

**LA PENA ACCESORIA DE INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DEL
DERECHO AL SUFRAGIO, UN ANALISIS ENTRE COLOMBIA Y ESPAÑA.**

Julián Andrés Martínez Noreña

Universidad Católica de Oriente

Derecho

Pregrado-Artículo de reflexión

27/marzo/2020

Resumen.

El legislador colombiano ha determinado que al encontrarse la pena principal de privación de la libertad en centro penitenciario y carcelario, siempre se debe aplicar la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas sin importar el tipo penal. Por consiguiente, el legislador al tipificar una pena como consecuencia jurídica del acto punible, debe tener en cuenta el nexo causal entre la conducta delictiva desplegada por el sujeto y la consecuencia jurídica que se debe aplicar conforme a los principios de las sanciones penales. Por ello, el legislador debe distinguir las diferentes clases de derechos públicos que tiene el ciudadano, y definir cuál debe ser suspendido como consecuencia jurídica del acto punible. En igual sentido, el juez al momento de inhabilitar por medio de sentencia condenatoria el ejercicio de derechos y funciones públicas, debe realizar una estricta motivación sobre cada una de las penas impuestas, puesto que su vinculación como pena no puede ser únicamente por mandato legal.

Palabras claves: Derecho al sufragio, personas privadas de la libertad, pena accesoria, derechos fundamentales, principios de las sanciones penales.

Abstract.

The Colombian legislator has determined that when the main penalty of deprivation of liberty is found in a penitentiary and prison, the accessory penalty of disqualification must always be applied for the exercise of rights and public functions regardless of the type of criminal offense committed. Therefore, when legislating a penalty as a legal consequence of the punishable act, the legislator must take into account the causal link between the criminal conduct displayed by the subject and the legal consequence that must be applied in accordance with the principles of criminal sanction. For this reason, the legislator must distinguish the different classes of public

rights that the citizen has, and define which should be suspended as a legal consequence of the punishable act. In the same sense, the judge when disabling by means of a condemnatory sentence the exercise of public rights and functions, must carry out a strict motivation on each of the penalties imposed, since its connection as a penalty cannot be solely by legal mandate.

Keywords: Right to vote, persons deprived of liberty, accessory punishment, fundamental rights, principles of criminal sanction.

Introducción.

La corte constitucional en reiteradas jurisprudencias ha determinado que el legislador por medio de su potestad ius puniendi, puede tipificar consecuencias jurídicas que suspendan o afecten derechos fundamentales, por ejemplo, la inhabilitación del derecho al sufragio para la participación, conformación y control del poder político (Constitución Política de Colombia, 1991, art.40, núm. 1.). Sin embargo, dicha potestad no es ilimitada, sino que tiene unos límites que deben ser considerados al momento de tipificar una norma penal, en primer lugar, la constitucionalización del derecho penal que impone un fundamento y límite al poder punitivo del estado. En segundo lugar, el legislador estableció los principios de las sanciones penales como una prohibición al exceso en las consecuencias jurídicas de la comisión del delito, así pues, la aplicación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se debe realizar a determinados tipos penales. Es por esta razón, que la motivación de la providencia judicial tiene un papel determinante para evitar que se imponga por parte del juzgador una consecuencia jurídica excesiva por la conducta punible desplegada, así por ello, la persona conociendo los motivos de la pena imponible puede ejercer su derecho de defensa por una medida aparentemente arbitraria por parte del juzgador. Por consiguiente, en el presente proyecto de investigación se realizará un estudio comparado con la legislación española, para poder determinar la debida aplicación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Es decir, cuando el juez debe imponer la pena accesoria de inhabilitación para ejercer el derecho al sufragio como consecuencia jurídica de la conducta punible, respetando lo dispuesto en el artículo 3 del código penal. Es por esta razón, que el análisis realizado de la pena accesoria entre la legislación penal española nos puede servir de ejemplo para generar armonía en nuestro ordenamiento jurídico penal colombiano. **Metodología.** Se aplico como metodología de investigación el enfoque cualitativo, de

tipo documental, haciendo uso de instrumentos secundarios de recolección de información como leyes, libros, jurisprudencia y estudio comparado con la legislación española. **Resultados.** Se puede constatar por medio de la legislación española el discernimiento que se realiza acerca del derecho al sufragio (activo y pasivo), por consiguiente, cada tipo penal trae consigo su consecuencia jurídica para suspender el derecho al sufragio activo o pasivo, todo dependiendo de la conducta punible realizada. Sin embargo, en la legislación penal colombiana, por medio de diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, no se ha podido determinar la razón para imponer dicha consecuencia jurídica, pues siempre que haya una sentencia con pena principal para la privación de la libertad en centro penitenciario y carcelario, conllevara la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, siendo esta desproporcional e irrazonable frente a determinados tipos penales.

La pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho al sufragio y los principios de las sanciones penales.

La suspensión para el ejercicio de derechos y funciones públicas únicamente se puede aplicar a las personas que se encuentran privadas de la libertad en centros penitenciarios y carcelarios en el estado colombiano, es decir, las personas que se encuentran con medida de aseguramiento pueden gozar de este derecho, puesto que aun no se ha desvirtuado su derecho constitucional de presunción de inocencia:

Los detenidos privados de la libertad si reúnen los requisitos de ley podrán ejercer el derecho al sufragio en sus respectivos centros de reclusión. La Registraduría Nacional del Estado Civil facilitará los medios para el ejercicio de este derecho. Se prohíbe el proselitismo político al interior de las penitenciarías y cárceles, tanto de extraños como de los mismos internos. (ley 65, 1993, art. 57)

Por consiguiente, el legislador determino dividir las penas en principales y accesorias para definir las consecuencias jurídicas que se desprenden por la comisión del delito, así, la inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas se encuentra incorporado en el catálogo de las penas accesorias.

Penas principales y penas accesorias.

Penas principales.

Antes de abarcar el tema de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derechos y funciones públicas para las personas que se encuentran privadas de la libertad en centro penitenciario y carcelario, es importante destacar en primer lugar las clases de penas establecidas por el legislador. Por consiguiente, la pena se puede dividir en: **i)** pena principal y **ii)** pena accesoria.

Nuestro tema de estudio en este caso es la pena accesoria, sin embargo, es imprescindible hablar, así sea en pequeña medida, sobre las penas principales.

La legislación penal en el artículo 34 y la sentencia C-328 de 2016 determina como penas principales:

Principales: son aquellas determinadas en cada tipo penal como consecuencia punitiva específica de la conducta definida como punible, es decir, el tipo penal las define como tal y se aplican de forma autónoma e independiente, sin sujetarse a otras. En esta categoría se encuentra la pena privativa de la libertad, penas pecuniarias y las privativas de otros derechos. La pena de prisión es una restricción al ejercicio de la libertad personal por parte de quien la padece, surgió históricamente como un triunfo contra las instituciones propias del Estado absolutista, pues significó un sustituto benéfico frente a la pena de muerte, la tortura, el trabajo forzado y la esclavitud. Por su parte, la pena pecuniaria está representada por la pena de multa, definida como la obligación de pagar determinada cantidad de dinero, no con finalidad de resarcimiento o indemnización, sino como una consecuencia jurídica de la realización de una conducta punible que presenta las características y funciones de la sanción penal. (...). (Corte Constitucional, C-328,2016)

En la ley 599 de 2000 (Código Penal), el legislador tipificó las diferentes clases de penas principales, así, el artículo 35 define que son penas principales la privativa de prisión (ley 599, 2000, art. 37), la pecuniaria de multa y la privativa de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial.

Penas accesorias

En otro orden de ideas, para iniciar con el complejo tema de las penas accesorias y su aplicación, la sentencia C-328 de 2016 también define la pena accesoria como:

(...) aquellas específicamente determinadas en la parte general del código y entre las cuales se encuentran: a) inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; b) la pérdida de empleo o cargo público; c) la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas; d) la expulsión del territorio nacional para los extranjeros, entre otros (...). (Corte Constitucional, C-328,2016)

La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se encuentra clasificada dentro de las penas accesorias, sin embargo, el legislador ha determinado que cuando se encuentre una pena principal de privación de la libertad en centro penitenciario y carcelario, es una obligación legal del juez imponer dicha pena accesoria:

El legislador ha dispuesto que: i) el juez penal está obligado a imponer como pena accesoria la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, siempre que se imponga la pena de prisión; ii) la imposición de ésta sanción trae como consecuencia privar al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales, iii) la duración de la pena podrá ser la misma de la de la pena de prisión impuesta y hasta una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la ley, -es decir 20 años- sin perjuicio de lo que prevé la Constitución para el caso de la condena por delitos contra el patrimonio del Estado. iv) la imposición de la pena exige una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la misma, de conformidad con el artículo 59 de la Ley 599 de 2000, v) la persona condenada a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como consecuencia de haber recibido pena de prisión,

puede solicitar su rehabilitación para el ejercicio de dichos derechos y funciones en los términos del artículo 92 de la Ley 599 de 2000. vi) de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 599 de 2000 la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se aplicará y ejecutará simultáneamente con la pena de prisión. (Corte Constitucional, C 329, 2003)

Dicho lo anterior, y conforme al artículo 52 de la ley 599 del 2000 “(...) En la imposición de las penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo 59. (...)”. Es decir, toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena (ley 599, 2000, art. 59), sin embargo, dicha fundamentación debe realizarse de una manera estricta, pues son derechos fundamentales los que se encuentran inmiscuidos como consecuencia jurídica de la conducta punible, aun así, no es el momento idóneo para abordar dicho tema, sino que será objeto de estudio en un acápite posterior.

En contraste, hay que tener muy claro que por medio de la imposición de una pena principal o accesoria se pueden generar tres efectos a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad:

(i) aquellos derechos suspendidos como consecuencia lógica y directa de la pena impuesta, lo cual se justifica constitucional y legalmente por los fines de la sanción penal. Dentro de este grupo encontramos derechos como la libre locomoción, y los derechos políticos como el derecho al voto. (ii) Los derechos intocables conformados por los derechos fundamentales de la persona privada de la libertad que se encuentran intactos, pues aquellos derivan directamente de la dignidad del ser humano, son ejemplo de éstos: los derechos a la vida y el derecho al debido proceso, y por último, (iii) se encuentran los derechos restringidos o limitados por la especial sujeción del interno al Estado y tienen sentido

porque con ello se pretende contribuir al proceso de resocialización del condenado y garantizar la disciplina, seguridad y salubridad en las cárceles. Encontramos limitados los derechos a la intimidad personal y familiar, de reunión, de asociación, libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión, al trabajo y a la educación. Respecto de los derechos fundamentales de los reclusos que admiten restricción, es importante tener en cuenta que su limitación es constitucionalmente válida en la medida en que se ajuste a los principios de razonabilidad y proporcionalidad (T-154,2017)

Dicho lo anterior, se encuentran tres grandes grupos de derechos fundamentales que se pueden ver afectados por la imposición de una pena principal o accesoria como consecuencia jurídica de la conducta punible, es decir, los i) derechos fundamentales suspendidos como consecuencia lógica de la pena impuesta; los ii) derechos intocables que se encuentran intactos, puesto que se derivan del derecho a la dignidad humana y los iii) derechos restringidos o limitados por la especial sujeción del interno al Estado. Sin embargo, si se realiza una restricción a un derecho fundamental como es la participación, conformación y control del poder político por medio del derecho al sufragio (Constitución Política de Colombia, 1991, art.40, núm. 1.), este debe estar plenamente ajustado a los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la pena.

Desde otra perspectiva, el legislador por medio de la política criminal preestablecida, y en cuya cabeza está radicado el ius puniendi, puede crear normas que suspendan derechos fundamentales como consecuencia jurídica de la conducta punible, dicha función se encuentra limitada por principios, valores y normas constitucionales:

Si bien el legislador, quien actúa en representación del Estado en cuya cabeza está radicado el ius puniendi, puede señalar, de acuerdo con una política criminal preestablecida, como punibles determinados comportamientos que considera nocivos para la vida social y fijar

las sanciones o consecuencias jurídicas que de su incursión se derivan, esa potestad no es absoluta pues encuentra límites en los principios, valores y demás normas constitucionales que está obligado a respetar. La Corte también ha sostenido que cuando el legislador en desarrollo del ius puniendi restringe un derecho fundamental, en principio, tal restricción no viola la Constitución, pues el legislador está plenamente facultado para hacerlo, salvo que la restricción misma resulte lesiva del ordenamiento superior. (C-581, 2001).

Ahora bien, los principios, valores y normas constitucionales que está obligado a respetar el legislador determina una constitucionalización del derecho penal, pues por medio de una normal sustancial o procesal, se pueden ver comprometidos derechos fundamentales:

Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas. (Corte Constitucional, C 038, 1995)

Dicho lo anterior, el legislador al tipificar como consecuencia jurídica la inhabilitación del derecho fundamental para la participación, conformación y control del poder político por medio del derecho al sufragio (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 40) debe ser sumamente

cauteloso, pues hay dos consideraciones que debe tener en cuenta; el primero, se debe a la compatibilidad que debe tener las penas (principales y accesorias) con los principios de las sanciones penales, tema que será tratado posteriormente; y en segundo lugar, debido a la constitucionalización del derecho penal que impone un límite al poder punitivo del estado, dado que no se pueden desconocer principios, valores y derechos constitucionales, por consiguiente, sería inconstitucional imponer la suspensión del derecho al sufragio hasta el punto de desconocer su núcleo esencial, que es la participación para la conformación, ejercicio y control del poder político:

Sería inconstitucional la decisión política de imponer la pena de muerte (CP art. 11), la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes (CP art. 12), la esclavitud (CP art. 17), el destierro, la prisión perpetua o la confiscación (CP art. 34), como consecuencia de la comisión de un delito. Tampoco sería jurídicamente aceptable que el Estado, mediante la simple invocación de razones de defensa social, pretermita, obvie, suspenda o restrinja las garantías jurídico procesales hasta el extremo de desconocer el núcleo esencial de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 28 a 31 de la Carta. (Corte Constitucional, C 329, 2003)

Principios de las sanciones penales.

El artículo 3 de la ley 599 del 2000 (Código Penal) establece: “la imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y necesidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan”. (ley 599, 2000, art. 3) En consecuencia, la CSJ-SP (Corte Suprema de Justicia

Sala Penal) ha estimado que el principio de razonabilidad penal juega un papel determinante como prohibición de exceso punitivo:

la Corte ha reiterado que el Legislador goza de discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles, pero siempre y cuando se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros(C-203, 2016).

En cuanto al principio de proporcionalidad, el maestro de derecho penal Cesar Otalvaro (2019), define: “En materia penal el principio de proporcionalidad entendido como correlación entre la magnitud de la pena y la gravedad del delito, se traduce en la prohibición de exceso, mandato dirigido al legislador en el ejercicio del ius puniendi (...) (pág. 51)”. Dicho lo anterior, el juez no puede imponer una pena accesoria de manera caprichosa, pues debe realizar una operación de dosimetría punitiva para determinar qué consecuencia jurídica puede ser razonable y proporcional al hecho punible cometido, es decir, el juzgador no puede aplicar las penas accesorias de forma mecánica, pues debe tener una clara relación con el delito cometido, por ejemplo, no es razonable y proporcional privar a una persona del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas (ley 599, 2000, art. 48), cuando ha realizado la conducta punible de lesiones personales simples sin usar ningún tipo de vehículo automotor o motocicleta (ley 599, 2000, art. 111) o cuando el juez realiza la aplicación de la pena accesoria establecida en el inciso final del artículo 51 *ibidem* a todas las conductas delictivas, siendo esta aplicable únicamente a los comportamientos delictivos relacionados con violencia intrafamiliar (Corte Suprema de Justicia,

Sala de Casación Penal 17468, 2016, M.P.). Por consiguiente, la CSJ SP ha sido muy cautelosa al señalar:

esta clase de sanciones accesorias que el legislador dejó a la discrecionalidad del juzgador no pueden imponerse de manera mecánica, pues deben corresponder a una debida fundamentación que involucre su nexo causal con el delito por el cual se imparte condena al sujeto, de manera tal que se demuestre que debido a la conducta realizada, aquél está incapacitado o inhabilitado para ejercer sus derechos (...) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 11.981, 15 dic. 1999,).

Dicho lo anterior, es menester indicar que si bien el artículo 52 de la ley 599 del 2000 establece que en todo caso, la pena de prisión conllevara la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas, su vinculación como consecuencia jurídica de la conducta punible no debe ser simplemente normativa, es decir, aparte de realizar una operación de dosimetría punitiva para determinar qué pena accesoria resulta compatible con los principios de las sanciones penales, se debe realizar una fundamentación explícita de toda determinación cualitativa y cuantitativa de la pena (ley 599, 2000, art. 59), tema que tratare en el acápite posterior.

Ahora bien, el legislador antes de determinar a qué tipos penales se debe aplicar la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, debe establecer las clases de derechos públicos que tiene cada ciudadano, para posteriormente delimitar la consecuencia jurídica de dicha pena accesoria y poder realizar una aplicación correcta teleológicamente con los principios de las sanciones penales: “La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales” (ley 599, 2000, art. 44). De lo anterior, se puede observar que el legislador

tipifico por medio del precedente artículo diferentes consecuencias jurídicas que puede acarrear la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, siendo esta en la mayoría de las veces irrazonable y desproporcional, puesto que no hay un nexo de causalidad entre la conducta punible y la consecuencia jurídica.

Motivación de la sentencia o providencia judicial

La motivación de la providencia judicial es una de las tareas más estrictas al momento del juez imponer una sentencia, pues como dice el autor Lluch: “(...) La expresión de la justificación de la decisión judicial legitima el ejercicio de la función jurisdiccional, y cuanto más motivada es una decisión mayor el respeto que adquieren la misma y el juez que la ha dictado” (pág. 46). Por consiguiente, la corte constitucional ha determinado que una indebida motivación de la decisión judicial genera la vulneración del derecho fundamental al debido proceso:

el juez de tutela debe tener en cuenta, que la falta de motivación de una decisión judicial supone una clara vulneración al derecho del debido proceso ya que existe un deber en cabeza de los funcionarios judiciales, el cual tiene que presentar las razones fácticas y jurídicas que sustentan el fallo, acción que se genera en virtud de un principio base de la función judicial. (Corte Constitucional SU-635, 2015).

Por consiguiente, la aplicación de dichas penas accesorias no pueden ser impuestas de forma discrecional por parte del juzgador, por el contrario, al generar la suspensión de un derecho fundamental por medio de sentencia condenatoria, como es la participación del ciudadano en la conformación, ejercicio y control del poder político mediante el derecho al sufragio (Constitución Política de Colombia, art 40.), es menester realizar una estricta motivación de la razón por la cual se le limita o suspende un derecho fundamental, pues como se adujo anteriormente, entre más motivada se encuentre una sentencia, más respeto adquiere el juzgador que la profiere, ya que en dicha actividad es que se encuentra la seguridad jurisdiccional y simultáneamente se genera una mayor garantía en los derechos de los ciudadanos para ejercer el derecho de defensa por la imposición de una medida que no es razonable, proporcional o necesaria, es decir, no sería correcto dar aplicación a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones

públicas argumentado que por encontrarse la pena principal de privación de la libertad en centro penitenciario y carcelario conllevara la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Con relación a lo anterior, la corte constitucional ha establecido:

La motivación es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso. Esto se explica porque sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque sólo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa. En el caso de los jueces de última instancia, la motivación es, también, su fuente de legitimación democrática, y el control ciudadano se convierte en un valioso medio para corregir posturas adoptadas en el pasado y eventualmente injustas o poco adecuadas para nuevas circunstancias jurídicas y sociales. (Corte Constitucional, T 214, 2012)

Así pues, el juez al momento de realizar la motivación por aplicación de una pena accesoria debe tener claro el nexo de causalidad entre la acción y la consecuencia jurídica que se debe aplicar con base a los principios de las sanciones penales, por este motivo, si una persona realiza la conducta punible de constreñimiento al sufragante (ley 599, 2000, art. 387), es deber del juzgador determinar la relación entre el acto punible que es reprochable para la sociedad y como pena accesoria podría aplicar la inhabilitación para el ejercicio del derecho al sufragio (elegir y ser elegido), por consiguiente, con dicho ejemplo se puede evidenciar una clara relación entre la conducta punible y la pena accesoria como consecuencia jurídica, pues el bien jurídico que pretende proteger el legislador son los mecanismos de participación democrática.

Sin embargo, al realizar la aplicación de inhabilitación para el ejercicio del derecho al sufragio, es deber del juez realizar una estricta motivación para suspender dicho derecho, como se menciono en una sentencia citada en líneas anteriores: “la imposición de la pena exige una

fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la misma, de conformidad con el artículo 59 de la Ley 599 de 2000” (Corte Constitucional, C 329, 2003), por consiguiente, el juzgador no se puede limitar aduciendo únicamente en su motivación, que la aplicación de la pena accesoria para la inhabilitación del ejercicio de derechos y funciones públicas se realiza por mandato legal, es decir, porque así lo ha determinado el legislador.

Estudio comparado de inhabilitación del derecho al sufragio en la legislación española y colombiana.

El estudio que se realiza sobre la inhabilitación para el ejercicio del derecho al sufragio en la legislación española es en un aspecto sumamente general, sin embargo, dicha apreciación puede indicar, así sea en pequeña medida, como se debe tipificar dicha consecuencia jurídica en el ordenamiento jurídico penal colombiano, así, cuando sea aplicada por parte del juez, no incurra en un exceso del poder punitivo.

Como se puede constatar en la ley orgánica 5 del 19 de junio de 1985 (Régimen Electoral General Español), título primero, se evidencia que el derecho al sufragio se encuentra dividido en dos categorías: i) Derecho al sufragio activo, y ii) Derecho al sufragio pasivo. El primero, comprende el derecho de ejercicio que tiene el ciudadano español para votar por un candidato de elección popular; y el segundo, corresponde al derecho que tiene el ciudadano español para ser elegido a un cargo de elección popular. Por consiguiente, en la legislación colombiana no se realiza ningún tipo de discernimiento frente al derecho al sufragio, pues como lo estipula el artículo 43 y 44 de la ley 599 del 2000, la pena accesoria comprende la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, esto es, la facultad para elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y entidades que confieren las entidades oficiales (Corte Constitucional, C-329, 2003). Sin este discernimiento que realiza la legislación española, el legislador de Colombia mediante mandato legal estaría obligando al juez a dar aplicación a una medida que aparentemente puede ser desproporcional e irrazonable frente a diversos tipos penales.

Dicho lo anterior, la ley orgánica 10 del 23 de noviembre de 1995 (Código Penal Español) trae consigo las consecuencias jurídicas que acarrea cada tipo penal, incluyendo las que se conocen

como penas accesorias en la legislación penal colombiana, así, el título XIX, capítulo I de la presente disposición en sus articulados, 404, 420, 428, 430, 432, 433, 436, 438, 439 y 442 aparte de la consecuencia jurídica de pena privativa de la libertad, se debe aplicar la pena accesoria inhabilitación especial para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo, es decir, que esa persona no puede ser elegido por haber cometido un delito contra la administración pública, sin embargo, si puede ejercer su derecho al sufragio activo, por ejemplo, el código penal español en el tipo penal de cohecho establece:

Artículo 419: La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito. (ley orgánica 10, 1995, art. 419)

Por consiguiente, el tipo penal trae consigo la consecuencia jurídica de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo, respetando el derecho del sufragio activo. Sin embargo, hay delitos en los que se genera la inhabilitación del derecho al sufragio activo y pasivo, es decir, el ciudadano español no puede elegir ni ser elegido, por ejemplo, la ley orgánica 5 del 19 de junio de 1985 (Régimen Electoral General Español) en el capítulo VIII que titula “Delitos e Infracciones electorales”, no trae consigo escrita dicha consecuencia jurídica, sino que el legislador español fue claro, que en esta clase de delitos, la inhabilitación del derecho al sufragio

debe ser tanto activo como pasivo: “Por todos los delitos a que se refiere este capítulo se impondrá, además de la pena señalada en los artículos siguientes, la de inhabilitación especial para el derecho del sufragio activo y pasivo” (artículo 137 ley orgánica 05 del 19 de junio de 1985). Dicho lo anterior, se puede apreciar que las penas imponibles a cada tipo penal por la conducta punible realizada encuentran gran correspondencia con los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la pena, imponiendo la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho al sufragio activo y sufragio pasivo, o, en diversas ocasiones ambas consecuencias, relativo al bien jurídico que se intenta proteger.

Conclusiones.

Si bien el legislador por medio de su potestad *ius puniendi* puede generar la suspensión o restricción de derechos fundamentales, dicho poder tiene un límite que se encuentra conformado por dos aspectos sumamente importantes. La primera, se debe a la constitucionalización del derecho penal que impone unos principios, normas y valores constitucionales, la cual orienta y limita su alcance puesto que en un proceso penal pueden estar inmiscuidos derechos fundamentales. En igual sentido, la constitucionalización del derecho penal también impone un límite, puesto que el estado no puede desconocer derechos constitucionales y el principio de la dignidad humana. En segundo lugar, las penas principales y accesorias que el legislador tipificó como consecuencia jurídica de la conducta punible encuentra un límite, fundamentado en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, es decir, debe existir un nexo de causalidad entre la conducta punible y la consecuencia jurídica desplegada por el sujeto, por consiguiente, no es plausible realizar la aplicación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas a todos los tipos penales, argumentando únicamente que al encontrarse una pena principal para la privación de la libertad en centro penitenciario y carcelario, también se debe aplicar la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Desde otra perspectiva, esta no es la única tarea que debe realizar el legislador para determinar que dicha pena accesoria tipificada como consecuencia jurídica de la conducta punible sea compatible con los principios de las sanciones penales, puesto que también debe clasificar cada uno de los derechos públicos mencionados literalmente en los artículos 43 y 44 del código penal colombiano, los cuales establecen la pena accesoria para la inhabilitación del ejercicio de derechos y funciones públicas, y así poder determinar qué derechos públicos pueden ser suspendidos o restringidos con relación a al tipo penal. Por ejemplo, en el estudio de derecho comparado que se realizó con la legislación

penal española, se puede evidenciar una clara correspondencia entre la conducta punible y la consecuencia jurídica, por consiguiente, si una persona realiza un acto punible contra los mecanismos de participación ciudadana, esta sería castigada no solo con la pena de prisión, sino que también se suspende su derecho al sufragio activo y pasivo, sin generar la suspensión de otro derecho público; otro ejemplo sería, cuando se realiza una conducta punible contra la administración pública, su consecuencia jurídica a parte de la pena de prisión, también se genera la suspensión del derecho al sufragio pasivo, es decir, la persona no puede ser elegida, pero sí puede ejercer su derecho al voto, manteniendo plena correspondencia con los principios de las sanciones penales.

Por lo tanto, hay consecuencias jurídicas que pueden ser arbitrarias o desproporcionales a la conducta punible, por consiguiente, el juez al aplicar una pena principal o accesoria debe realizar una fundamentación de los motivos cuantitativos y cualitativos de la pena, así, la persona que considera una medida arbitraria, desproporcional o irrazonable, la podrá controvertir. Sin embargo, al realizar la aplicación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas no puede ser únicamente por mandato legal, es decir, porque así lo ha determinado el legislador, sino que al realizar la aplicación de dicha pena accesoria, el juez deberá fundamentar en su sentencia el nexo de causalidad que tiene dicha consecuencia jurídica con la conducta punible, así, esta sería compatible con los principios de las sanciones penales.

Dicho lo anterior, se debe realizar una reforma al ordenamiento jurídico penal colombiano, tomando como ejemplo la legislación española y poder generar una armonía entre las conductas punibles y sus consecuencias jurídicas.

Referencias.

Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 40 [Titulo II] 2da Ed. Secretariassenado.

Congreso de Colombia (20 de agosto de 1993) Código Penitenciario. [Ley 65 de 1993] DO: 40.999.

Congreso de Colombia (24 de julio de 2000) Código Penal. [Ley 599 de 2000] DO: 44.097.

Corte Constitucional. (22 de junio de 2016) Sentencia C-328 [MP Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Constitucional. (29 de abril de 2003) Sentencia C-329 [MP Álvaro Tafur Galvis].

Corte Constitucional. (09 de marzo de 2017) Sentencia T-154 [MP Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional. (06 de junio de 2001) Sentencia C-581 [MP Jaime Araujo Rentería].

Corte Constitucional. (09 de febrero de 1995) Sentencia C-038 [MP Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. (27 de abril de 2016) Sentencia C-203 [MP Alberto Rojas ríos].

Otalvaro, C. A. (2019) Delitos contra la administración pública (Titulo XV) Primera parte aspectos generales. Medellín, Colombia: U. Pontificia Bolivariana.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (11 de noviembre de 2016) Sentencia SP17468-48193 [MP Eyder Patiño Cabrera].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (23 de noviembre de 1999) Sentencia SP11223 [MP Mario Mantilla Nougués].

Lluch, X. A., (Ed.). (2016). Derecho probatorio y la decisión judicial. Medellín, Colombia: Editorial Universidad de Medellín.

Corte Constitucional. (07 de octubre de 2015) Sentencia SU-635 [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional. (16 de marzo de 2012) Sentencia T-214 [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

Congreso de Colombia (20 de agosto de 1993) Código Penitenciario. [Ley 65 de 1993] DO: 40.999.

Cortes Generales, Rey de España (23 de noviembre de 1995) Código Penal Español. [Ley orgánica 10 de 1995] BOE-A-1995-25444.

Legislación consolidada, Jefatura del Estado (19 de junio de 1985) Régimen general Electoral Español. [Ley orgánica 05 de 1985]

Código penal [Código]. (2017) Trigésima Primera ed. Leyer