

Esta providencia es de carácter reservado, por lo cual solo se publica y divulga su extracto

RELEVANTE	
RESERVA	
Sala de Casación Penal	
ID	: 638027
M. PONENTE	: EUGENIO FERNANDEZ CARLIER
NÚMERO DE PROCESO	: 49040
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: AP2961-2018
CLASE DE ACTUACIÓN	: ÚNICA INSTANCIA
TIPO DE PROVIDENCIA	: AUTO INTERLOCUTORIO
FECHA	: 13/07/2018
DELITOS	: Fraude al sufragante
FUENTE FORMAL	: Constitución Política de Colombia de 1991 art. 75-7 y 235 inc. 3 / Ley 599 de 2000 art. 388 / Ley 600 de 2000 art. 325 Y 327 / Ley 1142 de 2007 art. 40

TEMA: FUERO - Congresista: competencia de la Corte Suprema Justicia

«De conformidad con lo previsto en los artículos 235, numeral 3°, de la Carta Política, y 75, numeral 7°, de la Ley 600 de 2000, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene competencia para conocer de “la investigación y juzgamiento de los senadores y representantes a la Cámara”.

Como en la actuación está probado que ÁUV ejerce a la fecha como Senador de la República, esta Sala tiene la facultad legal de proferir esta decisión».

AUTO INHIBITORIO - Procedencia / **AUTO INHIBITORIO** - Atipicidad de la conducta

«Según el artículo 327 de la Ley 600 de 2000, el funcionario judicial deberá abstenerse de abrir investigación formal cuando las pruebas recaudadas en la fase previa demuestren que la conducta investigada no existió o es atípica, que la acción penal no puede iniciarse, o que el sujeto pasivo actuó al amparo de alguna causal de ausencia de responsabilidad.

Esta es precisamente la situación que se configura en el caso examinado, pues vencido el plazo señalado en el artículo 325 de la Ley 600 de 2000 para el perfeccionamiento de la investigación previa, y perfeccionada ésta, la Sala concluye que los hechos objeto de investigación, aunque sucedieron, carecen de relevancia jurídico penal, o lo que es igual, son atípicos.

En esas condiciones, lo procedente es inhibirse de iniciar la instrucción, sin perjuicio de que esa decisión sea revocada ante la aparición de nuevas pruebas que derruyan sus fundamentos».

FRAUDE AL SUFRAGANTE - Elementos / **FRAUDE AL SUFRAGANTE** - Delito de resultado / **FRAUDE AL SUFRAGANTE** - Consumación: se presenta en el momento en que el ciudadano o extranjero vota / **FRAUDE AL SUFRAGANTE** - Delito de ejecución instantánea / **FRAUDE AL SUFRAGANTE** - Configuración: exige la consecución efectiva del sufragio determinado por el engaño

«El artículo 388 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 40 de la Ley 1142 de 2007, consagra el delito de fraude al sufragante en los siguientes términos:

“El que mediante maniobra engañosa, obtenga que un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, vote por determinado candidato, partido o corriente política, o lo haga en blanco, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

En igual pena incurrirá quien por el mismo medio obtenga en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato votación en determinado sentido.”

El precepto transcrito, en lo que atañe a su aspecto objetivo, describe una conducta punible de sujeto activo simple y sujeto pasivo calificado, que se actualiza cuando el agente obtiene, a través de una maniobra engañosa, que un ciudadano o extranjero habilitado para sufragar vote por una determinada opción electoral, cualquiera que sea ésta, tanto en comicios celebrados para elegir funcionarios de elección popular, como en cualesquiera otros en que el pueblo sea convocado para ejercer la participación política directa, en concreto, plebiscitos, referendos, consultas populares y procesos de revocatoria de mandato.

Así, se trata de un ilícito de resultado, cuya configuración exige la consecución efectiva del sufragio determinado por el engaño, y de ejecución instantánea, por cuanto se consuma en el momento mismo en que el ciudadano o extranjero vota, es decir, cuando materialmente deposita el tarjetón marcado en las urnas dispuestas por la autoridad registral».

FRAUDE AL SUFRAGANTE - Elementos: maniobra engañosa / **FRAUDE AL SUFRAGANTE** - No se configura: frente a comportamientos que no están dirigidos a engañar al votante

«Las maniobras engañosas que califican la obtención del sufragio deben consistir en tretas, artimañas o artificios orientados a afectar el albedrío de quien sufraga, de suerte que lo haga por una opción electoral distinta de la que autónomamente pretendía, es decir, a producir una distorsión entre la realidad y la representación que de ésta tiene el votante, capaz de producir un vicio en la manifestación de voluntad materializada en el voto.

Dicho de otra manera, las maniobras engañosas deben tener por resultado que el sujeto pasivo vote por una opción por la que no quiere votar, de modo que han de estar dirigidas a distorsionar la percepción del afectado respecto del acto material de sufragar, como sucede cuando, por ejemplo, se le defrauda para hacerle creer que su candidato se ha retirado de la contienda electoral y decide entonces votar por otro, o bien, cuando se le induce en error respecto del objeto de los comicios, verbigracia, generándole la convicción de que se vota “sí” o “no” a la aprobación de la extensión del periodo vacacional de los trabajadores - a lo que vota

favorablemente -, cuando en realidad se estaba aprobando o rechazando una reforma tributaria, que hubiese votado negativamente.

En esa comprensión, escapan al ámbito de la protección penal aquellos comportamientos que no están dirigidos a engañar al votante para que sufrague por una opción electoral diferente de la que autónoma y libremente elegiría en ejercicio de sus derechos políticos, sino que tienen por propósito convencer al votante de que elija una de las distintas alternativas por las cuales es convocado a las urnas, esto es, ganar u obtener el apoyo electoral de la ciudadanía mediante la exposición de argumentos que, así se reputen equivocados o desacertados, constituyen manifestación del libre ejercicio político y reflejan una determinada interpretación de los hechos y la realidad, guiada por posturas ideológicas, las cuales se mueven en el libre intercambio de las ideas y son pilar esencial del debate democrático.

De admitirse que toda afirmación imprecisa, desatinada o disparatada producida en el marco del debate electoral constituye una maniobra engañosa capaz de actualizar el delito señalado y puede entonces reprimirse penalmente, la controversia política (con evidente detrimento de la confrontación democrática de opiniones y del mismo sistema de gobierno establecido en la Constitución) quedaría irremediabilmente cercenada, pues respecto de una determinada lectura ideológica de los asuntos políticos siempre será posible afirmar, a través de visiones que reflejan una perspectiva distinta u opuesta de aquélla, su incorrección».

AUTO INHIBITORIO - Atipicidad de la conducta / **FRAUDE AL SUFRAGANTE** - Elementos: maniobra engañosa / **FRAUDE AL SUFRAGANTE** - No se configura: frente a comportamientos que no están dirigidos a engañar al votante

«A modo de precisión inicial, la Sala debe partir por señalar que, en el presente asunto, la denuncia interpuesta contra UV tiene fundamento en las manifestaciones efectuadas por JCVU ante el diario La República el 6 de octubre de 2016.

En esa ocasión, el nombrado VU aseguró que el mensaje central de la campaña que adelantó fue “la indignación”, por cuanto “(estaban) buscando que la gente saliera a votar verraca”. Así mismo, que “tergiversaron mensajes para hacer campaña” porque eso “fue lo mismo que hicieron los del “sí”. [...]

[...]

De acuerdo con los medios de conocimiento referenciados, entonces, se colige con toda claridad i) que ÁUV no tuvo vínculos formales o de derecho con el comité “La Paz es de Todos” (ni, por demás, con el que inscribió el partido Centro Democrático para promover el “no”), y ii) no existió ninguna coordinación entre la campaña gestionada por JCVU y la adelantada por el Centro Democrático, las cuales tenían estrategias y programas publicitarios autónomos e independientes.

Ahora bien, las pruebas obtenidas en el curso de la investigación demuestran, así mismo, que UV tampoco tenía vínculos informales o de hecho con la campaña gerenciada por JCVU, como para inferir que el reconocimiento de posibles

conductas delictivas exteriorizado por éste último ante los medios de comunicación pueda sugerir también la responsabilidad del aforado.

En efecto, VU reconoció que el aforado no participó de ninguna manera en la campaña que él, a través del comité “La Paz es de Todos”, ni administró, ni intervino en la coordinación, planeación o ejecución de las estrategias publicitarias que allí se materializaron. En idéntico sentido declararon ÓIZ, CHT y RCS, quienes uniformemente negaron cualquier intrusión de UV en la empresa electoral impulsada por JCV.

La ajenidad del acá investigado con el proyecto publicitario que soportó la campaña de JCV quedó corroborada, además, con la inspección judicial efectuada al proceso penal que se sigue contra el segundo ante la Fiscalía 29 Seccional de Protección de Participación Democrática, en el cual no existe ninguna evidencia que lo vincule con aquélla.

Incluso, tanto los testigos atrás mencionados como IDM y AGS expusieron de manera enfática que ÁU ni siquiera intervino en las estrategias publicitarias del propio comité del Centro Democrático, en tanto, según dijeron, su rol estuvo circunscrito a la participación en debates, foros, y entrevistas en las que expuso los argumentos por los que dicha colectividad se oponía a la aprobación del Acuerdo Final; circunstancia fáctica que permite inferir razonablemente que, si no concurrió a la elaboración de la estrategia publicitaria de su propio partido, resulta poco probable que lo hiciera a la de otro comité que era independiente y autónomo.

Así pues, los elementos de conocimiento recogidos en la investigación acreditan que, a más de carecer de vínculos formales con la campaña de J CVU, el Senador ÁUV tampoco tuvo relaciones informales o de hecho con ese comité o con sus actividades proselitistas.

Si las estrategias de tergiversación o distorsión de los Acuerdos, según lo dijo VU, se habrían producido en la campaña adelantada por el comité “La Paz es de Todos”, y está comprobado que UV no tuvo ninguna intervención formal o informal ni en la campaña ni en la administración, coordinación o logística de ese comité, surge como conclusión necesaria que lo dicho por aquél ante el diario La República de ninguna manera puede llevar a inferir que el aforado tuvo parte en dichas conductas.

[...]

Aclarado como está, entonces, que lo aseverado por JCV ante el diario La República resulta irrelevante para la apreciación de la conducta de ÁUV, corresponde a la Sala examinar si las aseveraciones públicas atribuidas al aforado respecto del Acuerdo Final y el plebiscito convocado por el Gobierno Nacional para preguntar al pueblo sobre su aprobación o rechazo tienen relevancia penal respecto del tipo de fraude al sufragante.

A tal efecto, debe indicarse inicialmente que los denunciantes aportaron, en apoyo de la noticia criminal, una serie de publicaciones en línea y manifestaciones

públicas efectuadas por UV en relación con el plebiscito convocado para refrendar el Acuerdo suscrito con las FARC.

Se trata de expresiones como “el no, una oportunidad inigualable para Colombia”, “La Paz es ilusionante, los textos de La Habana decepcionantes”, “¿Qué país democrático permitiría impunidad y elegibilidad a los autores de este crimen?”, “Salvemos a Colombia, Votemos NO”, “votemos democráticamente, no nos dejemos engañar”, “Ni S ni [...] generan confianza”, “quiero La Paz pero no estos acuerdos injustos con las víctimas”, “no queremos ser protagonistas de la entrega del País al terrorismo”, “entrar en el chavismo es fácil, salir es muy difícil”, “Voto No para que T no pueda ser candidato a la presidencia y para que estos acuerdos no queden elevados a la Constitución”, “los acuerdos de La Habana destruyen la democracia”, “con estos acuerdos se restringen las libertades y hay grandes trabas a la economía”, “con los acuerdos de La Habana hay amnistía disfrazada”, “con acuerdos habrá Policía política: terrorismo pasará a hacer parte del Estado” o “Santos solamente permite una pregunta y eleva a la Constitución 297 pgs. concedidas al terrorismo”.

Allegaron también prueba de las afirmaciones que en el texto de la noticia criminal fueron indicadas como ejemplo de la conducta supuestamente delictiva atribuida al investigado, reseñadas en el acápite de antecedentes de esta providencia.

No hay duda en cuanto a que tales expresiones se produjeron en el marco de la convocatoria efectuada para que la ciudadanía se pronunciara en las urnas sobre el Acuerdo Final celebrado con las FARC.

Ciertamente, mediante Decreto 1391 de 30 de agosto de 2016, el Gobierno Nacional emplazó “al pueblo de Colombia para que en ejercicio de su soberanía, decida si apoya o rechaza el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”.

Dicho plebiscito - hecho notorio que no requiere prueba - se llevó a cabo el 2 de octubre de la misma anualidad y culminó con la imposición del “no”.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala advierte que las referidas expresiones son atípicas y no configuran el delito investigado, pues no se trató de maniobras engañosas ejecutadas para obtener votos fraudulentos contrarios a la voluntad de los sufragantes, es decir, para lograr que quienes estuviesen determinados a votar por el “sí” incurrieran en un error material y lo hicieran por el “no”, sino de juicios de valor elaborados en el contexto del libre debate político que constituye fundamento inherente de la controversia democrática, cuya finalidad fue la de hacer prevalecer en la contienda electoral una determinada posición de ideología de gobierno frente a otra a la cual se enfrentaba.

Dicho de otra manera, la Corte advierte que las manifestaciones efectuadas por UV en el marco de las campañas adelantadas para promover la votación en el plebiscito no constituyeron maniobras engañosas dirigidas a pervertir la libertad de quienes concurren a las urnas para depositar su voto en dicho certamen mediante la alteración de la percepción de la realidad material del acto de votar, sino que se circunscribieron a la presentación de una lectura subjetiva del objeto debatido

(permeada, como es obvio y natural en la discusión democrática, por la visión del aforado respecto de los problemas políticos, económicos, sociales y jurídicos a mano), producidas con el cometido de convencer a la ciudadanía de acoger una de las dos posturas enfrentadas.

La naturaleza eminentemente política y valorativa de las expresiones que Á U realizó en distintos medios masivos de comunicación queda constatada al verificarse que aquéllas coinciden en lo sustancial con los debates que se produjeron en el Senado de la República, tal y como se desprende de lo sucedido en la plenaria de esa Corporación que tuvo lugar el 29 de noviembre de 2016.

Allí, tanto el aforado como los demás Senadores de la bancada del Centro Democrático se pronunciaron sobre el contenido del Acuerdo Final y expusieron las razones por las que impulsaron su rechazo, [...].

[...]

Incluso, buena parte de las alegaciones de Á U en el desarrollo de la campaña corresponden a aserciones o proposiciones que no se pueden confirmar ni refutar o desmentir, de suerte que sobre ellas no puede hacerse un juicio de veracidad, acierto o concordancia con la realidad, por ende, no pueden calificarse si quiera de engañosas o fraudulentas.

[...]

En síntesis, pues, la Sala encuentra que los hechos denunciados, aunque ocurrieron, carecen de relevancia penal, es decir, son objetivamente atípicos, pues no configuraron una maniobra engañosa orientada a obtener fraudulentamente que quienes sufragaron en el plebiscito lo hicieran por una determinada opción electoral.

En esas condiciones, no queda solución distinta que la de proferir auto inhibitorio, sin perjuicio de que tal decisión sea revocada, de oficio o a petición de los denunciantes, de aparecer nuevas pruebas que controviertan o desvirtúen sus fundamentos».

FRAUDE AL SUFRAGANTE - Dolo

«En lo que respecta al aspecto subjetivo del delito, constituye una infracción dolosa, de modo que el agente debe conocer los elementos constitutivos de la conducta y querer su realización».
