

“LA VIOLENCIA ES EL ÚLTIMO RECURSO DEL INCOMPETENTE”: ISAAC ASIMOV

Mauricio Pava Lugo¹

Los Estados hacen uso del Derecho Penal y amenazan con prisión para desestimular ciertas conductas que, eventualmente, son consideradas de máxima gravedad. Cuando el ciudadano no atiende la amenaza, el Estado hace uso de la violencia y le priva de la libertad en muchos casos. Ésta es una facultad legítima. Sin embargo, no es legítimo abusar de ella, penalizando conductas indiscriminadamente a raíz de la incompetencia para atender las desviaciones sociales que necesitan ser controladas. Recurrir, entonces, a un sobrediagnosticado “populismo punitivo”—que se queda en mensajes públicos de “estar haciendo algo” sin importar si la medida impacta o no en la realidad—es una política pública de farsantes, la cual hace uso indiscriminado de la “violencia penal” para excusar su propia incompetencia.

En este sentido, hacemos referencia a la Ley 1864 de 2017, la cual tipificó el delito de elección ilícita de candidatos (Artículo 5, mediante el cual se integró el Artículo 389A a la Ley 599 de 2000). Bien vale preguntarnos si la incorporación era necesaria o no. Precisamente, para el momento de publicación de este editorial, se adelanta una acción de inconstitucionalidad, por medio del Expediente nro. D-12960, contra esta norma. La demanda está basada en que se evidencia una violación constitucional por parte del legislador, al extralimitarse éste en su libertad de describir las conductas que configuran los tipos penales.

¹ Director de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, Abogado de la Universidad de Caldas, Curso Universitario Superior en Compliance de la Universidad de Barcelona y Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia; conjuer de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; profesor en el área de derecho penal de la Universidad de los Andes; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas. Es miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; asesor para iniciativas legislativas en materia penal del Ministerio de Justicia y del Derecho (2015) y en la Cámara de Representantes para reformas al Código de Procedimiento Penal (2013-2018). Tiene experiencia como docente de posgrado en varias universidades. Ha intervenido o promovido diferentes procedimientos de exequibilidad ante la Corte Constitucional, logrando importantes decisiones como las sentencias C782/05, C186/08, C250/11, entre otras.

La inclusión de la norma acusada en el ámbito del Derecho Penal es excesiva e innecesaria, ya que, con anterioridad a la postulación—como bien lo menciona el mismo artículo—, se impone una inhabilidad derivada de una decisión judicial, disciplinaria o fiscal.

El Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia, en el expediente, hace énfasis en lo innecesario de esta tipificación del delito al mencionar que, con respecto a los mecanismos de participación democrática, “ya existe una protección al bien jurídico [...] diferente a la del derecho penal”. Con esto en mente, consideramos acertada la opinión de la Comisión Asesora de Política Criminal, la cual afirma que

No es razonable ni legítimo que un Estado fundado en la libertad y los derechos humanos recurra al derecho penal si cuenta con instrumentos menos restrictivos de la libertad para amparar los mismos bienes jurídicos y lograr los mismos propósitos [...]

Por otro lado, la Sección Quinta del Consejo de Estado defiende la norma acusada y arguye que ésta es necesaria como última medida. Quien persista en su intención electoral—a pesar de la inhabilidad determinada por medio de una decisión disciplinaria, fiscal o jurídica—se pasa por alto los filtros del ordenamiento jurídico para garantizar que los servidores públicos reúnan las condiciones constitucionales y legales establecidas. En este caso, el proceso—revestido de nulidad desde el comienzo—atenta contra los mecanismos de participación democrática y defrauda la voluntad del electorado. Por ello, al apelar al Derecho Penal, la norma en cuestión busca evitar la comisión de esta conducta.

En la actualidad, es claro que las controversias jurídico-electorales (revocatorias de elegidos, procesos jurisdiccionales previos o posteriores de elecciones, entre otras) son enormemente costosas para el sistema en términos económicos y de inestabilidad institucional. Comete una conducta grave quien—sabiéndose inhabilitado—se presenta como candidato, moviliza todo el aparato electoral a su alrededor e, incluso, logra ser elegido. Al someter su propia elección, de antemano inhabilitada, genera inestabilidad política en su comunidad y en las instituciones que representa. Esta conducta amerita una severa sanción, incluso de tipo penal.

Lo importante, sin embargo, es saber si la respuesta penal es eficaz. Al respecto, la Misión de Observatorio Electoral menciona que el diseño de tipos penales es una falencia al interior de los procesos contra delitos

electorales, ya que resulta difícil e ineficaz su aplicación en la sanción de diferentes conductas, como la del constreñimiento al elector.

Entonces, las respuestas a estas conductas no deben ser trasladadas al Derecho Penal. La razón no es la innecesidad de la pena, ya que es apremiante una respuesta proporcional; la razón es la poca eficacia de nuestro sistema penal. Por tal motivo, debe acudir a respuestas punitivas extrapenales; a procedimientos más livianos, quizás liderados por el órgano especializado (el Consejo Nacional Electoral); a la imposición, por este órgano, de inhabilidad permanente para ser elegido; y a sanciones económicas solidarias para el candidato o elegido, y el partido o grupo político que lo presentó.

Temas presentados anteriormente en este boletín tienen una enorme vigencia con respecto a esta discusión. Por ejemplo, abogar por la responsabilidad de partidos y grupos políticos que permiten a quien se sabe inhabilitado presentarse a elecciones—necesariamente—nos lleva a considerar los regímenes de responsabilidad punitiva de personas jurídicas y, en consecuencia, a la utilidad de los programas de cumplimiento.

Así mismo, en cuanto a este tipo penal (elección ilícita de candidatos), parece que la Fiscalía General de la Nación aplicará la conducta de fraude procesal en modalidad tentada a aquellas personas inhabilitadas que se presenten a elecciones y no resulten elegidas este año. Por ello, resulta de suma importancia la discusión sobre tentativa en los delitos de administración desleal y la fase de agotamiento de la conducta de fraude procesal como novedad jurisprudencial.

Como indica Orlando Echeverry Salazar —presidente y representante legal de la Asociación Colegio de Jueces y Fiscales del Distrito Judicial de Cali—, la norma acusada tipifica una conducta que implica “una serie de actuaciones, antecedentes, concomitantes y posteriores”, así como “acciones previas y vinculantes”, todas las cuales “conducen a la consumación del delito”. Por ello, resulta relevante nuestra reflexión sobre los conceptos de consumación y agotamiento.

Con base en lo anterior, cabe resaltar que el debate es un proceso que, además de considerar lo que ya se ha dicho en el pasado, debe ser capaz de formular nuevas propuestas para el futuro.

En esta nueva entrega de Primera Línea, nuestros autores abordan la función del Derecho Penal desde diferentes ángulos. En nuestra columna de interés, se aborda el principio de confianza al interior de las

empresas, y su relación con la ignorancia deliberada y la responsabilidad penal de los empresarios. En nuestra columna de actualidad, se examina la sentencia reciente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la cual se determinó que las declaraciones de testigos de referencia podrían considerarse pruebas directas y lo que ello implica.

Adicionalmente, en nuestra columna entre líneas, se examinan las características de las criptomonedas — herramientas digitales que han atraído mucho interés en los últimos años, pero que pueden ser el trasfondo de actividades delictivas — y se hace una propuesta para su regulación en el país.

Con esto, invitamos a nuestros lectores a explorar las diferentes temáticas de relevancia que se presentan aquí, en nuestro boletín número 6.