FISCALÍA

Bogotá D.C., 18 de enero de 2016.

Magistrada
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Corte Constitucional
E. S. D.

Referencia: Expediente D-11123. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 118 (parcial) del Decreto 2241 de 1986, "[p]or el cual se adopta el Código Electoral".

Demandantes: Christian Alberto Argüello Gómez y Luz Meralda Rivera Gómez.

Respetada Magistrada:

RAFAEL JOSÉ LAFONT RODRÍGUEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.425.255, expedida en Bogotá, obrando en mi calidad de Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 9 del Decreto 016 de 2014[1], de forma respetuosa me permito intervenir en el presente proceso, con el fin de solicitar que **DECLARE LA CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA** de las expresiones "[e]l Presidente del Jurado ordenará que se retiren las personas que en cualquier forma perturben el ejercicio del sufragio" del artículo 118 del Decreto 2241 de 1986, y **LA INEXEQUIBILIDAD** de las expresiones "[s]i no obedecieren, podrá ordenar que sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones" contenidas en la norma demandada.

[1] La norma en cita dispone: "ARTÍCULO 9. DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTRATEGIA EN ASUNTOS CONSTITUCIONALES. La Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales cumplirá las siguientes funciones: (...) 5. Intervenir en los procesos constitucionales y en las demandas de inconstitucionalidad, de interés para la Fiscalía General de la Nación".

Para respaldar esta solicitud, esta intervención (i) señalará la ley que solicita el demandante sea declarada inexequible; (ii) hará un breve resumen de los principales fundamentos de la demanda; y (iii) presentará los argumentos que sustentan la constitucionalidad condicionada de las expresiones "[e]l Presidente del Jurado ordenará que se retiren las personas que en cualquier forma perturben el ejercicio del sufragio" del artículo 118 del Decreto 2241 de 1986, y la inconstitucionalidad de las expresiones "[s]i no obedecieren, podrá ordenar que sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones" de la misma norma demandada.

I. El OBJETO DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

A. La norma demandada

A continuación se transcribe la disposición acusada y se subraya el contenido normativo objeto de cuestionamiento.

> "**ARTICULO 118.** El Presidente del Jurado ordenará que se retiren las personas que en cualquier forma perturben el ejercicio del sufragio. Si no obedecieren, podrá ordenar que sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones".

B. Normas constitucionales presuntamente infringidas y fundamentos de la violación

Los demandantes sostienen que la ley acusada desconoce los artículos 28, 29 y 85 de la Constitución Política. Concretamente plantean los siguientes cargos de inconstitucionalidad:

FISCALÍA

1. Violación del derecho a la libertad personal

Los actores aducen que una de las modificaciones que trajo la Constitución de 1991, respecto del cuerpo normativo anterior, está relacionada con la privación de la libertad de locomoción.

Afirman que la Constitución de 1886 permitía otorgar competencia a órganos que no fuesen judiciales para proferir órdenes privativas de la libertad, razón por la cual el aparte atacado tenía validez a la luz de las normas superiores de la época.

Sin embargo, consideran que bajo el ordenamiento constitucional vigente, concretamente según lo dispuesto en el artículo 28 Superior, "es inadmisible cualquier restricción a la libertad de las personas sin que medie orden de autoridad judicial competente y más aun tratándose del derecho de locomoción el cual se erige como uno de los grandes pilares del nuevo constitucionalismo, pues la omisión a este requisito sine qua non constituiría vías de hecho, abuso del poder y privación ilegal de la libertad como claramente lo ha reseñado el alto tribunal constitucional"[2].

Asimismo indican que, según lo ha precisado la Corte Constitucional, las restricciones a la libertad por vía administrativa, sin mediar orden judicial, solo operan cuando:

> "(i) [Existen] razones fundadas que evidencian la necesidad de este procedimiento. Tal detención no puede basarse en la mera sospecha o convicción subjetiva del agente respecto de la ocurrencia de una posible infracción, (ii) debe tratarse de situaciones de urgencia y apremio cuyo aplazamiento puede conllevar un peligro inminente y, posteriormente, hacer ineficiente una investigación judicial, (iii) debe ser proporcionada en consideración a la gravedad de los hechos (iv) no pueden ser discriminatorias, en el sentido de estar encaminadas a excluir ciertos grupos sociales con fundamento en perjuicios hostiles hacia ellos. Además, **la detención preventiva de naturaleza administrativa sólo procede, por regla general, ante eminentes vulneraciones de derechos fundamentales que tenga**

[2] Folio 5 del escrito de demanda.

relevancia penal. Aprehensión que debe basarse en pruebas serias de incriminación y no de sospechas"[3].

Aducen que, a su parecer, la facultad que otorga el aparte demando al presidente del jurado no es una medida preventiva sino sancionatoria, "primero por cuanto tiene esa potestad de castigarlo por la falta y despojarlo parcialmente de su libertad de locomoción y segundo y más importante aún es por la calidad de la sanción que puede ejecutar, lo anterior por cuanto le da la potestad para enviarlo a la cárcel"[4]. Agregan que no es posible sostener que se trate de una medida preventiva, toda vez que, si ese fuese el sentir del creador de la norma, se hubiese incluido la expresión domicilio y no la de cárcel.

2. Vulneración del principio de juez natural

Los actores señalan que, como la medida restrictiva de la libertad que contiene el artículo acusado es de naturaleza sancionatoria, la competencia para su imposición está exclusivamente en cabeza de los jueces, "ya que toda detención de este tipo debe mediar por orden de autoridad judicial"[5].

Agregan que, al otorgársele dicha facultad al Presidente del Jurado, se estaría frente a un caso de vulneración al principio de juez natural que se encuentra consagrado en el artículo 29 constitucional, el cual dispone claramente que cualquier actuación que se adelante en contra de una persona en la que se afecte alguno de sus derechos fundamentales "debe estar debidamente fundamentada y soportada por un funcionario COMPETENTE para restringir tales derechos teniendo en cuenta la necesidad y proporcionalidad de la medida"[6].

Añaden que la norma demandada también vulnera los derechos a la defensa y el principio de inocencia de las personas afectadas con la

[3] Folio 6 del escrito de demanda.
[4] Folio 7 del escrito de demanda.
[5] Folio 8 del escrito de demanda.
[6] Ibídem.

medida, porque no tendrían la posibilidad de debatir la decisión emanada del presidente del jurado.

3. Vulneración de derechos de aplicación inmediata

Consideran los actores que las facultades otorgadas en el artículo 118 del Decreto 2241 de 1986 al presidente del jurado desbordan los límites establecidos en la Constitución de 1991, ya que vulneran los artículos 28 y 29, que son, conforme a la demanda, derechos de primera generación (derechos fundamentales), de naturaleza supraconstitucional.

C. Asunto previo. Integración normativa con la primera frase del texto del artículo 118 acusado.

Antes de presentar los problemas jurídicos derivados de los planteamientos de la demanda, se debe advertir que para la Fiscalía resulta necesario analizar la constitucionalidad del artículo 118 acusado en su integridad, y no solamente la de la segunda frase de su texto. Incluso, si el mismo demandante no lo hizo en el escrito de la demanda. Por ello, la Corte deberá declarar la integración normativa del aparte demando, con la primera frase del texto de la norma acusada. Esto, en tanto el contenido normativo demandando solo tiene sentido si se le interpreta junto con la primera parte del artículo, tal como se explicará a continuación.

Según se acaba de ver, el cargo planteado cuestiona la facultad del Presidente del jurado de ordenar la retención de los ciudadanos que perturben el ejercicio electoral. Y, dicha facultad está precedida en la norma por la facultad de ordenar el retiro de estos ciudadanos. Esto quiere decir que el cargo solo cobra sentido si se asume que las facultades otorgadas por la norma demandada al Presidente de la mesa de votación, están necesariamente relacionadas entre sí, pues la facultad de ordenar la retención solo es posible si se ejerce la facultad de ordenar el retiro de perturbadores. De hecho la retención operaría luego de que no se cumpla con la respectiva orden de retiro.

Estudiar aisladamente la segunda parte del texto, desconocería el verdadero alcance del contenido normativo acusado, cual es que la

posibilidad de ordenar la retención, solo es posible si se acepta la posibilidad de tomar medidas para retirar a quienes perturben el ejercicio del sufragio.

Por ello es imperativo analizar la constitucionalidad del texto completo de la disposición jurídica aludida. Su alcance normativo incluye considerar la primera parte del texto.

D. Problemas jurídicos

Los argumentos expuestos por los demandantes plantean a la Corte Constitucional los siguientes problemas jurídicos:

¿Transgrede la Constitución el primer inciso del artículo 118 del Decreto 2241 de 1986 al facultar al presidente del jurado únicamente para ordenar el retiro de las personas que sean sorprendidas perturbando el ejercicio del sufragio, sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 32 Superior y las disposiciones del Código Penal relacionadas con los delitos electorales (artículo 386 y ss)?

¿Desconoce el último inciso de la norma demandada los artículos 28 (libertad personal), 29 (debido proceso) y 85 (derechos de aplicación inmediata) de la Constitución, al dar al presidente del jurado la facultad de ordenar que las personas que perturben el ejercicio del derecho de sufragio, a las cuales se les haya dado previamente orden de retirarse, sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones?

II. ANÁLISIS DE LOS CARGOS FORMULADOS POR EL DEMANDANTE

Con el propósito de analizar la presente demanda la Fiscalía considera necesario referirse a: (A) la libertad personal y el principio de reserva judicial; (B) las excepciones a la reserva judicial para la privación de la libertad; y (C) los delitos contra mecanismos de participación democrática. Lo anterior para (D) concluir con las razones por las cuales se considera que las expresiones "[e]l Presidente del Jurado ordenará que

se retiren las personas que en cualquier forma perturben el ejercicio del sufragio" del artículo 118 del Decreto 2241 de 1986, deben ser declaradas exequibles condicionadamente; y (E) exponer los argumentos que sustentan la inexequibilidad de las expresiones "[s]i no obedecieren, podrá ordenar que sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones" del precitado artículo.

A. La libertad personal y el principio de reserva judicial

El reconocimiento de los derechos de los individuos, en sentido físico y moral, constituye el "principio personalista: complejo de derechos fundamentales, encabezados por la denominada libertad personal"[7].

El concepto de libertad en su acepción legal reviste especial complejidad desde su propio alcance e interpretación deóntica. En efecto, desde un plano jurídico se trata de un derecho fundamental que se encuentra consagrado en la mayoría de la Constituciones modernas que reconocen en el individuo y sus garantías fundamentales, la piedra angular de la sociedad.

La Corte Constitucional ha precisado que por libertad personal a nivel constitucional se entiende "la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona"[8], y que entendida de esta forma, es en buena parte el presupuesto de todas las demás libertades y derechos: "quien no goza de la libertad personal, por estar detenido o retenido contra la propia voluntad no puede gozar de los otros derechos y libertades"[9]. En virtud de lo anterior el Alto Tribunal ha precisado que los requisitos constitucionales para limitar este derecho deben ser estrictos.

En esa medida, en el ordenamiento jurídico colombiano el derecho a la libertad es un derecho fundamental de rango constitucional definido en los siguientes términos:

---

[7] Jaime Araujo Rentería, Filosofía o Teoría del Derecho Constitucional, (Bogotá: Editorial Ibañez, 2015), 542.
[8] Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
[9] Ibídem.

"ARTÍCULO 28. Toda persona es libre. **Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.**

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles" (negrillas fuera de texto).

Del texto de la norma se pueden extraer dos conclusiones. Primero, que parte del principio general de que toda persona es libre. Segundo, que establece tres requisitos, que deben analizarse de forma sistemática, los cuales además, fijan límites precisos sobre las condiciones en las que las autoridades pueden ordenar la prisión o arresto de una persona[10], a saber: (i) **la existencia de un mandamiento escrito de autoridad judicial competente**; (ii) el respeto por las formalidades legales; y (iii) la existencia de un motivo legal previamente definido.

Conforme a lo anterior –y como indican los demandantes-, el artículo 28 Superior, al establecer que sólo las **autoridades judiciales** tienen competencia para privar de la libertad a una persona, difiere del artículo 23 de la Constitución de 1886 que disponía lo siguiente:

"**Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido**, ni su domicilio registrado, **sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.**

[10] Corte Constitucional, Sentencia C-1001 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial" (negrillas fuera de texto).

Como se observa, entre la Carta de 1886 y la de 1991 se dio un cambio sustancial en materia de libertad personal, pues esta última reservó a las autoridades **judiciales** la competencia de su limitación concreta. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-024 de 1994[11], reseñó algunas de las deliberaciones más importantes que se dieron en la Asamblea Nacional Constituyente sobre el particular, las cuales por su relevancia se transcriben a continuación:

"El principio general de que la libertad sólo puede ser suspendida por mandamiento judicial emanado de autoridad competente, le cierra la puerta a los abusos de funcionarios subalternos, que muchas veces prevalidos de su fuero atentan contra la libertad del ser humano. Tal consagración tajante previene los riesgos de la extra limitación de funciones, y se acomoda perfectamente al principio de que sólo los jueces, con las formalidades que le son propias, pueden reducir a prisión o arresto, o detener a los individuos[12]".

El fundamento de este cambio adoptado en la Constitución de 1991 fue explicado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia T-490 de 1992[13], en la que sostuvo:

"(...) La opción de la libertad que llevó a consagrar el monopolio de las penas privativas de la libertad en cabeza de los jueces, se basa en el principio de la separación de poderes, propio del régimen democrático y republicano. Los jueces son frente a la administración y al propio legislador, los principales defensores de los derechos individuales. **Por ello, su protección inmediata ha sido confiada a la rama judicial, como garantía de imparcialidad contra la arbitrariedad, impidiendo así que la autoridad acusadora acabe desempeñando el papel de juez y parte. Si la autoridad administrativa tuviere la potestad de imponer penas de arresto,**

[11] Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
[12] "Gaceta Constitucional Nro. 82. Sábado 25 de mayo de 1991, página 11".
[13] Corte Constitucional, Sentencia T-490 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

sin intervención judicial que las autorice (CP art. 28), la protección del derecho a la libertad personal confiada en ésta última se tornaría innecesaria y carecería de efectividad para cumplir su cometido. El reconocimiento de los derechos fundamentales y su limitación y restricción en la práctica, suponen la intervención de una instancia imparcial, que mediante una decisión motivada, proporcional y razonada, concilie los valores e intereses en pugna, permitiendo la judicialización del conflicto social y evitando la exacerbación de la violencia mediante el uso exclusivo de la coacción" (negrillas fuera de texto).

De lo dicho hasta ahora se concluye que en la actualidad existe **reserva judicial** respecto a la limitación del derecho a la libertad personal, en virtud de la cual: (i) sólo las autoridades judiciales tienen competencia para privar de la libertad y (ii) las autoridades administrativas no están facultadas, motu proprio, para privar de la libertad; solo podrán hacerlo si existe previa decisión de autoridad judicial competente.

En este orden de ideas, la libertad encuentra "solo en la ley su posible límite y en el juez su legítimo garante en función de la autonomía e independencia que la Constitución reconoce a sus decisiones, precisamente porque es al juez a quien le está encomendada la tarea de ordenar restringir el derecho a la libertad en los precisos términos señalados en la ley, de la misma manera que es a él a quien corresponde controlar las condiciones en las que esa privación de la libertad se efectúa y mantiene"[14].

Asimismo, es importante precisar que, como se explicará más adelante, la reserva judicial encontró particular refuerzo en la reforma introducida en el Acto Legislativo 03 de 2002[15], en la que se consagra que -*prima facie*-, la imposición de medidas restrictivas de la libertad únicamente puede ser decretada por el juez de control de garantías, ante quien la Fiscalía General de la Nación debe presentar las solicitudes pertinentes y que solamente en casos excepcionales, el legislador puede facultar a la Fiscalía para realizar capturas sin orden judicial previa, las cuales -de todas formas- estarán sujetas a un control automático por parte del juez

[14] Corte Constitucional, Sentencia C-1001 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
[15] "Por el cual se reforma la Constitución Nacional".

de control de garantías (artículo 250-1 Superior). Esta excepción se suma a la establecida en el artículo 32 constitucional, de acuerdo con la cual "[e]l delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona".

B. Excepciones a la reserva judicial para la privación de la libertad

Como ya se señaló, el constituyente de 1991 estableció claramente, como requisito previo y esencial para privar de la libertad a una persona, la necesidad de contar con una orden de autoridad judicial. Con ello eliminó la posibilidad de que autoridades administrativas tengan dicha facultad[16].

No obstante, la misma Constitución consagró algunas excepciones a esa regla general: (1) la flagrancia; (2) las situaciones en las que la ley expresamente autoriza a la Fiscalía General de la Nación para hacer capturas sin contar previamente con orden judicial; y (3) las detenciones administrativas. En los dos primeros casos se requiere de valoración judicial posterior para legalizar la captura[17].

1. La posibilidad de realizar una detención en razón de la flagrancia

Como se indicó, la flagrancia está regulada en el artículo 32 de la Constitución, según el cual "el delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona".

La Corte Constitucional ha precisado que "el concepto de flagrancia se refiere a aquellas situaciones en donde una persona es sorprendida y capturada en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los

[16] Corte Constitucional, Sentencia C-176 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
[17] Ibídem.

cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible"[18].

En esos casos, si quien efectuó la aprehensión fue un particular, la persona capturada debe ser conducida de inmediato ante la autoridad competente, ya que no es posible que un particular pueda mantener privada de la libertad a una persona bajo ninguna circunstancia[19].
Así las cosas, la flagrancia es una excepción necesaria, oportuna y eficiente, que hace posible la persecución y captura pública de aquellas personas que han cometido un delito, por parte de un particular o autoridad sin autorización judicial previa, aprehensión que, de todas formas, debe ser sometida en el menor tiempo posible a valoración judicial.

2. Posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación realice capturas sin orden judicial

Como se señaló con anterioridad, de acuerdo a lo dispuesto en el Acto Legislativo 03 de 2002[20], la Fiscalía General de la Nación puede ser excepcionalmente facultada por la ley para realizar capturas sin orden judicial previa.

La jurisprudencia constitucional ha precisado que esta prerrogativa no puede interpretarse como una forma de mantener en cabeza de esta entidad una competencia que quiso dejarse exclusivamente a las autoridades judiciales. Por esa razón, para que tenga lugar, deben cumplirse algunos presupuestos y requisitos legalmente establecidos.

Sobre el particular el Alto Tribunal, en Sentencia C-730 de 2005[21], señaló lo siguiente:

> "De dichas consideraciones se desprende para efectos del presente proceso i) que en el nuevo sistema penal el papel atribuido a la

[18] Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
[19] Corte Constitucional, Sentencia C-1001 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
[20] "Por el cual se reforma la Constitución Nacional".
[21] Corte Constitucional, Sentencia C-730 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Fiscalía General de la Nación fue transformado sustancialmente y que aun cuando el Acto Legislativo 03 de 2002 la mantuvo dentro del poder judicial, el Constituyente derivado instituyó al juez de control de garantías como el principal garante de la protección judicial de la libertad y de los derechos fundamentales de quienes participan en el proceso penal y sujetó el ejercicio de las competencias relativas a la restricción de las libertades y derechos de los ciudadanos al control de dicha autoridad judicial independiente; ii) que en ese orden de ideas el juez de control de garantías en el nuevo ordenamiento penal es la autoridad judicial competente a que alude el inciso primero del artículo 28 superior, y que es de él de quien debe provenir el mandato escrito y de quien se pregona la reserva judicial para restringir el derecho a la libertad de las personas. El Fiscal, es una autoridad que en principio no es competente para dicho asunto. Pero, en atención al tercer inciso del numeral 1° del artículo 250 de la Carta, puede llegar a serlo, pues se señala que **la Ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas, pero ello solamente, si el ejercicio de dichas competencias se enmarca en dicho presupuesto de excepcionalidad;** iii) la finalidad misma de la captura en el proceso penal fue objeto de una transformación en el nuevo sistema en el que se fijaron límites teleológicos constitucionales expresos a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de la libertad.

Ahora bien, cabe hacer énfasis en que la posibilidad señalada en el tercer inciso del numeral 1° del artículo 250 de la Constitución para que la Ley faculte a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas no puede entenderse como el mantenimiento en cabeza de dicho organismo de una competencia que expresamente quiso dejarse en cabeza de una autoridad judicial de la que se predicara autonomía e imparcialidad en el desarrollo del proceso penal dentro del nuevo sistema, como se desprende claramente de los apartes respectivos de la exposición de motivos del proyecto que se convertiría en el Acto Legislativo 03 de 2002 y de los debates que para su aprobación se resurtieron en el Congreso".

3. La detención preventiva administrativa

El artículo 29 de la Constitución establece que "la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley". Conforme lo anterior, en un primer momento, la Corte Constitucional interpretó que es posible adelantar una detención preventiva administrativa, por un periodo de 36 horas.

Ese concepto fue desarrollada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-024 de 1994[22], decisión en la que, al analizar la constitucionalidad de algunos artículos del Código Nacional de Policía, sostuvo que el inciso segundo del artículo 28 Superior contiene "una excepción al principio de la estricta reserva judicial de la libertad, puesto que consagra la atribución constitucional administrativa para detener preventivamente a una persona hasta por 36 horas". De acuerdo con dicha sentencia, esa excepción solo puede tener lugar si:

i. Existen razones objetivas o motivos fundados;
ii. La medida es necesaria y proporcionada respecto a la condición de apremio de cada situación;
iii. Tiene como propósito único la verificación de hechos relacionados con los motivos fundados de la aprehensión (v.g. identidad de una persona);
iv. Se lleva a cabo dentro de límites temporales estrictos (en ningún caso puede superar las 36 horas);
v. La motivación tiene una conexión íntima con la estricta órbita funcional de la autoridad policiva;
vi. Es susceptible de ser protegida mediante la acción del habeas corpus;
vii. No es utilizada para encubrir allanamientos sin orden judicial; y
viii. Se garantiza el trato humano y digno al ciudadano capturado.

[22] Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Ahora bien, la Corte Constitucional en esa oportunidad sólo autorizó la realización de capturas administrativas de manera excepcional, con fines de prevención y dentro de los estrictos marcos de los cometidos policiales (artículo 218 Superior)[23].

No obstante, la misma Corte Constitucional, con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, frente a un escenario constitucional distinto, reinterpretó el artículo 28 Superior y en distintas decisiones proferidas con posterioridad, ha sido enfática en el carácter imperativo de la reserva judicial para privar de la libertad a una persona[24].

Por ejemplo, en la Sentencia C-237 de 2005[25], mediante la cual la Corte declaró la inconstitucionalidad de una parte del artículo 69 del Código Nacional de Policía[26], precisó sobre el particular:

> "Pues bien, un logro fundamental del Estado de Derecho fue obtener el respeto de la libertad personal. Característica que se ha trasladado al Estado Social de Derecho. Dicho derecho fundamental ha vivido un proceso de constitucionalización que también ha tocado los convenios y tratados internacionales.[27]
>
> En efecto, en vigencia del 'Antiguo Régimen' existía una confusión de poderes al interior del Estado, lo que permitía que quien detentaba el poder dispusiera a su antojo de los derechos fundamentales de las personas, en especial de la libertad personal. No obstante, fruto de las revoluciones liberales, en especial de la Revolución francesa, dicho poder absoluto fue dividido y se establecieron controles con el propósito de evitar nuevos abusos.[28]

---

[23] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente 36107, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.
[24] Ibídem.
[25] Corte Constitucional, Sentencia C-237 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.
[26] Esta norma establecía facultades para que agentes de la policía recapturar personas capturadas inicialmente en flagrancia, dejadas en libertar con el compromiso de presentarse dentro de las 48 horas siguientes ante el jefe de policía, incumplieran con su deber.
[27] Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, artículo 12; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 9; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 7; y la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, artículo 5.
[28] Art. 16 de la Declaración de Derechos del hombre "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución".

Así las cosas, en relación con la libertad personal, se excluyó la posibilidad de que el gobernante decidiera acerca de la libertad personal y dicha facultad, de hacer relativo el derecho fundamental, se trasladó a la rama del poder que administraba justicia".

En sentido similar el Alto Tribunal, en Sentencia C-730 de 2005[29], mediante la cual se declararon inexequibles las expresiones "[e]n las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito", contenidas en el inciso final del artículo 2° de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), señaló:

"Ahora bien, cabe precisar que la reserva judicial de la libertad a que se ha hecho referencia encontró particular refuerzo en la reforma introducida en el Acto Legislativo 03 de 2002 en la que, como se analizará más adelante, se estableció que en el nuevo sistema penal por el introducido, por regla general la imposición de medidas restrictivas de la libertad, tales como la captura, deberá ser decretada solamente por el juez de control de garantías, ante quien la Fiscalía deberá presentar la solicitud pertinente y solo en casos excepcionales, según lo establezca la ley, la Fiscalía General de la Nación podrá realizar capturas sin orden judicial previa, que no obstante estarán sujetas a un control automático por parte del juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes (art. 250-1 C.P).

(...)

La única excepción a la necesidad de mandato judicial escrito fue establecida por el propio Constituyente de 1991 en el artículo 32 superior donde reguló el caso de la flagrancia. En dicho artículo se estableció que 'el delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona' (Destaca la Corte).

[29] Corte Constitucional, Sentencia C-730 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

(...)

Así las cosas, en tiempos de normalidad institucional, salvo la excepción a que alude expresamente el artículo 32 superior para el caso de la flagrancia, nadie podrá ser reducido a prisión o arresto, ni detenido sino por mandamiento escrito de autoridad judicial competente. En estado de conmoción interior igualmente se requerirá mandamiento escrito salvo en flagrancia o en las circunstancias excepcionalísimas a que se ha hecho referencia" (negrillas fuera de texto).

La anterior argumentación fue reiterada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1001 de 2005[30], en la que se declaró la inexequibilidad del artículo 300 de la Ley 906 de 2004, mediante el cual se autorizaba al Fiscal General de la Nación o su delegado para realizar capturas sin orden escrita del juez de control de garantías, en caso de que procediera la detención preventiva. En esa ocasión sostuvo lo siguiente:

"La única excepción a la necesidad de mandato judicial escrito fue establecida por el propio Constituyente de 1991 en el artículo 32 superior donde reguló el caso de la flagrancia.

(...)

Ahora bien, cabe destacar que aún en estado de excepción el mandato judicial escrito será necesario. Así lo precisó la Ley estatutaria de estados de excepción cuando fijó las condiciones en que puede restringirse el derecho a la libertad en estado de conmoción interior (numeral f del artículo 38 de la Ley 137 de 1998)".

De igual forma, en la Sentencia C-176 de 2007[31], en la cual el Tribunal Constitucional se pronunció sobre algunas normas contenidas en el Decreto 1355 de 1970[32], señaló:

---

[30] Corte Constitucional, Sentencia C-1001 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
[31] Corte Constitucional, Sentencia C-176 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
[32] "Por el cual se dictan normas sobre Policía".

"11. Precisamente, uno de los derechos-garantía de la libertad física a que hace referencia el artículo 28 de la Constitución, es el mandamiento escrito de autoridad judicial competente para su privación. En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada en sostener que el carácter garantista y humanista de la Constitución de 1991 exige como mecanismo de protección fundamental del derecho a la libertad y como condición sine qua non para disponer la privación de la libertad de una persona, el mandamiento escrito de autoridad judicial competente.

(...)

Entonces, es claro que la voluntad del constituyente estuvo expresamente dirigida a prohibir la privación de la libertad por orden de autoridades administrativas, cuya facultad estuvo autorizada por la norma constitucional derogada.

(...)

De esta forma, se concibe al juez como garante de los derechos involucrados en el derecho punitivo del Estado porque claramente sus decisiones se encuentran, de un lado, limitadas por el principio de legalidad y, de otro, sometidas a las garantías sustanciales y procesales de protección constitucional del derecho a la libertad. Por ese motivo, se entrega al juez la responsabilidad de analizar la situación fáctica para autorizar la privación de la libertad de una persona en aquellos casos en los que exista motivo previamente definido en la ley, con las formalidades legales y con el procedimiento establecido en las normas pertinentes".

Es importante precisar que en el citado pronunciamiento la Corte Constitucional analizó el tema de la detención preventiva administrativa en dos contextos: el primero relacionado con las facultades de la Policía Nacional de privar momentáneamente de la libertad a un individuo con el fin de conducirlo ante la autoridad judicial que ordenó la captura, de lo cual el Alto Tribunal concluye que no se vulnera mandato constitucional alguno. El segundo, relacionado con la misma acción de privación o restricción de la libertad por parte de la Policía Nacional para conducirlo

ante la autoridad judicial competente, pero sin que exista orden previa, caso en el cual la Corte estimó que allí sí existe inconstitucionalidad de las normas que establecieron la posibilidad de seguir este procedimiento. En este último caso los argumentos expuestos fueron los siguientes:

> "18. No obstante lo anterior, también es posible entender que el artículo 58 del Código de Policía autoriza a las autoridades de policía a detener preventivamente a una persona para que si, dentro de las 36 horas siguientes a la detención lo estima pertinente, la deje a disposición del juez competente. En otras palabras, también se deduce de la norma acusada la posibilidad de que la policía restrinja la libertad de las personas sin orden judicial previa.
>
> Como se advirtió en precedencia, los artículos 28 y 250, tal y como fue modificado por el Acto Legislativo 3 de 2002, de la Constitución son enfáticos en sostener la reserva judicial como garantía fundamental para el ejercicio legítimo de la restricción del derecho a la libertad, pues es un instrumento necesario y adecuado para el control de constitucionalidad y legalidad de las decisiones restrictivas en las sociedades democráticas.
>
> (...)
>
> La única excepción a la necesidad de mandato judicial escrito fue establecida por el propio Constituyente de 1991 en el artículo 32 superior donde reguló el caso de la flagrancia.
>
> (...)
>
> En consecuencia, para la Sala es claro que la interpretación de la norma acusada que permitiría privar de la libertad a una persona sin orden judicial previa quebranta el principio de reserva judicial previsto en el artículo 28 de la Constitución y en el Acto Legislativo número 3 de 2002, por lo que esa hermenéutica debe ser retirada del ordenamiento jurídico"[33].

[33] Ibídem.

En suma, se puede concluir que la Corte Constitucional, con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, frente a un escenario constitucional distinto, reinterpretó el artículo 28 de la Constitución y ha mantenido la tesis de la estricta reserva judicial, materializada en la prohibición de que autoridades no judiciales en el marco de la denominada detención preventiva administrativa puedan restringir el derecho a la libertad.

C. Los delitos contra mecanismos de participación democrática

El Código Penal en el Título XIV del Libro 1 tipifica once conductas como delitos contra mecanismos de participación democrática, así: perturbación del certamen democrático (artículo 386), constreñimiento al sufragante (artículo 387), fraude al sufragante (artículo 388), fraude en inscripción de cédulas (artículo 389), corrupción al sufragante (artículo 390), voto fraudulento (artículo 391), favorecimiento de voto fraudulento (artículo 393), mora en la entrega de documentos relacionados con una votación (artículo 393), alteración de resultados electorales (artículo 394), ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédulas (artículo 395) y la denegación de inscripción (artículo 396).

A continuación se describen cada uno de estos tipos penales, en aras de evidenciar su estrecha relación con la conducta a la que se refiere la norma acusada (perturbar, en cualquier forma, el ejercicio del sufragio).

1. Perturbación del certamen democrático

De acuerdo con el artículo 386 del C.P., "el que por medio de manobra engañosa perturbe o impida votación pública relacionada con los mecanismos de participación democrática, o el escrutinio de la misma, o la realización de un cabildo abierto, incurrirá en prisión (...)".

Según la doctrina, "la conducta perturbar implica trastornar o turbar transitoriamente el orden con que se debe realizar la votación, escrutinio o cabildo abierto; impedir es imposibilitar su normal desarrollo de

manera definitiva, dificultar obstaculizar, sabotear o desorganizar el ejercicio de acto democrático[34]»[35].

2. Constreñimiento al sufragante

Según el artículo 387 del C.P. incurre en este delito quien "utilice las armas o amenace por cualquier medio a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, con el fin de obtener apoyo o votación por determinado candidato o lista de candidatos, o voto en blanco, o por los mismos medios le impida el libre ejercicio del derecho al sufragio, incurrirá en prisión (...) // En igual pena incurrirá quien por los mismos medios pretenda obtener en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato, apoyo o votación en determinado sentido, o impida el libre ejercicio del derecho al sufragio (...)".

La doctrina ha sostenido que "constreñir a un sufragante consiste en forzarlo, utilizando violencia física o moral, con el fin de obtener el voto en un sentido determinado o de impedirle ejercer el derecho al voto. En otras palabras, es delito obligar al ciudadano a votar por un candidato o lista de candidatos, votar en blanco, o evitar que vote"[36].

3. Corrupción al sufragante

Este delito está consagrado en el artículo 390 del C.P. y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que se ejecuta cuando:

> "[E]l sujeto agente (indeterminado) desarrolla cualquiera de las conductas alternativas que allí se describen, consistentes en prometer, pagar o entregar dinero o dádiva al elector a cambio de su voto.

[34] PABON PARRA, Op. Cit., p. 180.
[35] Carlos G. Castro Cuenca *et al.*, Manual de Derecho Penal: Parte Especial, (Bogotá: Editorial Temis, 2011), p 547.
[36] *Ibidem*, p 547.

No se requiere ninguna condición adicional a la de desplegar la conducta corruptora, y por eso no es necesario para su consumación que el destinatario de la promesa, del dinero o la dádiva vote en la forma que se le haya indicado (...)

De otra parte, debe destacarse que a través de este tipo penal el legislador busca proteger los Mecanismos de Participación Democrática, establecidos en la Carta como expresión de la soberanía popular referida a la conformación, ejercicio y control del poder político (arts. 40 y 103 C.N)"[37].

4. Mora en la entrega de documentos relacionados con una votación

Esta conducta se encuentra prevista en el artículo 393 del C.P.[38] y sólo puede ser cometida por los servidores públicos cuando omiten entregar oportunamente a la autoridad competente los documentos relacionados con la votación.

5. Ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula

Este delito está previsto en el artículo 395 del C.P. en los términos siguientes:

"**ARTÍCULO 395. OCULTAMIENTO, RETENCIÓN Y POSESIÓN ILÍCITA DE CÉDULA.** El que haga desaparecer, posea o retenga cédula de ciudadanía ajena o cualquier otro documento necesario para el ejercicio del derecho de sufragio, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, salvo que la conducta constituya delito sancionado con pena mayor".

---

[37] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de agosto de 2007, expediente 24075, M.P. Mauro Solarte Portilla.

[38] La norma en comento indica: "ARTICULO 393. MORA EN LA ENTREGA DE DOCUMENTOS RELACIONADOS CON UNA VOTACION. El servidor público que no haga entrega oportuna a la autoridad competente de registro electoral, sellos de urna o de arca triclave, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses".

De sus características es importante resaltar que es una conducta subsidiaria, ya que tiene lugar cuando no constituye un delito sancionado con pena mayor.

6. Fraudes electorales: fraude al sufragante, fraude en inscripción de cédulas, voto fraudulento y alteración de resultados electorales

La doctrina considera que estas conductas buscan impedir la celebración de las elecciones en forma libre y equitativa, o afectar el carácter universal, libre y secreto del voto ciudadano, valiéndose para ello del engaño, la manipulación, la falsificación, la distorsión, el despojo, la elusión y la obstrucción o violencia ejercidas en las diferentes etapas del proceso electoral[39].

6.1. Fraude al sufragante

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 388 del C.P., este hecho punible se configura cuando una persona, mediante maniobra engañosa obtiene que un ciudadano o un extranjero habilitado por la ley, vote por un determinado candidato, partido o corriente política, o lo haga en blanco.

6.2. Fraude en inscripción de cédulas

Se incurre en este delito cuando "se logra, por cualquier medio, que personas habilitadas para votar inscriban su cédula de ciudadanía en una localidad, municipio o distrito diferente de aquel donde han nacido o

[39] Carlos G. Castro Cuenca *et al.*, op. cit., p 556.

recidan, con el propósito de obtener ventaja en elección popular, plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato"[40]

6.3. Voto fraudulento

Esta conducta se tipifica cuando se suplanta a un votante, o cuando un votante vota más de una vez o vota sin tener derecho a hacerlo.

La doctrina ha indicado en relación con este delito que:

> "Suplantar es típico de falsedad personal con fines electorales. Es acción de ocupar el lugar de otro, de disimular su personalidad. Votar más de una vez: es el llamado voto múltiple, acción que contraría el principio democrático según el cual cada ciudadano tiene derecho a un voto, que interese su cultura, posición o calificación social"[41].

6.4. Favorecimiento de voto fraudulento

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 392 del C.P., esta conducta punible sólo puede ser ejecutada por un servidor público cuando deja consignar un voto fraudulento.

6.5. Alteración de resultados electorales

Este delito se configura cuando una persona altera o modifica el resultado de una votación o indebidamente introduce documentos o tarjetones.

7. Denegación de inscripción

[40] *Ibídem*, p 556.
[41] Mario Arboleda Vallejo, *op. cit.*, p 535.

Según el artículo 396 del C.P., este delito sólo puede ser consumado por un servidor público que, teniendo como función la inscripción de candidatos, no la cumple, la demora o la entorpece.

D. Conclusiones:

1. Las expresiones "[s]i no obedecieren, podrá ordenar que sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones" deben ser declaradas inconstitucionales

Conforme a los argumentos expuestos, el aparte demandado del artículo 118 del Decreto 2241 de 1986 debe ser declarado inconstitucional, toda vez que, según lo dispuesto en el artículo 28 Superior y en la jurisprudencia constitucional, toda orden que prive de la libertad a una persona debe estar sujeta a reserva judicial, con las únicas excepciones contempladas expresamente en la Constitución.

En efecto, contrario a lo que disponen el artículo 28 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional ya reseñada, la parte demandada del artículo 118 del Decreto 2241 de 1986 autoriza al presidente del jurado de votación a ordenar que las personas que perturben el ejercicio del derecho de sufragio -a las cuales se les haya dado previamente orden de retirarse-, sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones.

Es decir, una autoridad administrativa que ejerce funciones de carácter transitorio, como lo es el presidente de un jurado de votación, sin previa orden de juez competente, tiene la facultad legal de ordenar -no solamente la privación de la libertad a una persona-, sino de encarcelarla hasta el día siguiente de las elecciones, lo cual vulnera el principio de reserva judicial, en virtud del cual: (i) sólo las autoridades judiciales tienen competencia para privar de la libertad y (ii) las autoridades administrativas no están facultadas, motu propio, para privar de la libertad a los ciudadanos.

Ahora bien, este procedimiento no corresponde a la excepción denominada captura en flagrancia, consagrada en el artículo 32 de la Constitución, ya que mientras ésta se refiere "a aquellas situaciones en donde una persona es sorprendida y capturada en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible"[42], la norma demandada autoriza al presidente del jurado de votación no solo a ordenar la retención de las personas que perturben las elecciones, sino a encarcelarlas hasta el día siguiente.

Adicionalmente, la facultad otorgada al presidente del jurado de votación por la norma acusada tampoco corresponde a la excepción al principio de reserva judicial contemplada en el numeral primero del artículo 250 Superior, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002, según el cual la ley puede facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas sin previa orden del juez competente, toda vez que el presidente del jurado de votación no hace parte de esta Entidad.

Finalmente, dicha facultad tampoco se puede enmarcar como una detención preventiva administrativa, ya que con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, la Corte Constitucional reinterpretó el artículo 28 de la Constitución, manteniendo la tesis de la estricta reserva judicial, materializada en la prohibición de que autoridades administrativas puedan restringir el derecho a la libertad personal.

2. El aparte del artículo 118, en el que se señala que "[e]l Presidente del Jurado ordenará que se retiren las personas que en cualquier forma perturben el ejercicio del sufragio" debe ser declarado exequible condicionalmente.

Es evidente que el espíritu del artículo 118 demandado consiste en evitar que se perturbe el ejercicio del derecho al sufragio, facultando al

[42] Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

presidente del jurado para ordenar el retiro de los perturbadores. En atención a esto y a la solicitud de declaratoria de inexequibilidad del segundo aparte de la norma acusada por las razones antes expuestas, la Fiscalía General de la Nación considera necesario hacer una interpretación integral del artículo 118 (incluyendo el primer aparte que no fue demandado por el accionante). Tal interpretación busca preservar el espíritu de la norma y respetar lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución Política y las disposiciones del Código Penal relacionadas con los delitos electorales (artículo 386 y ss).

En efecto, se considera que los delitos electorales analizados en precedencia están estrechamente relacionados con la finalidad de la primera parte del artículo 118. En ésta se faculta al presidente del jurado para ordenar que sean retiradas las personas que en cualquier forma perturben las elecciones, dado que esas conductas punibles están orientadas a evitar que se trastorne el curso normal del proceso electoral.

Es así como, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 32 Superior, si una persona es sorprendida en flagrancia, perturbando el ejercicio del sufragio mediante la ejecución de cualquiera de los delitos contra los mecanismos de participación democrática (artículo 386 y ss del Código Penal), el presidente del jurado o cualquier otro ciudadano pueda aprehenderlo y llevarlo ante el juez competente en el tiempo estrictamente necesario para ello. Al respecto, se debe reiterar que la flagrancia es una excepción a la reserva judicial respecto a la limitación del derecho a la libertad personal, que hace posible la persecución y captura pública de aquellas personas que han cometido un delito, por parte de un particular o autoridad sin autorización judicial previa. Esta aprehensión debe ser sometida en el menor tiempo posible a valoración judicial.

En atención a lo anterior, es preciso que la primera parte del artículo 118 sea declarado exequible condicionalmente en el entendido de que el presidente del jurado o cualquier ciudadano pueden aprehender y llevar ante el juez competente a la persona sorprendida en flagrancia perturbando el ejercicio del sufragio mediante la ejecución de cualquiera de los delitos contra los mecanismos de participación democrática.

III. SOLICITUD

Con fundamento en los argumentos expuestos en esta intervención, la Fiscalía General de la Nación le solicita a la Corte Constitucional que:

(i) **DECLARE LA EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de las expresiones "[e]l Presidente del Jurado ordenará que se retiren las personas que en cualquier forma perturben el ejercicio del sufragio" del artículo 118 del Decreto 2241 de 1986, en el entendido de que el presidente del jurado o cualquier ciudadano pueden aprehender y llevar ante el juez competente a la persona sorprendida en flagrancia perturbando el ejercicio del sufragio mediante la ejecución de cualquiera de los delitos contra los mecanismos de participación democrática.

(ii) **DECLARE LA INEXEQUIBILIDAD** de las expresiones "[s]i no obedecieren, podrá ordenar que sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones" del artículo 118 del Decreto 2241 de 1986.

IV. ANEXOS

- Resolución No. 1800 del 2 de septiembre de 2015, en dos (2) folios.

En los anteriores términos, se dejan planteadas las razones que sustentan la respetuosa solicitud de la Fiscalía General de la Nación.

Con un atento saludo,

RAFAEL JOSÉ LAFONT RODRÍGUEZ
Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales