SALVAMENTO DE VOTO
Magistrada Alba Lucía Velásquez Hernández

Resolución No. 1101 del 08 de febrero de 2023
Radicado No. 10135-20
Magistrado Ponente: Altus Alejandro Baquero Rueda
Bogotá D.C.

Este Salvamento tiene por objeto subrayar las garantías que la Corporación está llamada a respetar en el marco de su actividad administrativa sancionadora, dado que ante el conocimiento de una posible violación al régimen electoral por cuenta de cualquier actor que intervenga en el mismo, el Consejo Nacional Electoral tiene la competencia constitucional para adelantar investigaciones[1] y de ser procedente, imponer sanciones a los responsables de dichas transgresiones, todo ello con arreglo a los principios configuradores del sistema sancionador, así como a los principios fundamentales al debido proceso, igualdad, transparencia e imparcialidad.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Plena del Consejo Nacional Electoral, me permito **SALVAR EL VOTO** en relación con la decisión adoptada por la Corporación en el asunto de la referencia, en los términos que a continuación se exponen:

1. HECHOS Y DECISIÓN

En la decisión adoptada por la Sala de la Corporación mediante Resolución No. 1101 Del 08 de Febrero de 2023, dentro del radicado con número 10135-20 se decidió lo siguiente:

RESUELVE

> **ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR RESPONSABLES** y en consecuencia **SANCIONAR** a los siguientes excandidatos inscritos al Concejo Municipal de Villavicencio, Meta, por la vulneración del artículo 109 de la Constitución Política y 25 de la Ley 1475 de 2011, como consecuencia de la no presentación del informe de ingresos y gastos en los términos que señalan tales prerrogativas, en el marco de las elecciones realizadas el 27 de octubre de 2019, por la suma individual aquí relacionada, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente actuación de control electoral.

[1] Constitución Política. Art. 265. Núm. 1.

CANDIDATO	CÉDULA	MULTA
CARLOS ARTURO OSORIO GARIZABALO	1.007.925.020	$ 16.926.827
JOHN FREDY BELTRAN ANGULO	86.073.702	$ 16.926.827
CESAR ENRIQUE VILLAR ROJAS	86.088.835	$ 16.926.827
HECTOR JOSÉ LÓPEZ DÍAZ	97.611.817	$ 16.926.827
EDISSON JAVIER ARÉVALO MEDINA	86.084.550	$ 16.926.827

DE LAS CONSIDERACIONES DEL PRESENTE ACTO

El artículo 109 de la Constitución Política advierte que las agrupaciones políticas y los candidatos deberán rendir públicamente cuentas sobre el volumen, origen y destino de sus ingresos. La misma norma consagra la participación del Estado en la financiación política y electoral de las agrupaciones políticas y establece las directrices para el desarrollo legal.

A partir del mandato constitucional, el artículo 25 de la Ley 1475 de 2011 señala reglas para la administración de los recursos y presentación de informes de campaña, que incluyen el siguiente deber:

> *"ARTÍCULO 25. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS Y PRESENTACIÓN DE INFORMES**. Los recursos de las campañas electorales cuyo monto máximo de gastos sea superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales originados en fuentes de financiación privada** serán administrados por los gerentes de campaña designados por los candidatos a los cargos uninominales y a las corporaciones públicas cuando se trate de listas con voto preferente. En los casos de listas cerradas el gerente será designado de común acuerdo por los candidatos o, en su defecto, por el partido, movimiento o comité promotor del grupo significativo de ciudadanos".*
>
> ***Los recursos en dinero se recibirán y administrarán a través de una cuenta única que el gerente de campaña abrirá en una entidad financiera legalmente autorizada**, quien podrá igualmente, bajo su responsabilidad, abrir las subcuentas que considere necesarias para la descentralización de la campaña. Estas cuentas estarán exentas del impuesto a las transacciones bancarias. La Superintendencia Financiera establecerá un régimen especial de control y vigilancia que garantice la transparencia en el manejo de dichas cuentas. (…)".*

De acuerdo con la norma transcrita, para las campañas cuyo tope de gastos exceda los 200 salarios mínimos legales mensuales, es obligación del candidato designar un gerente, el cual debe ser persona distinta de él mismo, siendo en todo caso solidariamente responsable[2]. A su

[2] Corte constitucional, Sentencia C-490 de 2011: *"…medidas como la designación de gerentes de campañas que garanticen una administración proba de los recursos de las mismas, gerentes que deben ser diferentes del candidato, lo que no obstante no exime de responsabilidad a éste por el manejo de los recursos de la campaña*".

vez el gerente, tiene la obligación de abrir una cuenta única para recibir y administrar los recursos de la campaña.

Se trata, entonces, de un deber legal por el que deben responder los candidatos, sus gerentes de campaña y las agrupaciones políticas que los avalaron, estas últimas por su deber de diligencia en la aplicación de disposiciones constitucionales y legales que regulan la financiación política y electoral [3].

Postura del Despacho

De la tipicidad de la conducta

La tipicidad entendida como la descripción típica que hace una norma, tanto de la falta como de la sanción a imponer, es una garantía dentro del Estado Social de Derecho para los ciudadanos, en el sentido que no podrán ser investigados administrativamente por conductas que no se encuentran previamente señaladas en el ordenamiento jurídico y las cuales se les haya establecido una sanción.

Con relación a lo anterior, la Corte Constitucional estableció que uno de los principios predicables del derecho sancionador es el de legalidad, según el cual, corresponda al Estado determinar tanto las conductas sujetas a sanción, como el contenido y el procedimiento para su imposición. Así bien, dicho mandato se concreta en el principio de tipicidad, en el cual el legislador debe establecer expresamente los elementos fundamentales del tipo, lo que implica que se efectúe: "*(i) la descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción; (ii) la determinación de la sanción, lo que implica la descripción de todos los aspectos relativos a ella, esto, el tipo de sanción a imponer, el término o la cuantía de la misma, la autoridad competente para aplicarla y (iii) el procedimiento que debe seguirse para proceder a su imposición* ".

Por otra parte, es importante precisar que los requisitos que requiere la tipicidad en cuanto al derecho administrativo sancionatorio difieren de aquellos originalmente concebidos en el derecho penal, pues, en primer lugar, la obligación y la sanción en éste último deben estar limitadas exclusivamente por la Ley, mientras que en el primero pueden estar originadas en reglamentos, siempre y cuando tengan el desarrollo propio de los elementos mínimos que se exigen en las leyes; y, en segundo lugar, la descripción estricta que se demanda de los tipos

[3] Ley 1475 de 2011, artículos 8 y 10, numeral 1.

penales (sujeto, verbos rectores, ingredientes normativos y subjetivos) no se reclama en los tipos administrativos sancionatorios, los cuales podrán ser abiertos, amplios o en blanco, en la medida que resulten determinables.

En efecto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido:

> *(…)*
>
> *"**La tipicidad en el derecho administrativo sancionador***
>
> *El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador no se reclama con el mismo grado de rigor que se demanda en materia penal, en virtud de la divergencia en la naturaleza de las normas, el tipo de conductas reprochables, los bienes objeto de protección y la finalidad de la sanción". Sin embargo, ello no obsta para exigir la tipicidad de las conductas reprochables, la predeterminación de la sanción y la existencia de un procedimiento que asegure el derecho a la defensa".*
>
> *(…)*

Así las cosas, en lo que respecta a la obligación de presentar informes de ingresos y gastos de campaña electoral tiene su origen en el artículo 25 de la Ley 1475 de 2011 reglamentado por la Resolución No. 8586 del año 2021 del Consejo Nacional Electoral, encontrándose satisfecho el principio de tipicidad.

Ahora bien, con fundamento en las facultades otorgadas en el inciso cuarto del artículo 25 de la Ley 1475 de 2011 esta Corporación reglamentó el procedimiento para la presentación de informes de ingresos y gastos en el cual, groso modo, señala que de conformidad con el inciso quinto del imperativo normativo estudiado, son las organizaciones políticas que inscribieron las candidaturas las encargadas de presentar ante el Consejo Nacional Electoral los informes consolidados de ingresos y gastos, advirtiendo, no obstante, que estos solo pueden ser elaborados a partir de la información que a su vez reporten de forma individual los candidatos y sus gerentes, tal y como lo precisa el parágrafo primero de la misma norma.

Precisado lo anterior, resulta necesario delimitar la responsabilidad que atañe a unos y otros en cuanto al cumplimiento de las obligaciones que surgen del artículo 25 de la Ley 1475 de 2011, esto es, qué se demanda de las organizaciones políticas y qué de los candidatos y sus gerentes. Al respecto, para esta es claro que los partidos, movimientos políticos y Grupos Significativos de Ciudadanos están en la obligación de presentar los informes consolidados de las campañas en que hayan participado, de modo que la omisión a tal presentación implica, per se, la apertura de actuación administrativa sancionatoria.

Ahora bien, si la organización respectiva a través de su Dictamen de Auditoria advierte la negativa de sus candidatos en presentar sus informes individuales de ingresos y gastos, además, pormenorizan las actividades que se llevaron a cabo con el fin de instar a estos a efectuar la presentación, acompañado de los medios de prueba idóneos para acreditar el

desarrollo de dichas diligencias, el procedimiento administrativo tendrá lugar únicamente respecto de los candidatos y gerentes implicados; contrario sensu, cuando no se acredite lo aquí descrito en el Dictamen de Auditoria también habrá de vincularse al partido, esto por cuanto se desconoce la aplicación de las disposiciones constitucionales y/o legales que regulan la organización, funcionamiento y /o financiación de los partidos y movimientos políticos, conforme lo advierte el numeral 1° del artículo 10 de la Ley 1475 de 2011.

Adicionalmente, en el marco de procedimientos administrativos sancionatorios que surjan con ocasión de la no presentación de informes de ingresos y gastos de campañas electorales, se habrá de considerar como factible la realización del reporte de la información por parte de los candidatos ya sea a través de medios físicos o virtuales, como es el caso del aplicativo "Cuentas Claras"; en éste último caso, será necesario que medie el Dictamen de Auditoría Interna de la organización política correspondiente para deducir presentado el informe de ingresos y gastos de campaña, como quiera que, como se precisó en líneas anteriores, dicha herramienta sirve como facilitadora de la labor que le compete a las organizaciones de presentar el informe consolidado de las respectivas campañas electorales en que participe.

De otra parte, en el marco de procedimientos administrativos sancionatorios que surjan con ocasión de la no designación de gerente de campaña, la responsabilidad se atribuirá exclusivamente al candidato siempre y cuando se trate de candidaturas a cargos uninominales o a Corporaciones Públicas bajo la modalidad de listas con voto preferente. Cuando se trate de campañas a Corporaciones Públicas inscritas como listas cerradas, se atribuirá responsabilidad a los candidatos integrantes de la lista, o en su defecto cuando se encuentre acreditado que estos no lograron llegar a un acuerdo para la designación del gerente, en cuyo caso se atribuirá el incumplimiento al partido, movimiento político o Grupo Significativo de Ciudadanos que inscribió la respectiva lista.

Por último, cuando surjan procedimientos administrativos sancionatorios con ocasión de la no administración de la totalidad del dinero a través de cuenta única bancaria abierta para tal fin, la responsabilidad se atribuirá exclusivamente al candidato, salvo que se halle acreditada a través de medios idóneos la vinculación que éste hubiere efectuado de gerente de campaña, en cuyo caso la responsabilidad será cargada en forma solidaria a éste último tanto como al respectivo candidato.

No obstante, cuando los responsables del cumplimiento de las obligaciones señaladas en los dos literales inmediatamente anteriores aleguen la ausencia de orientación, capacitación y acompañamiento durante el desarrollo de las campañas electorales para el cumplimiento de los señalados deberes por parte de la organización política, podrá esta Corporación realizar etapa de indagación preliminar mediante la cual se permita a ésta aportar medios de prueba

mediante los cuales acredite haber cumplido el deber de aplicar diligentemente las disposiciones constitucionales y/o legales que regulan la organización, funcionamiento y /o financiación de los partidos y movimientos políticos, so pena de ser vinculada a la actuación administrativa con fundamento en el numeral 1 del artículo 10 de la norma en comento.

De la antijuridicidad de la conducta

La antijuricidad establece que la conducta o la falta del actor es contraria al ordenamiento jurídico cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna, siendo el deber funcional el interés jurídico como un fin cuya protección se encuentra encausada a la realización del mismo, el cual tiene como propósito determinar si en el acto objeto de reproche se estructura una vulneración material más no formal. Es decir, más que el desconocimiento de la norma, se debe comprobar una vulneración al bien jurídico que se está protegiendo.

Así las cosas, lo que pretende salvaguardar la disposición en estudio, es el fortalecimiento de los principios de transparencia, moralidad e igualdad en el funcionamiento de las campañas electorales, razón por la cual, para que haya lugar a la imposición de sanción, debe comprobarse que el no haber presentado el respectivo informe de ingresos y gastos de campaña, obedeció a una conducta consciente y dirigida a quebrantar la norma o más aun con el fin de encubrir dineros recibidos a la campaña, por ende, impide que se conozca con precisión y claridad las transacciones que se llevan a cabo durante la campaña, lo que debe evaluarse, de igual forma, respecto de la no designación de gerente y la no administración de la totalidad de los recursos en dinero con que se financió la campaña electoral mediante cuenta única bancaria.

De otra parte, es importante que en cada caso en concreto debe verificarse la eventual concurrencia de causales exculpatorias de responsabilidad, como lo son el caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho de un tercero, situaciones decantadas con suficiencia por la jurisprudencia nacional.

Ahora bien, en consonancia con lo anterior y teniendo en cuenta que los comicios electorales se realizan en todo el territorio nacional, es imprescindible, para el estudio de todos los casos que inicia la Corporación, reconocer que Colombia es un país que cuenta con territorios distantes y de difícil acceso, ya sea por su geografía, condiciones de transporte, de orden público y/o dificultades en las comunicaciones y tecnologías de la información.

Así mismo, reconociendo las realidades propias de nuestro país, resulta oportuno mencionar que, con observancia del principio de igualdad, no es dable exigir a los habitantes de territorios como los descritos en el párrafo precedente, la misma rigurosidad en el cumplimiento de las normas consagradas en el artículo 25 de la Ley 1475 de 2011, como a aquellos aspirantes residentes en ciudades que cuentan con total cubrimiento en materia de servicios financieros, de comunicaciones y de transporte.

Así pues, si se tiene en cuenta que de la norma se extrae, por ejemplo, que la obligación relativa a la apertura de una cuenta única bancaria es exigible desde el momento mismo en que se formaliza la inscripción de la candidatura, no resulta ajustado a los parámetros que impone el principio de la igualdad aplicar la misma rigurosidad a un candidato que desarrolle su campaña en territorios que, verbigracia, no cuenta con oferta de entidades bancarias o donde los desplazamientos deban efectuarse en medios de transporte multimodal, situación que, además, implica un gasto exorbitante por las particulares condiciones geográficas.
En efecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-266 de 2019, expuso que el principio de igualdad gobierna las diferentes relaciones entre el Estado y los individuos. Su contenido, como es bien sabido, es de carácter relacional e involucra la procedencia del tratamiento jurídico diverso a los mismos sujetos o situaciones, cuando sus condiciones fácticas son disímiles, lo anterior en el siguiente tenor:

> *"(…) Un mandato de igualdad formal ante la ley, según el cual todas las personas que compartan la misma situación merecen ser tratadas de la misma manera, mientras que aquellas que se encuentren en situaciones que presenten diferencias constitucionalmente relevantes, deben ser tratadas de manera diferente, siempre y cuando ello no comporte discriminación injustificada por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Asimismo, incorpora un mandato de igualdad material, que ordena al Estado promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas en favor de grupos discriminados o marginados (…)"*

Así las cosas, la Corporación no puede aplicar de manera exegética el contenido de lo normado en el artículo 25 de la Ley 1475 de 2011, por lo que debe tener en cuenta las diferentes circunstancias que rodean a los sujetos investigados con el fin de evaluar, en cada caso en particular, si existen situaciones de desigualdad debidamente acreditadas, como los son las precarias condiciones geográficas y/o el difícil acceso a la información por medio de las tecnologías, que afectan el derecho fundamental a la igualdad.

Como premisa del anterior análisis, se debe partir de la inexistencia de la responsabilidad objetiva, como lo ha establecido la jurisprudencia Constitucional a través de la Sentencia C-752 del año 2013, al resaltar el principio de culpabilidad y de proscripción de responsabilidad objetiva en los ámbitos de *ius puniendi*, al considerar:

> *"(…) 8.8.4. Así pues, es claro que, de manera general, en el ámbito del derecho sancionador, la Constitución excluye la responsabilidad objetiva y exige que la persona haya actuado con*

culpabilidad, lo cual significa que, para que pueda imponérsele una pena o sanción, es necesario realizar el correspondiente juicio de reproche, es decir, que se le pruebe que ha procedido culpablemente. (…)"

De la culpabilidad

Uno de los límites a la potestad estatal de imposición de sanciones está fundado en el principio de culpabilidad. Por tal razón, se ha indicado que, a partir de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, la falta debe responder a la existencia de una conducta u omisión del investigado que ejerce actividades protegidas constitucionalmente como fines esenciales del Estado. Por ende, debe acreditarse, de manera suficiente y verificable, una relación de causalidad entre esa conducta y la afectación de dichos fines.

En este sentido, para el análisis de la culpabilidad como elemento *sine qua non* para derivar responsabilidad de los actores electorales investigados, tanto candidatos como partidos y movimientos políticos, dentro de los procesos administrativos sancionatorios, se debe reiterar que en Colombia se encuentra proscrita la responsabilidad objetiva y que solamente procede la imposición de una sanción, cuando se comprueba, bajo las reglas de la sana crítica y la persuasión racional, la existencia de una conducta consciente, voluntaria e inequívocamente dirigida a la consumación de una falta, o la verificación de un quebrantamiento al deber objetivo de cuidado por imprudencia, impericia o negligencia.

Además, dicha decisión deberá estar acompañada de una interpretación ponderada y razonable de las normas sobre las obligaciones que los candidatos, partidos y movimientos políticos, atendiendo las circunstancias especiales y excepcionales en cada caso, deben observar. Sobre este aspecto la Corte Constitucional se ha manifestado diciendo:

(…)

"8.8 .1. Esta Corporación ha sostenido reiteradamente que "la Constitución proscribe las formas de responsabilidad objetiva y exige un derecho penal de culpabilidad, pues el hecho punible, para ser sancionable, debe ser imputable a la persona no sólo de manera objetiva (autoría material), sino también subjetivo (culpabilidad), como expresión del reconocimiento al sujeto de su dignidad y libertad en los artículos 1 y 16 de la Constitución "[39]. En ese contexto, también ha puesto de presente la Corte que la culpabilidad es la misma responsabilidad plena, la cual comporta un juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa al sujeto la realización de un comportamiento contrario a las normas jurídicas que lo rigen, dentro de un proceso que se ha adelantado con la observancia de las reglas constitucionales y legales que lo regulan, garantizando siempre un proceso debido y el ejercicio pleno del derecho de defensa que le asiste al imputado. (...)

88,4. Así pues, es claro que, de manera concreta, en el ámbito del derecho sancionador, la Constitución excluye la responsabilidad objetiva y exige que la persona haya actuado con culpabilidad, lo cual significa que para que pueda imponérsele una pena o sanción, es necesario realizar el correspondiente juicio de reproche, es decir, que se lo hizo que ha procedido culpablemente" (…).

Responsabilidad de los investigados en materia administrativa sancionatoria, frente a conductas que no vulneran efectivamente el bien jurídico tutelado.

El derecho administrativo sancionatorio, es una rama especializada del derecho público, encargada de determinar el régimen de responsabilidad ante la comisión de conductas antijurídicas en diferentes actividades públicas y privadas. En la aplicación de dicha rama de la administración han de prevalecer los principios rectores contenidos en la Constitución Política y la Ley; al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-406 de 1992, M.P. **CIRO ANGARITA BARÓN**, indicó que, "*No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales*".

Por su parte, las disposiciones administrativas establecen que las conductas sancionables, deben observar entre otros, el principio de lesividad, llamado también antijuridicidad material. Éste ha permitido que a través de un procedimiento administrativo sancionador se impongan sanciones de índole económico a todos aquellos infractores de las diferentes normas siempre y cuando hayan causado un daño real y efectivo a terceros o a la sociedad, impidiendo de esta forma a la administración caer en procesos inocuos, es decir, sin trascendencia alguna para el interés de la sociedad.

De lo expuesto, para que una conducta sea sancionable debe de manera real y no meramente formal, vulnerar y/o lesionar el bien jurídico tutelado. La antijuridicidad, es entonces, la constatación de que el hecho típico producido es contrario al ordenamiento jurídico, como lo sostiene **FRANCISCO MUÑOZ CONDE**, en su obra Teoría General del Delito:

> *(…)*
>
> *"La antijuridicidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico (…)*
>
> *A la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico se le denomina **antijuricidad formal**. La antijuridicidad no se agota, sin embargo, en esta relación de oposición entre acción y norma, sino que tiene también un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Se habla en este caso de **antijuridicidad material**" (…)*

En materia administrativa, por lo tanto, no basta con que la acción u omisión resulte en términos formales contraria a la norma, sino que será necesario que la misma implique una conducta contraria a la sociedad y haya causado un daño efectivo al bien jurídico tutelado, interpretándose por lo tanto un acto injusto pues se produjo una lesión efectiva o se puso en peligro aquello que la Ley buscaba proteger, lo que lleva implícita, la exclusión de la responsabilidad objetiva.

Puede que, incluso, en algunas circunstancias la autoridad administrativa considere configurada la antijuridicidad formal, y, sin embargo, evidencie que la gravedad de la falta en últimas resulta adecuarse al principio de insignificancia, según el cual, no pueden ser sancionables aquellas conductas que se ajusten formalmente en una descripción típica, debido a que su grado de lesividad es mínimo e insignificante. Dicho principio ha sido aplicado en materia penal en los delitos de bagatela, no obstante, se hace extensivo al derecho administrativo sancionatorio, por cuanto en este último es requisito ***sine qua non*** valorar la afectación real a los bienes jurídicos tutelados, acudiendo para ello al *mutatis mutandi*.

Configuración de la antijuridicidad material en la omisión de presentar informe de ingresos y gastos de campañas electorales

Para la suscrita es claro que la no presentación de los informes de ingresos y gastos de las campañas electorales en los términos que dispone el artículo 25 de la Ley 1475 de 2011 y la resolución reglamentaria No. 8586 del año 2021 proferida por ésta autoridad, supone, en principio, una falta a dicha prerrogativa legal y por lo tanto se entiende configurada la antijuridicidad formal.

Sin embargo, ello no significa la coexistencia de la antijuridicidad material, pues haría falta establecer la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, más allá de la lesión efectiva a éste, tal y como lo precisara la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado en sentencia del 22 de octubre de 2012 cuyo Magistrado Ponente fuera el doctor **ENRIQUE GIL BOTERO**, en la cual se señaló, con relación a los procedimientos administrativos sancionatorios que:

> *(…)*
>
> *“En la construcción tradicional del derecho penal se ha exigido que la conducta no sólo contradiga el ordenamiento jurídico **(antijuridicidad formal)** sino que además dicha acción u omisión lesione de manera efectiva un bien jurídico o por lo menos lo coloque en peligro **(antijuridicidad material)**. Esta construcción constituye el punto de partida para la delimitación de este presupuesto en el derecho administrativo sancionatorio **(…) el derecho administrativo sancionador se caracteriza por la exigencia de puesta en peligro de los bienes jurídicos siendo excepcional el requerimiento de la lesión efectiva**.” (…)*

De tal manera, es posible afirmar que cuando un candidato no presenta el respectivo informe de ingresos y gastos de campaña electoral, obra en contraposición a la obligación que el artículo 25 de la Ley 1475 de 2011 le fijara tanto a él como a su respectivo gerente de campaña, en caso de tenerlo, y a su organización política, lo anterior sin detrimento a que se pruebe la antijuridicidad material en su omisión, pues ha de haber lesionado o puesto en peligro de forma efectiva el bien jurídico tutelado para imponer una sanción.

Ahora bien, vale decir que la obligación de presentar informe de ingresos y gastos, en palabras de la Honorable Corte Constitucional "*constituye un desarrollo del mandato de orden superior contenido en el artículo 109 de la Carta Política, con el fin de garantizar la transparencia en las campañas electorales de las organizaciones políticas, y de ejercer el control y vigilancia necesario y obligatorio por parte del Consejo Nacional Electoral*"; así lo expresó en la sentencia C-490 del año 2011, **M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA** en la cual además precisó, con relación al mandato mencionado que:

> *(…)*
>
> *"El artículo 109 Superior contiene una disposición expresa en relación con la obligación de "los partidos, movimientos, grupos significativos de ciudadanos y candidatos" de "rendir públicamente cuentas sobre el volumen, origen y destino de sus ingresos".*
>
> *De este precepto constitucional se derivan los siguientes mandatos constitucionales: (i) que las organizaciones políticas se encuentran obligadas a rendir públicamente cuentas; (ii) que esta rendición de cuentas versará sobre el volumen, el origen y el destino de sus ingresos; y que (iii) esta materia será reglamentada por la ley,* ***como parte de las condiciones y garantías legales en lo relativo a la financiación de las campañas electorales de los candidatos avalados por partidos y movimientos políticos con personería jurídica o por grupos significativos de ciudadanos, las cuales serán financiadas parcialmente con recursos estatales****." (…)*

Dicho de otra forma, la rendición de cuentas que se exige a las campañas electorales constituye una condición necesaria para obtener claridad en el manejo de los recursos, precisamente porque el ordenamiento jurídico prevé que las campañas sean financiadas con recursos del Estado a través del sistema de reposición de gastos por votos válidos obtenidos conforme dispone el artículo 21 de la Ley 1475 de 2011, lo que implica que la Organización Electoral pueda determinar con precisión el origen, destinación y monto de los recursos económicos en que se soportó la respectiva campaña electoral, a fin de conceder acceso a la financiación estatal.

En consecuencia, el bien jurídico tutelado, es decir, la garantía de transparencia en el ejercicio de los mecanismos de participación democrática, el control social a los cargos de poder y el acceso a cargos de elección popular, se lesiona o pone en peligro cuando el candidato, su gerente y/o la organización política responsable, omiten las acciones necesarias para que el Consejo Nacional Electoral verifique las fuentes y montos que sirvieron para financiar la respectiva campaña así como los gastos en que ésta incurrió, procedimiento que además tiene por finalidad acreditar el reporte efectuado con miras a que se reconozca el acceso a la financiación estatal, como ya se señaló.

Al respecto, las disposiciones constitucionales señalan que el Estado debe concurrir a la financiación de las campañas electorales en proporción directa al número de votos obtenido por un candidato, fórmula que se consideró con el fin de garantizar el sistema democrático y la organización electoral, y que, como señalara la Corte Constitucional en Sentencia C-490 del

año 2011, "*debe regularse en el marco del principio de igualdad, de uniformidad en el otorgamiento de los apoyos, y del principio de representatividad de quienes aspiren a recibir los dineros*" obedeciendo por lo tanto "*a criterios que respeten los principios de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad*".

Precisamente, con relación a estos últimos, consideró el legislador la necesidad de determinar unos porcentajes mínimos de votación que ha de alcanzar un candidato o lista con el fin de acceder a la financiación estatal, disponiendo que resulta necesario obtener una votación superior al 4% de la totalidad de los votos válidos depositados para el respectivo cargo o bien el 50% del umbral en el caso de listas a Corporaciones Públicas, pues avizoró que votaciones inferiores a éstas resultaban intrascendentes, y, acudiendo al principio de razonabilidad, las candidaturas no contaban con un respaldo genuino o las campañas no desarrollaron actividades que invitaran a la ciudadanía a obtener votos a su favor, de modo que atendiendo además el principio de representatividad, juzgó injusto otorgarles el acceso a la financiación estatal.

Ahora bien, considera ésta que, dado que el Legislador concibe intrascendentes las votaciones inferiores a los porcentajes antes mencionados para poder acceder a la financiación de las campañas electorales, siempre y cuando los candidatos no hayan accedido al cargo al cual aspiraban ser elegidos, la omisión a presentar su respectivo informe de ingresos y gastos no lesiona el bien jurídico tutelado, pues si bien se haya probada la falta a una obligación normativa, antijuridicidad formal, la misma no lesiona no pone en peligro el bien jurídico tutelado, por consiguiente al no existir antijuridicidad material resultará innecesaria la realización de actuación administrativa sancionatoria al respecto.

En efecto, cuando una campaña electoral omite presentar el informe de ingresos y gastos en los términos señalados en el artículo 25 de la Ley 1475 de 2011 se habrá de considerar configurada la antijuridicidad formal, sin embargo, para establecer como existente la antijuridicidad material habrá de verificarse si la candidatura en efecto tendría derecho de acceder a la financiación estatal y/o se vio favorecida en las elecciones con el acceso a cargo uninominal o curul en Corporación Pública, pues en caso contrario, bajo la égida del principio de insignificancia y el principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción, se ha de entender como inexistente la antijuridicidad material y, en consecuencia, resultará innecesaria la realización de actuación administrativa sancionatoria.

De igual modo, con relación a los candidatos que forman parte de las listas a Corporaciones Públicas, al acceder éstas a la financiación estatal siempre que obtengan un porcentaje de votos igual o superior al 50% del umbral determinado, pero al ser investigados de forma individual cada uno de los candidatos que las componen, no resulta adecuado considerar como suficiente motivo para llevar a cabo actuación administrativa sancionatoria en su contra el

haber formado parte de una lista con derecho a acceder a financiación estatal, pues pese a ello el número de votos obtenidos por su respectiva candidatura podría ser tan insignificante que, conforme a los principios previamente referenciados, imponerles una sanción resulta desproporcionado con relación al hecho u omisión respecto del bien jurídico tutelado.

En consecuencia, considera la suscrita Plena que, con el fin de valorar de una manera más justa la configuración de la antijuridicidad material en el caso de quienes siendo candidatos en listas con voto preferente a Corporaciones Públicas omiten presentar su respectivo informe de ingresos y gastos de campaña en los términos que señala el artículo 25 de la Ley 1475 de 2011 y conforme lo reglamentado por el Consejo Nacional Electoral, se tendrá por insignificante la falta a dichas prerrogativas cuando, la respectiva lista no logre acceder a la financiación estatal, o bien accediendo a ella, el número de votos obtenidos por el candidato no supere el 4% de la totalidad de los votos conquistados por la respectiva lista, y por lo tanto habría de abstenerse la Corporación de surtir actuación administrativa sancionatoria, salvo que se acredite que, pese a no haber logrado la votación señalada, el candidato tuviere el derecho de acceder a la financiación estatal en un monto que supere el valor de la multa mínima que habría de imponérsele como trasgresión a la norma según señala el artículo 39 de la Ley 130 de 1994, pues en tal caso lo proporcional precisamente sería aplicar sanción.

Para la suscrita, una decisión en tal sentido contribuye a que la administración dedique sus esfuerzos a reprimir aquellas conductas que causen lesiones a los bienes jurídicos tutelados o que los pongan en peligro de forma efectiva, considerando como insignificantes aquellas que carecen de relevancia, en las cuales la infracción es tal que habría una desproporción evidente entre la acción u omisión y la sanción respectiva, resultando innecesaria por ende la aplicación de una multa bajo la égida de los principios que se han señalado: insignificancia del hecho y proporcionalidad entre éste y la sanción respectiva.

Esto es así dado que, además de la evaluación de la conducta u omisión respecto del principio de insignificancia en los procedimientos sancionatorios administrativos, resulta necesario que el Consejo Nacional Electoral funde sus decisiones bajo la observancia del principio de proporcionalidad, que se echa de menos en la postura del ponente esto es, que la sanción impuesta resulte razonablemente proporcional a la gravedad de la falta que se investiga, con el fin de evitar, como precisa la Corte Constitucional en Sentencia C-721 de 2015 cuyo Magistrado Ponente fuera el doctor **JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB**, "*la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición"*. En la misma jurisprudencia citada, con relación al principio de proporcionalidad se observó que:

(…)

> *"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, los cuales como ya se expresó están constituidos por: (i) el cumplimiento de los deberes del cargo y (ii) el aseguramiento de los fines del Estado y de los principios de la función pública como la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad." (…)*

Advierte que el considerar no configurada la antijuridicidad material cuando la respectiva campaña electoral no llegue a tener el derecho de acceder a la financiación estatal de su campaña electoral conforme los porcentajes señalados en el artículo 21 de la Ley 1475 de 2011, o que, para el caso de candidatos en listas de voto con opción preferente para Corporaciones Públicas no llegasen a superar un porcentaje de votos significante (obtener el 4% o más de los votos conquistados por la lista respectiva), salvo que no alcanzase a lograrlo pero, pese a ello, pudiese acceder a la financiación estatal en un monto que supere al valor de la multa mínima señalada en el artículo 130 de 1994, y/o la candidatura no resultara electa en cargo uninominal o en curul de Corporación Pública no supone la inexistencia de la obligación de presentar el informe de ingresos y gastos, sino que implica que, si bien la omisión se adecúa formalmente a una descripción típica, resulta tan insignificante que no termina por poner en peligro el bien jurídicamente tutelado, haciendo inocua la aplicación de una sanción.

Desde luego, tal lectura se hace extensiva a las demás obligaciones emanadas del artículo 25 de la Ley 1475 de 2011 cuando la respectiva campaña electoral hubiese tenido el deber de cumplir con ellas, pues resultaría inadecuado endilgar el incumplimiento de faltas que cuya observancia se advierte de la presentación del informe de ingresos y gastos cuando en la omisión en la radicación de éste se ha considerado inexistente la antijuridicidad material.

Tasación de sanciones por transgresión del artículo 25 de la Ley 1475 de 2011

Habida cuenta de la unidad material normativa existente entre la Ley 130 de 1994 y la Ley 1475 de 2011, que históricamente han sido concebidas como un solo régimen aplicable a las actividades electorales en aspectos como la financiación de campañas políticas, el Consejo Nacional Electoral ha impuesto sanciones a partidos, grupos significativos de ciudadanos, candidatos, gerentes de campaña y otros actores del mundo electoral, correspondientes a multas pecuniarias que, conforme la Ley 130 de 1994 las que no serán inferiores a DIECISÉIS MILLONES VEINTISEIS MIL CIENTO CINCUENTA Y SIETE PESOS ($16.026.157) MONEDA LEGAL COLOMBIANA, ni superior a CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS NOVENTA PESOS ($169.268.290) MONEDA LEGAL COLOMBIANA., de conformidad con la gravedad, eximentes y atenuantes de la infracción cometida – Instructivo Sala Plena del 11 de junio de 2020, montos que se reajustan anualmente

de acuerdo con el aumento del IPC certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

Como primera medida, la suscrita considera importante precisar el alcance de la responsabilidad de quienes participan en campañas electorales a cargos uninominales, particularmente de aquellos que designan efectivamente gerente de campaña, para lo cual resulta pertinente traer a colación lo expresado por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-1153 de 2005, que fuera citada a su vez en la sentencia C-490 de 2011 durante el estudio de la constitucionalidad del proyecto de ley que concluyó en la expedición de la Ley 1475 de 2011, pues la Corte expresó que exigir la designación de un gerente, diferente de quien ostenta la condición de candidato, no exime de responsabilidad a éste último por el manejo de los recursos de la campaña y no desplaza tampoco su responsabilidad.

Con fundamento en lo anterior, es posible concluir que las sanciones que estén llamadas a imponerse en el marco de procedimientos administrativos sancionatorios surtidos contra candidatos a cargos uninominales y sus respectivos gerentes serán aquellas que dispone el artículo 39 de la Ley 130 de 1994 y se atribuirán bajo la figura de responsabilidad solidaria, es decir, podrá la administración perseguir a uno u otro según considere más oportuno. Tal situación también se aplicará cuando se trate de candidato que hubiere formado parte de lista a Corporación Pública y en el marco de su campaña electoral designase de forma efectiva gerente de campaña, pues se ha conformado una responsabilidad solidaria entre ellos según la regla ya expuesta.

Ahora bien, resulta paradójico que, en el caso de los ciudadanos que hicieron parte de listas inscritas a Corporaciones Públicas, pese a que se entiende que la respectiva lista es en sí una sola campaña electoral y no la dispersión de varias distintas, aún en aquellas que contaron con opción de voto preferente, se les aplique individualmente una multa sin hacerse una valoración de la proporcionalidad.

Esto riñe de forma diáfana precisamente con el principio de proporcionalidad, pues si bien la lista en su totalidad pudo haber accedido al derecho de financiación estatal, el monto es tal que no se compara con el valor de la multa mínima que habría de imponerse a uno solo de los candidatos que la compusieron por faltar a alguna de las obligaciones derivadas del artículo 25 de la Ley 1475 de 2011; verbi gracia, dicha situación es notablemente desproporcionada en los comicios a Concejos de lugares con menos de 20.000 habitantes, que resultan ser más del 75% de municipios del país.

Así, resulta razonable considerar que cuando se presentan los elementos propios de una falta administrativa, cuales son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en razón de la conducta u

omisión de un candidato al incumplir obligaciones emanadas del régimen de financiación de campañas electorales, lo correcto es imponer una medida sancionatoria con el objetivo de, no solo reprochar el obrar del ciudadano, sino desincentivar la ocurrencia de tales situaciones, pues lo que busca el Consejo Nacional Electoral es propiciar el ejercicio democrático dentro de los parámetros constitucionales y legales vigentes. No obstante, también considera que la medida que se ha de imponer debe responder especialmente al principio de proporcionalidad, de suerte que no se cause el fenómeno contrario, es decir, se termine por cargar excesivamente a los ciudadanos de modo que se genere un desinterés por estos de participar en la conformación del poder público.

Con base en lo anterior, estima moderada establecer un criterio que responda al principio de proporcionalidad para imponer medidas sancionatorias a ciudadanos que hayan conformado listas de candidatos a Corporaciones Públicas.

Lo anterior se soporta especialmente en que, como se señaló anteriormente, una lista de candidatos a Corporación Pública inscrita por una organización política no supone la acumulación de distintos intereses, aunque se trate de una lista con opción de voto preferente, sino que se entiende como una única campaña electoral cuyo objetivo es representar a los ciudadanos que optaron por sufragar en su favor al identificarse con las ideas políticas que personifica tal colectividad. Otra lectura resultaría errada puesto que, si se tiene en cuenta incluso el sistema de adjudicación de curules, la fórmula electoral impone que accedan a escaño las organizaciones políticas que superen el umbral y resulten favorecidas tras la aplicación de la cifra repartidora, de modo que no se trata de los votos conquistados por cada uno de los candidatos de forma individual sino de los alcanzados por la lista en su totalidad.

Con fundamento en lo hasta aquí expresado, y en desarrollo del principio de proporcionalidad en la tasación de la sanción habrá de sancionar a los ciudadanos que conformaron listas de candidatos inscritas a Corporaciones Públicas cuando se demuestre la configuración de los elementos propios de las faltas al artículo 25 de la Ley 1475 de 2011, tasando la penalidad individual a partir de la división de la multa mínima consagrada en el artículo 39 de la Ley 130 de 1994 entre el número de curules a proveer en la respectiva Corporación Pública, esto siempre y cuando la lista en su totalidad tuviere derecho de acceder a un monto de financiación estatal inferior al valor de la mentada multa mínima; en caso contrario, es decir, de ser igual o superior el importe de tal derecho, la multa se tasará de forma individual a partir del monto mínimo sin que haya lugar al fraccionamiento señalado.

Lógicamente, de existir criterios de agravación según dispone el artículo 50 de la Ley 1475 de 2011, en uno u otro caso la multa se dosificará a partir del monto inicial con que habría de sancionarse al respectivo ciudadano.

A propósito de las razones que engendran el contraste para la tasación de la multa respectiva con base en la superación o no del valor del derecho de acceso a la financiación estatal respecto del importe de la multa mínima, considera ésta Sala que las cifras derivadas de la reposición de los votos obtenidos en cada una de las listas de candidatos presentadas en municipios con menos de 20.000 habitantes, los cuales suman 840 de un total de 1.103 municipios, y 18 áreas no municipalizadas- ANM, representando así el 75% de los mismos, no suelen superar el costo de la pena mínima señalado en el artículo 39 de la Ley 30 de 1994, mientras que en el restante 25% de los municipios, que pueden tener más de 20.000 habitantes y hasta casi 6 millones de ellos como pasa en el Distrito Capital de Bogotá, la reposición de votos por lo general sobresale ampliamente de tal importe.

Precisamente la desproporción en cuanto a la imposición de multas que históricamente ha debido decidir el Consejo Nacional Electoral a ciudadanos que formaron parte de listas de candidatos a Corporaciones Públicas en entidades municipales con menos de 20.000 habitantes, de los cuales además no suelen votar más del 55%, y en donde la participación política es escasa y no cuenta con capacitación adecuada y un acompañamiento importante como sí es común en urbes más pobladas y, casi que por ende, desarrolladas, ha ocasionado no solo el desgaste de la administración en perseguir conductas insignificantes sino también el perjuicio a ciudadanos cuya votación, verbi gracia, se obtuvo a partir del acompañamiento familiar que en muchos casos, comparada con quienes resultan electos, es diminuta y se torna inapreciable.

Por el contrario, en los municipios que superan los 20.000 ciudadanos habilitados para votar y cuyos Concejos Municipales tienen más de 13 cabildantes, especialmente en las entidades departamentales, las listas de candidatos acceden usualmente al derecho de financiación estatal por rubros que superan el monto de la multa mínima, y habida cuenta de la categoría con que cuentan y su peso en cuanto a votaciones de carácter nacional, las organizaciones políticas invierten más recursos en capacitarles respecto de las actividades propias de las campañas electorales, por lo que la omisión a las obligaciones del régimen financiero se presenta en menor medida.

Lo que se espera de la administración en materia electoral es que, de demostrarse efectivamente la trasgresión a la normativa vigente, acuda a la imposición de la pena respectiva valorando el contexto y las circunstancias en que la falta se produjo, pues de otro modo la sola aplicación de una sanción sin tal meditación puede producir tal desproporción que la misma ciudadanía conciba injusta la medida. Al respecto, el ejercicio de la facultad sancionatoria del Estado ha de manifestar justicia no solo en la determinación de la existencia de una falta sino también en la pena que conllevaría la misma.

Así, considera este despacho que con el fin de determinar si la conducta desplegada por los ciudadanos lesionó o puso en peligro de manera efectiva y real el bien jurídico tutelado, acudiendo a los principios de insignificancia del hecho y proporcionalidad entre éste y la sanción a imponer, debía determinarse si la configuración de la antijuridicidad material, la cual se entiende demostrada si el respectivo candidato, al haber sido parte de una lista con opción de voto preferente a Corporación Pública, adquirió el derecho de acceder a la financiación estatal de su campaña y además superó el 4% de los votos obtenidos por la respectiva lista, o bien no lo superó pero, pese a ello, pudiese acceder a dicha financiación vía reposición de gastos por votos en un monto que sea superior al valor de la multa mínima fijado en el artículo 39 de la Ley 130 de 1994, y/o se vio favorecido con el resultado de la contienda electoral al alcanzar un escaño dentro de la Corporación, en el marco de las elecciones de autoridades locales celebradas el 27 de octubre de 2019.

Por lo anterior, en consecuencia, de que no se realiza dicha valoración respecto de cada uno de los candidatos según la Corporación Pública a la cual aspiraron, determinando en cada caso qué campañas, organizaciones políticas o candidatos pusieron efectivamente en peligro el bien jurídico tutelado y cuáles de ellas no, de forma que se pudiese establecer la configuración de la antijuridicidad material, así como de la ausencia de aplicación del principio de proporcionalidad para imponer medidas sancionatorias a ciudadanos que hayan conformado listas de candidatos a Corporaciones Públicas, me aparto de la decisión aprobada por la mayoría de la Corporación.

Cordialmente,



Alba Lucía Velásquez Hernández
Magistrada

Rad. 10135-20
Res: 1101 DE 2023