

Sentencia C-185/08

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia por cuanto no se reproduce disposición declarada inexecutable

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Facultad excepcional para ordenar la captura dentro del sistema penal con tendencia acusatoria

El ejercicio de la facultad del Fiscal General de la Nación o su delegado para ordenar la captura de un infractor de la ley penal, requiere del señalamiento por el legislador de presupuestos y requisitos claramente definidos que hagan de dicha facultad algo verdaderamente excepcional, los cuales no pueden ser en ningún caso menores de los que se exijan al juez de control de garantías, ni pueden desconocer el principio de legalidad señalado en el artículo 29 de la Constitución.

CAPTURA EXCEPCIONAL POR LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Su justificación debe fundarse en razones objetivas y no en criterios vagos y ambiguos/**CAPTURA EXCEPCIONAL POR LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION**-Motivos y condiciones para restringir la libertad deben ser plasmados claramente en la ley

En cuanto al fundamento que justifica la expedición de la orden de captura excepcional dictada por el Fiscal General o su delegado, la norma no exige expresamente que tales motivos estén fundados en elementos probatorios, ni que la motivación deba basarse en una constatación fáctica de la imposibilidad de acudir a un juez de control de garantías para que expida la orden, pues la norma señala que la orden debe estar fundada en motivos serios y de fuerza mayor, que muestren que no se encuentra disponible un juez que pueda proferir la medida, elementos éstos que carecen de la suficiente concreción, precisión y determinación que requiere la fijación de los límites y eventos en que excepcionalmente la Fiscalía General puede realizar capturas. La expresión “motivos serios y de fuerza mayor” y el criterio de la falta de “disponibilidad” del juez de control de garantías, dan lugar a las más variadas hipótesis y supuestos que dejan a la discrecionalidad del propio fiscal que ha de efectuar la captura, la determinación de esas circunstancias. La Corte encuentra que los calificativos serios y de fuerza mayor no cumplen los parámetros del principio de legalidad consagrado por la Constitución en su artículo 29 ni por los lineamientos señalados en la jurisprudencia constitucional, pues los motivos y las condiciones para restringir la libertad deben ser plasmados claramente en la ley y no pueden quedar a discreción de quien ordene la captura.

JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS-Posibilidades de disponibilidad prevista en el ordenamiento procesal penal

En cuanto se refiere a la disponibilidad del juez, el ordenamiento procesal penal prevé diversas posibilidades para que siempre haya un juez de control de garantías competente para dictar medidas de aseguramiento, de manera que sea efectiva la garantía de la reserva judicial. La Ley 1142 de 2007 en su artículo 3, estableció varias reglas que garantizan que siempre haya un juez de control de garantías jurídicamente disponible. En efecto: a) señaló como regla general de competencia del juez de control de garantías, al juez penal municipal del lugar de comisión de los hechos (inciso 1, artículo 3, Ley 1142 de 2007); b) fijó turnos previamente definidos en los municipios donde haya más de un juez penal municipal competente para ejercer la función de control de garantías (inciso 2, artículo 3, Ley 1142 de 2007); c) admitió la competencia territorial del juez penal municipal con funciones de control de garantías del lugar donde se produce la aprehensión o del lugar donde se realice la reclusión por razones de urgencia, cuando no haya juez de control de garantías en el lugar de comisión del delito (inciso 3, artículo 3, Ley 1142 de 2007); d) en caso de ausencia de jueces penales municipales, asignó funciones de control de garantías a jueces municipales de otras especialidades (inciso 3, artículo 3, Ley 1142 de 2007); e) permitió que las funciones de control de garantías sean ejercidas por un juez municipal de cualquier especialidad ubicado en el municipio más cercano, cuando el juez penal municipal con funciones de control de garantías del lugar de comisión del delito se encuentre impedido (inciso 4, artículo 3, Ley 1142 de 2007); f) creó jueces de control de garantías ambulantes en lugares de difícil acceso (parágrafo 3, artículo 3, Ley 1142 de 2007).

CAPTURA EXCEPCIONAL POR LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-La excepcionalidad de la medida exige un juicio de necesidad objetiva/CAPTURA EXCEPCIONAL POR LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-La excepcionalidad de la medida se asegura mediante requisitos más exigentes que los de la captura ordenada por el juez de control de garantías

Para que la captura ordenada por el Fiscal General o su delegado mantengan su excepcionalidad, el fiscal debe mostrar todo lo que hizo para encontrar fácticamente un juez de control de garantías y las circunstancias que impidieron que lo encontrara. La excepcionalidad de la figura exige un juicio de necesidad objetiva, que impone al Fiscal la obligación de demostrar en el caso concreto el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales de esta figura. De este modo, sólo cuando haya agotado todas las posibilidades referidas a la disponibilidad del juez de control de garantías y así quede demostrado objetivamente, el Fiscal General o su delegado podría, de forma excepcional, proceder a dictar la orden de captura, para lo cual debe cumplir con una fuerte carga probatoria a fin de mostrar por qué a pesar de existir las anteriores alternativas, fue imposible que un juez expidiera la orden de captura.

ORDEN DE CAPTURA DICTADA POR JUEZ DE CONTROL DE GARANTIAS-Vigencia/CAPTURA EXCEPCIONAL POR LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Vigencia precaria

En el caso de la orden de captura dictada por el juez de control de garantías, el artículo 298 de la Ley 906 de 2004 establece una vigencia máxima de 6 meses, o hasta que se produzca la captura, si ésta ocurre antes de ese plazo, y una vez se produce la captura, la persona capturada debe ser puesta a disposición de un juez a más tardar dentro de las 36 horas siguientes a la captura. En el caso de la captura excepcional por la Fiscalía General de la Nación, el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 establece que está supeditada a la posibilidad de acceso al juez de control de garantías para obtenerla. Por lo tanto se trata de una vigencia precaria que depende de que subsistan en el tiempo las condiciones que impidieron que un juez con funciones de control de garantías expidiera la orden.

ORDEN DE CAPTURA DICTADA POR JUEZ DE CONTROL DE GARANTIAS-Control de legalidad/CAPTURA EXCEPCIONAL POR LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Controles de legalidad

En cuanto a los controles, las disposiciones que regulan la orden de captura emitida por el juez de control de garantías establecen que el juez de control de garantías ante el cual se presente a la persona capturada deberá realizar la audiencia de control de legalidad, ordenar la cancelación de la orden y disponer lo pertinente en relación con el aprehendido. En el caso de la captura excepcional ordenada por el fiscal o su delegado, la norma establece que una vez puesta la persona capturada a disposición del juez de control de garantías, éste efectuará la audiencia de control de legalidad de la orden y de la aprehensión. Este control de legalidad no es meramente formal, sino que comprende también todos los aspectos materiales dentro de los cuales son especialmente importantes los supuestos fácticos tanto los generales como los excepcionales.

Referencia: expediente D-6910

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007.

Demandante: Jhon Alexander Ortega Díaz

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil ocho (2008)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano, Jhon Alexander Ortega Díaz presentó demanda contra el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007, por infringir los artículos 2, 4, 28, 93 y 250 de la Constitución Política, el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Mediante auto de septiembre 7 de 2007, se admitió la demanda y se corrió traslado del expediente al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto correspondiente.

Presentado a consideración de la Sala el proyecto de sentencia por el magistrado Jaime Araujo Rentería, quien había sido sorteado como ponente, luego de la discusión correspondiente, en virtud de las decisiones que fueron adoptadas en la sesión de febrero 27 de 2008, se designó como nuevo ponente de la sentencia en este proceso al magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

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

II. NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada, conforme a su publicación en el Diario Oficial No 46. 673 de 28 de julio de 2007 y se subraya la parte acusada:

“LEY 1142 DE 2007

Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana.

(...)

ARTÍCULO 21. El artículo 300 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Captura excepcional por orden de la Fiscalía. El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente orden de captura escrita y motivada en los eventos en los que proceda la detención preventiva, cuando por motivos serios y de fuerza mayor no se encuentre disponible un juez que pueda ordenarla, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, y concurra cualquiera de las siguientes causales:

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

La vigencia de esta orden está supeditada a la posibilidad de acceso al juez de control de garantías para obtenerla. Capturada la persona, será puesta a disposición de un juez de control de garantías inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que efectúe la audiencia de control de legalidad a la orden y a la aprehensión.”

III. DEMANDA

Afirma el demandante que al establecer el legislador que el Fiscal General de la Nación o su delegado pueden proferir capturas sin necesidad de orden previa de juez competente está reviviendo en el ordenamiento jurídico la figura de la captura sin orden judicial, regulada en el texto original del artículo 300 de la Ley 906 de 2004, figura esta que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-1001 de 2005.

Se señala que la norma demandada vulnera el artículo 2° de la Constitución por cuanto se está contrariando un fin del Estado consistente en la garantía de los derechos constitucionales de los ciudadanos. En estricto sentido se afectaría la libertad, y en consecuencia no se puede hacer de la excepción la regla general. En relación con la supuesta vulneración del artículo 4 de la Constitución, se manifiesta que la disposición acusada no desarrolla el mandato constitucional del artículo 28 en el cual se establece como regla general en materia de libertad el principio de reserva judicial, pues al establecer en manos de la fiscalía si existe o no mérito para proceder a proferir una orden de captura excluyendo a los jueces competentes para ello, se está vulnerando la libertad del individuo sobre quien recae la medida, esto

por cuanto no existe seguridad jurídica de que se están realizando los procedimientos acorde con la Constitución y la ley.

Indica el demandante que la norma acusada viola el artículo 28 de la Constitución debido a que establece una detención preventiva administrativa ya que la fiscalía no desempeña funciones judiciales y por tanto no le era dable al legislador atribuirle dicha función. Se expresa también que el precepto demandado viola el artículo 152 de la Constitución por cuanto se pretendió regular un derecho fundamental a través de una ley ordinaria debiéndose hacerse por medio de una ley estatutaria.

Se afirma que se vulnera el artículo 93 de la Constitución y específicamente el artículo 7° de la Convención americana de derechos humanos y el artículo 9° del pacto internacional sobre derechos civiles y políticos, debido a que no se garantiza que la facultad que se expresa como excepcional se convierta por parte de la Fiscalía en una regla general.

Adiciona el actor que se quebranta el artículo 250 de la Constitución, lo anterior en razón de que el legislador buscó desarrollar el inciso 3° del numeral 1° del artículo 250, no obstante no lo logró por lo siguiente: El artículo 21 no establece unas condiciones reales de excepcionalidad cuando fija la posibilidad de que el fiscal cuente con la facultad de proferir ordenes de captura sin que un juez debidamente competente sea el que decida si es razonable, idónea y proporcional una medida de restricción al derecho fundamental de la libertad. Se desprende de la norma acusada que es el fiscal quien en últimas estudia, analiza y valora su propia investigación y sobre ello es él quien decide si procede o no la ejecución de la medida.

A sus argumentos constitucionales, agrega el demandante unos fundamentos legales referidos a la contradicción supuesta entre los artículos 1° y 3° de la Ley 1142 de 2007.

Finalmente se señala que el precepto acusado de inconstitucional contraviene varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional referidos a la captura sin orden judicial. Entre ellas las sentencias C-237 de 2005, C-730 de 2005, C-799 de 2005, C-1001 de 2005 y C-190 de 2006.

IV. INTERVENCIONES

1. Fiscalía General de la Nación

El señor Fiscal General de la Nación (e) rinde concepto solicitando se declare exequible la norma acusada con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, se indica que el cargo por la supuesta contradicción entre la norma demandada y los artículos 1 y 3 de la Ley 1142 de 2007, carece de certeza pues no se está haciendo un reproche de constitucionalidad.

En segundo lugar, y respecto de la exigencia de ley estatutaria, se manifiesta por parte de la Fiscalía que no toda normativa que regule situaciones o temas vinculados con derechos fundamentales debe seguir el trámite legislativo para la expedición de una ley estatutaria. El artículo demandado no desarrolla ningún tema referente al núcleo esencial del derecho fundamental de la libertad, simplemente fija reglas para proceder a la captura cuando se ha cometido una conducta punible.

En tercer lugar, se afirma que del cotejo de artículo 300 de la ley 906 de 2004 y la norma demandada se evidencia que éstos son esencialmente diferentes y por tanto no existe ninguna reproducción normativa de un texto declarado inconstitucional.

En cuarto lugar, se señala que no se puede predicar la vulneración del artículo 28 de la constitución por el solo hecho de que la ley le asigne a la fiscalía general de la nación la posibilidad excepcional de ordenar capturas. El tercer inciso del numeral 1 del artículo 250 de la Carta así lo autoriza y desde esta perspectiva mal puede vulnerar la constitución esta circunstancia. La competencia que tiene la fiscalía para efectuar capturas es excepcional, circunstancia ésta que fue tenida en cuenta por el legislador al señalar las causales del artículo 21 demandado, las cuales se establecieron de manera precisa y expresa, limitándose así el margen de interpretación del operador judicial. Los requisitos del artículo 21 corresponden a situaciones extremas y de imposibilidad manifiesta, que impiden al fiscal acudir ante el juez de control de garantías, de las cuales se puede predicar su excepcionalidad.

2. Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

En nombre del instituto colombiano de derecho procesal, el ciudadano Mauricio Pava, interviene en el presente proceso manifestando lo siguiente:

Afirma, que una orden de captura es una injerencia estatal que solo procede en la medida que el delito tenga señalada detención preventiva. Para que sea legítima requiere de la existencia de motivos fundados entendidos estos como el conjunto de razones empíricas y objetivamente verificables en información, evidencia o elementos materiales probatorios lícitamente recabados que indiquen la posible existencia de un delito y la probable participación en el mismo por parte del ciudadano contra el que se emite la orden de captura.

Se agrega que, al constituir un acto jurisdiccional de señalamiento de responsabilidad penal los motivos fundados habrán de sustentarse solo y exclusivamente en un patrón probatorio o en medios de conocimiento que tengan la vocación de ser pruebas en la audiencia de juicio oral; los anteriores presupuestos habrían de ser exigidos para la emisión de una orden de captura cualquiera que sea su naturaleza y autoridad que la emita.

Indica el interviniente, que para la Fiscalía y tratándose de una facultad excepcional se requiere presupuestos adicionales como son el que existan motivos fundados – con los requerimientos de hecho y de derecho anotados – que establezcan las siguientes exigencias adicionales: la imposibilidad absoluta de acudir ante un juez de garantías para la emisión de la orden, el riesgo eminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación y/o la probabilidad fundada de alterar los medios probatorios y/o el peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible. La ausencia de motivos fundados para haberse emitido una orden de captura excepcional conducen a la ilegalidad de la misma, lo cual puede ser reclamado por el ciudadano ante los jueces de garantía desde el mismo momento en que la orden ha sido emitida y no solamente cuando la orden se haga efectiva y se discuta su legalidad ante el juez de control de garantías.

De esta manera, el interviniente solicita se declare constitucional la norma demandada, siendo condicionada en los términos anotados.

3. Ministerio del Interior y de Justicia.

La ciudadana Tatiana Romero Acevedo, actuando como apoderada del Ministerio del Interior y de justicia, interviene en el presente proceso de constitucionalidad para solicitar la constitucionalidad de la norma con base en los siguientes fundamentos:

Se señala (i) que la facultad de ordenar la captura sin orden judicial previa está sujeta a la observancia de exigencias objetivas imprescindibles para dotar de legitimidad la medida. Se descarta entonces la mera sospecha entendida como la conjetura carente de soporte fáctico, así como la simple convicción emanada del arbitrio o de la interpretación subjetiva de la autoridad. Su ejecución no se sustenta en la discrecionalidad del agente, si no en la inferencia lógica producto de los hechos verídicos.

Se explica (ii) por parte del Ministerio que no se vulnera el artículo 28 constitucional por cuanto se está desarrollando la reserva legal que en materia de detención excepcional por parte de la fiscalía está radicada en cabeza del Congreso de la República, para regular el tema.

De la misma manera y con base en la misma reserva legal, se manifiesta que no se vulneran el artículo 93 constitucional ni los artículos indicados de los tratados internacionales.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, en Concepto N° 4409 presentado el 30 de octubre del presente año, solicita a la

Corte se declare la inexecutable del artículo 21 de la Ley 1142 de 2007. De manera previa, se expone que los cargos que presenta el actor son similares a los que previamente sostuvieron otros ciudadanos en los expedientes acumulados D-6889, D-6895 y D-6896 y que fueron analizados en su momento por el Ministerio Público en el concepto No 4391 de 4 de octubre de 2007. Por tal razón, el señor Procurador opta por transcribir en su integridad el mencionado concepto.

“Sin duda uno de los aspectos más relevantes en el análisis y resolución de los problemas jurídicos planteados es que la Ley 1142 de 2007 y en concreto el artículo 21, corresponde al segundo intento legislativo de regular una facultad expresamente consignada al Fiscal General de la Nación por la norma suprema, luego de la reforma del art. 250, mediante el acto legislativo 03 de 2002.

(...)

Así por mandato constitucional, corresponde al legislador, mediante ley, facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas.

En cumplimiento de este mandato, el legislador, a través del art. 300 del Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004) reguló la materia. Precepto que fue en su integridad declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-1001 de 2005.

Este precedente constituye, ineludiblemente, una pieza fundamental para determinar si la constitucionalidad del precepto ahora impugnado se encuentra comprometida. En esa ocasión, la Corte Constitucional compiló y amplió algunas reglas y subreglas interpretativas respecto a los parámetros que debía seguir el legislador para que tal facultad excepcional de la Fiscalía General de la Nación no afectara, en forma irregular, derechos fundamentales de altísima importancia en el Estado Social de Derecho, como es el de la libertad de las personas.

De las reglas hermenéuticas establecidas vale la pena destacar:

i) Ratificación del alcance del principio de reserva judicial en la privación de la libertad, reforzada por el Acto Legislativo 03 de 2002 que introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano el Sistema Penal Acusatorio.

(...)

ii) La función del juez de control de garantías como garante de la protección judicial de la libertad y de los derechos fundamentales de quienes participan en el proceso penal.

En este sentido la Corte se remitió al conjunto de las decisiones en las que se hizo un extenso análisis de los elementos esenciales y las principales características del nuevo sistema penal de investigación, acusación y juzgamiento.

(...)

- iii) *La competencia de la Fiscalía es restringida y excepcional, por tanto las causales para su procedencia no pueden ser menos exigentes o iguales a las del juez de control de garantías.*

De esta premisa se desprende que no sean de recibo las redacciones del legislador en las que con el uso de un lenguaje genérico o abstracto dejen un margen de discrecionalidad al Fiscal General de la Nación o su delegado, de suerte que su competencia excepcional en la materia, culmine siendo amplia y sustituta de la que constitucionalmente le corresponde al juez de garantías.

(...)

A continuación, para facilitar el estudio de la norma impugnada y teniendo en cuenta que algunos de los actores señalaba la supuesta reproducción “casi total” del art. 300 de la Ley 906 de 2004 (declarado inexecutable) por el 21 de la Ley 1142 de 2007, lo que de ser cierto, acarrearía la vulneración del artículo 243 constitucional, pasaremos a confrontar cada una de las normas.

<i>Ley 1142 de 2007</i>	<i>Ley 906 de 2004 Nuevo CPP</i>
<p><i>ARTÍCULO 21. El artículo 300 de la Ley 906 de 2004 quedará así:</i> <i>Captura excepcional por orden de la Fiscalía.</i></p> <p><i>El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente orden de captura <u>escrita y motivada</u> en los eventos en los que proceda la detención preventiva, <u>cuando por motivos serios y de fuerza mayor</u> no se encuentre disponible un juez que pueda ordenarla, siempre que existan <u>elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, y concurra</u></i></p>	<p><i>“Artículo 300.</i> <i>Captura sin orden judicial.</i></p> <p><i>En los eventos en que proceda la detención preventiva, el Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente ordenes de captura cuando en desarrollo de la investigación tenga motivos fundados para inferir que determinada persona ha participado en la conducta investigada, no sea posible obtener inmediatamente orden judicial, y concurra al menos una de las siguientes causales:</i></p>

<p>cualquiera de las siguientes causales:</p> <p>1. Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación.</p> <p>2. <u>Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.</u></p> <p>3. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible.</p> <p>La vigencia de esta orden está supeditada a la posibilidad de acceso al juez de control de garantías para obtenerla. Capturada la persona, será puesta a disposición de un juez de control de garantías inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que efectúe la audiencia de control de legalidad a la orden y a la aprehensión.</p>	<p>1. Cuando exista riesgo de que la persona evada la acción de la justicia.</p> <p>2. Cuando represente peligro para la comunidad u obstruya la investigación.</p> <p>En estos casos el capturado será puesto a disposición del juez de control de garantías inmediatamente a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas, para que en audiencia resuelva lo pertinente.”</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

(...)

3.1. La excepcionalidad de la captura por parte del Fiscal General de la Nación.

Ahora bien, para resolver el primer problema jurídico es necesario entrar a determinar si el nuevo lenguaje, empleado por el legislador, resulta conforme a las reglas señaladas, por la Constitución y la jurisprudencia, para que el presupuesto de excepcionalidad de la captura por parte del Fiscal proceda, en detrimento de las garantías que ofrecen el principio general de reserva judicial (artículo 28, 29 y 32 superior) que sobre estas materias impera en el ordenamiento jurídico colombiano.

Ahora bien, pese a los nuevos matices, circunstancias y requisitos que condicionan la actuación del Fiscal o su Delegado en la captura sin previa orden judicial, lo cierto es que cada uno de estos elementos se encuentra atado a la verificación del primer aspecto o condición, la no disponibilidad del juez de garantías y cuándo se entiende que esta circunstancia se cristaliza.

Esta situación de no disponibilidad del juez de control de garantías es lo que, de facto, viabiliza la competencia subsidiaria del Fiscal o su Delegado. Dado que la concurrencia de los otros aspectos relacionados con la no disponibilidad del juez, sólo son necesarios de corroborar una vez se constate la satisfacción a cabalidad del primero. De suerte que en el caso contrario, aunque todos los otros elementos de análisis para determinar si procede o no la captura se den, si se encuentra disponible el juez de control de garantías, inmediatamente pierden sentido la continuación de cualquier juicio sobre la posibilidad de intervención del Fiscal General de la Nación.

Así las cosas, el peso del debate se encuentra en la primera razón que justifica la intervención del Fiscal en la captura, en concreto sobre las razones por las cuales se entiende que el juez de control de garantías no se encuentra disponible. Por tanto es pertinente determinar si “motivos serios y de fuerza mayor” gozan en el ordenamiento jurídico de la suficiente concreción, precisión y determinación que no den lugar a equívocos interpretativos. De tal forma que en su aplicación, la fuerza mayor, excluya el abuso, extralimitación o potencial vulneración a los derechos fundamentales.

3.2. Sobre el concepto de fuerza mayor

Para este despacho, al igual que lo consideraban los accionantes y el Defensor del Pueblo, la definición con la que se cuenta para determinar el contenido normativo de la fuerza mayor es la que nos proporciona el Código Civil. De la mano de la definición allí establecida, la fuerza mayor se conforma de aquellas situaciones imprevisibles imposibles de resistir. Los ejemplos señalados en el mismo artículo 1º de la Ley 95 de 1890, naufragio, terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por funcionario público, etc.” son tan anacrónicos que generalmente se requieren grandes esfuerzos interpretativos para validamente deducir la similitud entre un evento actual y los considerados por el Código Civil.

Lo anterior no excluye la existencia, en algunos casos, de una aproximación no forzada entre una situación actual y la fuerza mayor. (...) Así, la vaguedad jurídica del concepto de fuerza mayor se enfrenta a las altas exigencias de precisión que se requieren para reglamentar la captura por parte del Fiscal General de la Nación sin atentar contra la Constitución. En otras palabras, la excepcionalidad reclamada por la norma suprema a la actuación de la Fiscalía en la restricción de la libertad, proveniente del artículo 250-1, no puede ser reglada mediante la ambigüedad, la ambivalencia o la laxitud lingüística, porque ello vaciaría de sentido la pretensión constitucional y expondría a las personas al menoscabo de sus derechos fundamentales.

En consecuencia, este despacho considera que procede el cargo alegado por los demandantes en cuanto el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 y el 19 de la misma ley, en el sentido que ambos preceptos vulneran el artículo 28

constitucional. Por lo cual, se solicitará a la Corte Constitucional declarar inexecutable la totalidad del primero (artículo 21) y el fragmento impugnado del segundo (artículo 19) (...).”¹

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia

1. Esta corporación es competente para decidir sobre la constitucionalidad de la norma acusada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, Num. 4, de la Constitución, por estar contenida en una ley.

2. Problemas jurídicos planteados

Según el demandante, la norma cuestionada revive el artículo 300 de la Ley 906 de 2004, el cual fue declarado inexecutable en la sentencia C-1001 de 2005 al establecer criterios vagos y generales, menos exigentes incluso que los establecidos para el juez de control de garantías, para permitir la captura excepcional por parte de la Fiscalía General de la Nación. En criterio del demandante, la norma demandada reproduce los mismos defectos.

Para el Fiscal General de la Nación, existen diferencias sustanciales entre una y otra norma que muestran que el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 no reproduce el artículo 300 de la Ley 906 de 2004. Agrega que las condiciones que se impusieron para que procediera la captura por parte de la Fiscalía son precisas, expresas y aseguran que esta figura proceda sólo en situaciones extremas, demostrando así su excepcionalidad. Para el interviniente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, la norma demandada es constitucional de manera condicionada, ya que se requiere que existan motivos fundados que establezcan la imposibilidad absoluta de acudir ante un juez de garantías para la emisión de la orden, y la existencia de un riesgo inminente que la persona se oculte o se fugue, o la probabilidad de que altere elementos probatorios o ponga en peligro la seguridad de la víctima o de la comunidad.

Por su parte el Procurador General de la Nación considera que la norma demandada es inconstitucional porque la exigencia de “*motivos serios y de fuerza mayor*” para que proceda la captura por parte de la Fiscalía General de la Nación no aseguran la excepcionalidad de la figura y abre paso a la vulneración de derechos fundamentales.

Por lo anterior, le corresponde a la Corte resolver (i) si el contenido normativo del artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 revive la figura de la captura sin orden judicial, regulada en el texto original del artículo 300 de la Ley 906 de 2004, figura que fue declarada inexecutable y (ii) si los límites y eventos señalados en

¹ Hasta aquí la ponencia original

la norma acusada, en los que excepcionalmente procede la captura por orden de la Fiscalía General de la Nación, resultan acordes con la Constitución Política y en especial, con los artículos 2º, 28, 29, 93 y 250 superiores.

Así las cosas, para resolver los problemas jurídicos planteados, en primer lugar, esta Corte establecerá cuáles fueron los cambios introducidos por el artículo demandado, en relación con el artículo 300 de la Ley 906 de 2004, declarado inexecutable mediante sentencia C-1001 de 2005, para determinar si tal como lo señala el demandante se reprodujo un texto declarado inconstitucional. Si los cambios introducidos muestran que no hubo reproducción, la Corte examinará las condiciones establecidas por el legislador en el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 para permitir la captura excepcional por parte de la Fiscalía y determinará si tales requisitos resultan acordes con la Constitución Política.

3. Los cambios introducidos por el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 a la figura de la captura excepcional por parte de Fiscal General de la Nación o su delegado

El artículo 300 de la Ley 906 de 2004,² declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-1001 de 2005, facultaba excepcionalmente al Fiscal General de la Nación o a su delegado a proferir órdenes de captura cuando:

- (i) Se trataba de los eventos en que procedía la detención preventiva (artículo 13 de la Ley 906 de 2004³); y
- (ii) En desarrollo de la investigación tuviera motivos fundados para inferir que determinada persona había participado en la conducta investigada,
- (iii) No fuera posible obtener inmediatamente orden judicial, y
- (iv) Concurriera al menos una de las siguientes causales:
 - (a) Existiera riesgo de que la persona evada la acción de la justicia; o
 - (b) La persona representara peligro para la comunidad u obstruyera la investigación.

² El artículo 300 de la Ley 906 de 2004 decía: Captura sin orden judicial. En los eventos en que proceda la detención preventiva, el Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente órdenes de captura cuando en desarrollo de la investigación tenga motivos fundados para inferir que determinada persona ha participado en la conducta investigada, no sea posible obtener inmediatamente orden judicial, y concurra al menos una de las siguientes causales: || 1. Cuando exista riesgo de que la persona evada la acción de la justicia. || 2. Cuando represente peligro para la comunidad u obstruya la investigación. || En estos casos el capturado será puesto a disposición del juez de control de garantías inmediatamente a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas, para que en audiencia resuelva lo pertinente.

³ Ley 906 de 2004, artículo 313. Procedencia de la detención preventiva. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos: || 1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados. 2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años. || 3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- (v) El capturado debía ser puesto a disposición del juez de control de garantías inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas, para que en audiencia se resolviera lo pertinente.

En el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 cuestionado se establecen los siguientes requisitos para la procedencia de la captura por parte del Fiscal General:

- (i) Se está ante alguno de los eventos en que se admite la detención preventiva (Art. 313 de la Ley 906 de 2004).
- (ii) Es necesaria una orden escrita y motivada
- (iii) Existan motivos serios y de fuerza mayor que hagan que no se encuentre disponible un juez que pueda ordenarla.
- (iv) Existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permita inferir que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada.
- (v) Concorre alguna de las siguientes causales:
 - (a) Existe riesgo inminente de que la persona se oculte o escape; o
 - (b) Existe probabilidad fundada de alterar los medios probatorios; o
 - (c) Existe peligro para la seguridad de la víctima o la comunidad, en cuanto a que si no se le captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible;
- (vi) La vigencia de la orden de captura depende de que persista la imposibilidad de acceso al juez de control de garantías para obtenerla.
- (vii) El capturado debe ser puesto a disposición del juez de control de garantías inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas, para que efectúe audiencia de control de legalidad a la orden y a la aprehensión.

Observa la Corte que si bien algunos elementos del contenido normativo del artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 se asemejan a los del artículo 300 de la Ley 906 de 2004, lo cierto es que no son los mismos. En efecto, en el artículo 21 se incluyen varios requisitos nuevos, como los siguientes, entre otros: (i) el que la orden deba ser escrita y motivada, (ii) el que existan motivos serios y de fuerza mayor que hagan que no exista juez disponible, (iii) el hecho de que la vigencia de la orden de captura expedida por el fiscal esté supeditada a que persista la imposibilidad de que un juez expida la orden; (iv) el que se requieran elementos probatorios que demuestren la imposibilidad de obtener la orden judicial; y (v) el que las causales sean más exigentes y estén formuladas de manera más concreta. De lo señalado, es posible concluir que el artículo 21 demandado tiene un alcance distinto al de la disposición anterior. Por lo tanto, la disposición acusada no reproduce la norma retirada del ordenamiento jurídico en contradicción con la prohibición del artículo 243 de la Carta, ni existe cosa juzgada constitucional sobre el artículo demandado.

Antes de examinar las condiciones establecidas en la norma cuestionada, la Corte Constitucional recordará previamente la línea jurisprudencial en la materia, para que tales criterios sean aplicados a la norma bajo estudio.

4. Las condiciones constitucionales para el ejercicio de la facultad excepcional de la Fiscalía General de la Nación para ordenar la captura dentro del sistema penal con tendencia acusatoria instaurado en el artículo 250 de la Carta

La Corte se ha referido en varias ocasiones al papel de la Fiscalía General de la Nación dentro del nuevo sistema penal con tendencia acusatoria instaurado al haber sido reformados los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, mediante el Acto Legislativo 03 de 2002.⁴ En cuanto a la posibilidad de que el Fiscal pudiera ordenar la captura de un presunto infractor de la ley penal, la Corte señaló lo siguiente en la sentencia C-873 de 2003:

Ya no corresponde a la Fiscalía, por regla general, asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento necesarias; ahora únicamente puede solicitar la adopción de dichas medidas al juez que ejerza las funciones de control de garantías, con la misma finalidad de asegurar la comparecencia de los imputados, así como para garantizar la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas. Se trata, así, de una atribución que ha sido trasladada por el constituyente a un funcionario judicial independiente. Respecto de éste último, precisa el nuevo texto constitucional que debe ser distinto al juez de conocimiento del proceso penal correspondiente. A pesar de lo anterior, el mismo numeral 1 del nuevo artículo 250 permite que la Fiscalía, si es expresamente autorizada para ello por el legislador, imponga directamente, en forma excepcional, un tipo específico de medida restrictiva de la libertad orientada a garantizar la comparecencia de los imputados al proceso penal: la captura, que deberá llevarse a cabo respetando los límites y eventos de procedencia establecidos en la ley. Ahora bien, por tratarse de una medida restrictiva de los derechos del procesado, esta actuación excepcional de la Fiscalía está sujeta a control judicial por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. Sin embargo, se reitera que esta es una excepción a la regla general

⁴ Ver entre muchas otras, las sentencias C-873 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, con salvamento parcial del voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería, salvamento y aclaración de voto de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis; C-966 de 2003, MP: Clara Inés Vargas Hernández, con aclaración de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería; C-1092 de 2003, MP: Álvaro Tafur Galvis, con salvamento y aclaración de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería y aclaración de voto de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett; C-591 de 2005, MP: Clara Inés Vargas Hernández, con salvamento parcial de voto del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra; C-592 de 2005, MP: Álvaro Tafur Galvis.

según la cual éste tipo de medidas deben ser impuestas por decisión del juez de control de garantías. (Subrayado agregado al texto).⁵

En la sentencia C-730 de 2005, al examinar la constitucionalidad del inciso final del artículo 2 de la Ley 906 de 2004,⁶ la Corte señaló que:

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

Ahora bien, cabe hacer énfasis en que la posibilidad señalada en el tercer inciso del numeral 1º del artículo 250 de la Constitución

⁵ C-873 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, con salvamento parcial del voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería, salvamento y aclaración de voto de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis.

⁶ Ley 906 de 2004, Artículo 2o. Libertad. Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley. || El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada. || En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes. (El aparte subrayado fue declarado inexecutable)

para que la Ley faculte a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas no puede entenderse como el mantenimiento en cabeza de dicho organismo de una competencia que expresamente quiso dejarse en cabeza de una autoridad judicial de la que se predicara autonomía e imparcialidad en el desarrollo del proceso penal dentro del nuevo sistema, como se desprende claramente de los apartes respectivos de la exposición de motivos del proyecto que se convertiría en el Acto Legislativo 03 de 2002 y de los debates que para su aprobación se resurtieron en el Congreso(...)

En ese orden de ideas si el desarrollo legal de dicha posibilidad no comporta verdaderos elementos de excepcionalidad y por el contrario permite convertir en regla general la excepción así establecida, se contrariaría evidentemente el artículo 250-1 superior.

(...)

Ahora bien, la Corte constata que las expresiones “*en las capturas (...) en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes*” dejan un amplísimo margen de interpretación que no se compadece con el carácter excepcional fijado por el Constituyente derivado para la competencia que podría atribuirse a la Fiscalía General de la Nación para efectuar capturas según el Acto Legislativo 03 de 2002. La amplitud e indeterminación de las expresiones “*existiendo motivos fundados*” y “*razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito*”, al tiempo que contradicen el principio de legalidad (art. 29 C.P.) no contienen ningún elemento de excepcionalidad pues aluden simplemente a “*motivos fundados*” los cuales siempre pueden existir, y a “*motivos razonables*” que comprenden una amplísima gama de posibilidades y no a las situaciones extremas y de imposibilidad manifiesta de poder acudir ante el juez de garantías que son las que podrían predicarse de una situación excepcional como a la que aludió el Constituyente derivado.

En este sentido las disposiciones acusadas bien pueden entenderse en el sentido de convertir en regla general lo que para el Constituyente fue claramente una excepción.

Para la Corte no cabe como lo señalan algunos de los intervinientes entender que la indeterminación a que se ha

aludido puede superarse concordando las expresiones acusadas con los mandatos contenidos en los artículos 114-7 y 300 de la misma ley 906 de 2004, pues independientemente de si dichos artículos en si mismos atienden o no el presupuesto de excepcionalidad exigido por el Constituyente, así como si los mandatos en ellos contenidos respetan o no el principio de legalidad, es claro que las disposiciones acusadas tienen una autonomía normativa que permite que las mismas puedan ser aplicadas sin necesidad de acudir a otras normas de la Ley 906 de 2004.

Desde esta perspectiva y por cuanto como se ha visto con ellas se desvirtúa claramente el mandato superior señalado en el artículo 250-1, y se vulnera además del artículo 29 superior, las expresiones acusadas “*y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito*” serán declaradas inexecutable y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.⁷

En la sentencia C-1001 de 2005 la Corte Constitucional reiteró que la posibilidad de que el Fiscal o su delegado ordenaran la captura sin orden judicial solo es constitucionalmente viable cuando el desarrollo legal de dicha posibilidad comporte verdaderos elementos de excepcionalidad. Con base en este principio examinó el artículo 300 de la Ley 906 de 2004 y encontró que la norma empleaba expresiones generales e imprecisas que permitían un amplio margen de interpretación y autorizaba al Fiscal a decretar la captura sin orden judicial con requisitos menos exigentes que los señalados para que el juez de control de garantías pueda ordenar la captura.⁸ La Corte dijo lo siguiente:

[La] Corte constata i) que no se evidencia en la regulación efectuada por el Legislador en la norma acusada el presupuesto de excepcionalidad a que se refirió el Constituyente derivado en el tercer inciso del numeral 1 del artículo 250 de la Constitución tal como quedó establecido por el Acto Legislativo 03 de 2002 para autorizar la posibilidad de que la Fiscalía realizara capturas; ii) que la norma acusada reitera como requisitos para este efecto algunos de los elementos incorporados en el artículo 2° de la Ley 906 de 2004 que por su indeterminación y excesivo margen de discrecionalidad que otorgaban al Fiscal General de la Nación fueron declarados inexecutable por la Corte en la sentencia C-730 de 2005.

⁷ C-730 de 2005, MP: Álvaro Tafur Galvis, con Salvamento de voto de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-1001 de 2005, MP: Álvaro Tafur Galvis, con salvamento de voto del Magistrado Humberto Sierra Porto y aclaraciones de voto de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra.

4.2.2 Sobre el primer aspecto la Corte constata en efecto que los requisitos establecidos en la norma acusada -necesariamente concordada con el artículo 2 del mismo Código tal como hoy rige- para autorizar a la Fiscalía General de la Nación para efectuar una captura sin orden judicial son menos exigentes que los que se señalan de ordinario para que el juez de control de garantías pueda ordenar la captura y que aunque resultan similares también son menos exigentes que los que se señalan al juez de garantías para decretar la medida de aseguramiento.

4.2.2.1 Así mientras para poder ordenarse la captura por el juez de control de garantías se requiere orden escrita con las formalidades legales, dicho requisito no se señala para el Fiscal o su delegado en la norma acusada, que alude simplemente a la imposibilidad de obtener inmediatamente orden judicial.

Mientras que *en el caso del juez de control de garantías* se alude a que: i) la orden de captura debe serlo por un motivo previamente definido en la ley, ii) la restricción de la libertad del imputado resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial de las víctimas, y iii) se exige que el fiscal acompañado de la policía judicial presente los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, en la cual se fundamentará la medida, pudiendo el juez de garantías interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la policía judicial y, luego de escuchar los argumentos del fiscal, decidir de plano, *en el caso del Fiscal General o su delegado* simplemente se alude a que éste en desarrollo de la investigación tenga motivos fundados para inferir que determinada persona ha participado en la conducta investigada y concurra al menos una de las siguientes causales: a) que exista riesgo de que la persona evada la acción de la justicia o que b) represente peligro para la comunidad u obstruya la investigación.

4.2.2.2 De la comparación de los requisitos señalados para que Fiscal General de la Nación o su delegado ordenen capturas con los que se establecen al juez de control de garantías para decretar la medida de aseguramiento se desprende a su vez que:

i) En ambos casos se parte del presupuesto de la procedencia de la detención preventiva a que alude el artículo 313 de la Ley 906 de 2004(...).

ii) Mientras *al juez de control de garantías* para poder decretar la medida de aseguramiento se le exige que de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o

de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: a) que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; o b) que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; o c) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia, en el *caso del Fiscal General o su delegado* simplemente se alude a que éste en desarrollo de la investigación tenga motivos fundados para inferir que determinada persona ha participado en la conducta investigada, no sea posible obtener inmediatamente orden judicial y concurra al menos una de las siguientes causales: a) que exista riesgo de que la persona evada la acción de la justicia o que b) represente peligro para la comunidad u obstruya la investigación.

De las comparaciones que acaban de hacerse se desprende claramente que el desarrollo hecho por el Legislador en la norma acusada de la posibilidad señalada en el tercer inciso del artículo 250-1 de la Constitución no atiende el carácter excepcional al que condicionó el Constituyente derivado la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación pudiera realizar capturas. Posibilidad que no solo debe comportar el cumplimiento de presupuestos y requisitos claramente definidos en la ley sino que lógicamente no pueden ser menores que los que se exijan al juez de control de garantías como autoridad judicial competente de ordinario para el efecto.⁹

En ese orden de ideas dado que el Legislador en el presente caso al regular la posibilidad aludida optó por establecer requisitos que no comportan la excepcionalidad expresamente exigida por el tercer inciso del artículo 250-1 de la Constitución tal como quedó modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002 debe concluirse que desconoció dicho texto superior.

A ello debe sumarse que en tanto no se da el presupuesto de excepcionalidad que exigió el Constituyente para atribuirle competencia al Fiscal General de la Nación, -por cuanto se alude a requisitos similares pero menos exigentes que los que se señalan para el juez de control de garantías- nada impide concluir como lo hace la demandante y alguno de los intervinientes que la norma acusada termine convertida en regla general en abierta contradicción con el mandato del artículo 250-1 de la Constitución.

⁹ Ver Sentencia C-730 de 2005 MP. Álvaro Tafur Galvis.

4.2.3 La Corte constata además que en el artículo acusado se incluyeron por el Legislador expresiones muy similares a las que con ocasión del examen del último inciso del artículo 2° de la misma Ley 906 de 2004 llevaron a la Corte a declarar la inexecutable de varios de sus apartes (...), por resultar contrarios no solo al artículo 250-1 sino al principio de legalidad (Art. 29 C.P.) a saber “(...)cuando en desarrollo de la investigación tenga motivos fundados para inferir que determinada persona ha participado en la conducta investigada, no sea posible obtener inmediatamente orden judicial (...)”

En la sentencia C-190 de 2006, al juzgar la constitucionalidad de los apartes de los artículos 297 y 300 de la Ley 906 de 2004 que regulaban la figura de la captura excepcional por la Fiscalía General,¹⁰ la Corte reiteró la anterior jurisprudencia y señaló lo siguiente:

Acorde con los precedentes jurisprudenciales de esta Corporación, a saber la C-730 de 2005 y C-1001 de 2005, existe una reserva judicial de la orden de captura en los términos del artículo 28 de la Constitución Política.

No obstante, la posibilidad con que cuenta la Fiscalía General de la Nación para realizar capturas de manera excepcional debe comportar el cumplimiento de presupuestos, requisitos, límites e hipótesis *claramente definidos en la ley*, conforme con el numeral 1) del artículo 250 de la Constitución.

Así entonces, la autoridad competente para efectuar excepcionalmente una detención, en el presente caso la Fiscalía General de la Nación, solo puede hacer uso de dicha facultad en situaciones con unas características claras y definidas. Es decir, ajustadas al principio de legalidad.

¹⁰ Los apartes demandados de la Ley 906 de 2004, dicen lo siguiente: Artículo 2o. Libertad (...) En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes. || Artículo 297.— Requisitos generales. (...) PAR.—Salvo los casos de captura en flagrancia, o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a lo establecido en este código, el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías. || Artículo. 300. — **Captura sin orden judicial. En los eventos en que proceda la detención preventiva, el Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente órdenes de captura cuando en desarrollo de la investigación tenga motivos fundados para inferir que determinada persona ha participado en la conducta investigada, no sea posible obtener inmediatamente orden judicial, y concurra al menos una de las siguientes causales: || 1. Cuando exista riesgo de que la persona evada la acción de la justicia. || 2. Cuando represente peligro para la comunidad u obstruya la investigación. || En estos casos el capturado será puesto a disposición del juez de control de garantías inmediatamente a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas, para que en audiencia resuelva lo pertinente.** (Texto resaltado corresponde a lo efectivamente cuestionado en ese proceso).

En este orden de ideas, estas características deben estar señaladas en la ley y con mayor razón aún si se trata de facultades excepcionales.

Por ende, la restricción de la libertad, por excepcional que esta sea, debe tener sus circunstancias expresadas en la ley y no pueden quedar a discreción de quien ordenen la captura.

Ahora bien, la expresión “... o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación...” contenida en el artículo 297 parágrafo de la ley 906 de 2004, tiene dos interpretaciones con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Una primera, inconstitucional, según la cual por cuanto las características, presupuestos y requisitos de la captura excepcional en cabeza de la Fiscalía General de la Nación no están claramente definidos por la ley, se estaría violando el principio de legalidad protegido Constitucionalmente.

Una segunda, constitucional, en el entendido de que la facultad excepcional de efectuar capturas de la Fiscalía General de la Nación no será aplicable hasta tanto el legislador no regule, de conformidad con el inciso tercero del numeral 1° del artículo 250 de la Constitución, los límites y eventos en que excepcionalmente procede la captura por orden de la Fiscalía General de la Nación.

En consecuencia, esta Corporación declarará exequible la expresión “... o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación...” contenida en el artículo 297 parágrafo de la ley 906 de 2004, en el entendido de que la facultad excepcional de efectuar capturas de la Fiscalía General de la Nación no será aplicable hasta tanto el legislador no regule, de conformidad con el inciso tercero del numeral 1° del artículo 250 de la Constitución, los límites y eventos en que excepcionalmente procede la captura por orden de la Fiscalía General de la Nación.¹¹

La anterior línea jurisprudencial establece con claridad que, en los términos previstos en el artículo 250 de la Constitución, el ejercicio de la facultad del Fiscal General de la Nación o su delegado para ordenar la captura de un infractor de la ley penal, requiere del señalamiento por el legislador de presupuestos y requisitos claramente definidos que hagan de dicha facultad algo verdaderamente excepcional, los cuales no pueden ser en ningún caso menores de los que se exijan al juez de control de garantías, ni pueden

¹¹ C-190 de 2006, MP: Jaime Araujo Rentería, con aclaración de voto de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto.

desconocer el principio de legalidad señalado en el artículo 29 de la Constitución.

Recordada la línea jurisprudencial en la materia, pasa la Corte a examinar el contenido de la disposición demandada y a determinar si, tal como fue diseñada por el legislador, resulta acorde con la Constitución.

5. La regulación de la facultad de la Fiscalía General de la Nación para ordenar la captura en el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007.

Con el fin de examinar si la figura de la captura excepcional por el Fiscal o su delegado cumple con los requisitos constitucionales, la Corte pasa a identificar las condiciones previstas en la norma y a compararlas con los requisitos establecidos para la expedición de la orden de captura por el juez de control de garantías, para determinar si las condiciones establecidas para la figura excepcional son o no más exigentes y, por ende, más garantistas de la libertad personal en ese aspecto.

En relación con los “*casos*” en los cuales procede la medida de detención preventiva, tanto las normas que regulan la captura por orden del juez de control de garantías¹² como las que permiten la captura excepcional por orden del Fiscal o su delegado, remiten al artículo 313 de la Ley 906.¹³

En cuanto a las formalidades que deben darse para la expedición de la orden, en la captura ordenada por el juez de control de garantías, el artículo 296 de la Ley 906 de 2004 exige *orden previa escrita con las formalidades legales, y motivada*. En la captura excepcional por el Fiscal o su delegado, también se exige *orden escrita y motivada*.

En cuanto al fundamento que justifica la expedición de la orden de captura, en la captura ordenada por el juez de control de garantías, el artículo 19 de la Ley 1142 de 2007, exige la existencia de “*motivos razonablemente fundados*,” los cuales, según lo que establece el artículo 221 de la Ley 906 de 2004, deben estar sustentados en informes de la policía judicial, en declaraciones juradas de testigos o informantes, o en elementos materiales probatorios y evidencia física. Por su parte, el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 señala que la orden de captura excepcional dictada por el Fiscal General o su delegado debe estar fundada en *motivos serios y de fuerza mayor*, que muestren que no se encuentra *disponible* un juez que pueda proferir la medida. En este evento, la norma no exige expresamente que tales motivos estén fundados en elementos probatorios, ni que la motivación deba basarse en una constatación fáctica de

¹² Ley 906 de 2004, artículos 296 a 299, 302 y 303, 308 a 313.

¹³ Ley 906 de 2004, Artículo 313. Procedencia De La Detención Preventiva. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos: || 1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados. || 2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años. || 3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

la imposibilidad de acudir a un juez de control de garantías para que expida la orden.

Estos elementos carecen de la suficiente concreción, precisión y determinación que requiere la fijación de los límites y eventos en que excepcionalmente la Fiscalía General puede realizar capturas, tal y como lo exige el artículo 250 (1) Superior. La expresión “*motivos serios y de fuerza mayor*” y el criterio de la falta de “*disponibilidad*” del juez de control de garantías, dan lugar a las más variadas hipótesis y supuestos que dejan a la discrecionalidad del propio fiscal que ha de efectuar la captura, la determinación de esas circunstancias.

Por lo anterior, encuentra la Corte que el empleo del calificativo “*serios*” que se le otorga a los motivos por los cuales no se encuentra disponible un juez para ordenar una captura, es ambiguo e indeterminado. En estas condiciones, el Fiscal General de la Nación o su delegado pueden fijar a su arbitrio cuándo un motivo es lo suficientemente serio para demostrar que el juez de control de garantías no se encuentra disponible, sin que tal demostración tenga como base un fundamento objetivo que justifique esta medida excepcional, en materia tan grave como lo es la restricción de la libertad.

Así mismo, considera la Corte que los motivos de *fuerza mayor* en el contexto de la norma, exigen un esfuerzo interpretativo que queda en cabeza de quien aplica la medida, con una amplitud tal que se desvirtúa la excepcionalidad que previó el constituyente para una medida tan restrictiva de la libertad.

En esas condiciones, esos calificativos no cumplen en manera alguna, los parámetros del principio de legalidad consagrado por la Constitución en su artículo 29 ni por los lineamientos señalados en la jurisprudencia constitucional, pues los motivos y las condiciones para restringir la libertad deben ser plasmados claramente en la ley y no pueden quedar a discreción de quien ordene la captura.

La exigencia de que haya “*motivos serios y de fuerza mayor*” impone una carga probatoria inferior al fiscal que la que tiene el juez de control de garantías para ordenar la captura de una persona. La vaguedad de estos dos criterios, el hecho de que es el propio fiscal el que los aprecia de manera subjetiva y la amplitud de interpretaciones a que ellos dan lugar, pueden llegar a convertir en regla general la captura ordenada por el Fiscal General. Por esta razón, serán declaradas inexecutable estas dos expresiones.

También encuentra la Corte que el criterio “*disponible*” es ambiguo y permite una amplitud de interpretaciones al arbitrio del Fiscal o su delegado que permitiría convertir la expedición excepcional de órdenes de captura en una regla general. En efecto, dentro del concepto “*disponible*” cabe que el juez no exista, no esté en el lugar, no sea accesible, no está a disposición del fiscal, no

responda a las solicitudes del fiscal de manera oportuna, en fin. Por lo tanto, esta expresión también será declarada inexecutable.

Adicionalmente, subraya la Corte que una cosa es la disponibilidad jurídica y otra la disponibilidad fáctica. En principio, a la luz de las normas actualmente vigentes siempre existe un juez de garantías jurídicamente disponible, como se verá posteriormente.

Para que la captura ordenada por el Fiscal General o su delegado mantengan su excepcionalidad, el fiscal debe mostrar todo lo que hizo para encontrar fácticamente un juez de control de garantías y las circunstancias que impidieron que lo encontrara. La excepcionalidad de la figura exige un juicio de necesidad objetiva, que impone al Fiscal la obligación de demostrar en el caso concreto el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales de esta figura.

En cuanto se refiere a la disponibilidad del juez, el ordenamiento procesal penal prevé diversas posibilidades para que siempre haya un juez de control de garantías competente para dictar medidas de aseguramiento, de manera que sea efectiva la garantía de la reserva judicial. La Ley 1142 de 2007 en su artículo 3,¹⁴ estableció varias reglas que garantizan que siempre haya un juez de control de garantías jurídicamente disponible. En efecto: a) señaló como regla general de competencia del juez de control de garantías, al juez penal municipal del lugar de comisión de los hechos (inciso 1, artículo 3, Ley 1142 de 2007); b) fijó turnos previamente definidos en los municipios donde haya más de un juez penal municipal competente para ejercer la función de control de garantías (inciso 2, artículo 3, Ley 1142 de 2007); c) admitió la competencia territorial del juez penal municipal con funciones de control de garantías del lugar donde se produce la aprehensión o del lugar donde se

¹⁴ Ley 1142 de 2007, Artículo 3o. El artículo 39 de la Ley 906 de 2004 quedará así: || De la función de control de garantías. La función de control de garantías será ejercida por un juez penal municipal del lugar donde se cometió el delito. || Si más de un juez penal municipal resultare competente para ejercer la función de control de garantías, esta será ejercida por el que se encuentre disponible de acuerdo con los turnos previamente establecidos. El juez que ejerza el control de garantías quedará impedido para conocer del mismo caso en su fondo. || Si la captura se produjo en lugar distinto al de la comisión de la conducta punible, la función de control de garantías podrá efectuarla el juez penal municipal del territorio donde se realizó la aprehensión o de aquel donde por razones de urgencia o seguridad haya sido recluso el capturado. A falta de este se acudirá al juez municipal de otra especialidad. || Si después de ejercido el control judicial de la captura el fiscal formula imputación, solicita imposición de medida de aseguramiento o realiza cualquier otra solicitud dentro del mismo asunto, se aplicará la misma regla del inciso anterior. || Cuando el acto sobre el cual deba ejercerse la función de control de garantías corresponda a un asunto que por competencia esté asignado a juez penal municipal, o concurra causal de impedimento y sólo exista un funcionario de dicha especialidad en el respectivo municipio, la función de control de garantías deberá ejercerla otro juez municipal del mismo lugar sin importar su especialidad o, a falta de este, el del municipio más próximo. || Parágrafo 1o. En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de juez de control de garantías será ejercida por un magistrado de la sala penal del Tribunal Superior de Bogotá. || Parágrafo 2o. Cuando el lugar donde se cometió el hecho pertenezca a un circuito en el que haya cuatro o más jueces municipales, un número determinado y proporcional de jueces ejercerán exclusivamente la función de control de garantías, de acuerdo con la distribución y organización dispuesta por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura o de los respectivos Consejos Seccionales de la Judicatura, previo estudio de los factores que para el asunto se deban tener en cuenta. || Parágrafo 3o. Habrá jueces de garantías ambulantes que actúen en los sitios donde sólo existe un juez municipal y, además, se trate de un lugar en el que el traslado de las partes e intervinientes se dificulte por razones de transporte, distancia, fuerza mayor u otras análogas.

realice la reclusión por razones de urgencia, cuando no haya juez de control de garantías en el lugar de comisión del delito (inciso 3, artículo 3, Ley 1142 de 2007); d) en caso de ausencia de jueces penales municipales, asignó funciones de control de garantías a jueces municipales de otras especialidades (inciso 3, artículo 3, Ley 1142 de 2007); e) permitió que las funciones de control de garantías sean ejercidas por un juez municipal de cualquier especialidad ubicado en el municipio más cercano, cuando el juez penal municipal con funciones de control de garantías del lugar de comisión del delito se encuentre impedido (inciso 4, artículo 3, Ley 1142 de 2007); f) creó jueces de control de garantías ambulantes en lugares de difícil acceso (parágrafo 3, artículo 3, Ley 1142 de 2007).

De este modo, sólo cuando haya agotado todas esas posibilidades y así quede demostrado objetivamente, el Fiscal General o su delegado podría, de forma excepcional, proceder a dictar la orden de captura, para lo cual debe cumplir con una fuerte carga probatoria a fin de mostrar por qué a pesar de existir las anteriores alternativas, fue imposible que un juez expidiera la orden de captura. De lo contrario, no se estaría respetando este requisito más exigente.

Reconoce la Corte que la finalidad del legislador penal al expedir la Ley 1142 de 2007 fue la de, a la luz de los parámetros fijados en la jurisprudencia constitucional y para asegurar la excepcionalidad de la figura de la captura por el Fiscal o su delegado, establecer requisitos más exigentes que los de la captura ordenada por el juez de garantías. Por ello, la inexecutable parcial de la norma busca preservar aquellos elementos incluidos en la norma por el legislador que aseguran esa excepcionalidad y suprimir expresiones que por su ambigüedad impiden que esta figura esté sometida a límites precisos y más rigurosos, como ocurre con las expresiones “*motivos serios y de fuerza mayor*” y “*disponible*” empleadas en la primera parte del inciso primero del artículo bajo revisión.

Por otra parte, en el caso de la captura excepcional por el Fiscal General o su delegado, la norma demandada circunscribe la carga demostrativa a que existan “*elementos materiales probatorios, evidencia física o información*” de los cuales se pueda inferir “*razonablemente*” que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, así como la necesidad de la medida porque existe (i) un riesgo inminente de que la persona escape o se oculte; (ii) la probabilidad fundada de alterar los medios probatorios; o (iii) peligro para la seguridad de la víctima o la comunidad, en cuanto a que si no se le captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible.

Constata la Corte que las expresiones “*elementos materiales probatorios*” y “*evidencia física*” son más rigurosas y exigentes que las empleadas en el artículo 300 de la Ley 906 de 2004, declarado inexecutable en la sentencia C-1001 de 2005. En efecto, en dicha norma bastaba que al fiscal no le “*fuera posible obtener inmediatamente orden judicial*” para que pudiera ordenar la captura, sin que esa imposibilidad tuviera que estar sustentada fácticamente.

No se le exigía la presentación de elementos materiales probatorios, de evidencia física, o testigos, peritos y funcionarios de policía judicial que pudieran ser cuestionados, de los cuales pudiera apreciarse que la medida era realmente necesaria. En el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 bajo revisión, estos “*elementos materiales probatorios*” y “*evidencia física*” imponen una exigencia fáctica tan rigurosa como la exigida al juez de control de garantías al momento de decidir si ordena la captura de una persona.

No sucede lo mismo con la expresión “*información*” empleada en la norma, que es excesivamente amplia. En efecto, si bien esta categoría incluye la información provista por un testigo bajo la gravedad del juramento, o por peritos y funcionarios de policía judicial que son considerados motivos fundados a la luz de lo que establece el artículo 221 de la Ley 906 de 2004,¹⁵ también cabe el simple rumor o fuentes informales. Por ello, en el contexto en que se emplea esta expresión y con el fin de asegurar el carácter excepcional de la captura ordenada por el fiscal, tal expresión sólo puede aludir a la información obtenida de conformidad con lo establecido en el artículo 221 mencionado, el cual establece el respaldo probatorio que debe acompañar a los motivos fundados que justifican una medida excepcional como ésta. Por lo anterior, se condicionará la exequibilidad de la expresión “*o información*” que hace parte de la disposición, en dicho sentido para que la información ha sido obtenida de conformidad con el inciso segundo del artículo 221 de la Ley 906 de 2004.

En cuanto a la vigencia de la orden de captura, en el caso de la orden de captura dictada por el juez de control de garantías, el artículo 298 de la Ley 906 de 2004 establece una vigencia máxima de 6 meses, o hasta que se produzca la captura, si ésta ocurre antes de ese plazo. En el caso de la captura excepcional por la Fiscalía General de la Nación, el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 establece que “está supeditada a la posibilidad de acceso al juez de control de garantías para obtenerla”. Por lo tanto se trata de una vigencia precaria que depende de que subsistan en el tiempo las condiciones que impidieron que un juez con funciones de control de garantías expidiera la orden. Por lo tanto, el Fiscal General o su delegado tienen la carga de verificar y mostrar fácticamente de manera continua que las condiciones excepcionales persisten, pues de lo contrario la orden de captura dictada al amparo del

¹⁵ Ley 906 de 2004, Artículo 221. Respaldo probatorio para los motivos fundados. Los motivos fundados de que trata el artículo anterior deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado. || Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. Si se trata de un informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable. De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías. || Cuando los motivos fundados surjan de la presencia de elementos materiales probatorios, tales como evidencia física, vídeos o fotografías fruto de seguimientos pasivos, el fiscal, además de verificar la cadena de custodia, deberá exigir el diligenciamiento de un oficio proforma en donde bajo juramento el funcionario de la policía judicial certifique que ha corroborado la corrección de los procedimientos de recolección, embalaje y conservación de dichos elementos.

artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 perderá su vigencia. Procederá entonces, el hábeas corpus.

En cuanto a lo que sucede una vez se produce la captura, en el caso de la orden dictada por el juez de control de garantías, la persona capturada debe ser puesta a disposición de un juez a más tardar dentro de las 36 horas siguientes a la captura. Para la captura excepcional por la Fiscalía las condiciones son un poco más exigentes, pues la persona capturada debe ser puesta a disposición de un juez inmediatamente o a más tardar dentro de las 36 horas siguientes a la captura. En caso de incumplimiento de este requisito, también procede el hábeas corpus.

En cuanto a los controles a que es sometida la orden de captura, las disposiciones que regulan la orden de captura emitida por el juez de control de garantías establecen que el juez de control de garantías ante el cual se presente a la persona capturada deberá realizar la audiencia de control de legalidad, ordenar la cancelación de la orden y disponer lo pertinente en relación con el aprehendido. En el caso de la captura excepcional ordenada por el fiscal o su delegado, la norma cuestionada establece que una vez puesta la persona capturada a disposición del juez de control de garantías, éste efectuará la audiencia de control de legalidad de la orden y de la aprehensión. Subraya la Corte que este “control de legalidad” no es meramente formal, sino que comprende también todos los aspectos materiales dentro de los cuales son especialmente importantes los supuestos fácticos tanto los generales como los excepcionales.

De lo anterior, es posible concluir que el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007, partió de algunos requisitos inspirados en los previstos para la captura ordenada por el juez de control de garantías, pero estableció requisitos más exigentes para asegurar el carácter excepcional de la captura ordenada por el Fiscal General o su delegado. No obstante, la Corte encontró que algunos de las expresiones empleadas en la norma acusada carecen de la suficiente concreción, precisión y determinación que requiere la fijación de los límites y eventos en que excepcionalmente la Fiscalía General puede realizar capturas, tal y como lo exige el artículo 250 Superior.

Por ello, la Corte Constitucional declarará exequible el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007, salvo las expresiones “*por motivos serios y de fuerza mayor*” y “*disponible*”, que se declararán inexecutable. Igualmente se declarará exequible la expresión “*cuando (...) no se encuentre (...) un juez que pueda ordenarla*”, en el entendido de que el fiscal debe agotar diligentemente la búsqueda de todos los jueces legalmente competentes, incluido el juez de control de garantías ambulante. Finalmente, en relación con la expresión “*o información*,” será declarada exequible en el entendido de que la información fue obtenida de conformidad con el inciso segundo del artículo 221 de la Ley 906 de 2004.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007, salvo:

a) las expresiones “*por motivos serios y de fuerza mayor*” y “*disponible*”, que se declaran **INEXEQUIBLES**.

b) la expresión “*cuando (...) no se encuentre (...) un juez que pueda ordenarla*”, que se declara **EXEQUIBLE** en el entendido que el fiscal debe agotar diligentemente la búsqueda de todos los jueces legalmente competentes, incluido el juez de garantías ambulante.

c) la expresión “*o información*”, que se declara **EXEQUIBLE**, en el entendido que la información fue obtenida de conformidad con el inciso segundo del artículo 221 de la Ley 906 de 2004.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

Con salvamento de voto

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado
Impedimento aceptado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado
Con aclaración de voto

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

**ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-185 DE 2008 DEL
MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA**

Referencia: Expediente D- 6910

Demanda de inconstitucionalidad contra el
artículo 21 de la Ley 1142 de 2007

Magistrado Ponente:
MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Con el respeto de siempre por las decisiones de esta Corporación, me permito aclarar mi voto respecto de esta sentencia, con base en las siguientes consideraciones:

A mi juicio, el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 adolece nuevamente de falta de precisión, concreción y de la objetividad que requiere, de conformidad con los artículos 29 y 250.1 de la Constitución, el señalamiento por parte del legislador, de las condiciones y requisitos para que el Fiscal General o su delegado puedan proceder, de manera excepcionalísima, a una captura.

Dichos defectos –en mi parecer- no logran subsanarse con la declaración de exequibilidad condicionada. Ello porque que las razones por las cuales se declara la inexecuibilidad parcial, así como el condicionamiento de la exequibilidad de otras expresiones de la norma acusada, demuestran el desconocimiento del principio de legalidad y de la excepcionalidad de la medida de privación de la libertad de la misma.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado