

HACIA UNA TEORÍA DEL DELITO PARA ILÍCITOS ELECTORALES

Andrei Cambroner Torres¹
acambronerot@gmail.com

El presente trabajo comporta un extracto de los aspectos introductorios y parte de la justificación del anteproyecto de investigación doctoral denominado “Teoría del Delito para ilícitos electorales en Costa Rica”; por ello, a razón de advertencia metodológica, debe tomarse en consideración que la ponencia busca presentar un diseño en construcción.

En virtud de esa particularidad, se espera generar debate en punto al tema central: una Teoría del Delito “climatizada” a lo electoral, pero –además– obtener elementos externos que retroalimenten el trabajo, a través del señalamiento eventuales zonas de relevancia no contempladas o no plenamente desarrolladas.

CONCEPTUALIZACIÓN DEL TEMA.

La Justicia Penal Electoral en Costa Rica es, como todo concepto, un marco dentro del cual –según las convenciones de los operadores– puede incluirse un variopinto de conductas, normas, doctrina y prácticas judiciales, entre otros. Precisamente, esa multivocidad impone a los usuarios de la alocución explicitar qué entienden por tal; por ello, aunque sea preliminarmente, al ser ese el tema de la presente investigación deviene imperioso –como paso previo e irrenunciable– clarificar sus alcances; sea qué vamos a entender por tal, para luego presentarlo y justificarlo como objeto relevante de estudio.

Para situarse en el pasado reciente, el Código Electoral de 1953 (Ley n.º 1536) tipificaba una serie de conductas como delitos; el legislador había disvalorado, a través de la creación de tipos penales, actos lesivos relacionados con las diversas fases del proceso electoral². En efecto, en una redacción que entreveraba las contravenciones, delitos sancionados con multa y delitos castigados con prisión, la normativa de la segunda mitad

¹ Magíster en Justicia Constitucional y Licenciado en Derecho, ambos por la Universidad de Costa Rica (UCR). Bachiller en Ciencias Criminológicas por la Universidad Estatal a Distancia (UNED). Diploma de Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derecho, Universidad de Pisa, Italia. Estudiante del Doctorado en Derecho, UCR. Letrado del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica y Profesor de grado (línea curricular de Teorías y Filosofía del Derecho) y posgrado (Justicia Constitucional) en la Facultad de Derecho, UCR.

² La Criminalización de conductas estaba centrada, básicamente, en los numerales 149 a 153 del citado Código Electoral derogado.

del siglo XX³ presentaba uno de los elementos necesarios –mas no suficientes– de cualquier sistema penal: los tipos penales⁴.

De igual modo, la fijación de la competencia en los tribunales penales ordinarios para el juzgamiento de tales conductas ilícitas (artículo 154) y la ocurrencia, de hecho, de acciones que podían ser subsumidas por alguna de las formulaciones de los tipos objetivos, alcanzarían para reconocer la existencia de una “Justicia Penal Electoral en Costa Rica”, al menos durante el período histórico nacional denominado “Segunda República”.

Sin embargo, pese a la importancia de esos componentes, se considera que el objeto –concebido de esa manera– solo incorpora características formales. En otros términos, solo da cuenta de un diseño institucional capacitado para el juzgamiento de conductas ilícitas relacionadas con “lo electoral”, mas no refiere al comportamiento real de los operadores frente al fenómeno de la “delincuencia electoral”⁵; o sea, si los fiscales y jueces –por citar solo dos de los actores preponderantes del proceso penal– presentan un convencimiento de que esos actos son socialmente dañosos al punto de, realmente, merecer estar previstos en el Derecho Penal⁶.

De lo expuesto se sigue, como una de las premisas iniciales, que la presencia de un “organigrama funcional” e, incluso, ciertos procedimientos en la ley escrita no dan cuenta, *per se*, de la existencia fáctica del litigio penal electoral. Uno de los síntomas de esa disparidad entre teoría y práctica judicial en el tema, lo podemos extractar de Sobrado, quien señala: ... *durante el período que va de 1988 al 2008 sólo se registran cuatro sentencias por delitos electorales y únicamente una de ellas es condenatoria* (Sobrado, 2011). Precisamente, en esa distorsión (*law in books vs law in action*⁷) es en la que encuentra asidero uno de los puntos centrales del presente estudio.

El pensamiento normativista lleva, en términos generales, a un reduccionismo ingenuo o, como he señalado en otros espacios, a un *simplismo jurídico* (Cambronero, 2011); el aferrarse a la mitológica idea de la positivización normativa como panacea para los problemas sociales es, sin lugar a dudas, ingresar a una óptica para adquirir unas gafas de poco aumento (al menos menor al que se necesita). La tendencia a pensar que todo lo que el Derecho prescribe sucede tal cual en la realidad nos coloca frente a la línea –cuando

³ Vigente además, con algunos cambios menores, durante casi toda la primera década del nuevo siglo.

⁴ El principio de legalidad criminal, de extenso desarrollo en la doctrina, se puede presentar –en ajustada síntesis– con el aforismo latino “*nulla poena sine lege*” y constituye innegablemente un bastión del Derecho Penal democrático.

⁵ Este concepto se definirá ampliamente en el apartado correspondiente del cuerpo de la investigación.

⁶ Téngase presente la diferencia de lo real y el papel.

⁷ Distinción de Pound desarrollada por Llewellyn que se sirve desarrollar Haba (2012) T. I págs. 481-486.

no nos lleva a cruzarla– de una de las manifestaciones de la magia verbal⁸ y nos distrae de los verdaderos embrollos o, más correctamente, de los problemas “*en serio*”.

Por tal motivo, en aras de tener un acercamiento menos formalista, vale indicar que la *vigencia fáctica* (Albert, 2007) del Derecho Penal Electoral muestra una tendencia cercana cero, pues pocos son los casos de este tipo denunciados al Ministerio Público y menos aún los que logran superar la etapa preparatoria⁹. De ello, entonces, se pueden presumir –al menos– las siguientes circunstancias: **a)** la inexistencia de litigio en estos temas se debe a que no se cometen las conductas tipificadas en la norma penal; o, **b)** ciertamente ocurren las situaciones previstas en la norma mas, en la práctica, existen circunstancias que condicionan el ejercicio de la acción penal y dificultan que “lo electoral” en “lo penal” supere la fase intermedia del proceso.

Frente a los citados supuestos no se puede optar, de manera maniquea, por uno de ellos para explicar el fenómeno. Presumiblemente, existirán algunas conductas previstas por el legislador que no lleguen a concretarse; en otros términos, pese a existir un delito cuyo contenido tipifique una acción específica, esta –por múltiples factores– tal vez jamás ocurra: el CE sanciona de dos a seis años al funcionario electoral que, para incidir en la elección, modifique maliciosamente la lista de electores (numeral 278); sin embargo, en los tiempos que corren, la existencia de controles cruzados y el especial *ánimo* requerido para la configuración del tipo torna difícil el encontrarse un ilícito de estos en la realidad (supuesto **a**) mencionado en el párrafo anterior).

Empero, especiales factores como una construcción deficitaria en la gramática punitiva de las normas¹⁰, la ausencia de regulación sobre el particular y, en especial, una cultura jurídica¹¹ reacia a introducir dentro de los *juegos del lenguaje* (Wittgenstein) del Derecho Penal los ilícitos relacionados con los actos del sufragio favorecen, según nuestra presunción, a la dificultad para perseguir este tipo de conductas. Si quien ostenta primacía en el ejercicio de la acción penal no concibe como trascendente una determinada conducta, no la perseguirá o, al menos, no lo hará con el debido empeño (presunción **b**) expuesta en el párrafo tras anterior).

⁸ Ver, entre otros, Salas (2013); en especial capítulo “El sofisma de la magia verbal y del naturalismo lingüístico.

⁹ Más allá de la visión marcada por el “eficientismo penal” donde el “éxito” de la jurisdicción sancionatoria se mide en función del número de condenas.

¹⁰ Sobrado les llama “errores de tipificación penal” (2011).

¹¹ Se entiende cultura jurídica como la actitud y valoraciones (compartidas) de los operadores del sistema hacia determinado objeto de relevancia jurídica, sea previsto en alguna norma de esa clase.

Un breve paréntesis aclaratorio. Si bien habrá podido notarse que, como punto de partida, se afirma la intersubjetividad de los agentes del sistema penal para entender la delincuencia electoral como un tema de poca monta, lo cierto es que la persecución de ilícitos relacionados con el financiamiento de campañas electorales constituye una excepción: la presión social (catalizada por los *mass media*), la evolución de estudios acerca de corrupción en estos espacios¹² y toma de esas campañas por agentes con fines espurios en la región latinoamericana, han llevado a que actores relevantes del proceso penal tomen decisiones para su efectivo juzgamiento¹³.

Ahora bien, otra de las manifestaciones tipo b) viene dada porque, en apariencia, los locutores de la disciplina penal no hallan un “parecido de familia” (Wittgenstein) entre los *topoi* aglutinados bajo el paraguas “Teoría del Delito” y los propios del ámbito electoral, con lo que se descarta la interacción entre las categorías y la posibilidad de analizar una conducta suscitada en una dinámica propia del proceso electoral desde conceptos jurídico-penales tradicionales, se torna compleja.

Sin perjuicio de lo indicado, no se considera que existan disputas “insalvables” o algo similar a una inconmensurabilidad local (Kuhn) entre lo electoral y lo penal que impida tender puentes para lograr, en la práctica, la existencia de una Justicia Penal Electoral; mas, ciertamente, es necesario una reconfiguración de los contenidos conceptuales que, durante largo tiempo, se han dado a los componentes de la Teoría del Delito. Importante subrayar que en esa variación no se irá tras la búsqueda de una *definición real* (Carrió citado por Haba, 2012), solo se presentará un nuevo mito (el del autor), sin que suponga ser único o infalible sino, antes bien, una provocación para la crítica y la discusión.

En suma, se parte de que: **La delincuencia electoral presenta rasgos particulares que justifican la aplicación diferenciada de los componentes de la Teoría del Delito, tanto en la creación misma de los tipos penales que criminalizan las conductas, como en las fases de comprobación de tales elementos conceptuales frente a casos concretos.** Para operativizar el abordaje de esa proposición, se ha tenido en cuenta, como figura visual, una pirámide de base triangular; justamente, la disposición de los componentes de la investigación responde a tal figura geométrica. La Teoría del Delito, según se entiende y

¹² Ver entre otros, Fundación Konrad Adenauer (2010), Casas y Zovatto, 2011 y Lombana 2011.

¹³ La Fiscalía General de la República de Costa Rica, en ejercicio de su atribución para fijar la política de persecución penal –artículo 25 de la ley orgánica de ese órgano–, emitió la circular n.º 01-PPP-2013, por intermedio de la cual se reconoce que, tratándose de la antijuridicidad formal (lesión al bien jurídico), cualquier conducta relacionada con financiamiento partidario debe ser perseguida.

práctica por los operadores del sistema jurídico penal¹⁴, es la base del estudio, en tanto constituye el adminículo para proporcionar, luego, guías tematizadas de uso en la solución de casos concretos relacionados con delincuencia electoral.

En ese sentido, las orientaciones por ofrecer son, en sí mismas, una de las caras de la pirámide: la presentación de pautas heurísticas para la aplicación de la Teoría del Delito a los ilícitos electorales es uno de los tres ejes fundamentales del estudio. Complementariamente, el análisis de los tipos penales electorales en dos dimensiones: 1.- estudio de las normas vigentes y sus implicaciones en punto a la tipicidad de las conductas (examen del tipo objetivo) y 2.- elementos a tomar en consideración por el legislador al momento de tipificar una conducta como delito electoral; es necesario para clarificar aspectos acerca de la aplicación real de esas previsiones¹⁵, así como para dar un razonamiento que busca, quizás con exceso de esperanza, convencer y modelar las actitudes de los operadores del sistema penal tratándose de su comprensión de la delincuencia electoral (otra faz).

El plano restante de la citada figura viene dado por el diseño de una jurisdicción penal electoral. Si se presenta como se han concebido tradicionalmente los términos de la dogmática penal en el tema de interés, se sugieren caminos para lograr que esas categorías encuadren en la dinámica cotidiana (¡y real!) del fenómeno electoral y se examinan los posibles alcances de las normas actualmente vigentes, resta proponer un modelo de jurisdicción que, a la postre, procese efectivamente las conductas criminalizadas.

La promulgación de la Ley n.º 8765 -CE de 2009- trajo consigo cambios importantes en el sistema electoral: la creación de nuevas instancias de la administración del proceso (v.gr. la Dirección del Registro Electoral y sus dependencias), el robustecimiento de las estructuras internas de las agrupaciones políticas (aparato organizativo mínimo) y la positivización de institutos de la Justicia Electoral, son solo algunas innovaciones introducidas por el legislador en esa norma. Sobre el tema de interés –las previsiones penales– se dio un franco paso al frente en la criminalización de conductas, principalmente las afines a finanzas partidarias¹⁶.

¹⁴ Entiéndase acá ese entramado teórico como las convenciones lingüísticas de los locutores especializados (Haba, 2012) en esta rama de la disciplina en punto a términos como: delito, tipicidad, dolo, antijuridicidad formal, entre otros.

¹⁵ Facilitar la comprensión del marco que supone la norma y así tratar de generar un eventual cambio en las costumbres de los operadores del sistema penal frente a “lo electoral”.

¹⁶ En el proyecto “Crinis: dinero en la política asunto de todos” (2007) Transparencia Internacional y el Centro Carter advertían que Costa Rica se encontraba en desarrollo de legislación y buenas prácticas sobre el

Sobre ese avance cualitativo en la legislación penal electoral sobre financiamiento, Sobrado (2010) señala: *Se perfecciona el régimen sancionatorio* [referido a la promulgación del CE de 2009], *dotando a las disposiciones penales de mayor amplitud y de una más adecuada tipificación que, además, se complementan con la previsión de multas que serán impuestas por el mismo organismo electoral.*; sin embargo, se debe recordar lo indicado líneas atrás.

La realidad es amplia y compleja, va más allá de la parcial visión que, de ella, realiza el entramado legal. En definitiva, la persecución de eventuales delitos electorales financieros requiere de una estrecha comunicación entre los técnicos electorales y los funcionarios judiciales; para ilustrar, si se hace una lectura de las notas de prensa suscitadas con ocasión de investigaciones sobre tales temas, se encuentran insumos importantes para respaldar la relevancia del objeto de estudio. Así, en una nota del medio digital “crhoy.com” se informa: *El exfiscal había dicho en la comisión legislativa que investiga el financiamiento de Partidos Políticos que sí hay un sustento técnico, a partir del informe del TSE, de que estamos en presencia de un modelo de lavado de dinero. Esta investigación tiene dos ámbitos importantes, el origen y destino de fondos que, de acuerdo a las pruebas, es dudoso*¹⁷.

Del fragmento transcrito se derivan, al menos, dos ideas importantes: a) los tipos penales del CE relacionados con fondos partidarios podrían presentar una mayor facilidad para su investigación y eventual juzgamiento, en tanto la mecánica de comisión, si bien inserta en el proceso electoral, tiene caracteres compatibles con categorías tradicionales de delincuencia: lavado de dinero, estafa, legitimación de capitales, etc.¹⁸. En la tonalidad que se viene reproduciendo, cual premisa, sería válido, entonces, afirmar: los locutores del derecho penal entienden más fácilmente como un acto penalmente lesivo ese tipo de acciones puesto que, pese a no ser idénticas, se encuentran aproximadas a sus representaciones mentales de las categorías criminales.

Sin demérito de lo precisado, es correcto afirmar que, aún en tales casos, debe hacerse una lectura de la dinámica con perspectiva electoral. En el trasiego de los certificados de cesión de deuda (comúnmente llamados bonos partidarios), como otro

uso del dinero en la política pero, además, alertaba como un punto sensible –o de atención prioritaria– la previsión de sanciones efectivas en el ámbito de financiamiento.

¹⁷ “10 partidos políticos tienen causas abiertas ante el TSE y la Fiscalía”, nota de Jimena Soto en crhoy.com, publicada el 10 de setiembre de 2012.

¹⁸ Noticias monumental, el 8 de julio de 2014 en su página web, informaba: *El Movimiento Libertario (ML) irá a juicio para determinar si hubo estafa contra el Estado durante la campaña presidencial de 2010.*

campo favorable a las prácticas delictivas que conciernen al dinero en la política, no se puede llevar a cabo un ejercicio eficaz de control de la licitud de la transacción si no se comprende, solo por citar algunos de tantos factores, el modelo de reembolso de gastos, la posibilidad de emisión en varias series y la idea de negocio de una expectativa de derecho que justifica el descuento¹⁹; de tal manera que en el análisis de tipo subjetivo (esencialmente en el dolo) debe conocerse el “pasado electoral” de la agrupación, la coyuntura política y hasta las encuestas, para conocer si hay un proceder malicioso tendiente a, por mencionar una frase clásica, encubrir una donación.

De ese sugerido abordaje matizado se desprende la segunda idea anunciada en el párrafo anterior: b) el enfoque a los delitos electorales, por más afinidad que estos presenten con estructuras propias de lo penal, debería ser diferenciado.

Ahora, en la misma calle pero en otra acera, de qué van los delitos propios de la dinámica electoral. Si se ha afirmado, como premisa, el uso de lentes especiales para analizar una posible comisión de ilícito electoral sobre financiamiento -pese a tener estas manifestaciones concurrentes con los típicos delitos contra la propiedad-, parece seguirse, sin mayor esfuerzo, que esto también deba operar en las previsiones cuyo fin sea criminalizar afectaciones concretas a los actos relativos al sufragio.

Para una mayor claridad de la idea por transmitir, imagínese la siguiente situación: una adulta mayor se presenta a la junta receptora de votos en la que ha sufragado en los últimos cinco procesos electorales, los miembros de ese organismo electoral son, digámoslo coloquialmente, *los mismos de siempre*. La señora saluda atenta, como *todos* la conocen le entregan las respectivas papeletas, ella emite su voto y lo deposita en la urna; cuando se acerca a la mesa a firmar el padrón los miembros se dan cuenta que la electora no se encontraba inscrita en esa junta sino en la de al lado. Ante ello, los integrantes de ambos organismos electorales convienen de esta forma: la señora firmará el padrón en el que se encuentra registrada, los de la junta correcta “devolverán” una papeleta sin utilizar a la mesa donde se emitió erróneamente el voto y, en ambos padrones registro, se consignará la incidencia²⁰.

Frente a ese caso específico, el TSE consideró atípica la conducta a partir de una ponderación favorable a intereses del proceso electoral, allende de la legalidad misma; en

¹⁹ Sobre este tema se profundizará en el segundo eje temático, sea en análisis de tipo objetivo de los delitos previstos en la normativa electoral.

²⁰ El cuadro fáctico descrito corresponde, con algunas variaciones introducidas por el autor, al conocido por el TSE en la resolución n.º 1432-E7-2009.

concreto se consideró: *El hecho irregular acreditado es atípico respecto del régimen de ilícitos electorales vigente. [...] De cara al error cometido por los miembros de la junta receptora de votos n.º 2112, la solución adoptada fue transparente, dirigida a evitar un eventual perjuicio para el libre ejercicio del sufragio y respetuosa, en la medida de lo posible, del ordenamiento jurídico.*(resolución n.º 1432-E7-2009).

Es palpable como, sin tener las competencias de la jurisdicción penal electoral, el TSE -como órgano constitucional especializado- hizo una valoración propia del operador penal en punto a uno de los componentes de la Teoría del Delito: la tipicidad. Allende de la discusión acerca de un ejercicio moderado o no de sus atribuciones en la materia, importa el ejemplo para mostrar la trascendencia acerca de abordar, desde la óptica especializada, un presunto ilícito electoral; un agente con conocimiento técnico acerca de esta materia puede, más fácilmente, determinar si una conducta es lesiva a los específicos bienes jurídicos tutelados por el tipo o si, como ocurrió en este caso, se deben tomar en consideración elementos propios de la cultura del sufragio.

Es innegable que la postura del Juez Electoral frente a hechos como los descritos en modo alguno elimina –o tan siquiera restringe– la posibilidad del Ministerio Público de ejercer la acción penal (máxime cuando esta es pública en esta clase de delitos), empero la magistratura de influencia²¹ del TSE, no solo por su peso institucional -devenido de la propia arquitectura constitucional- sino por su preponderancia como actor político experto en la materia, podría sugerir un desincentivo para la persecución de la conducta.

Tras el primer lustro desde la entrada en vigencia de la nueva legislación electoral -que es como un parpadeo en la historia jurídica de una norma- se empiezan a entrever manifestaciones concretas de contingencias, como las señaladas, donde la dinámica social muestra que *gris la teoría y verde solo el árbol de la vida* (Goethe); precisamente, esa complejidad fenoménica llama a un estudio del objeto desde nuevos ángulos, obliga a una propuesta de nuevas guías orientadoras como las que se pretenden ofrecer.

Por último, es obligatorio llamar la atención acerca de la actualidad del tema. El calendario electoral en Costa Rica ha cambiado; con la reforma de 2009 se modificaron, también, las fechas en que la ciudadanía acude a las urnas: a partir de los comicios generales de 2014, cada dos años las urnas deben estar preparadas para recibir al colegio

²¹ Brenes (2013) alude a la magistratura de influencia como *la respuesta desde el juez a una conducta individualizada, pero también a la ausencia de una política legislativa al efecto* [referido a la inexistencia de tipificación legal en punto a una conducta “impropia” desde la moral o la política]; sin embargo, para la presente investigación esa proposición adquiere matices propios como se verá en el apartado de definiciones.

electoral, ya sea para la elección de las autoridades nacionales o para determinar quiénes estarán al frente de los gobiernos locales -ello sin tomar en consideración que, en el medio, podría convocarse a un referéndum-, de suerte tal que la actividad político partidista se intensifica y con ella los espacios donde pueden suscitarse ilícitos electorales.

La inclusión de financiamiento para las justas municipales (artículo 91 del CE) si bien es un recurso para la profundización democrática, lo cierto es que genera nuevos retos acerca del control de la deuda política, donde una clara política de persecución penal es indispensable. De otra parte, la creación de órganos auxiliares de justicia especializados en la materia²² y las constantes protestas a violaciones contra la libre determinación del votante, particularmente en cuanto al ofrecimiento de dádivas a cambio del voto en favor de una determinada tendencia²³, sin contar las ya referidas noticias acerca de financiamiento dudoso en las campañas electorales, dan testimonio de que la criminalidad electoral está presente y el juzgamiento de esas y otras conductas depende, en mucho, de las convenciones y pautas que tengan interiorizadas los operadores del sistema jurídico penal.

EJEMPLO CONCRETO. CASO DE APLICACIÓN.

Como se indicó líneas atrás, la investigación se desarrolla a partir de tres ejes principales. El segundo de ellos corresponderá, se enfatiza, a un examen del tipo objetivo; por ello, a continuación –a manera de ejemplo– se presentará un análisis preliminar del primer inciso del delito previsto en el numeral 271 del Código Electoral.

La pretensión es que el ejercicio sirva para ilustrar algunas especificidades de la delincuencia electoral, reforzándose la hipótesis planteada: es necesaria una matización de la tradicional Teoría del Delito.

Artículo 271. Se impondrá pena de prisión de dos meses a un año:

a) A quien presida una junta receptora de votos o a quien lo sustituya, que omita comunicar al TSE el resultado de la elección.

²² El proyecto de ley n.º 18337 planteaba la creación de una Fiscalía Especializada de Delitos Electorales en el seno del Ministerio Público, no obstante su archivo por falta de viabilidad política, la iniciativa muestra el interés por discutir temas relacionados con la Justicia Penal Electoral.

²³ Por ejemplo casos conocidos como “las plantillas de gas” en Flores, Heredia o la demanda de nulidad del “Valle de la Estrella” en Limón, a propósito de las elecciones municipales de 2010 (resoluciones del TSE n.º 1359-E7-2012 y 0569-E4-2011, respectivamente).

Clasificación del delito.

El inciso transcrito crea un delito de omisión propia toda vez que, de manera expresa, sanciona la falta de cumplimiento de un deber. En otros términos, se criminaliza el dejar de hacer una determinada conducta que le es exigible al sujeto activo o, como refiere Muñoz Conde, lo que *se castiga [es] la simple infracción de un deber de actuar sin más* (1984, 31).

En este punto conviene indicar que en este tipo de omisiones, según el acuerdo mayoritario de la doctrina, no es necesario un resultado lesivo producto del dejar de hacer, pues lo reprochable es propiamente la inactividad. Desde esa perspectiva, se concluye que esta clase de ilícitos penales *son la contrapartida de los delitos simples de actividad* (Castillo, 2008: T.I- 332).

Sujeto activo.

El sujeto activo de la norma transcrita inicia con la formulación genérica “quien”, empero resulta claro que se necesita de una especial característica para ser considerado autor de la conducta punible, sea esta ejercer la presidencia de una junta receptora de votos (JRV).

Ahora bien, en cuanto a la investidura requerida conviene referenciar la conformación de esos organismos electorales: el numeral 42 del Código Electoral establece que corresponde al TSE la distribución de las presidencias y secretarías de las JRV, sin establecer un procedimiento específico para ello. A partir de esa norma habilitante, la Administración Electoral ha dispuesto un software que, de manera alterna, distribuye las presidencias entre las agrupaciones políticas inscritas para la respectiva elección pero que, además, propusieron miembros dentro del plazo normativamente previsto²⁴.

Es importante tomar en cuenta que la asignación de la Presidencia lo es al partido político, no existe una designación, en lo concreto, a la persona particular; por ese motivo, dentro del material electoral remitido a la JRV -en el padrón registro- se coloca un adhesivo en el que se indica a cuál agrupación le corresponde presidir el organismo electoral, entendiéndose que el miembro acreditado por esa tendencia debe asumir tales funciones.

De acuerdo con lo anterior, se ha de concluir que, *prima facie*, reúne las características para ser autor de esta conducta típica el miembro propietario del partido político que le corresponda presidir la respectiva JRV, según la distribución realizada por la

²⁴ Ver procedimiento n.º PAE-P037-v02 del Manual de Procedimientos del Programa Electoral “Asesores Electorales”.

Autoridad Electoral. Sin embargo, el tipo objetivo prevé que sea responsable de la conducta quien sustituya en el cargo al presidente titular.

De esa suerte, el punto medular en cuanto a la determinación del autor está dado por una condición que, pese a ser silente en la formulación gramatical, consiste en un criterio temporal: si conducta reprochable es el no comunicar al TSE el resultado de la elección, entonces lo relevante es quién ejerce la presidencia de la junta al momento del cierre de la jornada y, más aun, luego de finalizado el conteo definitivo por parte de la JRV.

Para ese momento puede ocurrir que el miembro titular no se encuentre presente y una persona distinta esté ocupando la presidencia, siendo este último el eventual autor del delito. Téngase presente que la propia normativa prevé cómo habrá de hacerse la sustitución en ese cargo: en primera instancia, corresponde -en ausencia del miembro propietario- al suplente de la misma agrupación ejercer como primado en la mesa, mas si no está ninguno de los representantes de esa tendencia, entre el resto de miembros de los demás partidos representados -por mayoría simple- se designa un presidente *ad-hoc*. Si solo quedara un integrante partidario, este asumiría esas funciones (artículo 175 del C.E.).

De otra parte, uno de los auxiliares electorales podría, también, reunir esa especial condición para ser autor del delito ya que, según lo dispone el artículo 44 del C.E. en relación con el 1° del reglamento de estos servidores, en ausencia absoluta de miembros partidarios, corresponde a estos representantes del TSE asumir las funciones de los integrantes, incluidas las de la presidencia.

Como puede apreciarse, existen procedimientos reglados para realizar el nombramiento (incluso durante la jornada de votación) del presidente de la JRV, con lo que es oportuno cuestionarse si cumple la especial característica aquel ciudadano que, sin haber sido investido por las vías previstas, ejerce -de hecho- las funciones de presidente.

Para clarificar la situación límite descrita, tómesese en consideración los siguientes ejemplos:

a) no se encuentran en el recinto de la junta los miembros (propietario y suplente) del partido político al que le correspondió la presidencia; frente a ello, quien ejerce la secretaría establece que es a él a quien corresponde presidir. Sin oposición del resto de integrantes, en efecto, desempeña las funciones.

b) ante la ausencia de los miembros de la agrupación a la que le correspondía presidir, los restantes integrantes –unánimemente– partidarios deciden designar como presidente al auxiliar electoral²⁵, este acepta y desempeña el cargo.

c) no se encuentran ninguno de los miembros del partido político que ostenta la presidencia según la asignación del TSE; sin embargo, sí está presente el Fiscal de JRV de esa agrupación. Este representante se incorpora a la mesa y, con la anuencia de los demás integrantes, se desempeña como presidente.

De las situaciones descritas se puede establecer que, en todas, existe un problema en la investidura de presidente mas, también en los tres incisos, una persona actúa la autoridad normativamente prevista para ese cargo. Entonces, la pregunta relevante es: pese a existir un vicio, ¿es dable tener por acreditado la especial característica prevista por el tipo objetivo para ser autor del referido delito?

En una postura formalista podríamos descartar la tipicidad de la conducta pues, en efecto, el sujeto adolece de un vicio en su designación –nótese que, incluso, están reglados los pasos para ese nombramiento–; no obstante, en una visión material del asunto cabría tener por acreditado la citada especial característica.

Tratándose de actos administrativos, la Ley General de la Administración Pública (LGAP) establece que *será funcionario de hecho el que hace lo que el servidor público regular, pero sin investidura o con una investidura inválida o ineficaz*, siempre que tal circunstancia se dé antes de la declaratoria de ausencia o irregularidad de la investidura y, además, en el *tanto la conducta sea desarrollada en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho* (artículo 115).

De acuerdo con lo anterior, bien podría sostenerse que la persona que actúa la autoridad de la junta electoral como *primus inter pares*, pese a tener una anomalía en su investidura, debe ser considerado Presidente para efectos de este tipo penal. Nótese como la legislación es categórica en reconocer la membresía a los órganos electorales inferiores como un *cargo honorífico y obligatorio* (artículo 30 párrafo segundo del C.E.), de donde se concluye la relevancia pública de la función de estos ciudadanos y, por ende, la aplicabilidad de la “teoría del funcionario de hecho”.

²⁵ Según la normativa, los auxiliares electorales solo fungen como miembros de junta en ausencia de la totalidad de integrantes partidarios (artículo 1 del Reglamento de Auxiliares Electorales y Encargados de Centros de Votación).

En relación con los supuestos a) y b) planteados, se puede admitir, además, una tesis alternativa: al no haber objeción para el desempeño del cargo en el primer caso y mediando unanimidad en el segundo, es fácilmente argumentable que se suscita una decisión del órgano colegiado (tal y como lo prevé la normativa legal) para el desempeño del cargo por parte del sujeto. Ciertamente, en la proposición b) se da una particularidad adicional: existe una indicación acerca del carácter subsidiario del auxiliar electoral tratándose de la ejecución de labores propias de la JRV (incluido, por supuesto, el ejercicio de la presidencia); empero, esa indicación deviene de una norma reglamentaria –sea no existe prohibición legal en sentido estricto al respecto– y si bien es preferible la administración de ese organismo electoral por parte de las representaciones partidarias, nada obsta para que, con su aquiescencia, el auxiliar electoral asuma las funciones de la presidencia.

De otra parte, en el supuesto c), el fiscal (ya sea general o de mesa) tiene funciones connaturales que son incompatibles con el desempeño de la presidencia de la JRV; tanto es así que el propio C.E. prohíbe –expresamente– a estos actores electorales *inmiscuirse en el trabajo y participar en las deliberaciones* de los organismos electorales (numeral 215). Si no se puede formar parte de las discusiones (elemento esencial del trabajo de un órgano colegiado) y mucho menos decidir, entonces la posibilidad de ejercer la presidencia de la junta se torna materialmente imposible.

En ese sentido, no sería dable admitir lo señalado en cuanto a la “teoría del funcionario de hecho” ya que, en la práctica, se estaría legitimando un accionar *contra legem*, razón suficiente para descartar el cumplimiento de la condición requerida por el tipo objetivo para ser autor y, en ese tanto, la omisión en comentario devendría impune.

Por último, tómesese en consideración que, pese a estar incorrectamente integrada la JRV en los escenarios b) y c), la discusión acerca de la característica para ser juzgado en la sede penal pues –para efectos electorales– el legislador resolvió que son válidos, *prima facie*, los resultados *de una votación celebrada ante una junta receptora de la cual haya formado parte un miembro que no reúne las condiciones requeridas por la ley* (ordinal 246 C.E.). En cuanto al acápite a), la junta, por las razones indicadas, no estaría inválidamente integrada.

Acción típica.

Es evidente que el núcleo del tipo viene dado por la perífrasis “omita comunicar”, no presentándose mayor dificultad para comprender cuál es la conducta disvalorada por el legislador. En concreto, se pune el no hacer saber a la Autoridad Electoral del resultado de la votación recibida en la respectiva JRV.

En otros términos, el reproche recae en que el presidente del organismo electoral no entregue la certificación de votos al encargado de transmitir el mensaje de resultado o, en su defecto, no transmita este si esa junta en particular debía responsabilizarse de enviar, por sí, los datos del definitivo conteo.

Límites temporales y materiales para la imputación.

Como se indicó, la forma de operacionalizar la comunicación del resultado es a través de la certificación de votos. Ese documento se encuentra adherido en la parte final del padrón registro de la respectiva JRV²⁶, y corresponde al presidente entregarlo a la persona designada por el TSE para, a través del sistema de transmisión, hacerlo llegar al centro de recepción de mensajes en la sede central.

De acuerdo con ese procedimiento, se pueden presentar varias interrogantes en torno a los límites de la responsabilidad del primado del organismo electoral inferior. En primer lugar, resulta claro que el momento a partir del cual se genera el deber de comunicar el resultado es, precisamente, cuando se cuenta con este: la obligación para el presidente de la junta nace en el momento en que se ha finalizado el conteo de los sufragios (una vez terminada la jornada electoral).

Sin embargo, el tipo no precisa la existencia de un límite para la entrega de la comunicación. Ciertamente, se podría argumentar que –como se puntualizó en el apartado “clasificación del delito”– al ser este ilícito la *contrapartida* de los tipos de mera actividad, basta que se conozca el resultado y se hayan llenado los formularios respectivos para que se consume la conducta tipificada.

La expedita comunicación de los resultados provisionales a la Autoridad Electoral tiene, más allá de un componente jurídico, trascendencia social. La incertidumbre que se genera entre el momento de cierre de las urnas y “los primeros cortes” puede, si se prolonga por un extenso lapso, generar crispación social y pérdida de la confianza en el resultado electoral (esta situación se agrava si se vislumbra un resultado estrecho).

²⁶ Artículo 16 del “Reglamento para el ejercicio del sufragio en la Elección General del 2 de febrero de 2014”.

Sobre esa hipótesis, Sobrado (2008: 10) señala:

En las elecciones presidenciales hondureñas, a pesar de que fue mucho más holgada la diferencia entre el primero y el segundo candidato más votado (cinco puntos porcentuales), las deficiencias de la transmisión de datos y la prematura e inapropiada autoproclamación de los aspirantes causó similares tensiones y cuestionamientos. (el resaltado es suplido).

En esa tónica, el citado autor indica:

Ante resultados estrechos deviene elemental una eficiente comunicación del órgano electoral con la población, en términos de constancia, fluidez y transparencia, que rodee de la mayor claridad posible los pormenores relacionados con la transmisión de datos [...]

En un contexto como el que se analiza, resulta de importancia crítica el buen desempeño del programa de transmisión de datos. En el caso de Honduras, donde fue lenta y deficiente, se evidenció como un factor que aumentó y agravó la conflictividad postelectoral. (2008: 14-15)²⁷.

De acuerdo con lo señalado, es dable admitir que el momento máximo para la transmisión del resultado lo será hasta antes del cierre del programa electoral homónimo²⁸; consecuentemente, existiría un plazo entre la hora de finalización del conteo (la cual dependerá de cada JRV) y la hora fijada por la Autoridad Electoral en la que el delito no se habrá configurado.

En otro sentido, es importante cuestionarse qué sucede si el presidente del organismo electoral inferior envía el resultado pero a través de medios no autorizados o diversos a los previstos por el programa de transmisión. Para una mayor claridad imagínese la siguiente situación: una de las JRV del distrito administrativo Guaycará, cantón Golfito, provincia Puntarenas, terminó el escrutinio preliminar de los votos a eso de las 19:45 horas del día de la elección; inmediatamente, el presidente –con su *Smartphone*– toma una fotografía al “mensaje de transmisión”²⁹ y lo envía, por la aplicación de mensajería *whatsApp*, al Asesor Electoral y al Encargado del programa electoral de transmisión³⁰, la imagen fue

²⁷ En similar sentido ver Bou, 2008.

²⁸ Normalmente, este programa concluye labores a las 12:00 horas del día siguiente a la elección; ver, por ejemplo, inciso d) del artículo sexto de la sesión 3-2014 celebrada por el TSE.

²⁹ Nombre del formulario previsto para entregar y comunicar los resultados el día de la elección.

³⁰ Para cada elección, la Administración Electoral dota a ciertos funcionarios de SIM para que mantengan un número telefónico de enlace y, al ser institucional, publican el dato de contacto en la página web.

efectivamente entregada a los destinatarios (en la pantalla se aprecia el “doble check” en los mensajes). Luego, entregó todo el material al programa de recolección y, sin más, se retiró a su vivienda.

Frente a ese supuesto cabe preguntarse: ¿omitió la acción debida el presidente de la JRV?; no, de acuerdo con la redacción del tipo se considera realizada la acción debida. Nótese como el legislador sanciona la no comunicación de los resultados al TSE pero, quizás por falta de precisión, no se aludió a que esta deba darse por el medio idóneo o dispuesto. De esa suerte, no sería admisible el alegato de integrar el tipo con el desarrollo reglamentario³¹, en el tanto lo trascendente es conocer el resultado de la votación para, junto con el resto de mensajes, totalizarla e informar a la ciudadanía del resultado preliminar. Acciones que pueden llevarse a cabo con la imagen enviada por el presidente en el ejemplo propuesto.

Téngase en cuenta, además, que existen una cantidad de mensajes de transmisión que no son recibidos por la Autoridad Electoral³² o que, aún recibidos, no se pueden procesar por inconsistencias, como errores aritméticos. Si bien el porcentaje de juntas con esos problemas no es significativo, lo cierto es que independientemente de ello los presidentes, en tales casos, no son penalmente responsables –al menos en lo dispuesto por este tipo penal– en tanto en el primer caso hay inexistencia dolo y, en el otro, se realizó la acción esperada³³.

Finalmente, dos precisiones adicionales. Debe entenderse que el presidente ha realizado la acción esperada cuando hace entrega del mensaje de transmisión a la persona designada por la Autoridad Electoral para tales efectos, independientemente de si este es un intermediario, sea sin importar si ese otro debe realizar acciones adicionales para hacer llegar la información el centro de recepción de mensajes.

En otras palabras, quien ejerza la presidencia habrá cumplido³⁴ si, pese a no haberse recibido el mensaje por la Autoridad Electoral, lo entregó a, por ejemplo, el encargado del centro de transmisión. Por ello, no sería imputable al miembro del organismo menor la eventual omisión en la que incurra el intermediario de la comunicación.

³¹ Esto sería, *prima facie*, legítimo pues no se estaría referenciando ninguno de los elementos esenciales

³² Por ejemplo, puede ser que los miembros de la JRV por equivocación depositaron el documento de interés en la “tula” con el resto de materiales; siendo imposible una reapertura del saco hasta su llegada al TSE.

³³ Lo tutelado es la comunicación, no la responsabilidad por la exactitud de los datos o el efectivo procesamiento de estos.

³⁴ Evidentemente, también habrá cumplido si hace llegar el mensaje por otros medios, según se indicó supra.

De otra parte, conviene preguntarse si se configura el tipo penal cuando, luego de cerrado el proceso de recepción de mensajes, el presidente lleva personalmente el documento con el resultado a la Autoridad Electoral. En tal supuesto, distinto a lo descrito en el ejemplo del Smartphone (en este se hace dentro del plazo de acopio), el delito se ha cometido.

En efecto, si bien la discusión sobre el medio no convencional para la transmisión no resulta relevante -según se expuso líneas atrás-, lo cierto es que la superación del plazo comporta un elemento esencial. Con base en la doctrina reseñada supra, uno de los motivos para contar con los resultados preliminares es su impacto social, de donde se concluye que la relevancia del tipo soporta un *telos* favorable a la información de la ciudadanía sobre el resultado global como una de las formas para dar tranquilidad y disminuir la eventual conflictividad postelectoral.

Así, un presidente que de forma maliciosa no comunique el resultado antes del cierre del programa de transmisión y que, para evitar la sanción penal, luego se presente a dar la información a la Autoridad Electoral, merece el reproche pues, en la práctica, defraudó la expectativa normativa en cuanto a sus deberes como primado de la JRV y, correlativamente, cometió la omisión típica según el fin que tutela esta.

REFLEXIÓN FINAL.

El ofrecimiento de una Teoría del Delito climatizada a ilícitos electorales se yergue como una metodología en sí misma: cual si se tratara de una matrushka el modelado del nuevo contenido de las categorías conceptuales existentes constituye un método que debe ser construido a través de otro. En otros términos, lo pretendido es ofrecer una serie de pautas para los operadores jurídico-penales, cuyo ámbito de aplicación se ciñe a la delincuencia electoral.

De esa suerte, el insumo obtenido del análisis de la dogmática tradicional aunado a manifestaciones de cómo se comportan, de hecho, los ciudadanos en las diversas fases del proceso electoral³⁵ permitirán perfilar las particularidades que informarán la propuesta. En ese sentido, la metodología por ofrecer tiene un carácter negativo-heurístico (Haba, 2012: 266-272), donde las guías serán precisamente eso **a)** luces para evitar caer en oscuros hoyos confucionistas [indicaciones para prevenir o corregir errores comunes] y **b)** *ideas a*

³⁵ Estos referentes empíricos se muestran, entre otras, en las gestiones planteadas ante las jurisdicciones electoral y penal, por lo que el cuadro fáctico de tales procesos será fuente privilegiada en la investigación.

tener en cuenta, recabadas de experiencias reveladoras en el campo práctico concernido [diríamos en el terreno de “lo electoral”] (Haba, 2012: 267).

En suma, la investigación es una conjetura -que se plantea como solución a un problema concreto- para que sea falseada e intersubjetivamente controlada; la aspiración es, lejos de presentar una verdad absoluta, someter a discusión un nuevo mito científico.

BIBLIOGRAFÍA.

Actas Asamblea Nacional Constituyente de 1949, Tomos I, 1951, (675 p.); II, 1952, (648 p.) y III, 1956, (702 p.), primera edición, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica.

Albert, Hans (2007). *La Ciencia del Derecho como Ciencia Real* (Pres., trad. y ns.: Minor E. Salas). México: Fontamara.

Asamblea Legislativa. República de Costa Rica. Expediente legislativo de la Ley n.º 18337.

Bou Valverde, Zetty (2008). Resultados electorales ajustados. el caso de costa rica, elecciones presidenciales 2006. *Revista de Derecho Electoral*, (6): en línea.

Brenes Villalobos, Luis Diego (2013). *El Rol político del Juez Electoral*. San José: Tribunal Supremo de Elecciones, Instituto de Formación y Estudios en Democracia.

Brenes Villalobos, Luis Diego (2002). *Jurisdicción constitucional electoral*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Cambronero Torres, Andrei (2011). “Simplismo jurídico: algunas manifestaciones en la jurisdicción”, en: *Revista IUS DOCTRINA*, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Casas, Kevin y Zovatto Daniel (2011). Para llegar a tiempo: apuntes sobre la regulación del financiamiento político en América Latina. *Revista de Derecho Electoral*, (12): en línea.

Castillo, Francisco (2008). *Derecho Penal Parte General*. 3 Tomos. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Código Electoral. República de Costa Rica. Ley n.º 8765 del 19 de agosto del 2009.

Código Electoral. República de Costa Rica. Ley n.º 1536 del 10 de diciembre de 1952.

Constitución Política de la República de Costa Rica (2005). San José: Editorial Investigaciones Jurídicas.

De la Calle Lombana, Humberto (2011). La relevancia de la transparencia en la rendición de cuentas, y sus efectos sobre la legitimidad de los partidos políticos. *Revista de Derecho Electoral*, (11): en línea.

- Diccionario electoral (2000). Tomos I y II, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2000). Vigésimo segunda edición. Tomos I y II, España: ESPASA.
- Fiscalía General de la República de Costa Rica, circular n.º 01-PPP-2013.
- Haba, Pedro (2012). Metodología (Realista) del Derecho. 3 Tomos. San José, Costa Rica: Instituto de Investigaciones Jurídicas & Editorial Universidad de Costa Rica.
- Haba, Pedro (2007). Axiología Jurídica Fundamental. San José, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica.
- Haba, Enrique Pedro y Barth José Francisco (2004). Los principios generales del derecho. 1ª edición. San José, Costa Rica: IJSA.
- Haba Pedro. “La cabeza del Juez”. Conferencia efectuada en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, el 24 de noviembre de 1992.
- Fundación Konrad Adenauer (2010). Seguridad y Crimen organizado transnacional: una propuesta de acción para Centroamérica. Paper n.º 11.
- Ley General de la Administración Pública. República de Costa Rica. Ley n.º 6227 del 30 de mayo de 1978.
- Manual de Procedimientos del Programa Electoral “Asesores Electorales”. Tribunal Supremo de Elecciones.
- Muñoz Conde, Francisco (1984). Teoría General del Delito. Bogotá: Editorial TEMIS.
- Nohlen, Dieter; ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús y THOMPSON, José (compiladores). (2007). Tratado de derecho electoral comparado de América Latina. (2ª ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Reglamento de Auxiliares Electorales y Encargados de Centros de Votación. Decreto n.º 18-2012 del Tribunal Supremo Elecciones.
- Reglamento para el ejercicio del sufragio en la Elección General del 2 de febrero de 2014. Decreto n.º 09-2013 del Tribunal Supremo de Elecciones.
- Salas, Minor E. (2013). Yo me engaño, tú te engañas, el se... . 2ª edición. San José: ISOLMA.
- Sobrado González, Luis Antonio (2012). El deslinde competencial entre el Tribunal Supremo de Elecciones y la Sala Constitucional: una historia inconclusa en cuatro capítulos. Revista de Derecho Electoral, (12): en línea.

Sobrado González, Luis Antonio (2011). La financiación de los partidos políticos en Costa Rica. En Evaluando la calidad de la democracia: guía práctica. IDEA Internacional. En línea.

Sobrado González, Luis Antonio (2009). La jurisprudencia electoral como factor de profundización democrática en América Latina. Revista de Derecho Electoral, (7): en línea.

Sobrado González, Luis Antonio (2008). Coyuntura electoral 2005-2006: lecciones aprendidas desde la perspectiva de la organización de los procesos electorales y la resolución de sus conflictos en Centroamérica y panamá. Revista de Derecho Electoral, (5): en línea.

Sobrado González, Luis Antonio (2006). Tendencias de la justicia electoral latinoamericana y sus desafíos democráticos. Revista de Ciencias Jurídicas, (109): 155-183.

Sobrado González, Luis Antonio (2005). La justicia electoral en Costa Rica. San José: Investigaciones Jurídicas.

Transparencia Internacional y Centro Carter (2007). “Crisis: dinero en la política asunto de todos”. En línea.

Tribunal Supremo de Elecciones (TSE). República de Costa Rica. Resolución n.º 1359-E7-2012.

Tribunal Supremo de Elecciones (TSE). República de Costa Rica. Resolución n.º 0569-E4-2011.

Tribunal Supremo de Elecciones (TSE). República de Costa Rica. Resolución n.º 1432-E7-2009.

“10 partidos políticos tienen causas abiertas ante el TSE y la Fiscalía”. En crhoy.com publicada el 10 de setiembre de 2012.

“El Movimiento Libertario (ML) irá a juicio para determinar si hubo estafa contra el Estado durante la campaña presidencial de 2010”. En Noticias monumental, 8 de julio de 2014, edición web.