



Bogotá D.C., 16 de marzo de 2016.

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Corte Constitucional

E. S. D.

Referencia: Expediente D-11201. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 118 (parcial) del Decreto 2241 de 1986, “[p]or el cual se adopta el Código Electoral”.

Demandantes: Juan Camilo Rodríguez Arias y otro.

Respetado Magistrado:

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 (E) de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 9 del Decreto 016 de 2014¹, 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 demandada².

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”.

² La demanda de inconstitucionalidad bajo análisis plantea los mismos problemas jurídicos que los analizados en la intervención presentada por la Fiscalía General de la Nación dentro del proceso de



Para respaldar las solicitudes en mención, esta intervención (i) señalará el aparte de la ley que solicitan los demandantes sea declarado inexecutable; (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.

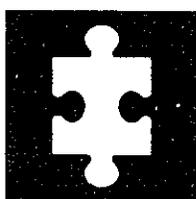
A continuación se transcribe la disposición acusada y se subraya el contenido normativo objeto de cuestionamiento.

“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 manifiestan que el aparte de la ley demandada desconoce los artículos 28 y 29 de la Constitución Política, y el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San

inconstitucionalidad D-11123, en donde se demandaba el mismo aparte del artículo 118 (parcial) del Decreto 2241 de 1986. En este orden de ideas, en la presente intervención se van a reiterar los argumentos y las solicitudes expuestas por esta Entidad en aquella oportunidad.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

José de Costa Rica). Concretamente plantean los siguientes cargos de inconstitucionalidad:

1. Violación del artículo 28 de la Constitución Política.

Los actores afirman que la norma acusada, al autorizar al presidente del jurado de votación que ordene la privación de la libertad de las personas que están perturbando las votaciones, sin que medie una orden escrita de un juez de la república, sin la posibilidad de apelar la decisión y sin ningún control legal, contraría lo dispuesto en el artículo 28 Superior. Este dispone que nadie podrá ser privado de la libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, siendo la única excepción la captura en flagrancia.

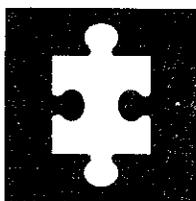
Agregan que el presidente del jurado no es una autoridad competente para dar esta clase de órdenes, ya que “ni siquiera es autoridad administrativa puesto que su asignación obedece a una obligación legal de un día”³, y, aunque lo fuese, persistiría la inconstitucionalidad de la norma, pues las autoridades administrativas no tienen la potestad de privar de la libertad a los ciudadanos.

2. Vulneración del debido proceso (artículo 29 Superior).

Manifiestan los accionantes que, como la disposición acusada faculta al presidente del jurado de votación para encarcelar a las personas que están perturbando las votaciones, ésta no es una norma de carácter correctivo sino sancionatorio.

Así mismo, sostienen que la norma demandada transgrede el derecho al debido proceso, ya que no garantiza a la persona privada de la libertad los derechos a ser escuchada, a un juez natural, a presentar y controvertir pruebas, de defensa y a presentar recursos. Es decir, que la decisión del

³Página 7 del escrito de demanda.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

presidente del jurado de votación “es absoluta y ni siquiera previa o posteriormente incuestionable (sic)”⁴.

3. Transgresión del artículo 7º, numerales 2, 3, 5 y 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Los demandantes manifiestan que, según el numeral 2 del artículo 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), “[n]adie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Así las cosas, la disposición acusada no cumple con dicho numeral, “ya que la causa de privación de la libertad no está contemplada en la Constitución de 1991 ni por una ley fijada bajo los parámetros de la Carta del 91, debido a que la norma demandada se creó bajo la vigencia de la Constitución de 1986 y no de la del 91”⁵.

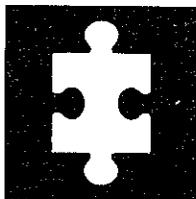
De igual forma afirman que, al ser la norma demandada un claro ejemplo de una detención arbitraria (la orden de arresto obedece simplemente al arbitrio del presidente del jurado de votación, sin “instrumentos de conocimiento, procedimiento y de control sobre su decisión”⁶), viola el numeral tercero del artículo 7º del Pacto de San José de Costa Rica.

Por último, señalan que la disposición cuestionada vulnera igualmente el numeral 6º de la mencionada Convención, pues la orden de privación de la libertad que se autoriza no tiene control de legalidad anterior ni posterior.

⁴Página 14 del escrito de demanda.

⁵Página 12 del escrito de demanda.

⁶Ibídem.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

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 General de la Nación, al igual que lo señalado en la intervención presentada por esta Entidad en el proceso de inconstitucionalidad D-11123, resulta necesario analizar la constitucionalidad del artículo 118 acusado en su integridad y no solamente la de la segunda frase de su texto. Incluso, así los mismos demandantes no lo hayan hecho en el escrito de la demanda. Por ello, la Corte deberá declarar la integración normativa del aparte demandado con la primera frase del texto de la norma acusada. Esto, en tanto el contenido normativo demandando sólo tiene sentido si se le interpreta junto con la primera parte del artículo, tal como se explicará a continuación.

Según se acaba de ver, uno de los cargos planteados cuestiona la facultad del presidente del jurado de ordenar la retención de los ciudadanos que perturben el ejercicio electoral. Dicha facultad está precedida en la norma por la facultad de ordenar el retiro de estos ciudadanos. Esto quiere decir que el cargo sólo 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 disponer el retiro de los 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, sólo es viable si se acepta que se pueden 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.



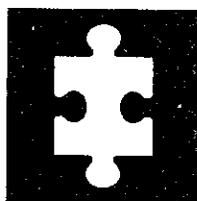
D. Problemas jurídicos.

En criterio de la Fiscalía, 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 que únicamente el presidente del jurado pueda 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 aparte de la norma demandada los artículos 28 (libertad personal) y 29 (debido proceso) de la Constitución Política, y 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), al dar al presidente del jurado la facultad de ordenar que las personas que perturben el ejercicio del derecho de sufragio sean retenidas en la cárcel hasta el día siguiente de las elecciones, sin que medie una orden escrita de una autoridad judicial, sin la posibilidad de apelar dicha decisión y sin ningún control legal anterior y/o posterior?

II. ANÁLISIS DE LOS CARGOS FORMULADOS POR LOS DEMANDANTES

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 inexecutable de las expresiones “[s]i no obedecieren,



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

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 en 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. Esta 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.

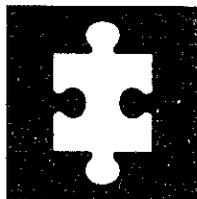
En el ordenamiento jurídico colombiano el derecho a la libertad es de carácter fundamental y de rango constitucional, definido en los siguientes términos:

“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

⁷ Jaime Araújo Rentería, *Filosofía o Teoría del Derecho Constitucional*, (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2015), 542.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁹ *Ibidem*.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

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).

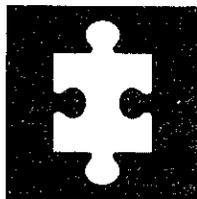
Del texto de la norma se pueden extraer dos conclusiones. Primero, que parte del principio general de que toda persona es libre. Segundo, que establece tres requisitos, que deben analizarse de forma sistemática, los cuales además, fijan límites precisos sobre las condiciones en las que las autoridades pueden ordenar la prisión o arresto de una persona¹⁰, 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.

En este punto es importante indicar que el artículo 28 de la Constitución Política de 1991, 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, el cual 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.

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

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



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

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 1994¹¹, 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 individuos¹²”.

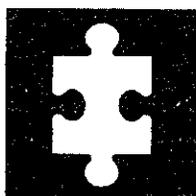
El fundamento de este cambio adoptado en la Constitución de 1991 fue explicado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia T-490 de 1992¹³, en la que sostuvo:

“(…) 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, 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**

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.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

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; sólo 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 (negrillas fuera de texto).

Asimismo, es importante precisar que, como se explicará más adelante, la reserva judicial para la limitación del derecho a la libertad personal encontró particular refuerzo en la reforma introducida en el Acto Legislativo 03 de 2002¹⁵. En ésta se consagró 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. Solamente en casos excepcionales, el Legislador puede facultar a la Fiscalía para realizar capturas sin orden judicial previa, las cuales estarán sujetas a un control automático por parte del juez 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

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-1001 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁵ “Por el cual se reforma la Constitución Nacional”.



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.

De acuerdo con lo señalado, 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 escrita de autoridad judicial. Con ello, eliminó la posibilidad de que autoridades administrativas tengan dicha facultad¹⁶.

No obstante, la misma Constitución consagró las siguientes excepciones a esa regla general: (i) la flagrancia; y (ii) las capturas adelantadas por la Fiscalía General de la Nación sin previa orden judicial. En los dos casos se requiere de valoración judicial posterior para legalizar la captura y el cumplimiento de determinados requisitos¹⁷.

1. La captura en 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”. Es decir, que se trata de un caso de aprehensión sin orden previa de autoridad judicial. La aprehensión procede en estos casos con independencia de la sanción prevista en la norma violada¹⁸.

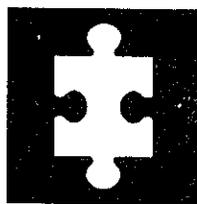
El artículo 301 del Código de Procedimiento Penal precisa el concepto de flagrancia, al señalar que ésta se presenta cuando:

“1. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito.

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

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett, *El Proceso Penal: Estructura y Garantías Procesales*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 482.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.

3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él.

4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después.

La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo.

5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible”.

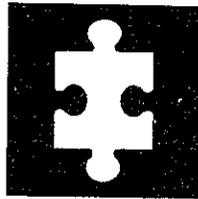
La Corte Constitucional ha sostenido que “el concepto de flagrancia se refiere a aquellas situaciones en donde una persona es sorprendida y capturada en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible”¹⁹.

Es importante precisar que 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 circunstancia²⁰.

En este orden de ideas, “la excepción al principio de reserva judicial basado en la flagrancia implica que un delincuente sea aprehendido en el momento en que ejecuta una conducta punible o cuando es sorprendido y

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-1001 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.



FISCALÍA
GÉNERAL DE LA NACIÓN

capturado con objetos, instrumentos o huellas (...) En consecuencia, en estos eventos no será indispensable un mandamiento escrito de autoridad judicial competente para su aprehensión”²¹.

Ahora bien, el texto del precitado artículo 32 de la Constitución exige que la persona aprehendida en flagrancia sea puesta a disposición de autoridad judicial. De igual forma, “[e]l legislador estableció que en caso de no ponerse en libertad al aprehendido por ser procedente la detención preventiva, la Fiscalía General de la Nación debe llevarlo ante el juez de control de garantías dentro del término de 36 horas para efectos de realizar el control de legalidad de la aprehensión, formular imputación y resolver sobre la solicitud de detención preventiva (artículo 28, inciso 2º, C.N.). En este momento deberán presentarse los elementos de juicio que sustentan la solicitud (art. 302 CPP)”²².

Así las cosas, la flagrancia es una excepción al principio de reserva judicial necesaria, oportuna y eficiente. Esta hace posible la persecución y la captura pública, por parte de un particular o autoridad sin autorización judicial previa, de aquellas personas que han cometido un delito. La captura debe ser sometida a valoración judicial dentro de las 36 horas siguientes.

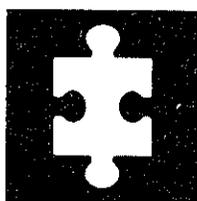
2. Posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación realice capturas sin orden previa de autoridad judicial.

El artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002²³, por razones de la dinámica

²¹ Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett, *El Proceso Penal: Estructura y Garantías Procesales*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 484.

²² *Ibidem*, 487.

²³ La norma en comento dispone: “ARTICULO 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. // En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: //1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

investigativa y en casos excepcionales, facultó a la Fiscalía General de la Nación para librar capturas sin orden judicial previa. Estas actuaciones deben ser sometidas a control judicial posterior.

Por su parte, los artículos 2º y 300 de Código de Procedimiento Penal disponen que la posibilidad que tiene la Fiscalía General de la Nación o su delegado dicten orden de aprehensión sin orden judicial previa está limitada a que no haya juez de control de garantías que expida la orden de captura, y el mismo artículo 300 señala, además, que esas capturas excepcionales proceden siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de un delito y concorra cualquiera de las siguientes causales:

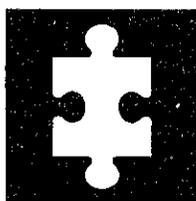
- “1. Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación.
2. Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.
3. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible (...)”

La jurisprudencia constitucional ha precisado que esta prerrogativa no puede interpretarse como una forma de mantener, en cabeza de la Fiscalía, una competencia que quiso dejarse exclusivamente a las autoridades judiciales. Por esta razón, para que tenga lugar, deben cumplirse algunos presupuestos y requisitos legalmente establecidos. Sobre el particular, el Alto Tribunal en Sentencia C-730 de 2005²⁴, 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

aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. // El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función. // La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes (...)” (negritas fuera de texto original).

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-730 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

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 1º 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 1º 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” (negrillas fuera de texto).



La Fiscalía sólo puede ordenar capturas sin orden judicial previa cuando no exista un juez de control de garantías que expida la correspondiente orden. Esta limitación “implica que en la audiencia de control de legalidad el fiscal debe demostrar que hizo todos los esfuerzos posibles para encontrar al respectivo juez y, por supuesto, aducir las circunstancias que impidieron su localización. La excepcionalidad de la figura exige un juicio de necesidad objetiva, que impone al fiscal la obligación de demostrar en el caso concreto el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales para extender la orden de captura”²⁵.

3. La detención preventiva administrativa.

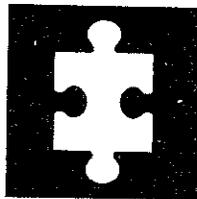
El artículo 29 de la Constitución establece que “la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley”. Conforme a lo anterior, en un primer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

Ese concepto fue desarrollado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-024 de 1994²⁶. En esa decisión, 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 sólo 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;

²⁵ Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett, *El Proceso Penal: Estructura y garantías procesales*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 492 y 493.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

- 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.

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)²⁷.

No obstante, el mismo Tribunal Constitucional, con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, frente a un escenario constitucional distinto, reinterpreto 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 persona²⁸.

Por ejemplo, en la Sentencia C-237 de 2005²⁹, mediante la cual la Corte declaró la inconstitucionalidad de un aparte del artículo 69 del Código Nacional de Policía³⁰, 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

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente 36107, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-237 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.

³⁰ Esta norma establecía facultades para que agentes de la policía recapturar personas capturadas inicialmente en flagrancia, dejadas en libertad con el compromiso de presentarse dentro de las 48 horas siguientes ante el jefe de policía, incumplieran con su deber.



ha vivido un proceso de constitucionalización que también ha tocado los convenios y tratados internacionales.³¹

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.³²

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”.

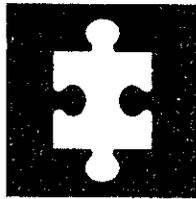
En sentido similar el Alto Tribunal, en Sentencia C-730 de 2005³³, mediante la cual se declararon inexecutable las expresiones “[e]n las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito”, contenidas en el inciso final del artículo 2º del 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

³¹ 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.

³² 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”.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-730 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

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).

(...)

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 2005³⁴, en la que se declaró la inexecutable 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.

(...)

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-1001 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

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 2007³⁵, en la cual el Tribunal Constitucional se pronunció sobre algunas normas contenidas en el Decreto 1355 de 1970³⁶, señaló:

"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.

(...)

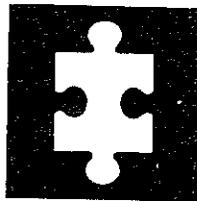
Entonces, es claro que la voluntad del constituyente estuvo expresamente dirigida a prohibir la privación de la libertad por orden de autoridades administrativas, cuya facultad estuvo autorizada por la norma constitucional derogada.

(...)

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

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-176 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁶ "Por el cual se dictan normas sobre Policía".



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

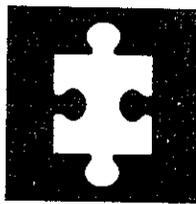
ese motivo, se entrega al juez la responsabilidad de analizar la situación fáctica para autorizar la privación de la libertad de una persona en aquellos casos en los que exista motivo previamente definido en la ley, con las formalidades legales y con el procedimiento establecido en las normas pertinentes”.

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. Respecto de esta circunstancia, el Alto Tribunal concluyó que no se vulneraba 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. En ese caso, la Corte estimó que sí existía inconstitucionalidad de las normas que establecían 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.

(...)



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

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.

(...)

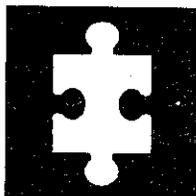
En consecuencia, para la Sala es claro que la interpretación de la norma acusada que permitiría privar de la libertad a una persona sin orden judicial previa quebranta el principio de reserva judicial previsto en el artículo 28 de la Constitución y en el Acto Legislativo número 3 de 2002, por lo que esa hermenéutica debe ser retirada del ordenamiento jurídico³⁷.

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. 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. Ello implicaría una privación no justificada a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

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).

³⁷ *Ibidem*.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

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 maniobra 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^{38,39}”.

2. Constreñimiento al sufragante.

Conforme con 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

³⁸ PABON PARRA, Op. Cit., p. 180.

³⁹ Carlos G. Castro Cuenca *et al.*, Manual de Derecho Penal: Parte Especial, (Bogotá: Editorial Temis, 2011), p 547.



otras palabras, es delito obligar al ciudadano a votar por un candidato o lista de candidatos, votar en blanco, o evitar que vote”⁴⁰.

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.

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)”⁴¹.

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

Esta conducta se encuentra prevista en el artículo 393 del C.P.⁴² y sólo puede ser cometida por los servidores públicos cuando omiten entregar

⁴⁰ *Ibidem*, p 547.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de agosto de 2007, expediente 24075, M.P. Mauro Solarte Portilla.

⁴² 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”.



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 siguientes términos:

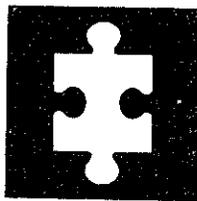
“ARTÍCULO 395. OCULTAMIENTO, RETENCIÓN Y POSESIÓN ILÍCITA DE CÉDULA. El que haga desaparecer, posea o retenga cédula de ciudadanía ajena o cualquier otro documento necesario para el ejercicio del derecho de sufragio, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, salvo que la conducta constituya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

De sus características es importante resaltar que es una conducta subsidiaria. Esta 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 electoral⁴³.

⁴³ Carlos G. Castro Cuenca *et al.*, op. cit., p 556.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

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 residan, con el propósito de obtener ventaja en elección popular, plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato”⁴⁴

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, lo siguiente:

“Suplantar es típico de falsedad personal con fines electorales. Es la 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”⁴⁵.

⁴⁴ *Ibidem*, p 556.

⁴⁵ Mario Arboleda Vallejo, *op. cit.*, p 535.



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.

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. 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.

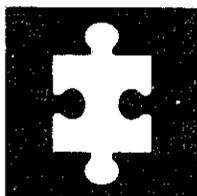
Es decir, a una autoridad administrativa que ejerce funciones de carácter transitorio, como lo es el presidente de un jurado de votación, sin previa orden de juez competente, se le está otorgando la facultad legal de ordenar -no solamente la privación de la libertad a una persona-, sino de encarcelarla hasta el día siguiente de las elecciones. Esto 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 proprio, 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. 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"⁴⁶, 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 y modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002. Según éste, la ley puede facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas sin previa orden del juez competente. Al respecto, es importante resaltar que el presidente del jurado de votación no hace parte de esta Entidad judicial.

Finalmente, dicha facultad tampoco se puede enmarcar como una detención preventiva administrativa. Con la expedición del Acto

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Legislativo 03 de 2002, la Corte Constitucional reinterpreto el artículo 28 de la Constitución y mantuvo 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 presidente del jurado para ordenar el retiro de los perturbadores. En atención a esto y a la solicitud de declaratoria de inexecutable 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 declarada 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 que⁴⁷:

- (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.

⁴⁷ Como ya se mencionó, esta misma solicitud se presentó en la intervención de la Fiscalía General de la Nación en el proceso de inconstitucionalidad D-11123.



IV. ANEXOS

- Resolución No. 2-0516 del 03 de marzo de 2016, 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 (E)