ley 599 del 2000 es una noción en cuanto a la tipicidad y la culpabilidad de carácter finalista pero en lo que tiene que ver con la antijuridicidad funcionalista por el concepto de bien jurídico. Es finalista el elemento de la tipicidad porque contiene el dolo y la culpa; lo que nos hace concluir que los tipos penales en este orden jurídico poseen unos elementos subjetivos que son el dolo y la culpa y unos objetivos o normativos. Frente a la teoría del concurso podemos decir que el concurso aparente, no es concurso, por ello la doctrina lo denomina falso concurso, además de lo anterior el principio de subsidiaridad que ayuda a establecer el concurso aparente o lo que es lo mismo a destruir el concurso de tipos.

Del capítulo segundo dimana que hay que distinguir entre el acto administrativo que declara la elección y los documentos que contienen los resultados electorales. En tal virtud el acto declarativo de la elección que dicho sea de paso, es un acto compuesto y definitivo, es él que puede ser objeto de declaratoria de nulidad en función del medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 de

la ley 1437 del 2011. No obstante lo anterior también debe ser demandado junto con los actos precedentes (E-14, E-24 y E-26 las actas de escrutinios proferidas por las respectivas comisiones), previo agotamiento del requisito de procedibilidad estatuido el artículo 139 de la misma obra. También es preponderante señalar en este capítulo que el tarjetón es documento público al ser suscrito por el jurado de mesa, pero se convierte en voto cuando un ciudadano expresa en el su voluntad de elegir a un candidato en cualquier cargo público de elección popular y que el jurado es un funcionario público investido de esta autoridad de forma transitoria, disciplinable además y sujeto cualificado para comisión del tipo de falsedad ideológica.

En el capítulo tres podemos concluir, que antes de la entrada en vigencia de la ley 599 del 2000 el bien jurídico tutelado era el sufragio, en la ley 599 los mecanismos de participación democrática. Que la sanción punitiva varía y que en la ley 599 del 2000 pasa a ser un delito subsidiario.

En capítulo cuatro concluimos que el delito de alteración a resultados electorales no se aplica y por esto no puede proteger el bien jurídico pretendido por el legislador. Definimos que siempre que concurren las conductas descritas en este tipo penal, se aplicara la falsedad. Finalmente como solución al problema concluimos en modificar la estructura del delito y convertirlo en principal.

Es dable señalar que, todo lo explicado en esta monografía referente a la alteración de las actas de escrutinios se aplica también al software suministrado por la Registraduría Nacional de estado Civil; de conformidad con la resolución 552 del 2010 proferida por el consejo nacional electoral.

En el capítulo quinto concluimos que para que exista condena debe haber certeza más allá de toda duda y que ante la duda hay que absolver al sindicado. También que el delito de alteración de los resultados electorales es de resultado lo cual implica necesariamente la lesión de un bien jurídico, hecho que en la sentencia no se evidenció, por lo que concluimos que fue un fallo político, y no jurídico ni académico.

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS JURÍDICOS.

- ❖ AGUDELO BETANCUR, Nodier. Curso de derecho penal. Esquemas del delito. 3 ed. Bogotá: Temis, 2007. 144 p.
- ❖ ANTOLISEI, Francesco. Manual de derecho penal. Buenos Aires: uteha, 1960.
- ❖ ARENAS SALAZAR, Jorge. Delito de falsedad, tercera edición. Bogotá. D.C: Ediciones Doctrina y Ley LTDA., .2002.
- ❖ BELING, Ernst. Die lehre vom verbrechen. Tubingen.J.C.: Mohr,1906.
- ❖ BONESANA, Cesare, marqués de Beccaria. De los delitos y las penas. Temis,1994. [Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín]. 102 p.
- ❖ CARRARA, Francisco. Programa de derecho criminal. Volumen I. Prefacio a la V edición. Bogotá: Temis, 1971.
- ❖ CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parte especial. Volumen V. Bogotá: Temis, 1973.
- ❖ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Régimen Electoral Colombiano. Doctrina del Consejo Nacional Electoral. Normatividad de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Jurisprudencia Electoral. Registraduría Nacional del Estado civil Manuales (8805) Legis, 2014. 754 p.
- ❖ CUELLO CALÓN, Eugenio. La moderna penología. Barcelona: Bosch, 1974.
- ❖ FERNÁNDEZ C, Juan. Derecho Penal Fundamental. Tomo I. Bogotá: Temis, 1989. 377 p.
- ❖ FERRI, Enrrico. Principios de Derecho Criminal. Madrid, España: Reus, 1933.

- ❖ GALEANO REY, Juan Pablo. Manual de derecho penal, parte especial, tomo II. Carlos G. Castro Cuenca. Coordinador. Bogotá: Temis, 2011. 721p.
- ❖ GÓMEZ PRADA, Agustín. Derecho Penal Colombiano. Parte general. Bucaramanga: Impenda del departamento de Santander, 1972.
- ❖ TIRADO HERNÁNDEZ, Jorge. Curso de Pruebas Judiciales parte General Tomo I. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley Ltda, 2006. 571 p.
- ❖ TIRADO HERNÁNDEZ, Jorge. Curso de pruebas judiciales tomo II. Parte especial. En los procesos civiles, comerciales, de familia, contencioso administrativos y penales, incluyendo los nuevos códigos procesales. Bogotá: EDICIONES Y DOCTRINA Y LEY LTDA, 2013. 828 p.
- ❖ IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J. Apuntes de Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998. 420 p.
- ❖ MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio José. Falsedad-Estafa y fraude mediante cheque, nuevo código penal doctrina-jurisprudencia. Primera edición. Librería ediciones del profesional Ltda, 2003. 232 p.
- ❖ MÉNDEZ TOLOZA, Sebastián Fausto. Procedimiento administrativo electoral, como blindar y defender los procesos electorales en Colombia. Ediciones Doctrina y Ley LTDA., 2013. 222 p.
- ❖ MENDOZA, Víctor León. Derecho Penal General. Tercera Edición. Bogotá: Temis, 1991. 225 p.
- ❖ MERCADO PÉREZ, David. Manual de derecho constitucional. Primera edición. Rodríguez Quito Editores, 2008.
- ❖ NOVOA MONREAL. Curso de Derecho penal Chileno. Tomo I. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1960.
- ❖ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Código Penal Esquemático. Tercera edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA., 2012. 521 p.
- ❖ REYES ECHANDIA, Alfonzo. Derecho Penal parte general. Reimpresión undécima edición. Bogotá: Temis. 1989.
- ❖ REYES GONZÁLEZ, Guillermo Francisco. Tratado de derecho electoral. El nuevo orden político y electoral en Colombia. Primera reimpresión. Legis, 2005. 824 p.

- ❖ RODRÍGUEZ R, Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. Décimo séptima edición. Temis S.A., 2011. 664 p.
- ❖ ROUSSAU, Jean Jacques. El contrato Social. Primera edición. Sarpe Editorial. p. 210
- ❖ ROXIN, Claus. Culpabilidad y prevención en el derecho penal. Madrid: Reus, 1980.
- ❖ SAUER, Wilhelm .Derecho penal. Barcelona: Bosch, 1956.
- ❖ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, *et al.* Lecciones de Derecho Penal parte general. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. 500 p.
- ❖ VANEGAS GIL, Pedro Pablo. Estudios de derecho electoral. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2008. 246 p.
- ❖ VARGAS VARGAS, Pedro Pablo y LONDOÑO HERRERA, Taylor. Derecho penal general. En más de mil preguntas con sus respuestas y notas. Bogotá: Doctrina y ley limitada, 2001. 463 p.
- ❖ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal parte general. Quinta edición actualizada. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2003. 955 p.
- ❖ VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Novena edición. Bogotá: Temis S.A., 1987. 475 p.
- ❖ VIVES ECHEVERRIA, José Ignacio. Tratado de derecho electoral colombiano. Temis, 1984. 451 p.
- ❖ VON LISZT, Franz. tratado de derecho penal. Tomo II. Madrid: Reus, 1927.
- ❖ ZAFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal parte general. Tomo IV. Buenos Aires: Edia, 1982.

REFERENCIAS DE INTERNET.

- ❖ DAZA PÉREZ, Mario Felipe. El funcionalismo en claus roxin y günther jakobs [en línea]. Colombia: Google, Blog derecho público, oct. 2009 citado 19 mayo 2015. Disponible en

internet:<URL:<http://derechopublicomd.blogspot.com/2009/10/el-funcionalismo-o-teleologismo.html>>.

- ❖ DEBER JURÍDICO [Anónimo] [en línea]. Edición 2014. Google, 2014 citado 19 de mayo 2015. Disponible en Internet: <URL:<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/deber-jur%C3%ADdico/deber-jur%C3%ADdico.htm>>.
- ❖ DERECHO [Anónimo] [en línea]. Edición 2014. Google, 2014 citado 19 de mayo 2015 Disponible en Internet: <URL: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho/derecho.htm>>.
- ❖ DERECHO EN LA RED. La “aequitas” como justicia objetiva en la antigua roma [en línea]. Colombia: Google, jul. 2013 citado 19 mayo., 2015. Disponible en internet: <URL: <http://www.derechoromano.es/2013/07/aequitas-justicia-objetiva-antigua-roma.html>>.
- ❖ DOCUMENTO [Anónimo] [en línea]. Edición 2014. Google, 2014 citado 19 de mayo 2015. Disponible en Internet: <URL:<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/documento/documento.htm>>.
- ❖ EQUIPO 5. Teoría causalista, finalista, funcionalista y método lógico (diferencias) [en línea]. Colombia: Google, Blog, Oct. 2009 citado 19 mayo 2015. Disponible en Internet:<URL: <http://penaldelito.blogspot.com/2009/10/teoria-causalista-finalista.html>>.
- ❖ FUNDACIÓN WIKIIPEDIA. Gerrymandering [en línea]. Google, mayo 2015 citado 19 de mayo 2015. Disponible en Internet: <URL: <https://es.wikipedia.org/wiki/Gerrymandering>>.
- ❖ FUNDACIÓN WIKIIPEDIA. Sufragio [en línea]. Google, mayo 2015 citado 19 de mayo 2015. Disponible en Internet: <URL: <http://es.wikipedia.org/wiki/Sufragio>>.
- ❖ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Alteración [en línea]. 23ª edición. Madrid, España: Google, oct. 2014 citado 19 mayo 2015. Disponible en Internet: <URL: <http://lema.rae.es/drae/?val=alteraci%C3%B3n>>.
- ❖ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Voto [en línea]. 23ª edición. Madrid, España: Google, oct. 2014 citado 19 mayo 2015. Disponible en Internet: <URL: <http://lema.rae.es/drae/?val=voto>>.

CONGRESOS.

- ❖ CONGRESO COLOMBIANO DE CIENCIA POLÍTICA. (l. 30 de septiembre al 4 de octubre de 2008, Bogotá, Colombia) Memorias. régimen político e instituciones Bogotá, universidad de los andes, 2008. 7-8 p.

REVISTAS.

- ❖ GÓMEZ, Bersarión. Desarrollo del pensamiento jurídico colombiano. Perspectiva histórica del derecho penal en Colombia. En: Revista diálogos de saberes. Enero-junio, 2006. No. 24. issn 0124-0021. p. 97.

REFERENCIAS CONSTITUCIONALES.

- ❖ Constitución de 1886.
- ❖ Acto legislativo 03 de 1910.
- ❖ Constitución política de 1991.
- ❖ Acto legislativo 01 del 2003.
- ❖ Acto legislativo 01 del 2009.

REFERENCIAS LEGALES Y REGLAMENTARIAS.

- ❖ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA, Código penal de 1837.
- ❖ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 119 de 1892.
- ❖ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 85 de 1916
- ❖ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 102 de 1922.
- ❖ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto 2300 de 1936.
- ❖ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto 1400 de 1970 y decreto 2019 de 1970.
- ❖ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto 2241 de 1980.
- ❖ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 96 de 1985.
- ❖ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto 2241 de 1986.
- ❖ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 7 de 1988.
- ❖ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 62 de 1988.
- ❖ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 163 de 1994.
- ❖ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 599 de 2000.
- ❖ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 1142 del 2007.
- ❖ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 1437 del 2011.

- ❖ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 1475 del 2011.
- ❖ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 1564 del 2012.
- ❖ REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL Y LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Resolución No. 22 del 20 de septiembre del 2013.

JURISPRUDENCIALES.

- ❖ Análisis de la sentencia proferida por la corte suprema de justicia sala de casación penal, proceso no. 26.470, del primero (1) de agosto del 2008, magistrado ponente. **SIGIFREDO ESPINOZA PÉREZ.**
- ❖ Sentencia de la C.S.J. sala de casación penal, de fecha 14 de marzo de 2002, expediente 15663 de magistrado ponente Jorge Aníbal Gallegos.