

Sentencia C-329/16

Referencia: expediente D-11123

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

Acción pública de inconstitucionalidad
contra el artículo 118 (parcial) del
Decreto ley 2241 de 1986 *‘por el cual se
adopta el Código Electoral’*.

Magistrada Ponente:
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y de los trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40-6, 241-5 y 242-1 de la Constitución, los ciudadanos Christian Alberto Argüello Gómez y Luz Meralda Rivera Gómez demandan el artículo 118 (parcial) del Decreto ley 2241 de 1986 *‘por la cual se adopta el Código Electoral’*. En su concepto, esta norma vulnera el Preámbulo y los artículos 28, 29 y 85 de la Carta Política. Mediante auto del 30 de noviembre de 2015, la Corte Constitucional admitió la demanda y ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente del Congreso de la República, al Presidente de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho, a la Fiscalía General de la Nación, al Consejo Nacional Electoral, a la Defensoría del Pueblo, a Dejusticia, a los Departamentos de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Universidad del Rosario, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad de los Andes. Por último, se ordenó correr traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera concepto sobre el asunto, y fijar en

lista el proceso para efectos de las intervenciones ciudadanas (CP art 242 num 1 y 2).

2. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional procede a decidir la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe y resalta en negrilla la norma acusada, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 37.571 del 1º de agosto de 1986:

“DECRETO 2241 DE 1986

(julio 15)

Por el cual se adopta el Código Electoral.

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA,
en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 96 de
1985, previo dictamen del Consejo de Estado.

DECRETA:

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**”.

III. LA DEMANDA

3. Los ciudadanos Christian Alberto Argüello Gómez y Luz Meralda Rivera Gómez instauran acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 118 (parcial) del Decreto ley 2241 de 1986 *‘por la cual se adopta el Código Electoral’* por cuanto en su concepto desconoce los artículos 28, 29 y 85 de la Constitución. Los cuestionamientos, en síntesis, son los siguientes:

3.1. En concepto de los actores, la norma acusada autoriza al Presidente del Jurado en jornadas electorales a ordenar la retención en una *“cárcel o en algún cuerpo de guardia”* y hasta el día siguiente de las elecciones, de las personas que *“en cualquier forma perturben el ejercicio de sufragio”* y no acaten la instrucción de retirarse del lugar. Esta disposición, a su juicio, tal vez podía ser legítima en el régimen constitucional de 1886, durante el cual se expidió, toda vez que los artículos 23 y 28 de la Constitución entonces vigente no contemplaban una reserva judicial para decretar capturas, sino que facultaban a ordenarlas a la *“autoridad competente”*. Pero la Constitución de 1991 modificó la regulación en esta materia. En el ordenamiento constitucional actual, la facultad para ordenar la privación de la libertad de una persona está reservada a las autoridades judiciales (CP art 28). En tanto el Presidente del

Jurado en elecciones no es autoridad judicial, carece entonces de competencia, según la Constitución, para ordenar retenciones privativas de la libertad.

3.2. Lo anterior es incluso más evidente, si se tiene en cuenta que la norma no precisa en qué consiste una perturbación del ejercicio del sufragio. Por lo cual la medida, dada su configuración abierta, puede concebirse como un instrumento para sancionar actos de irrespeto a las autoridades electorales, originados en el desacato de la orden de retiro del lugar. Esta connotación sancionatoria se vería además reforzada por la consecuencia que se deriva de su aplicación, toda vez que puede consistir en la retención de la persona en una “cárcel”, que es un lugar para recluir a las personas condenadas. Por consiguiente, en este caso debe aplicarse lo sostenido por ejemplo en la sentencia C-199 de 1998, en la cual la Corte señaló que solo los jueces pueden ordenar sanciones consistentes en la privación de la libertad. Esta limitación se deriva no solo de la reserva judicial en la materia, prevista por el artículo 28 de la Constitución, sino además del debido proceso, en virtud del cual nadie puede ser juzgado “*sino por juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*” (CP art 29). La norma viola además el derecho de defensa y la presunción de inocencia, ya que no prevé una oportunidad para debatir la decisión emanada del Presidente del Jurado.

3.3. Ambos derechos son de aplicación inmediata (CP art 85), y por ende la norma cuestionada debe considerarse inconstitucional. Si no se declara inexecutable, la Corte debería considerar la posibilidad de condicionar su constitucionalidad, a que la retención se verifique en el domicilio de la persona.

IV. INTERVENCIÓN

Fiscalía General de la Nación

4. El Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación le solicita a la Corte declarar inexecutable el fragmento demandado, y condicionar la exequibilidad del segmento inicial de la disposición, en el sentido de que cualquier persona puede aprehender a quien sea sorprendido en flagrante delito contra los mecanismos de participación democrática. En cuanto a la parte del texto específicamente cuestionada por los demandantes, señala que es inconstitucional por cuanto la Constitución establece que, por regla general, solo las autoridades judiciales competentes pueden ordenar la privación de la libertad de una persona. Resalta que esta regla ha tenido tres excepciones, para los casos de flagrancia, de captura ordenada por la Fiscalía General de la Nación y de detención preventiva administrativa, pero que ninguna concurre en este caso. Menciona que la norma acusada no prevé una hipótesis de flagrancia, ya que no se limita a los casos en que la perturbación al ejercicio del sufragio constituya un delito. Tampoco es un evento de captura por orden de la Fiscalía, ya que el Presidente del Jurado de votación no forma parte de esa entidad. Finalmente,

considera que la detención preventiva administrativa inicialmente reconocida en la sentencia C-024 de 1994 actualmente carece de sustento, tras la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, pues en su opinión las sentencias C-237 de 2005, C-730 de 2005 y C-176 de 2007 cambiaron la jurisprudencia en ese punto en específico.

5. La Fiscalía General considera, por otra parte, que la Corte debe hacer una integración normativa para incorporar al control también el fragmento inicial, no demandado por los ciudadanos, del artículo 118 del Decreto ley 2241 de 1986. En su concepto, el segmento acusado no puede entenderse sin esta primera parte de la disposición a la cual pertenece, toda vez que la orden de privación de la libertad que autoriza a librar al Presidente del Jurado de votación solo es legítima si está precedida del desacato de una orden de retiro del lugar. Dice la intervención que, una vez integrada al juicio esta parte del texto normativo, lo procedente debería ser un condicionamiento, toda vez que si el Presidente del Jurado, o cualquier persona, sorprende a otro individuo en flagrante delito contra los mecanismos de participación democrática, tipificados en el Título XIV del Libro Primero del Código Penal, está facultada para aprehenderla y conducirlo oportunamente a la autoridad competente. Esto no se opone a la Constitución, por cuanto una de las excepciones a la reserva judicial para ordenar medidas privativas de la libertad se configura precisamente en los casos de flagrancia (CP art 32).

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

6. El Procurador General de la Nación, en su Concepto 6046, le pide a la Corte declarar inexecutable la expresión normativa demandada. En su concepto, la disposición acusada resulta “*abiertamente inconstitucional*”, por una parte, porque les confía la facultad de imponer una sanción privativa de la libertad a los Presidentes del Jurado de votación, quienes no son autoridades judiciales. Señala que, en efecto, la retención en cárcel o cuerpo de seguridad constituye una sanción, no solo por el lugar del confinamiento, sino además porque es resultado del desacato, por parte de la persona, a una orden dictada por el mismo Presidente del Jurado de retirarse del lugar. Esto es inconstitucional, según la Vista Fiscal, toda vez que en la Constitución la competencia para decretar medidas sancionatorias privativas de la libertad está radicada en las autoridades judiciales, salvo flagrancia, captura excepcional por la fiscalía, detención preventiva administrativa para verificar la identidad de una persona, o para proteger al propio individuo. La hipótesis prevista en la norma cuestionada no se ajusta, sin embargo, a la regla general, ni a alguna de estas excepciones. Pero, por otra parte, la medida privativa de la libertad es excesiva y desproporcionada, pues se puede imponer automáticamente tras el desacato a la orden de retirarse del lugar, y fuera de ello se extiende hasta el día siguiente de las elecciones, con lo cual puede ejecutarse incluso después de concluir la jornada electoral. Así, la norma debe ser declarada inexecutable.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo 241 numeral 5 de la Carta.

Asunto previo. Improcedencia de una integración normativa

2. Ni la Fiscalía General de la Nación, ni el Procurador General en su concepto, solicitan un pronunciamiento inhibitorio y, en vista de que la Corte no observa problemas en este punto, resolverá de fondo la demanda. No obstante, la Fiscalía sí le pide a esta Corporación integrar al juicio la primera frase del artículo 118 del Decreto ley 2241 de 1986, pese a que no fue demandado, por cuanto en su criterio resulta indispensable para entender el sentido de la segunda parte del mismo precepto. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido de forma consistente que esta facultad de integración oficiosa de normas no demandadas al juicio de constitucionalidad es excepcional y procede estrictamente solo en tres casos: (i) cuando la disposición carece de contenido deóntico claro, (ii) cuando la disposición cuestionada está reproducida en otras normas no demandadas; (iii) cuando la norma acusada está intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad.¹ La Fiscalía parece indicar que en este caso el aparte normativo cuestionado carece contenido deóntico claro, ya que se limita a señalar que si una persona desobedece una orden puede verse sujeta a otra orden de retención, pero no determina el contenido del mandato cuya desobediencia desencadena la privación de la libertad, ni tampoco quién puede ordenar esta última. La Sala Plena de la Corte debe examinar este planteamiento.

¹ Sentencia C-539 de 1999 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. SV. Alfredo Beltrán Sierra, Carlos Gaviria Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa). En ese fallo se fijaron del siguiente modo las hipótesis en que procede la integración normativa por parte de la Corte: “[...] En primer lugar, procede la integración de la unidad normativa cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada. En estos casos es necesario completar la proposición jurídica demandada para evitar proferir un fallo inhibitorio. || En segundo término, se justifica la configuración de la unidad normativa en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexequibilidad resulte inocuo. || Por último, la integración normativa procede cuando pese a no verificarse ninguna de las hipótesis anteriores, la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad. En consecuencia, para que proceda la integración normativa por esta última causal, se requiere la verificación de dos requisitos distintos y concurrentes: (1) que la norma demandada tenga una estrecha relación con las disposiciones no cuestionadas que formarían la unidad normativa; (2) que las disposiciones no acusadas aparezcan, a primera vista, aparentemente inconstitucionales. A este respecto, la Corporación ha señalado que *“es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad”*”.

3. Un texto normativo carece de contenido deóntico claro cuando su lectura no es suficiente para establecer al menos su carácter (si establece una prohibición, una autorización o una orden), su contenido (qué prohíbe, autoriza u ordena) y sus sujetos destinatarios (quiénes son los encargados de aplicarlo u obedecerlo). Un caso típico de falta de claridad en el contenido deóntico de una disposición se analizó en la sentencia C-539 de 2008. En esa oportunidad, la Corte estudió una acción pública dirigida contra un precepto que únicamente decía esto: “*Adquisición de predios, estudios, diseños, construcción y dotación de la Nueva Sede del Congreso de la República*”. La Sala Plena consideró entonces que dicha disposición carecía de un contenido deóntico claro.² En efecto, de la sola lectura del enunciado no resultaba posible inferir si se trataba de una autorización, una orden o una prohibición. Tampoco se podía colegir quiénes eran los encargados de aplicarla u obedecerla. Así, si para entender y aplicar una proposición normativa es “*absolutamente imprescindible*” integrar otros preceptos, la Corte Constitucional puede efectuar la integración de la unidad normativa.³ En algunos eventos la integración puede hacerse con contenidos que hagan parte del artículo al que pertenece el segmento que se acusa.⁴ En otros, puede integrarse con los contenidos de otros enunciados legales distintos.⁵

² Sentencia C-539 de 2008 (MP Humberto Sierra Porto. SPV. Jaime Araújo Rentería. AV. Jaime Araújo Rentería). En esa ocasión, al respecto, dijo la Corte: “[...] El texto de la disposición acusada es el siguiente: *ARTÍCULO 137. NUEVA SEDE DEL CONGRESO. Adquisición de predios, estudios, diseños, construcción y dotación de la Nueva Sede del Congreso de la República*” y está inserta en el Capítulo V de la Ley 1151 de 2007, el cual se titula “*Disposiciones finales*”. Ahora bien, aunque esta disposición no tiene un contenido deóntico claro, al parecer consagra un proyecto de inversión específico consistente en la construcción de una nueva sede del Congreso de la República, se trataría por lo tanto de una norma de carácter instrumental la cual debe tener una relación de conexidad directa e inmediata con los objetivos, programas, metas y estrategias contenidos en el Plan Nacional de Desarrollo”.

³ En efecto, la Corte ha sostenido que una proposición normativa carece de contenido deóntico claro o unívoco cuando “*para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada*”. Sentencia C-539 de 1999 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. SV. Alfredo Beltrán Sierra, Carlos Gaviria Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa).

⁴ Sentencia C-256 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa. SV Jaime Araújo Rentería). En concreto la Corte sostuvo, al respecto: “[...] En el presente caso, la expresión “*cuando las circunstancias lo aconsejen practicará allanamiento al sitio donde el niño, niña o adolescente se encuentre*”, contenida en el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006”, no tiene un contenido deóntico claro que pueda ser comprendido sin necesidad de acudir a otros elementos presentes en el mismo artículo 106 o en otras normas de la Ley 1098 de 2006. En efecto, para determinar si la facultad conferida por el legislador al defensor o comisario de familia para allanar un domicilio ajeno cumple con los requisitos constitucionales reseñados en la sección 3 de esta sentencia, es necesario examinar cómo definió el legislador tales “*circunstancias*” y para ello, deben ser valoradas las expresiones “*indicios*”, “*situación de peligro*” contenidas en el mismo artículo 106 de la Ley 1098 de 2006, y la frase “*la urgencia del caso lo demande*”, contenida en el numeral 6 artículo 86 de la Ley 1098 de 2006, que regulan la facultad de rescate asignada a los defensores y comisarios de familia, y que establece: || “[...] Artículo 86. *Funciones del comisario de familia*. Corresponde al comisario de familia: (...) 6. Practicar rescates para conjurar las situaciones de peligro en que pueda encontrarse un niño, niña o adolescente, cuando la urgencia del caso lo demande. [...]” || Por lo anterior, procede la Corte a integrar la unidad normativa del artículo 106 de la Ley 1098 de 2006 y, por tanto, a examinar si la figura del allanamiento y rescate, tal como fue diseñada por el legislador en los artículos 86, numeral 6 y 106 de la Ley 1098 de 2006 es constitucional”.

⁵ Sentencia C-516 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño. AV. Jaime Araújo Rentería y Rodrigo Escobar Gil). En ese caso, se estudiaba la demanda instaurada contra apenas parte de una disposición (“*En esta audiencia se determinará la calidad de víctima, de conformidad con el artículo 132*”). La Corte sostuvo que ese fragmento “*visto de manera aislada*” no tenía un contenido deóntico claro o unívoco, y procedió a integrar su contenido normativo con un artículo distinto que completaba su alcance. Igualmente, en la sentencia C-228 de 2002 (MMPP Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. AV

4. Pues bien, en este caso es cierto –como señala la Fiscalía General de la Nación– que el fragmento demandado no tiene un sentido deóntico claramente identificable, si se lo lee de forma individual. El carácter de la norma es ciertamente preciso, pues atribuye una autorización para ordenar la retención de una persona. Sin embargo, no establece con claridad el presupuesto bajo el cual puede dictarse el mandato de retención. Dice que este procede “[s]i no obedecieren”, pero no establece la desobediencia a qué clase de orden, ni la dictada por quién, desencadena la sujeción a la medida de retención. Por otra parte, tampoco se precisa en el fragmento normativo cuestionado quién puede ordenar la privación de la libertad. En contraste, la lectura integral de todo el artículo 118 del Código Electoral contribuye a esclarecer estos puntos, pues permite precisar que la orden de retención la puede impartir el Presidente del Jurado cuando previamente constate que una persona perturba en cualquier forma el ejercicio del sufragio, le ordene retirarse del lugar de votación, y su orden sea desobedecida. No obstante, como se observa, la proposición normativa cuestionada resulta inteligible *gracias a la lectura* integral del artículo 118 del Código, y sin necesidad de una integración normativa. La integración de la unidad normativa se justifica cuando hay una disposición que carece de contenido deóntico claro, y solo si incorporar otras proposiciones no demandadas es “*absolutamente imprescindible*” para entender, aplicar y controlar efectivamente la que sí fue acusada. En este caso, sin embargo, por lo indicado, no es imprescindible incorporar otras proposiciones al proceso.

Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

5. El artículo 118 del Código Electoral prevé que el Presidente del Jurado de votación puede ordenarle retirarse del lugar a quien perturbe en cualquier forma el ejercicio del sufragio. Si desobedeciere, dice la norma demandada, podrá ordenarse la retención de la persona en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones. Los demandantes consideran que al concederle a una autoridad no judicial, como es el Presidente del Jurado de votación, la competencia para ordenar medidas privativas de la libertad, bajo un supuesto tan amplio como el que prevé la disposición acusada, vulnera la reserva judicial que la Constitución contempla en esta materia (CP arts 28 y 29). Además, señalan que al no preverse una oportunidad para que la persona sujeta a la retención sea oída, vulnera el derecho de defensa y la presunción de inocencia (CP art 29). Finalmente, consideran que tanto el derecho a no ser privado de la libertad sino en virtud de orden judicial, como el derecho al debido proceso en un sentido más amplio, son de aplicación inmediata y deben tener eficacia directa en el control constitucional (CP art 85). La Fiscalía General de la Nación y el Procurador General de la Nación coinciden en que la norma cuestionada debe declararse inexecutable, esencialmente

Jaime Araújo Rentería), la Corte juzgó que la expresión “el perjudicado o sus sucesores, a través de abogado, podrán constituirse en parte civil dentro de la actuación penal”, entonces sometida a control, no tenía un contenido deóntico claro, razón por la cual procedió a integrarla con otros artículos no demandados, que colmaban las zonas oscuras de la norma.

debido a que desconoce la reserva judicial para decretar medidas de privación de la libertad.

6. En vista de lo anterior, la Corte debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿Vulnera el legislador los principios de reserva judicial para decretar medidas privativas de la libertad y debido proceso (CP arts 28, 29 y 85) al concederles a los Presidentes del Jurado de votación en elecciones competencia para ordenar la retención – “*en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones*” - de las personas que “*en cualquier forma*” perturben el ejercicio del sufragio, si previamente les ha ordenado retirarse del lugar pero han desobedecido? Antes de responder esta cuestión, la Sala Plena expondrá el contexto y caracterizará el contenido del artículo 118 del Código Electoral, como presupuesto para decidir los cargos.

El contexto normativo de la facultad de retención conferida por el artículo 118 del Código Electoral, y la caracterización jurídica de su contenido. El carácter anfibológico del acto coactivo

7. El artículo 118 (parcial) demandado forma actualmente parte del Código Electoral, expedido mediante el Decreto ley 2241 de 1986 por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 96 de 1985. Esta última Ley le concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para codificar, previo dictamen del Consejo de Estado, las disposiciones previstas en ella misma y en las Leyes 28 de 1979 y 85 de 1971. La disposición cuestionada no fue entonces creada por el legislador extraordinario. Está contenida en el Decreto ley 2241 de 1986 porque formaba parte de una de las Leyes que el Presidente de la República estaba facultado para codificar. En efecto, fue la Ley 28 de 1979 la que estableció en su artículo 85: “[e]l 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 retenidos en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones”. El texto de esta previsión legal fue reenumerado y reordenado en el Código Electoral, donde actualmente integra el artículo 118.

8. El artículo 118 del Código Electoral, en su segmento no demandado, les confiere a los Presidentes del Jurado de votación la facultad de ordenar, “*a las personas que en cualquier forma perturben el ejercicio del sufragio*”, que se retiren del lugar. En caso de que la persona desobedezca esta orden, los Presidentes del Jurado quedan facultados para decretar su retención en una cárcel o algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente a las elecciones. Como se observa, la facultad de ordenar tanto el retiro del lugar como la retención en caso de desobediencia corresponde al Presidente del Jurado de votación. En el ordenamiento colombiano, los jurados de votación tienen la función de acompañar el desarrollo de las votaciones y, dentro de sus competencias, velar

por la integridad, transparencia y rectitud de las elecciones populares.⁶ En general, todos los ciudadanos (colombianos mayores de edad) y menores de 65 años de edad están sujetos a cumplir el deber de actuar como jurados de votación, con las excepciones establecidas en la ley (Código Electoral –CE- arts 101).⁷ Para ser jurado de votación no es entonces preciso tener la condición de servidor público, aunque por regla general “[t]odos los funcionarios y empleados públicos pueden ser designados jurados de votación”, con ciertas excepciones (CE arts 104 y 108).⁸ De tal suerte, los jurados de votación son entonces servidores públicos o particulares revestidos temporalmente –durante el proceso de votación en elecciones- de funciones públicas.

9. Las facultades del Presidente del Jurado de votación, de ordenar a la persona el retiro del lugar y su retención en caso de desobediencia, presuponen una perturbación “*de cualquier forma*” del ejercicio del sufragio. Ciertamente, algunas formas de perturbación del ejercicio del sufragio –las más graves- pueden constituir delito. El Código Penal vigente dedica todo el Título XIV a la consagración de los delitos contra mecanismos de participación

⁶ Así, por ejemplo, el artículo 112 del Código Electoral prevé que “[a] las siete y media (7 y 1/2) de la mañana del día de las elecciones, los ciudadanos designados como jurados de votación se harán presentes en el lugar en donde éste situada la mesa y procederán a su instalación”; el 113 precisa que “[a]ntes de comenzar las votaciones se abrirá la urna y se mostrará al público, a fin de que pueda cerciorarse de que está vacía y de que no contiene doble fondo ni artificios adecuados para el fraude”; el 114 dice en qué consiste el proceso de votación individual en los siguientes términos: “El Presidente del Jurado le exigirá al ciudadano la cédula de ciudadanía, la examinará, verificará su identidad y buscará el número de la cédula en la lista de sufragantes. Si figurare, le permitirá depositar el voto y registrará que el ciudadano ha votado. Este registro se efectuará de acuerdo con las instrucciones que imparta la Registraduría Nacional del Estado Civil a los jurados. [...]”.

⁷ El artículo 100 del Código Electoral dice: “Los Registradores Distritales y Municipales integrarán a más tardar quince (15) días calendario antes de la respectiva elección, los jurados de votación, a razón de cuatro (4) principales y cuatro (4) suplentes para cada mesa, con ciudadanos no mayores de sesenta y cinco (65) años, en forma tal que no existan jurados homogéneos”. El artículo 105 establece que “Los jurados de votación que trabajen en el sector público o privado tendrán derecho a un (1) día compensatorio de descanso remunerado dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la votación” (énfasis añadido). El artículo 106 prescribe que “Para los fines previstos en el artículo anterior [sobre sanción a quienes no concurren a desempeñar las funciones de jurado], los Registradores del Estado Civil deben comunicar a los correspondientes jefes de oficina o superiores jerárquicos los nombres de los funcionarios o empleados públicos o trabajadores oficiales o particulares que cumplieron o no las funciones de jurado de votación” (énfasis añadido).

⁸ El artículo 104 del Código Electoral establece: “Todos los funcionarios y empleados públicos pueden ser designados jurados de votación, con excepción de los de la jurisdicción Contencioso Administrativo, de las primeras autoridades civiles en el orden nacional, seccional y municipal las que tienen funciones propiamente electorales, los miembros de las Fuerzas Armadas, los operadores del Ministerio de Comunicaciones, Telecom, Empresas de Teléfonos, los auxiliares de los mismos y los funcionarios de la Administración Postal Nacional. Tampoco podrán ser designados los miembros de directorios políticos ni los candidatos. Para el efecto dichos directorios enviarán la lista de sus integrantes al respectivo Registrador”. El artículo 108 de la misma codificación dice: “Son causales para la exoneración de las sanciones de que tratan los artículos anteriores, las siguientes: a) Grave enfermedad del jurado o de su cónyuge, padre, madre o hijo; b) Muerte de alguna de las personas anteriormente enumeradas, ocurrida el mismo día de las elecciones o dentro de los tres (3) días anteriores a las mismas; c) No ser residente en el lugar donde fue designado; d) Ser menor de 18 años, y e) Haberse inscrito y votar en otro municipio. **Parágrafo.** La enfermedad grave sólo podrá acreditarse con la presentación de certificado médico, expedido bajo la gravedad del juramento; la muerte del familiar, con el certificado de defunción; la edad, con la presentación del documento de identidad; la no residencia, con la certificación de vecindad expedida por el Alcalde o autoridad competente del lugar donde se reside y la inscripción y voto, con el respectivo certificado de votación”.

democrática, dentro de los cuales se encuentran la ‘*perturbación de certamen democrático*’ (art 386), el ‘*constreñimiento al sufragante*’ (art 387), el ‘*fraude al sufragante*’ (art 388), el ‘*ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula*’ (art 395), entre otros. No obstante, la competencia que prevé la disposición cuestionada no es una simple redundancia normativa que reproduzca, sin agregarle nada, la autorización dada por la Constitución de 1886, vigente cuando se expidió la norma controlada, y por la Constitución de 1991 para capturar a las personas en flagrante delito (CP de 1886 art 24 y CP de 1991 art 32). El efecto útil que busca esta norma es ampliar y adelantar las barreras de protección estatal, para controlar actos de perturbación efectiva del ejercicio del sufragio distintos de los tipificados como delito. Esto se infiere a partir de la redacción del precepto, pues el legislador establece expresamente en él que estas competencias están dispuestas para enfrentar “*cualquier forma*” de perturbación al ejercicio del sufragio, y no solo sus manifestaciones más graves constitutivas de delitos.

10. Ahora bien, en este proceso tanto los demandantes como el Procurador General de la Nación sostienen que la retención que pueden ordenar los Presidentes del Jurado equivale en sentido jurídico a una *sanción*. Esto es relevante, en su concepto, por cuanto en la jurisprudencia constitucional es claro que solo las autoridades judiciales competentes pueden ordenar medidas privativas de la libertad de carácter sancionatorio. En apoyo de su conclusión exponen esencialmente los siguientes argumentos. Primero, dicen que la retención se ordena, no ante la persistencia de los actos de perturbación al ejercicio del sufragio sino ante la desobediencia por parte de la persona a la orden de retirarse del lugar. Segundo, aducen que esta situación es análoga a la que se examinó en la sentencia C-199 de 1998, en la cual se declaró inexecutable una norma del Código de Policía que facultaba a las autoridades de Policía a retener transitoriamente a quien “*irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en el desarrollo de sus funciones*”, decisión fundada en que era una medida privativa de la libertad con carácter sancionatorio, no precedida por orden judicial. Tercero, señalan que en este caso la connotación sancionatoria es más evidente, habida cuenta de que la retención puede ejecutarse en la cárcel, que es un sitio de reclusión de personas condenadas o sujetas a persecución penal. La Corte debe examinar este punto.

11. La norma acusada no le da a la retención en cárcel o en algún cuerpo de guardia el carácter expreso de una pena, una sanción o una medida de prevención o protección. Podría pensarse que al usar el término ‘*retención*’, en el contexto constitucional en el cual se expidió, el legislador claramente excluía de la medida cualquier connotación sancionatoria. Sin embargo, esto carecería de sustento a la luz de la terminología legal de la época, de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía el control constitucional, y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la legislación anterior a la Constitución de 1991. En efecto, bajo el régimen de la Constitución de 1886 había también medidas de ‘*retención*’ estrictamente

sancionatorias. Tal era el caso de la ‘*retención transitoria*’, creada por el Código Nacional de Policía, y regulada esencialmente en sus artículos 92 y 207. La ‘*retención transitoria*’ era una medida correccional de “*retenimiento en el comando*” de policía hasta por 24 horas, imponible por ejemplo al que “*irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en el desarrollo de sus funciones*”. Tras ser cuestionada esta norma, antes de la Constitución de 1991, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de julio de 1987,⁹ sostuvo que la medida era una sanción no penal, sino correccional, pero definitivamente sancionatoria. Luego de expedirse la Constitución de 1991, en la sentencia C-199 de 1998, la Corte Constitucional ratificó ese juicio, solo parcialmente, pues sostuvo que en ciertas hipótesis sí era una sanción, y en otras no.¹⁰ En consecuencia, el que sea una ‘*retención*’ no excluye que sea una sanción.

12. Ahora bien, la norma bajo control inicialmente se incorporó en la Ley 28 de 1979, por la cual se adoptó un Código Electoral ya derogado, y actualmente integra el Decreto 2241 de 1986, que consagra el Código Electoral vigente. En virtud del cuerpo normativo en el cual se inserta, y de la materia electoral que en este se regula, pareciera posible pensar que no se trata de una pena o sanción. Sin embargo, esta impresión no es concluyente pues en el Código Electoral se han llegado a contemplar diversas clases de sanciones por actos ilícitos contra el orden electoral, como pérdida del empleo, arrestos o multas.¹¹ En la actualidad, el artículo 118 del Decreto 2241 de 1986 hace parte del Título VI -sobre las ‘*Votaciones*’-, Capítulo III -relativo al ‘*Proceso de las votaciones*’-. En ese mismo capítulo se introdujeron otras disposiciones no

⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Plena. Sentencia No. 67 del 2 de julio de 1987. (MP Jesús Vallejo Mejía). Gaceta Judicial, Tomo CXCI, No. 2430, pp. 10 y ss. En ese caso se cuestionaba la retención transitoria, por ser una medida privativa de la libertad imponible sin orden judicial. La Corte Suprema sostuvo entonces que por tratarse de una sanción correccional, y no de una sanción penal, no se requería orden de juez. Dijo al respecto: “nuestra Constitución establece otros medios de control punitivo que pueden ser ejercidos por órganos diferentes a la Rama Jurisdiccional. En fallo de 7 de marzo de 1987 dijo la Corte que ‘el Derecho Punitivo’ es una disciplina del orden jurídico que absorbe o recubre como genérico cinco especies a saber: el Derecho Penal Delictivo (reato), el Derecho Contravencional, el Derecho Disciplinario, el Derecho Convencional y el Derecho de Punción por indignidad política (impeachment). [...] de estas especies del Derecho Punitivo, la primera es de clara estirpe jurisdiccional. Las sanciones contravencionales, disciplinarias y correccionales, en cambio, pueden ser aplicadas tanto por autoridades jurisdiccionales como administrativas o ejecutivas”.

¹⁰ Sentencia C-199 de 1998 (MP Hernando Herrera Vergara. SPV Fabio Morón Díaz. SV José Gregorio Hernández Galindo. SV Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero y Carmenza Isaza de Gómez). En específico, había tres causales que daban lugar a la retención transitoria. La Corte señaló que si se imponía por la primera causal, entonces era una sanción; mientras que si se imponía por las otras dos, entonces era una medida estrictamente preventiva, sin connotaciones sancionatorias.

¹¹ El Código Electoral actual, por ejemplo, ha llegado a prever que los notarios y funcionarios públicos a cargo del registro civil deben enviar a la Registraduría Nacional del Estado Civil, en un término preciso, copia auténtica o autenticada de los registros civiles de defunción dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes para que se cancelen las cédulas de ciudadanía correspondientes a las personas fallecidas. Y agrega el Código: “El funcionario que incumpliere esta obligación, incurrirá en causal de mala conducta que se sancionara con la pérdida del empleo” (art 69). Del mismo modo, el artículo 120 del mismo Código –hoy derogado en lo pertinente por la Ley 6 de 1990- establecía una prohibición de tránsito intermunicipal, a cuya contravención preveía “arresto hasta de noventa (90) días”. El artículo 105 prevé que “[l]as personas que sin justa causa no concurren a desempeñar las funciones de jurados de votación o las abandonen, se harán acreedoras a la destitución del cargo que desempeñen, si fueren empleados oficiales; y si no lo fueren, a una multa de cinco mil pesos (\$5.000.00), mediante resolución dictada por el Registrador del Estado Civil”.

estrictamente sancionatorias, como la prohibición de propaganda oral el día de elecciones en lugares próximos a las mesas de votación (art 119), y otras con un claro carácter sancionatorio, como la sanción de arresto por contravenir la prohibición de tránsito intermunicipal.¹² Así, ni a partir de la literalidad de la norma demandada, ni de su par legislativo antecedente, ni de la codificación de la cual forma parte, ni del contexto en que se inserta, se puede colegir con univocidad si contempla una sanción o un acto coactivo de otro carácter. Por tanto, es preciso dilucidar este punto conceptualmente y desde su trasfondo normativo.

13. La jurisprudencia constitucional se ha aproximado a los caracteres de una sanción, específicamente de orden penal, en la sentencia C-370 de 2006. En esa ocasión debía decidir si era constitucional una norma, perteneciente a la denominada Ley de Justicia y Paz, que contemplaba la posibilidad de considerar como parte de la pena a cumplir por los beneficiarios de la misma, el tiempo cumplido en ‘zonas de concentración’, concebidas para facilitar los diálogos con grupos armados. Para definir el punto de constitucionalidad, la Corte debía primero elucidar si esa medida podía caracterizarse válidamente como sanción penal, y concluyó que no. Advirtió entonces que si bien era una consecuencia imputable a actos u omisiones constitutivas de delito y atribuibles a los beneficiarios del régimen, y su imposición parecía responder a un acto de reproche estatal, también era cierto que no presuponía un acto coercitivo, restrictivo o privativo de derechos fundamentales. Estas características, en concepto de la Corte, identifican las sanciones penales:

“6.2.3.3.4.5. Aún en el marco de un instrumento que invoca como propósito fundamental la materialización de la paz en el país, la pena no puede ser despojada de su atributo de reacción justa y adecuada a la criminalidad, ni puede producirse al margen de las intervenciones estatales que el ejercicio del *ius puniendi* reclama en el Estado constitucional de derecho. Lo primero conduciría a fenómenos de impunidad indeseables, aún en el contexto de un proceso de pacificación, y lo segundo a la pérdida de legitimidad de la potestad sancionadora del Estado. El régimen punitivo que caiga en uno u otro fenómeno resulta contrario a la Constitución.

6.2.3.3.4.6. Bajo estos presupuestos observa la Corte que el artículo 31 demandado asimila al cumplimiento de una *pena*, la circunstancia de estar ubicado en una zona de concentración, a pesar de que no haya habido ninguna medida del Estado que haya conducido a que las personas deban estar en dicho lugar. En ese sentido, no constituye pena en cuanto no comporta la imposición coercitiva de la restricción de derechos fundamentales. Generalmente, la permanencia en una zona de concentración por parte de miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, en proceso de desmovilización, obedece a una decisión

¹² El artículo 120 contemplaba el arresto, luego derogado por el artículo 14 de la Ley 6 de 1990.

voluntaria de esas personas, lo que concurre a excluir cualquier posibilidad de equiparar a cumplimiento de pena una situación de tal naturaleza, que prescinde y desplaza las intervenciones estatales que caracterizan el monopolio estatal de la potestad sancionadora” (énfasis añadido).¹³

14. Lo anterior indica entonces que la sanción penal puede caracterizarse porque: (i) su imposición obedece a una acción u omisión ilícita atribuible a un sujeto, (ii) consiste en un acto coercitivo, lo cual supone que puede ejecutarse conforme a derecho incluso contra la voluntad del afectado, (iii) es un acto restrictivo o privativo de bienes jurídicos o intereses o derechos fundamentales, y (iv) expresa un juicio de reproche del Estado. No obstante, según lo ha explicado ampliamente la teoría jurídica, esta caracterización no es exclusiva de las penas, sino que se ajusta en general a todas las sanciones.¹⁴ Si bien hay diferencias entre las sanciones penales y las no penales, no obedecen a distinciones en los aspectos mencionados, sino por ejemplo a la mayor intensidad de la restricción o privación de intereses o derechos en las penas, que a su turno responde a la mayor gravedad de la lesión o amenaza de bienes jurídicos en los delitos. En consecuencia, lo que habría que examinar es si la medida demandada en esta ocasión se ajusta a las características antes definidas:

(i) La orden que puede impartir el Presidente del Jurado de votación para que una persona sea retenida en cárcel o cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones es consecuencia de una acción u omisión del afectado, y no de un estado o situación. En efecto, es solo si el individuo perturba de cualquier forma el ejercicio del sufragio, y desobedece la orden de retirarse del lugar, que procede ordenar la privación de su libertad.

(ii) La retención del sujeto ha de ejecutarse incluso contra la voluntad del afectado, toda vez que la disposición no exige que se le consulte previamente si accede a ser confinado en cárcel o cuerpo de guardia.

¹³ Sentencia C-370 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa. Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández. SV Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Humberto Sierra Porto. AEV. Jaime Araújo Rentería).

¹⁴ Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Segunda edición para el alemán. Trad. Roberto J. Vernengo. México. Porrúa. 2000, pp. 123 y ss. Dice al respecto: (i) las sanciones se imponen a consecuencia de “una acción u omisión, determinada por el orden jurídico”; (ii) son una “reacción” del Estado contra los sujetos; (iii) “[l]as sanciones [son] actos de coacción”, lo cual supone que “han de cumplirse aun contra la voluntad del afectado por ellos”, y (iv) “consisten en irrogar coactivamente un mal”. En un sentido similar, puede verse a Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 10ª edición. Barcelona. Ariel. 2001, pp. 168 y ss. Nino analiza la caracterización de Kelsen e identifica estas cuatro propiedades, sin considerar como elemento de las sanciones el juicio de reproche: a) son actos coercitivos, b) tienen por objeto la privación de un bien, c) quien impone la sanción debe tener atribuciones jurídicas para hacerlo y d) deben ser consecuencia de actos u omisiones. Sin embargo, el mismo Nino luego identificaría en las sanciones “juicios de reprobación” de los que se vale la autoridad contra el afectado. Al respecto, véase Betegón, Jerónimo. “Sanción y coacción”. En Garzón Valdés, Ernesto y Francisco J. Laporta. *El derecho y la justicia*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Madrid. Trotta. 1996, pp. 359 y ss.

(iii) La orden de retener a quien incurra en el supuesto de la norma implica una privación de la libertad, además posiblemente en cárcel, que es uno de los modos más drásticos de afectar derechos fundamentales.

(iv) Resta por definir si la medida responde a un juicio de reproche. El artículo 118 del Código Electoral primero faculta al Presidente del Jurado para ordenarle a la persona retirarse del lugar, cuando perturbe de cualquier forma el ejercicio del sufragio. Esto parece indicar que la medida inicial tiene el fin dominante de proteger el libre e igual ejercicio del sufragio, por lo cual tiene un propósito preventivo o de protección. No obstante, no puede apreciarse que sea igual de nítida y dominante la finalidad preventiva de la competencia subsiguiente, y demandada en esta oportunidad, que consiste en ordenar la retención de la persona en cárcel o cuerpo de guardia. La imposición de esta segunda medida no se hace depender de que el individuo continúe o incremente los actos de perturbación del ejercicio del sufragio. De hecho, la potestad de ordenar la privación de la libertad de la persona parece que puede ejercerse, según el texto de la disposición, incluso si ha cesado cualquier forma de perturbación al orden electoral o a sus manifestaciones individuales. Para ordenar la retención, basta entonces con que el sujeto desobedezca la orden que le ha dado el Presidente del Jurado para retirarse del lugar. Con lo cual, por su configuración jurídica, la norma no impide sino que habilita a los Presidentes del Jurado para usar la retención como un acto coactivo de reafirmación de su propia autoridad, expresivo de un juicio de reprobación contra la persona por desconocerla.

15. Como se observa, la norma contempla una medida de retención que, por su configuración en abstracto, es entonces compatible con usos sancionatorios y no sancionatorios de la medida. Por lo cual, la retención prevista en la norma demandada constituye un acto coactivo anfibológico; es decir, que puede prestarse para más de una interpretación. En términos generales, las sanciones tienen fines preventivos o protectores. Así, por ejemplo, a las penas delictivas se les atribuyen funciones de “*prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado*” (CPenal art 4). No obstante, se sabe que son sanciones —específicamente penales— porque su componente aflictivo y de reprobación tiene un carácter dominante. En este caso, no hay un componente dominante. Así que la Corte procede a enjuiciar la medida, atendiendo a esta doble significación jurídica.

Control de medidas privativas de la libertad con carácter anfibológico. Reserva judicial estricta para privación de la libertad sancionatoria, y proporcionalidad de retenciones no sancionatorias impuestas por autoridades distintas a las judiciales

16. En vista de que la potestad de retención prevista en la norma acusada tiene carácter anfibológico; es decir, que por su configuración jurídica habilita usos sancionatorios pero también no sancionatorios sino puramente preventivos y protectores de la privación de la libertad, el control abstracto de

constitucionalidad debe tener en cuenta sus posibilidades normativas. Por ende, la Corte procederá a examinar, individualmente, si la medida cuestionada se ajusta a la Constitución en sus potenciales (a) sancionatorio y (b) preventivo.

a. La retención por el Presidente del Jurado como acto sancionatorio

17. La Constitución de 1991 prevé que “[t]oda persona es libre” y, para garantizar este derecho, establece que “[n]adie puede ser reducido a prisión o arresto, ni detenido [...] sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente” (CP art 28). La Corte Constitucional, desde que empezó a regir el nuevo orden constitucional, ha señalado que en virtud de esta norma solo las autoridades judiciales pueden ordenar las medidas de privación de la libertad *sancionatorias*. Inicialmente, el artículo 28 transitorio de la Carta establecía que mientras la ley trasladaba a las autoridades judiciales el conocimiento de los hechos sancionables con “arresto”, las autoridades de policía continuarían conociendo de los mismos. Por ese motivo, en la sentencia T-490 de 1992, al conocer el caso de una persona que fue arrestada por el alcalde de un municipio bajo el cargo de haberlo irrespetado, esta Corporación sostuvo que el régimen constitucional permanente consagra “**una reserva judicial en favor de la libertad individual, siendo indispensable el mandamiento escrito de autoridad judicial competente**” (énfasis añadido). Aunque el arresto fue decretado por autoridad administrativa, la Corte consideró que esa situación en específico estaba cobijada por el artículo 28 transitorio de la Carta.¹⁵

18. La Ley 228 de 1995 trasladó definitivamente a las autoridades judiciales la competencia para imponer sanciones privativas de la libertad que antes ostentaban las autoridades de policía.¹⁶ Con lo cual cumplió la condición resolutoria del artículo 28 transitorio de la Constitución, de tal suerte que en adelante la competencia para ordenar medidas sancionatorias de privación de la libertad quedó estrictamente reservada a las autoridades judiciales, conforme al artículo 28 permanente de la Carta. En la sentencia C-364 de 1996 la Corte debía decidir una demanda interpuesta, precisamente, contra una norma de esa Ley 228 de 1995, la cual preveía que de las contravenciones sancionadas con arresto conocerían las autoridades judiciales competentes, solo si se cometían después de entrar ella en vigencia. La implicación de este precepto era que las contravenciones sancionables con arresto, cometidas

¹⁵ Sentencia T-490 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz). En ese caso, no obstante, la Corte concedió la tutela, si bien por otros motivos asociados al derecho al debido proceso. En contraste, en lo pertinente a la no violación de la reserva judicial por cuenta del artículo 28 transitorio, dijo: “Las anteriores consideraciones serían suficientes para deducir la inconstitucionalidad de la imposición de penas de arresto por parte de autoridades de policía. No obstante, el fundamento temporal de dicha facultad deriva de lo señalado en el artículo 28 transitorio de la Constitución”

¹⁶ La Ley 228 de 1995, ‘por medio de la cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones’, estableció en su artículo 41: “[s]in perjuicio de lo dispuesto por la ley estatutaria que regula los estados de excepción en Colombia, a partir de la vigencia de la presente Ley el allanamiento, los registros y la privación de la libertad no podrá ser ordenada por las autoridades administrativas”.

antes de entrar en vigor la Ley 228 de 1995, seguirían siendo conocidas por autoridades administrativas. La Corte declaró inexecutable esta diferencia de trato, originada en el tiempo de comisión de las contravenciones, y además señaló que con la Ley 228 de 1995, el artículo 28 de la Constitución adquirió plena efectividad:

“[c]on la expedición de la ley 228 de 1995 cobró plena vigencia el artículo 28 de la Carta, resultando inconstitucional la aplicación del artículo 28 transitorio, pues éste sólo rigió hasta el momento en que se expidió la ley que transfirió a los jueces el conocimiento de las contravenciones sancionadas con pena de arresto. [...] el artículo 16 demandado sí vulnera el derecho a la igualdad de los procesados por las contravenciones cometidas con anterioridad a la vigencia de la ley 228 de 1995, quienes, en virtud de la disposición, serán sometidos al juicio de funcionarios inidóneos -ya que no siempre estos son abogados-, dependientes, subordinados jerárquicamente, carentes de autonomía y motivados por el interés de la administración; a diferencia de quienes realicen los hechos típicos con posterioridad a la vigencia de la ley, que serán juzgados por jueces, funcionarios de quienes se predica su autonomía e independencia”.¹⁷

19. Desde entonces, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido de manera consistente y consolidada que solo las autoridades judiciales pueden decretar sanciones privativas de la libertad (CP art 28). En consecuencia, ha declarado inexecutables varias disposiciones legales, sobre la base que desconocen la reserva judicial en esta materia. En la sentencia C-199 de 1998 declaró inexecutable una disposición del Código Nacional de Policía, por cuanto preveía una retención sancionatoria imponible por autoridad administrativa.¹⁸ En la sentencia C-189 de 1999 declaró inexecutable una sanción del Código de Tránsito, consistente en arresto susceptible de imponerse por autoridades de policía.¹⁹ En la sentencia C-176 de 2007 condicionó la exequibilidad de una previsión del Código Nacional de Policía, en la cual no se garantizaba que las sanciones privativas de la libertad

¹⁷ Sentencia C-364 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz. Unánime).

¹⁸ Sentencia C-199 de 1998 (MP Hernando Herrera Vergara. SPV Fabio Morón Díaz. SV José Gregorio Hernández Galindo. SV Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero y Carmenza Isaza de Gómez). La norma demandada en ese caso, que la Corte declaró inexecutable, decía “Compete a los Comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando: 1. Al que irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en el desarrollo de sus funciones”. La Corte sostuvo que esta causal contemplaba una hipótesis de sanción: “Según las causales establecidas en el artículo demandado, existen dos finalidades de la retención en el comando: por un lado, sancionar a una persona responsable por la comisión de una contravención de policía (numeral 1º) [...]”.

¹⁹ Sentencia C-189 de 1998 (MP Carlos Gaviria Díaz. SV Alfredo Beltrán Sierra, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa). En esa ocasión, la norma acusada imponía sanción de multa y de arresto por “[c]onducir un vehículo en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias alucinógenas o estupefacientes”.

estuvieran precedidas de autoridad judicial.²⁰ En la sentencia C-928 de 2009 declaró inexecutable una norma legal que facultaba a los alcaldes o sus delegados para imponer sanciones de arresto a quienes cometieran en forma reiterada la misma falta, bajo la hipótesis de desacato en grado extremo. En la sentencia C-530 de 2003, al declarar inexecutable una previsión del Código de Tránsito, por cuanto preveía una sanción de arresto para quienes no cumplieran la sanción de asistencia a un curso formativo, la Corte dijo: “[l]a Constitución (CP. art. 28) y la jurisprudencia han señalado inequívocamente que sólo los funcionarios judiciales pueden decretar sanciones privativas de la libertad”.²¹

20. Ahora bien, como antes se indicó, el Presidente del Jurado de votación no es autoridad judicial. Todos los ciudadanos menores de 65 años de edad están en principio sujetos al deber de cumplir la función de jurado de votación en elecciones y, en tal virtud, de convertirse en Presidentes de Jurado. Ciertamente, algunas personas que ostentan la investidura de juez pueden también ser convocados para cumplir esta función, con las excepciones contempladas en el ordenamiento. Pero el Código Electoral, en la norma acusada, no confiere la potestad de imponer la retención únicamente a los Presidentes de Jurado que además ostenten la investidura de juez de la República. Por tanto, el mandato de retención que se libra en ese contexto no es impartido en virtud de funciones judiciales, sino de las funciones de organización electoral que les son comunes a todos los Presidentes del Jurado de votación. Un Presidente de Jurado ejerce las funciones de acompañar el desarrollo de las votaciones y, dentro de sus competencias en materia electoral, de velar por la integridad, transparencia y rectitud de las elecciones populares. Los Presidentes del Jurado no solo no son entonces autoridades judiciales, sino que ni siquiera están habilitados por la Constitución para ejercer funciones jurisdiccionales (CP art 116).

21. Conforme a lo anterior, la orden de retención en cárcel o cuerpo de guardia que, según la norma demandada, puede impartir el Presidente del Jurado de votación, es inconstitucional en su potencial sancionatorio. Según la Constitución solo las autoridades judiciales pueden ordenar medidas sancionatorias de privación de la libertad, y el Presidente del Jurado no es una autoridad judicial, y por tanto no puede imponer sanciones de retención en cárcel o cuerpos de guardia. En consecuencia, este entendimiento sancionatorio de la disposición acusada es contrario a la Constitución Política.

²⁰ Sentencia C-176 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra. SPV Jaime Araújo Rentería). En ese caso, la norma decía: “Nadie puede ser privado de la libertad sino: a) Previo mandamiento escrito de autoridad competente [...]”. Por su generalidad, habilitaba las sanciones privativas de la libertad no precedidas de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, razón que condujo a la Corte a condicionar su exequibilidad “en el entendido que la privación de la libertad debe condicionarse a previo mandamiento escrito de autoridad **judicial** competente” (negritas añadidas).

²¹ Sentencia C-530 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett. SPV Jaime Araújo Rentería). La norma preveía entonces que: “[l]os peatones y ciclistas que no cumplan con las disposiciones de este código, serán amonestados por la autoridad de tránsito competente y deberán asistir a un curso formativo dictado por las autoridades de tránsito. La inasistencia al curso será sancionada con arresto de uno (1) a seis (6) días”.

Resta por definir si en su otro sentido, no sancionatorio sino preventivo o de protección, se ajusta también al orden constitucional.

b. La retención por el Presidente del Jurado como acto coactivo de protección a los mecanismos de participación democrática

22. La medida de retención cuestionada puede ser –como antes se dijo– interpretada como acto coactivo no sancionatorio, sino preventivo y protector del libre e igual ejercicio del sufragio. Esto no indica por sí mismo que se ajuste al orden constitucional, el cual en el artículo 28 prevé una reserva judicial general para ordenar medidas privativas de la libertad, sin que esta garantía esté reservada exclusivamente a las sanciones. De hecho, la Corte la ha aplicado igualmente a medidas no sancionatorias de privación de la libertad decretadas por autoridades administrativas y, en tal virtud, las ha declarado inexecutable por vulnerar la reserva judicial en la materia. Por ejemplo, en la sentencia C-237 de 2005 la Corte declaró inexecutable una norma del Código de Policía, según la cual si una persona sorprendida en flagrante contravención era dejada en libertad con la condición de presentarse dentro de las 48 horas siguientes ante el Jefe de Policía, debía cumplir la citación, pues la previsión agregaba que “[s]i la persona citada no cumple la orden de comparendo deberá ser capturada”. Pese a que la finalidad de esta captura era predominantemente cautelar, y no sancionatoria, la Corte juzgó que al ser imponible por autoridad judicial, esta segunda captura vulneraba lo previsto en la Constitución sobre la materia.²² Del mismo modo, en la sentencia C-850 de 2005, esta Corporación declaró inexecutable un precepto del Código de Policía, de acuerdo con el cual si un contraventor era capturado en flagrancia, los testigos del hecho debían ser conducidos coactivamente junto con el contraventor. Pese a no ser una medida sancionatoria sino cautelar, la Corte señaló que los testigos no podían ser conducidos coactivamente, sino en virtud de mandamiento judicial.²³

23. Como se aprecia, la reserva judicial de las medidas privativas de la libertad no agota su ámbito de cobertura con las sanciones. No obstante, eso no significa que aplique con igual intensidad que en materia sancionatoria,

²² Sentencia C-237 de 2005 (MP Jaime Araújo Rentería. Unánime). En ese caso, la Corte señaló al respecto del alcance de la reserva judicial: “[...] si una norma establece la privación de la libertad, en principio, sin que la decisión tomada provenga de *autoridad judicial competente*, no estaría ajustada a los postulados Constitucionales que declaran la reserva judicial en este aspecto; y por lo tanto deberá ser expulsada del ordenamiento jurídico. || Esta Situación sucede con la norma demandada. El inciso 2° del Art.69 del Decreto – Ley 1355 de 1970, permite que la Policía Nacional emita una orden de comparecencia a una persona para que se presente ante el jefe de policía, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su emisión. De no presentarse, se faculta a la Policía Nacional para que capture a la persona incumplida; violándose el principio de reserva judicial. || En efecto, la captura estipulada en la norma mencionada, se produce fruto del incumplimiento de una orden administrativa, dejando a su arbitrio a la autoridad administrativa, en este caso la Policía Nacional, para la privación de la libertad fruto de dicha omisión en el cumplimiento. || En suma, al permitir la norma demandada la captura de una persona por el incumplimiento de una orden de comparendo, que no es cosa diferente que una orden administrativa emitida por la Policía Nacional; se vulnera el principio de reserva judicial establecido en el Art. 28 Constitucional”.

²³ Sentencia C-850 de 2005 (MP Jaime Araújo Rentería.

cuando la examinada es una medida con fines preventivos o protectores dominantes. En efecto, en las sentencias C-199 de 1998 y C-720 de 2007, la Corte tuvo la ocasión de controlar la constitucionalidad de diversas normas con fuerza de ley que regulaban la denominada ‘*retención transitoria*’, y que facultaban a autoridades de policía para decretar una medida privativa de la libertad hasta por 24 horas. Según se indicó, en una de las hipótesis, la Corte señaló que la retención transitoria constituía una sanción. Sin embargo, en los otros dos eventos era una medida de prevención orientada a proteger al propio sujeto de la retención y a la comunidad de la cual forma parte. En específico, el carácter preventivo de la retención transitoria aplicaba a estados o situaciones, y no propiamente a acciones u omisiones, como ocurre típicamente con las sanciones. La retención transitoria preventiva operaba respecto de una persona cuando deambulaba en estado de embriaguez y no consintiera en ser acompañada a su domicilio, o cuando por encontrarse en estado grave de excitación pudiera cometer inminente infracción a la ley penal.²⁴

24. Pues bien, es relevante mencionar lo anterior, por cuanto fue justamente debido al carácter preventivo de la retención transitoria en estos dos supuestos, que la Corte señaló que la reserva judicial en materia de privación de la libertad debía ser ponderada con los principios protegidos por la medida. Mientras que, por ejemplo en materia sancionatoria, solo los jueces pueden ordenar la privación de la libertad de una persona, cuando se trata de medidas que buscan proteger al propio individuo o a la comunidad, y tienen un grado de intensidad como la retención transitoria, pueden entrar en consideración los principios protegidos por la retención. En las sentencias C-199 de 1998 y C-720 de 2007, la Corte no procedió entonces a señalar que las normas demandadas fueran contrarias a la reserva judicial en materia de privación de la libertad, contemplada en el artículo 28 de la Constitución, sino que resolvió sujetarlas a un juicio de proporcionalidad (a una ponderación). En la sentencia C-720 de 2007, que recogió toda la evolución jurisprudencial en materia de ponderación, la Corte consideró que la retención transitoria preventiva era inconstitucional pero no por ser ordenada por autoridad administrativa, lo cual juzgó legítimo, sino porque resultaba parcialmente inidónea, innecesaria y desproporcionada. No obstante, la Corporación señaló que la retención transitoria administrativa con efectos preventivos podía ajustarse al orden constitucional, si era proporcionada y además estaba rodeada de suficientes garantías.²⁵

²⁴ Dos disposiciones eran relevantes, ambas contenidas en el Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970). Primero el artículo 192: “*La retención transitoria consiste en mantener al infractor en una estación o subestación de policía hasta por 24 horas*”. Después el artículo 207: “*Compete a los Comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando: || 1. Al que irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en el desarrollo de sus funciones. || 2. Al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio. || 3. Al que por estado grave de excitación pueda cometer inminente infracción a la ley penal*”.

²⁵ Sentencia C-720 de 2007 (MP Catalina Botero Marino. AV Catalina Botero Marino). En esa ocasión, la Corte difirió los efectos del fallo de inexecutable. Mientras llegaba el término final del diferimiento, la retención podía practicarse bajo condiciones estrictas: “**i**) se deberá rendir

25. Así, las normas que contemplan medidas privativas de la libertad con carácter preventivo o protector no necesariamente son contrarias a la reserva judicial que sobre la materia consagra el artículo 28 de la Constitución, pues conforme a la jurisprudencia en algunas ocasiones es legítimo hacer una ponderación, con el fin de garantizar los principios protegidos por la medida. Sin embargo, esto solo se justifica si la privación de la libertad ordenada por la autoridad no judicial tiene un fin preventivo dominante y ocasiona una moderada restricción en la libertad personal, tal y como ocurría con la retención transitoria. En efecto, según se dijo, la retención transitoria en dos de sus hipótesis tenía un fin preventivo dominante e identificable, toda vez que no se imponía a consecuencia de acciones u omisiones, sino como respuesta institucional a estados o situaciones subjetivas (de embriaguez o de grave excitación que pudieran acarrear una infracción de la ley), lo cual ha sido tenido como el criterio por excelencia para distinguir los actos coactivos sancionatorios de los que no lo son.²⁶ Por lo demás, la retención transitoria consistía en un retenimiento en el comando hasta por 24 horas, y un acto de esa naturaleza, pese a que supone una privación efectiva de la libertad, tiene un grado de intensidad comparativamente menor que otras medidas que supongan el encierro de las personas durante más tiempo, o en sitios de reclusión que supongan un aislamiento o confinamiento significativamente más fuerte.

26. Por lo anterior, hay otras retenciones que por carecer de una nota preventiva dominante, y estar configuradas para habilitar usos punitivos muy intensos del poder jurídico que otorgan, se han considerado también como claramente excluidas del orden constitucional vigente. Tal es el caso de la denominada *retención por motivos de paz pública*, que durante la Constitución de 1886 fue considerada por la jurisprudencia y la doctrina como una institución de ‘Alta Policía’. El artículo 28 de la Constitución de 1886, inicialmente, previó que esta retención podía ser ordenada por el Presidente de la República con la firma de todos los Ministros, cuando estimaran que había ‘*graves motivos*’ para temer la perturbación del orden público y contra quienes hubiera ‘*graves indicios*’ de que atacarían contra ‘*la paz pública*’. La retención en sus comienzos no tenía término, ni había recursos, ni habeas corpus, ni el retenido contaba con derecho a comunicarse con un abogado. Si bien luego fue reformada y limitada sucesivamente por el poder constituyente (Acto Reformatorio de 1914 y Acto Legislativo 01 de 1968) y el legislador

inmediatamente informe motivado al Ministerio Público, copia del cual se le entregará inmediatamente al retenido; **ii)** se le permitirá al retenido comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo; **iii)** el retenido no podrá ser ubicado en el mismo lugar destinado a los capturados por infracción de la ley penal y deberá ser separado en razón de su género; **iv)** la retención cesará cuando el retenido supere el estado de excitación o embriaguez, o cuando una persona responsable pueda asumir la protección requerida, y en ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas; **v)** los menores deberán ser protegidos de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia; **vi)** los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda a su condición”.

²⁶ Así, por ejemplo, Kelsen señala: “deben distinguirse dos tipos de actos coactivos: [I]as sanciones, esto es, actos de coacción estatuidos como reacción contra una acción u omisión, determinada por el orden jurídico; y actos coactivos que carecen de ese carácter”. Kelsen, Hans. Citado, p. 123.

(Ley 25 de 1983), hacia el final del régimen constitucional anterior era aún un instrumento poderoso de orden público a cargo del Presidente de la República. Pues bien, la Corte Constitucional ha sostenido que con la Constitución de 1991, esta retención por motivos de paz pública quedó definitivamente eliminada del orden jurídico:

“[...] la retención administrativa existente en el artículo 28 de la Constitución de 1886 [...], con justa razón, fue severamente criticada por la Asamblea Constituyente a punto de establecerse su supresión en el derecho constitucional colombiano. [Esta medida] permitía al Gobierno retener hasta por diez días por una orden administrativa a aquellas personas contra quienes hubiere indicios de que atentaban contra la paz pública [...]. Así, la retención administrativa del artículo 28 de la Constitución de 1886 consagraba un poder excesivo del ejecutivo que recuerda procedimientos como las "lettres de cachet" del monarca francés, en virtud de las cuales una orden con el sello del rey bastaba para detener por tiempo indeterminado a cualquier súbdito. Por eso tuvo razón la Constituyente en abolir esa norma contraria al Estado de derecho y que fue utilizada en ocasiones como instrumento de persecución política”.²⁷

27. En este caso, no obstante, al tiempo que la norma demandada no contempla una medida con un fin preventivo o protector dominante pues, como se vio, su configuración le da un potencial sancionatorio, sin duda puede ser usada con el fin de garantizar el libre e igual ejercicio del sufragio. Además, no es un acto coactivo que en principio suponga una restricción distinta, en su intensidad, de la que implicaba la retención transitoria. Por lo mismo, es justo que la Corte sujete la norma a un juicio de proporcionalidad. A continuación la Sala mostrará (27.1) por qué debe ser un juicio estricto y, acto seguido, se referirá (27.2) a la imperiosidad del fin y al carácter adecuado y conducente del medio, (27.3) pero también mostrará la falta objetiva de necesidad de la medida, y (27.4) su desproporción, por lo cual se concluye que no supera un test de razonabilidad.

27.1. *El nivel más estricto de intensidad del juicio de proporcionalidad.* Ha de aplicarse en este caso un juicio estricto, toda vez que la norma acarrea una privación de la libertad personal (CP art 28), y una restricción cierta y efectiva del derecho fundamental a no ser privado de la libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente (CP art 28).²⁸ La Corte ha sostenido que uno de los criterios decisivos para aplicar un test estricto es que la medida “*prima facie afect[e] gravemente el goce de un derecho*

²⁷ Sentencia C-024 de 1994 (MP Alejandro Martínez Caballero. Unánime).

²⁸ Sentencia T-490 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz). Al resolver un caso ya referido dentro de esta providencia, la Corte señaló que la reserva judicial en materia de privación de la libertad es un derecho fundamental.

constitucional fundamental”.²⁹ En la sentencia C-720 de 2007, al examinar la constitucionalidad de la retención transitoria, esta Corporación consideró que debía aplicar el test más estricto, habida cuenta de que *“la medida [...] afecta de manera cierta el goce de un derecho constitucional fundamental, como la libertad personal, aparte de los restantes derechos fundamentales que se ven comprometidos por las condiciones que acompañan tal privación”*.³⁰ Por lo demás, la retención prevista en el precepto acusado es susceptible de imponerse durante elecciones, y hasta el día siguiente, contra los ciudadanos que aún no han ejercido el sufragio, o que sí lo han hecho pero cumplen funciones de vigilancia, como los testigos electorales o los miembros del Ministerio Público.

Con lo cual, la medida bajo control puede limitar también el derecho al voto (CP art 258), a elegir (CP art 40 num) y a tomar parte en los diversos mecanismos de participación democrática (CP art 40 num 2).

Más en general, la pérdida de la libertad durante un proceso electoral puede afectar el principio democrático en su sentido objetivo; es decir, como un mandato de que el gobierno público esté precedido de la posibilidad real de participación de todos los ciudadanos que no tienen suspendido el ejercicio de la ciudadanía en las decisiones que los afectan (CP arts 1, 2, 40 y 99). La libertad personal tiene naturalmente un valor en sí misma, y su defensa no depende de que sea instrumental a otros fines. Pero en los Estados constitucionales y democráticos, la libertad personal es también una garantía para el funcionamiento justo de los mecanismos de participación de la democracia, de la separación de poderes y de la República, toda vez que es una condición indispensable para que las personas se informen sin restricciones indebidas, asistan a las deliberaciones ciudadanas, promuevan sus ideas sin otros límites que los derechos de los demás y el orden jurídico, y cuenten con autoridades independientes que defiendan sus derechos. El hábeas corpus en Inglaterra nació en buena parte como una garantía institucional de funcionamiento del Parlamento, que impedía al rey privar de la libertad a los parlamentarios sin causa justificada y con fines políticos.³¹ El derecho a la libertad personal en Francia fue teorizado también como una garantía necesaria para el funcionamiento de la naciente República.³² Con fundamento

²⁹ Sentencia C-673 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa. AV Jaime Araújo Rentería y Álvaro Tafur Galvis). En ese caso, la Corte enunció diversos criterios empleados por la jurisprudencia para definir el nivel de rigor del juicio de proporcionalidad, a propósito de un problema de igualdad.

³⁰ Sentencia C-720 de 2007 (MP Catalina Botero Marino. AV Catalina Botero Marino).

³¹ El historiador del Derecho inglés Maitland sostenía que el hábeas corpus era una institución de derecho constitucional, más que un instrumento de procedimiento criminal, a causa de la historia de su nacimiento. Decía al respecto: “[p]odemos ver que la historia de esta institución es verdaderamente parte de la historia de nuestra constitución; si el rey hubiera estado facultado para reducir a prisión sin justificación alguna, habría ostentado el poder para controlar al parlamento, y habría podido sacar adelante con éxito su esfuerzo por convertirse en monarca absoluto”. Traducción libre de Maitland, F. W. *The constitutional history of England*. Cambridge. University Press. 1919. Periodo V. Literal K.

³² Por ejemplo, Benjamín Constant en 1815 manifestaba: “[s]i se da a los depositarios del poder ejecutivo la facultad de atentar contra la libertad individual, desaparecen todas las garantías que son la primera condición y la única finalidad de la unión de los hombres bajo el imperio de la ley. Se quiere la independencia de los tribunales, de los jueces y los jurados. Pero si los miembros de los tribunales, los

en consideraciones de esta naturaleza, al resolver la acción pública contra una norma que le confería a una autoridad administrativa la facultad de imponer multas convertibles en arresto, la Corte Constitucional señaló al respecto:

“Al ser de tal trascendencia la libertad personal, la regulación de las condiciones que autorizan al Estado para privar de ella a un individuo deben estar lo suficientemente determinadas en la Ley. Esta es una manera de asegurar, no solamente el goce efectivo del derecho a la libertad personal y de los demás derechos y libertades, sino también de proteger el funcionamiento de la democracia constitucional. Una democracia sólo puede funcionar adecuadamente, si las personas no son sustraídas de modo arbitrario de las deliberaciones, los debates y contiendas democráticas previstas o autorizadas por la Constitución. El control de constitucionalidad sobre una medida como la examinada en este caso, si bien no tiene entonces que ser tan riguroso como el ejercido sobre normas estrictamente penales, debe garantizar el mayor grado de precisión posible en la definición de las conductas sancionables”.³³

Estas consideraciones, conducen a aplicar el juicio más estricto en el examen de constitucionalidad de la disposición demandada, lo cual implica verificar si persigue una finalidad imperiosa y, como medio, es adecuada y efectivamente conducente, necesaria y proporcional en sentido estricto.

27.2. *La finalidad imperiosa, y el medio adecuado y conducente.* Como acto coactivo de protección al libre e igual ejercicio del sufragio, la norma acusada persigue un fin imperioso. La Constitución prevé expresamente que el voto es un derecho y un deber ciudadano, y que “[e]l Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos” (CP art 258). De ese modo se garantizan sus derechos políticos a participación en la conformación, ejercicio y control de poder público (CP art 40). El medio escogido para lograr ese fin, en el aparte demandado, es adecuado y efectivamente conducente, toda vez que presta una contribución positiva a la realización del propósito. En efecto, al ordenar la retención de quien ha perturbado en cualquier forma el ejercicio del sufragio, y no ha acatado la orden de retirarse del lugar, se logra definitivamente que cese de parte suya cualquier intento de perturbación del orden electoral en el sitio de votación.

27.3. *La necesidad de la medida.* A pesar de lo anterior, la retención prevista por el precepto demandado resulta innecesaria por dos motivos: (i) por las circunstancias en que se ordena, y (ii) por el tiempo que dura el confinamiento:

jurados y los jueces pudieran ser arrestados arbitrariamente, ¿en qué quedaría su independencia?”. Constant. Benjamin. *Escritos políticos*. Trad. María Luisa Sánchez Mejía. Madrid. CEPC. 1989, p. 187.

³³ Sentencia C-107 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa. Unánime). La Corte también sostuvo: “Si no se garantiza el derecho a no ser sustraído arbitrariamente de las deliberaciones, debates y contiendas democráticas, se pierde una de las condiciones que hacen posible la democracia constitucional”.

(i) La orden de retención en cárcel o cuerpo de guardia solo debe estar precedida de un acto de desobediencia a un mandato de retiro del lugar, que el Presidente del Jurado de votación le dirija a una persona cuando en cualquier forma perturbe el ejercicio del sufragio. No es entonces preciso que el Presidente del Jurado la oiga, con el fin de conocer los motivos por los cuales no ha acatado el mandamiento de abandonar el sitio. Tampoco se exige que le haga una reconvención para que cumpla la orden de abandonar el lugar. La norma no prevé que antes de la retención el Presidente del Jurado deba pedir el apoyo de la fuerza pública para retirar coactivamente a la persona del sitio, o de los alrededores si es congruente con los actos de perturbación, y vedarle su ingreso o acercamiento al espacio donde se llevan a cabo las votaciones. Esta Corte en otras ocasiones ha empleado distinciones del derecho comparado para diferenciar grados de interferencia en derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en materia de derecho a la intimidad, la jurisprudencia constitucional colombiana ha usado *mutatis mutandis* la distinción entre ‘*esferas de la privacidad*’ que postuló el Tribunal Constitucional Federal Alemán.³⁴ En la presente ocasión cabe usar *mutatis mutandis* una distinción, tomada de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia Federal de los Estados Unidos de Norte América, entre diferentes grados de interferencia en la libertad personal, con el fin de precisar el examen de necesidad de medidas privativas de la libertad no ordenadas por autoridad judicial.

La Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos prevé, en lo pertinente, el derecho del pueblo a no verse sujeto a aprehensiones irrazonables. Desde sus comienzos, la Corte Suprema de Justicia de ese país ha sostenido que esta Enmienda ofrece un amparo frente a restricciones irrazonables de la libertad personal de los individuos.³⁵ Con el tiempo, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado una distinción entre distintos grados de interferencia en la libertad personal, y ha considerado que las exigencias constitucionales se incrementan conforme se hace más fuerte el grado de intensidad de la intervención estatal. En el grado más intenso de interferencia se encuentran las actuaciones equivalentes a un arresto, que suponen el confinamiento de la persona;³⁶ en el más leve, la intervención estatal consiste en preguntas o solicitudes de las autoridades de policía o públicas, que la persona puede no atender libremente;³⁷ y en el intermedio se encuentran las intrusionas que, sin implicar una privación de la libertad

³⁴ Sentencia C-505 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero. Unánime). Se trata en esencia de diferenciar tres esferas o ámbitos de desarrollo humano: la más íntima y personal o secreta, la privada en sentido amplio, y la esfera pública o social de las personas. Mientras más íntima sea la esfera, mayor es la protección constitucional.

³⁵ Ex parte Burford, 7 U.S. 3 Cranch 448 (1806). En ese caso, la Corte concedió el habeas corpus a una persona, que había sido privada de la libertad sin satisfacer los requisitos constitucionales.

³⁶ Ídem.

³⁷ United States vs. Mendenhall, 446 U.S. 544 (1980). En esa ocasión, la Corte consideró que una interacción de la policía con un individuo era la más leve interferencia en su libertad, e irrelevante a la luz de la Cuarta Enmienda, toda vez que la autoridad sencillamente se acercó para hacerle preguntas y le pidió que mostrara su identificación, si así lo deseaba.

semejante al arresto, suponen actos coactivos a los que el individuo está sujeto, como puede ser una orden de pare, o un acto de toma de control físico y deliberado sobre su cuerpo o su vehículo.³⁸ Así, la Corte Suprema de Justicia Federal de Estados Unidos ha sostenido que, en principio, para las intervenciones más intensas es preciso contar con ‘*causa probable*’;³⁹ para las intermedias se requiere ‘*sospecha razonable*’;⁴⁰ y las leves son constitucionalmente irrelevantes.⁴¹

Esta referencia es útil para ilustrar, en primer lugar, que entre una solicitud o incluso una orden de retirarse del lugar y una orden de retención en cárcel o cuerpo de guardia hay actos de coacción intermedios, que suponen una interferencia de mediano nivel de intensidad sobre la libertad de una persona. En segundo lugar, es pertinente para evidenciar una diferencia entre los mandatos del artículo 28 de la Constitución. Esta norma prevé que “[t]oda persona es libre” y, con fundamento en ello, que “[n]adie puede ser molestado en su persona”, ni “*reducido a prisión o arresto, ni detenido [...] sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente*”. Como se observa, la Constitución estatuye que nadie puede ser molestado en su persona, como un mandato distinto del que establece el derecho a no ser privado de la libertad sino en virtud de mandamiento judicial. Lo cual significa que hay no solo una prohibición de privar a las personas de su libertad sin orden de autoridad judicial competente, sino además una prohibición de interferencias arbitrarias en la libertad personal, incluso menos intensas que un encierro. En nuestro ordenamiento puede entonces advertirse que sin necesidad de autorización judicial, las autoridades de policía pueden ejercer actos coactivos sobre la libertad personal menos intensos que un arresto, un confinamiento o una retención, si tienen razones fundadas para concluir que es preciso hacerlo con el fin de garantizar otros derechos fundamentales. Dada la existencia de este instrumento efectivo de coacción estatal, para el cual no se exige mandamiento de juez, la reserva judicial en materia de privación de la libertad debe preservarse al máximo, y solo cabe introducir excepciones cuando resulte estrictamente necesario y proporcionado para proteger con urgencia derechos fundamentales, y sea imposible obtener una orden judicial oportuna.

³⁸ Terry vs. Ohio, 391 U.S. 1 (1968). En esa decisión, la Corte sostuvo que una persona había estado sujeta a una aprehensión, relevante a la luz de la Cuarta Enmienda, pese a que no fue arrestada o privada de su libertad mediante una medida consistente en encierro, por cuanto había sido enfrentada durante unos instantes por la policía, a través de actos coactivos de fuerza, para efectos requisarlo y quitarle las armas que llevaba. Reid vs. Georgia, 448 U.S. 438 (1980). En ese caso la Corte sostuvo que se produjo una aprehensión, controlada por la Cuarta Enmienda, respecto de quien al salir de un aeropuerto un policía le ordenó detenerse e identificarse.

³⁹ Locke vs. United States, 11 U.S. 7 Cranch 339 (1813). En esa ocasión se conceptualizó la causa probable como evidencia prima facie para justificar una condena, no necesariamente criminal.

⁴⁰ Terry vs. Ohio, 391 U.S. 1 (1968), citada. Sospecha razonable presupone evidencias menos concluyentes que las comprometidas en una causa probable.

⁴¹ INS vs. Delgado, 466 U.S. 210 (1996). La Corte consideró que los actos de una autoridad orientados a solicitar la identificación de ciertas personas para verificar su status migratorio, no suponían una aprehensión, y en consecuencia no estaban controlados por la Cuarta Enmienda a la Constitución.

No es esto lo que ocurre con la norma demandada. El artículo 118 del Código Electoral admite que el Presidente del Jurado pase de una interferencia poco más que leve, en que le ordena a la persona que perturbe el ejercicio del sufragio retirarse del lugar de votación, a la más extrema forma de interferencia que consiste en la privación efectiva de la libertad personal, en cárcel o cuerpo de guardia. La finalidad de hacer cesar cualquier forma de perturbación al ejercicio del sufragio puede lograrse con efectividad cierta y terminante, mediante una intervención de la fuerza pública que o bien le ordene a la persona retirarse del lugar bajo la advertencia de coacción, o bien la retire coactivamente del sitio de votación, con un acto de toma de control físico que lo conduzca fuera de la zona relevante para el adecuado ejercicio del sufragio durante las elecciones. Mientras este instrumento exista y las reglas de la experiencia enseñen que es efectivo, y además en abstracto no se demuestre por qué ha de resultar ineficaz para garantizar los fines que persigue la norma, la medida contemplada en la disposición bajo control resulta innecesaria, y debe declararse inexecutable.

(ii) Pero, por otra parte, como señala el Procurador General de la Nación, los términos de ejecución de la medida de retención resultan objetivamente innecesarios. El precepto cuestionado prevé que la retención puede verificarse “*hasta el día siguiente de las elecciones*”, y por tanto puede superar incluso el plazo apto para ejercer el sufragio en elecciones que, según el Código Electoral, principiarán “*a las ocho (8) de la mañana y se cerrarán a las cuatro (4) de la tarde*” (CE art 111). En vista de que la retención se origina en actos de perturbación del ejercicio del sufragio, no habría ninguna justificación para que la medida tuviera que cubrir únicamente la jornada electoral, puesto que la conducta puede tener impacto en horas posteriores. Pero resulta innecesario que la medida se prolongue hasta el día siguiente, cuando ya han cesado los motivos y presupuestos de la perturbación al ejercicio del sufragio, y este es otro motivo para declarar la inexecutable de la expresión demandada.

27.4. *Proporcionalidad en sentido estricto de la medida.* Si bien la falta de necesidad es suficiente para concluir el juicio, en este caso con una decisión de inexecutable, cabe también evidenciar su falta de proporcionalidad en cumplimiento de un mandato de suficiencia en la argumentación.⁴² En efecto, aunque la disposición parece prevista para enfrentar “*cualquier forma*” de perturbación al ejercicio del sufragio, lo cierto es que las formas más graves e intensas de perturbación al ejercicio de este derecho se encuentran cubiertas con la captura en flagrancia, que puede practicar cualquier persona, por autorización directa de la Constitución (CP art 32), cuando se presenten los comportamientos previstos en el Título XIV del Código Penal. Por tanto, la medida sujeta a control en este caso está llamada a operar respecto de perturbaciones no flagrantes, o menos graves que un delito. En contraste, la medida de retención supone la más grave y extrema forma de interferencia en la libertad personal, consistente en un encerramiento del individuo en cárcel o cuerpo de guardia. Por lo demás, dado que la norma no exige habilitar una

⁴² Sentencia C-720 de 2007 (MP. Catalina Botero Marino. AV. Catalina Botero Marino).

oportunidad para que la persona sujeta a la retención sea oída, la interferencia en el ejercicio del sufragio puede no ser del todo cierta. Por el contrario, una retención es una afectación cierta de la libertad personal, y si se da sin orden de juez es además evidente la interferencia en la reserva judicial sobre la materia. La medida es entonces desproporcionada porque interfiere de forma innecesaria, grave y cierta en la libertad personal, en aras de una defensa incierta, intermedia y susceptible de lograrse por otras vías del ejercicio del sufragio. Por lo cual, el segmento normativo de la disposición acusada debe declararse inexecutable.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar **INEXEQUIBLE** la segunda frase [*“Si 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, Decreto ley 2241 de 1986 ‘*por el cual se adopta el Código Electoral*’.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
En comisión

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General