

RECENSIÓN “Financiación ilegal de los partidos políticos en Colombia, problemas comunes”

Reflexiones a propósito del artículo “LA POLÉMICA EN EL DELITO DE FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS: LAS PUERTAS CONTINÚAN ABIERTAS”, de Rafael Rebollo Vargas

Juan Carlos Álvarez Álvarez*
Profesor de Derecho Penal
Universidad EAFIT - Medellín (Colombia)

Tal vez uno de los mayores desafíos que deben enfrentar los sistemas democráticos, en los que los partidos políticos juegan un rol fundamental, tiene que ver con las prácticas ilícitas relacionadas con la financiación de estas asociaciones políticas. El trabajo del profesor REBOLLO VARGAS se ocupa precisamente de algunos problemas que se suscitan en relación con el delito de financiación ilegal de partidos políticos en España, incorporado al Código penal mediante la L.O. 1/2105, de 30 de marzo. Se trata de conductas que afectan o condicionan el pluralismo político, la formación y manifestación de la voluntad popular y la participación política de los ciudadanos a través de los partidos políticos, siendo estas tres funciones, atribuidas por el artículo 6º de la Constitución española a las mencionadas asociaciones, los criterios que sirven al autor para delimitar el bien jurídico protegido y que a su vez le permiten afirmar que la financiación ilícita de las mismas conlleva “una quiebra de los principios de igualdad, objetividad y transparencia en el funcionamiento de una de las estructuras fundamentales del Estado.” (p.18).

Habría que agregar que muchas veces la financiación ilícita, irregular o corrupta¹, es una forma de lograr lo que algunos han denominado “la captura instrumental”² de los partidos políticos, como medio para acceder en condiciones ventajosas a la contratación pública y a los cargos de la burocracia estatal, alterando en forma ilegal los procedimientos orientados a garantizar el acceso de todos los potenciales interesados en condiciones de igualdad.³

*Algunas de las ideas y datos consignados en este comentario hacen parte de resultados parciales del proyecto de investigación actualmente en ejecución, financiado por la Universidad EAFIT (Medellín-Colombia) titulado, *Financiación ilegal de partidos y movimientos políticos: Política criminal y Derecho penal*, código interno 828/000064.

¹ Terminología que según REBOLLO VARGAS (p16), es la utilizada por MALEM SEÑA quien propone la distinción entre las formas de financiación indicadas.

² Sobre el concepto de captura instrumental de los partidos políticos en Colombia véase Garay Salamanca, Luis J. (Coord.), *La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia*, Bogotá, Fundación Método, Fundación Avina y Transparencia por Colombia, 2018.

³ Un caso bastante notorio por sus repercusiones en varios países de América Latina, es relacionado con sobornos a funcionarios públicos pagados por la empresa brasilera Odebrecht dirigidos a obtener luego ventajas en la asignación de contratos para la construcción de obras de infraestructura. Véase al respecto completo informe en: https://elpais.com/internacional/2017/11/08/actualidad/1510150819_244184.html

La confusión del legislador español advertida por REBOLLO VARGAS en lo relacionado con la delimitación del bien jurídico y la manera poco reflexionada, según sus palabras, como se incorporaron los artículos 304 bis y 304 ter del Código penal español, se hace palpable en las “incongruencias legislativas” a las que se refiere el citado autor, y que al menos desde la concepción del bien jurídico que defiende, no parecen tener adecuada justificación. Tales incongruencias o atipicidades son, entre otras, la financiación de partidos a través de fundaciones, la condonación de deudas bancarias de los partidos, las operaciones asimiladas, la donación de inmuebles sin límite de cuantía y la financiación pública ilícita.

Es oportuno también reseñar, la problemática relacionada con el reenvío normativo a disposiciones de carácter extrapenal, respecto de lo cual se harán luego unos breves comentarios. Los preceptos que consagran la financiación ilegal de partidos políticos son tipos penales en blanco, dos de cuyas particulares características consisten, por un lado, en un reenvío “en bloque” (p.8) a la norma extrapenal, y por el otro, en el “solapamiento exacto”⁴ (p. 13) que se presenta entre la infracción penal y administrativa, sin que sea posible, *prima facie*, establecer el plus de desvalor o lesividad que fundamente la incriminación penal y por tanto evite un *bis in ídem*.

La situación en Colombia no es mejor: si por allá llueve por acá no escampa.

Al leer del texto del profesor REBOLLO VARGAS, es difícil sustraerse a la comparación con respecto a lo que sucede en Colombia. Por ello en las líneas que siguen y de la mano de algunos de las observaciones que se hacen en el texto sobre la financiación ilícita de partidos en España, me propongo hacer una breve revisión de la situación colombiana en esta materia, pues es la manera quizás mas útil y en todo caso la más responsable de abordar la recensión de un texto referido a una legislación y a una doctrina que no conozco con la profundidad suficiente que me permita hacer una valoración crítica del mismo.

Las figuras delictivas

En Colombia, país en el que muchas veces también se legisla “a golpe de telediario” son muchos y muy variados los escándalos de corrupción de los partidos políticos relacionados con su financiación.⁵ Sin embargo, es curioso que solo en 2017, mediante la Ley 1864 de ese mismo año, se incorporaron tres figuras delictivas, todas ellas

⁴ La expresión correponde a la utilizada por MAROTO CALATAYUD, véase nota de pie de página num.34 del texto del profesor REBOLLO VARGAS (p.11)

⁵ Son muchos los ejemplos que podrían citarse, sin embargo, hay dos que han tenido amplia resonancia nacional. Uno de ellos conocido como proceso 8000, relacionado con el ingreso de dineros provenientes del narcotráfico a la campaña presidencial del entonces candidato Ernesto Samper Pizano. El otro, es el relacionado con la presunta intervención ilegal, por la vía de aportes en dinero, de la empresa Odebretch en la campaña presidencial de 2014. Sobre este último caso, véase <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/odebretch-y-la-campana-presidencial-de-2014-articulo-678963>.

relacionadas con la financiación de campañas electorales.⁶ A juzgar por el *nomen iuris* del título del Código penal colombiano en el que se ubican, pareciera que el relieve está puesto en la forma como estas conductas afectan la participación política de los ciudadanos. En efecto, el Título XIV del Código penal colombiano se denomina “De la violación al ejercicio de los mecanismos de participación democrática” y en las tres modalidades delictivas allí previstas -artículos 396A, 396B y 396C -, lo común es que las conductas prohibidas recaen sobre el proceso electoral, siendo este tan solo una de las manifestaciones de la actividad que dentro del sistema político desempeñan los partidos.

Sin embargo, no debe perderse de vista que los partidos políticos además de ser los instrumentos que permiten asegurar la participación de los ciudadanos mediante el ejercicio del derecho a elegir y ser elegido, cumplen también un rol esencial como vehículos de expresión del pluralismo político y como actores centrales en la formación y manifestación de la voluntad popular, a través de su actuación en el poder legislativo o en la representación en los órganos de decisión del poder ejecutivo. En Colombia estas funciones están previstas en el artículo 2º de la ley 130 de 1994, “Por la cual se dicta el Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos y se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones”, y como se podrá observar coinciden, en lo esencial, con las previstas para los partidos políticos en el citado artículo 6 de la Constitución española.⁷

⁶ *Artículo 396A. Financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas.* El gerente de la campaña electoral que permita en ella la consecución de bienes provenientes de fuentes prohibidas por la ley para financiar campañas electorales, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cuatrocientos (400) a mil doscientos (1.200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo. En la misma pena incurrirá el respectivo candidato cuando se trate de cargos uninominales y listas de voto preferente que realice la conducta descrita en el inciso anterior. En la misma pena incurrirá el candidato de lista de voto no preferente que intervenga en la consecución de bienes provenientes de dichas fuentes para la financiación de su campaña electoral. En la misma pena incurrirá el que aporte recursos provenientes de fuentes prohibidas por la ley a campaña electoral.

Artículo 396B. Violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales. El que administre los recursos de la campaña electoral que exceda los topes o límites de gastos establecidos por la autoridad electoral, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa correspondiente al mismo valor de lo excedido e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

Artículo 396C. Omisión de información del aportante. El que no informe de sus aportes realizados a las campañas electorales conforme a los términos establecidos en la ley, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cuatrocientos (400) a mil doscientos (1.200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁷ *Artículo 2:* Los partidos son instituciones permanentes que reflejan el pluralismo político, promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas y democráticas de la Nación. Los movimientos políticos son asociaciones de ciudadanos constituidas libremente para influir en la formación de la voluntad política o para participar en las elecciones. Los partidos y movimientos políticos constituidos con el lleno de todos los requisitos constitucionales y legales tendrán personería jurídica.

Resulta muy llamativo que en Colombia lo atípico sea *la financiación ilegal de partidos políticos*, contrario a lo que ocurre en España, donde es penalmente irrelevante la financiación ilícita del gasto electoral según lo explicado en el trabajo que se viene comentando (p. 18). Es decir, no existe un tipo autónomo que incrimine esta conducta, pero tampoco parece que en principio, existan razones que justifiquen ese doble rasero que supone la tipificación de la financiación ilícita de campañas electorales, mientras que la financiación ilegal de los partidos políticos queda extramuros del derecho penal, ello si se admite una concepción del bien jurídico como la propuesta por REBOLLO VARGAS (p.18), que en mi criterio es correcta, y además aplicable para el caso colombiano pues, como ya se dijo, en ambos países los partidos políticos están llamados a cumplir funciones bastante similares en el funcionamiento del sistema democrático.

Aunque no es este el espacio para ahondar en la discusión vale la pena advertir que lo que se reclama no es una mayor intervención penal, pues podría suceder que se llegue a considerar que existen razones para mantener por fuera del derecho penal conductas como las indicadas. Lo que se quiere poner de relieve, es que no existe justificación para diferenciar la respuesta jurídica respecto de la financiación de las campañas políticas, por un lado, y de los partidos políticos por el otro, pues ello supone, al menos, una incongruencia en el sentido planteado por REBOLLO VARGAS (p.19).

La financiación irregular vía fundaciones

Otro problema en el que se encuentra coincidencia entre la legislación penal española y la colombiana tiene que ver con las fundaciones vinculadas a los partidos políticos, debido a que, el igual que en España⁸, en Colombia tampoco existen hasta el momento, límites cuantitativos para a las donaciones particulares destinadas a financiar este tipo de fundaciones. Esta situación se convierte en una vía de escape para facilitar por vía indirecta, la financiación de los partidos a los que estas fundaciones pertenecen, dando lugar con ello a una especie de *financiación irregular*, aunque en estricto sentido no ilícita, debido a que no podría encuadrarse dentro de las fuentes de financiación prohibida previstas en la legislación colombiana.⁹

La financiación pública ilícita

⁸ Al respecto REBOLLO VARGAS dice “que no es aventurado afirmar que la inexistencia de límites cuantitativos para la financiación de las fundaciones deviene en un insalvable obstáculo para garantizar la transparencia y la limitación de la financiación de los partidos políticos” (p.19).

⁹ La Ley Estatutaria 1475 de 2011, distingue entre financiación política, referida a partidos y movimientos políticos (arts.16 a19) y de campañas (arts.20 a 26). En el artículo 27 de la misma ley señala también las fuentes de financiación que se consideran ilícitas: “Se prohíben las siguientes fuentes de financiación de los partidos, movimientos políticos y campañas: 1. Las que provengan, directa o indirectamente, de gobiernos o personas naturales o jurídicas extranjeras, excepto las que se realicen a título de cooperación técnica para el desarrollo de actividades distintas a las campañas electorales. 2. Las que se deriven de actividades ilícitas o tengan por objeto financiar fines antidemocráticos o atentatorios del orden público. 3. Las contribuciones o donaciones de personas titulares del derecho real, personal, aparente o presunto, de dominio, respecto de bienes sobre los cuales se hubiere iniciado un proceso de extinción de dominio; 4. Las contribuciones anónimas. 5. Las de personas naturales contra las cuales y azar.”

Con el elocuente título “Siempre se puede empeorar: la financiación pública ilícita” (p.21) se da cuenta de otro supuesto en el cual resulta atípica la conducta cuando la financiación proviene de subvenciones públicas de carácter ilícito (p.22). Se trata de un caso en mi opinión paradigmático, que viene a darle de nuevo la razón a REBOLLO VARGAS cuando afirma que la tipificación del delito de financiación ilícita de partidos políticos en España fue poco reflexionada, pues una discusión quizás más amplia y reposada previa a la incriminación penal, quizás habría evitado las incongruencias como la que tiene que ver con la atipicidad de las subvenciones públicas de carácter ilícito (p.22).

Pues bien, en Colombia la situación es aún más problemática, en primer lugar, porque como se sabe, no existe un delito específico que incrimine la financiación ilegal de partidos políticos, y, en segundo lugar, debido a que existen unas prácticas que distorsionan la correcta asignación de los recursos públicos. Una de esas prácticas, aunque no la única pero quizás sí de las más emblemáticas para ilustrar el problema, tiene que ver con una figura denominada partidas de inversión social regional, que no son otra cosa que fondos públicos que se incorporan al Presupuesto General de la Nación y se destinan a financiar obras de infraestructura y beneficio social en las diversas regiones del país, cuyo manejo y asignación está a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Es ampliamente conocido en Colombia que en muchas ocasiones estos fondos públicos han sido utilizados como instrumento para intercambio de favores políticos entre el Gobierno de turno y algunos parlamentarios que votan los proyectos de ley que se tramitan en el Congreso de la República en el sentido que sea conveniente de acuerdo con el interés del Gobierno Nacional. Respecto a esta situación se ha dicho que estas partidas de inversión han servido “(...) para transmutar las normas que rigen el gasto público en instrumentos de beneficio y aprovechamiento político para algunos parlamentarios.”¹⁰

Si se comparan los dos escenarios, el de atipicidad de la financiación ilegal con fondos públicos en España (pp. 21-22) y el de la utilización de recursos públicos en beneficio político de parlamentarios afectos al gobierno de turno en Colombia, no resulta aventurado afirmar que la situación en mi país es más desfavorable, pues lo que se advierte es una forma de utilizar vacíos legales para direccionar recursos públicos en

¹⁰ Así lo expresa el ex ministro de Hacienda y Crédito Público de Colombia, Juan Camilo Restrepo Salazar, en artículo de prensa disponible en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/los-cupos-indicativos-la-luz-del-derecho-presupuestal> (consultada 27 junio 2018). En la misma añade: “Se ha dicho también que los “cupos indicativos” no son otra cosa que una porción de la inversión en Colombia. Y es cierto. Constituyen una porción pequeña del gran total de la inversión pública que se ejecuta en el país. Pero el hecho de que sean correctamente ejecutados, y de traducirse en una parte de la inversión pública, no les quita a los “cupos indicativos” la connotación de ser un mecanismo malsano y distorsionante de la transparencia política que debería presidir toda la ejecución del presupuesto nacional. Ni tampoco les quita, a la postre, su condición de arma sinuosa para ejercer el clientelismo político, como viene sucediendo.” Puede consultarse también del mismo autor, *El derecho presupuestal colombiano*, Bogotá, Legis, 2ª ed., 2014.

beneficio de ciertos intereses políticos, en desmedro de lo que debería ser una política abierta y transparente de asignación de dichos recursos que asegure la igualdad en el acceso para todos.

Así las cosas, mientras que en España se cuestiona la “incongruencia” que implica la atipicidad -respecto del delito de financiación ilícita de partidos políticos- de la conducta consistente en otorgar subvención pública ilícita (p.22), en Colombia el problema se sitúa en un momento anterior, pues dados ciertos vacíos legales, la utilización poco transparente que de las partidas de inversión mencionadas, a lo sumo puede considerarse irregular, pero en estricto sentido no es una práctica que pudiera considerarse ilícita y por tanto, antes que pensar si estas conductas tienen cabida dentro de un hipotético tipo penal relativo a la financiación ilegal de partidos políticos, se requiere que previamente se subsanen los vacíos relacionados con la asignación y distribución del Presupuesto General de la Nación que dan lugar a las prácticas irregulares señaladas.

Por último, también las normas sobre financiación electoral en Colombia son tipos en blanco.

Se habla en el trabajo de una remisión “ciega” (p. 9) y “en bloque” a la Ley Orgánica 8/2007 a fin de completar la descripción típica de los arts. 304 bis y 304 ter del Código penal español y se formulan y fundamentan en forma adecuada diversas objeciones, en particular, se plantean serias dudas sobre el respeto al principio de legalidad, entre otras razones, porque se advierte que “en el art. 304 bis del Código Penal no se contiene el núcleo esencial de la prohibición, ya que la vinculación -remisión del contenido normativo del precepto a la normativa administrativa es absoluta e incondicional.” (p.9). Sobre este particular me parece que le asiste razón al profesor REBOLLO VARGAS, pues es verdad que el contenido del tipo termina siendo determinado por la norma a la que se hace el reenvío, sin agregar ningún elemento o requisito adicional que permita diferenciar el injusto penal de la mera infracción administrativa.

En el Código penal colombiano se presenta una situación bastante similar en relación con la financiación ilícita de campañas electorales, debido a que el reenvío también se hace de manera incondicionada a la financiación proveniente de “fuentes prohibidas” (art. 396 A Código penal), sin que se establezcan criterios adicionales que permitan identificar algún elemento diferencial entre la infracción administrativa y el ilícito penal.¹¹

A manera de conclusión, podría decir que las críticas sobre distintos aspectos del delito de financiación ilegal de partidos políticos en España presentados por el profesor REBOLLO VARGAS, son un insumo para que en otras latitudes, como en Colombia, se tomen en consideración estos planteamientos al momento de discutir y decidir sobre la respuesta jurídica adecuada a un problema tan importante como lo es la financiación ilegal de los partidos políticos y las campañas electorales, en la medida en que tales

¹¹ Véase art. 27 de la ley 1475 de 2011.

prácticas corroen las bases en las que se cimienta el funcionamiento del sistema político democrático.