

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCION DE POSGRADOS

LA ORDEN DE CAPTURA FACULTATIVA CON FINES DE
INDAGATORIA EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y LAS TENSIONES
CON EL DERECHO A LA LIBERTAD

AUTOR

ÁLVARO IVÁN QUINTERO GAYÓN

CÓDIGO 7000937

ASESOR TEMÁTICO:

DR. JULIÁN ALBERTO ARDILA MORA

ASESOR METODOLÓGICO:

DR. JAIME ALFONSO CUBIDES CÁRDENAS

BOGOTÁ D.C.

2015

LA ORDEN DE CAPTURA FACULTATIVA CON FINES DE INDAGATORIA EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y LAS TENSIONES CON EL DERECHO A LA LIBERTAD

ALVARO IVAN QUINTERO GAYON¹

RESUMEN

El presente artículo de reflexión muestra la incompatibilidad entre el derecho a la libertad, y la “captura facultativa” para efectos de escuchar a un investigado en diligencia de indagatoria cuando se trate de delitos contra la disciplina, el honor o el servicio, en tanto la aplicación de esa medida depende únicamente de la “potestad” del funcionario investigador.

Para el efecto, se trata el tema desde la óptica del derecho a la libertad, la inescindibilidad con la Dignidad Humana y la presunción de inocencia, precisando los eventos en que es viable limitarlo mediante medidas de aseguramiento atendiendo los estándares internacionales.

Al final, se logra determinar que mediante la “captura facultativa”, Colombia mantiene un sistema adjetivo de procesamiento penal que no se aviene a las garantías jurisprudenciales, ni a los basamentos internacionales, y por el contrario afecta los derechos de quienes están al servicio de la Patria.

Palabras clave: captura facultativa, libertad, indagatoria, justicia penal militar.

¹ El presente artículo académico se presenta para optar al título de especialista en procedimiento penal, constitucional y justicia militar que otorga la Universidad Militar Nueva Granada. Contacto: aiguiga17@yahoo.com.

ABSTRACT

The present reflection article shows the incompatibility between the right of freedom, and the “facultative capture” for the effects of listening the inquired in diligence of indagatory in the case of felonies against the discipline, the honor, or the service according to the Military Penal Code (522 law of 1999), whereas the application of this legal institute, depends only in the investigator functionary’s power, without for the decree exists restrictive interpretation criteria, or be applied as a “Ratio Decidendi” in front of the absence of the inquired.

The theme is treated in the perspective of the freedom right and with the indivisible Human Dignity and the innocent presumption, the events are limited by security measures regulated by the international standards, however the promulgation of the 1407 law of 2010, that seeks for an accusatory system similar to the ordinary regimen.

At the end, it is possible determine that by means of the “facultative capture”, Colombia maintains an adjective system of penal process that not agrees with the jurisprudential guaranties, neither the international foundations, and it affects the rights of the people that serves the country.

Key words: facultative capture, freedom, indagatory, Military Penal Code.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional se ha ocupado de la prevalencia de los derechos humanos y particularmente del derecho a la libertad, mediante normas que en la actualidad están incorporadas a nuestro ordenamiento a través del bloque de constitucionalidad. Vemos como el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos², prohíbe las detenciones o prisiones arbitrarias precisando que medidas como la detención preventiva “*no deben ser la regla general*” sino la excepción, cuando se trate de asegurar “*la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*”.

De otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969³, en el artículo 7º, respecto del mismo derecho a la libertad, señala que “*Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes y por las leyes dictadas conforme a ellas*”.

Sobre ese particular, la Corte Constitucional en la sentencia C - 730 de 2005⁴, precisó que ninguna privación de la libertad debe ser arbitraria porque si bien éste derecho no es absoluto, “*es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad*”⁵.

²Aprobado en Colombia por medio de la Ley 74 de 1968.

³Aprobada por medio de la Ley 16 de 1972. Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Diciembre 30 de 1973. DO. N.º. 33.780.

⁴(MP. Álvaro Tafur Gálvis; Julio 12 de 2005.)

⁵En el mismo sentido se pronunció la Corte, en la sentencia C - 397 de 1998, (MP. Fabio Morón Díaz; Agosto 05 de 1998).

No obstante esas previsiones, el 17 de agosto se promulgó la Ley 1407 de 2010⁶ con aplicación para los delitos cometidos por personal militar o policial a partir de esa fecha, quedando derogada la Ley 522 de 1999⁷. Sin embargo, ésta última se sigue aplicando toda vez que la primera aún no se ha implementado en la forma allí prevista.

Así las cosas, figuras jurídicas como la “captura facultativa”⁸ descrita en el artículo 511 de la Ley 522 de 1999⁹, consistente en privar de la libertad a un “imputado” para efectos de ser escuchado en diligencia de “indagatoria”, cuando el mínimo de la pena sea o exceda los dos años, o “cuando se investiguen delitos que atenten contra el servicio, la disciplina, el honor”, se muestra como una figura que atenta contra el derecho a la libertad personal que desconoce no solo instrumentos internacionales, sino que también contraría el artículo 28 de la Constitución Política de 1991, ya que mediante un acto que por esencia afecta la libertad individual, se constriñe a la persona para acudir al proceso penal militar para que ejerza un acto que por excelencia es defensivo, como lo es la indagatoria.

Tomando en consideración los anteriores puntos, el problema se concretizó en establecer si la captura facultativa que trata el artículo 511 de la Ley 522 de 1999, para constreñir al imputado a acudir al despacho judicial en aras de rendir indagatoria, se torna excesiva tomando en consideración que en un Estado Social de Derecho la regla es la libertad y la excepción su restricción, en atención a la existencia de otros mecanismos judiciales menos astringentes para lograr la comparecencia del procesado.

Como pregunta de investigación se planteó la siguiente: ¿Es necesaria la “captura facultativa” para hacer que una persona comparezca ante la Justicia

⁶ Por la cual se expide el Código Penal Militar. Agosto 17 de 2010. DO. N°. 47.804.

⁷ Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar. Agosto 21 de 1999. DO. N°. 43.665.

⁸ La captura facultativa es la restricción al derecho a la libertad que puede imponer por escrito el fiscal en el proceso penal militar, por delitos sancionados con pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años, o contra el servicio, la disciplina y el honor.

⁹ Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar.

Penal Militar a rendir indagatoria, no obstante la existencia de otros mecanismos menos gravosos en punto del derecho a la libertad?

Como metodología, se elaboró un estudio teórico-analítico soportado en la consulta legal y el desarrollo jurisprudencial de la captura facultativa en la Justicia ordinaria y la Penal Militar, cotejándola con el derecho fundamental a la libertad, para determinar aspectos medulares como la proporcionalidad y la racionalidad de la medida como tal.

RESULTADOS

I. EL DERECHO A LA LIBERTAD

1. El derecho a la libertad y su inescindibilidad con la DIGNIDAD HUMANA.

De antaño, la Corte Constitucional en la sentencia C - 301 de 1993¹⁰, indicó que la inviolabilidad del derecho a la libertad era “*radical*” según se desprendía del artículo 28 Superior, habida cuenta que “*Toda persona es libre*”.

Respecto del “*núcleo esencial*”¹¹ de ese derecho, radica en la posibilidad de “*desarrollar aptitudes y elecciones individuales*” dentro del respeto por los demás, y “*por la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona juzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente*”.¹²

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 301 de 1993 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; Agosto 02 de 1993).

¹¹ Por núcleo esencial se entiende el “*mínimum*” de la dignidad racional, sin cuyo reconocimiento el hombre no puede vivir o desarrollarse como ser humano, según la Corte Constitucional de Colombia, sentencia T – 336 de 1995 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa; Julio 31 de 1995).

¹² Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 301 de 1993 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; Agosto 02 de 1993).

Ese derecho a la libertad hace parte del bloque de constitucionalidad *stricto sensu*¹³ y *latu sensu*¹⁴. En el bloque de constitucionalidad en estricto sentido, se ubican el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968, donde se estipuló que solamente por las causas fijadas en la ley, se puede limitar. En igual sentido la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica), artículo 7º, donde especifica que la libertad solo se puede afectar por mandato Constitucional y por las leyes que respeten esa norma superior.

Pero hay otro derecho íntimamente ligado a todo el universo de prerrogativas del Ser Humano, cual es la dignidad humana regulada en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, refiriéndose que ésta tiene el carácter de inalienable a la persona humana, hallando en la libertad una de sus máximas expresiones.

De otro lado, la Convención Americana de Derechos Humanos enaltece la honra y la dignidad, estableciendo que de ella es depositaria “toda persona”, de suerte que nadie puede ser “objeto de injerencias arbitrarias”, correspondiéndole a la ley su protección, amén del derecho a la igualdad reseñado en el artículo 24 *ibidem*, de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política.

Ahora bien, la inescindibilidad del derecho a la libertad con la DIGNIDAD HUMANA, radica en que el eventual impacto de una medida como la “*captura*

¹³Ha precisado la Corte Constitucional de Colombia en las sentencias C - 358 de 1997 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, Agosto 05 de 1997), C - 191 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; Mayo 06 de 1998) y la T - 568 de 1999 (MP. Carlos Gaviria Díaz; Agosto 10 de 1999), que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación es los estados de excepción, como el Pacto de San José, Los Convenios de Ginebra, etc.

¹⁴Hacen parte del bloque de constitucionalidad *latu sensu*, las normas internas tales como leyes orgánicas o estatutarias, entre otras, que regulen una materia al unísono con la Constitución. *Cfr.*, entre otras, la Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 708 de 1999 (MP. Álvaro Tafur Galvis; Septiembre, 22 de 1999).

facultativa”, se debe analizar en función de la afectación a esa dignidad, cuyo impacto se minimiza cuando al imponerla se hace el correspondiente test según criterio de la Corte Constitucional en la sentencia C - 024 de 1994¹⁵, consistente en precisar si hay motivos fundados, la proporcionalidad, la necesidad, la finalidad y un límite temporal en la restricción.

De no proceder así, según la Corporación se puede incurrir en desviación de poder, que se presenta cuando así se actúe dentro de la órbita funcional, con competencia y atendiendo los procedimientos, el servidor “utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia¹⁶”.

II. LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD

1. Antecedentes normativos y algunos pronunciamientos jurisprudenciales sobre medidas de aseguramiento.

La orden de captura facultativa se maneja en el Derecho Penal Militar Colombiano desde la expedición del Decreto 2550 del 12 de diciembre de 1988¹⁷, en cuyo artículo 610 se decía que procedía para fines de indagatoria por delitos con pena de dos (2) o más años, y en delitos “*contra el servicio, la disciplina, el honor, o cuando se haya proferido en contra de la persona que deba ser indagada medida de aseguramiento, de caución o detención en otro proceso*”. Esos presupuestos no han cambiado desde entonces, al punto que la misma redacción se empleó en el artículo 511 de la Ley 522 de 1990¹⁸.

¹⁵MP. Alejandro Martínez Caballero. Cítelo en APA

¹⁶Al respecto la sentencia C-456 de 1998 MP. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁷ Por el cual se expide el nuevo Código Penal Militar.

¹⁸Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar.

Básicamente la figura se ha trasladado de los Códigos de Procedimiento Penal Colombiano¹⁹, al Derecho Penal Militar de manera literal, desde antes de la Constitución de 1991²⁰.

La Corte Constitucional en la sentencia C - 106 de 1994²¹, refiriéndose a la exequibilidad del artículo 375 “*captura facultativa*”, del Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991²², estableció las diferencias entre penas y medidas de aseguramiento precisando que se trata de “*instituciones perfectamente compatibles con la Constitución en cuanto tienen un carácter preventivo, no sancionatorio*”, que propenden por la comparecencia del sindicado al proceso penal, y que no eluda la acción de la justicia.

Se dijo que el artículo 28 Superior avalaba las medidas de aseguramiento, mientras que el 29 ibídem respaldaba las penas una vez se desvirtuara la presunción de inocencia. Se agregó que las primeras no implicaban la imposición de una sanción propiamente dicha, luego el debido proceso permanecía incólume.

Que las medidas de aseguramiento no suponían un juicio ni valoración del universo probatorio, sino que bastaba verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador para su procedencia.²³

De otro lado, se ha establecido que el objeto de las medidas de aseguramiento eran básicamente los siguientes: (i) asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, (ii) garantizar la presencia de

¹⁹ Decreto 050 de 1987. Por el cual se expide el código de procedimiento penal. Enero 13 de 1987. DO. N°. 37.754. Decreto 2700 de 1991. Por el cual se expiden las normas de procedimiento penal. Noviembre 30 de 1991. DO. N°. 40.190. y Ley 600 de 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Julio 24 de 2000. DO No. 44.097.

²⁰ Al respecto se puede consultar el artículo 399 del Decreto No. 050 de 1987. Por el cual se expide el código de procedimiento penal. Enero 13 de 1987. DO. N°. 37.754.

²¹ (José Gregorio Hernández Galindo, Marzo 10 de 1994).

²² Por el cual se expiden las normas de procedimiento penal.

²³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 106 de 1994 (MP. José Gregorio Hernández Galindo; Marzo 10 de 1994).

los sujetos procesales y (iii) afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad. Todo en aras de asegurar el cumplimiento de las decisiones judiciales.²⁴

En la misma providencia se indicó que en virtud del artículo 29 Superior y dada la afectación a derechos fundamentales, las medidas de aseguramiento debían cumplir dos exigencias fundamentales que estructuran su legalidad, que son: (i) **formales** (mediante providencia interlocutoria sustentada en elementos probatorios), y (ii) **sustanciales** (que atiendan a por los menos uno o dos indicios graves de responsabilidad, tomando como referente las pruebas legales allegadas al proceso).²⁵

En cuanto a la finalidad de las medidas, la misma Corporación señaló que se encaminaban a “*asegurar a las personas acusadas de un delito para evitar su fuga y garantizar así los fines de la instrucción y el cumplimiento de la pena...*”, siendo computable el término de duración, con la pena que llegare a imponerse, respetando siempre el principio de “*plazo razonable*” en la duración para preservar incólume la presunción de inocencia como garantía del debido proceso.²⁶

En la sentencia C - 301 de 1993²⁷, se explicó que el principio de plazo razonable en la imposición de una medida restrictiva de la libertad, se debía tener en cuenta (i) su duración en proporción a la ofensa, (ii) los efectos materiales o morales sobre la persona detenida, (iii) las dificultades objetivas propias de la investigación - complejidad respecto a los hechos, número de testigos o acusados, necesidad de una evidencia concreta, etc. -, (iv) el peligro

²⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 774 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil; Julio 25 de 2001).

²⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 774 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil; Julio 25 de 2001).

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 774 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil; Julio 25 de 2001).

²⁷ (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; Agosto 02 de 1993).

de fuga, (v) la posibilidad de reincidencia y (vi) la capacidad de destrucción de la evidencia²⁸.

En la sentencia C - 301 de 1993²⁹ se registró que el límite a la imposición de las medidas de aseguramiento era el artículo 29 de la Carta Política, para cuyos efectos se debe tener en cuenta el “*criterio de justificación razonable*” al expedirse el auto interlocutorio que la decreta por parte del funcionario judicial.

La Doctrina también se ha pronunciado sobre ese particular, siendo uno de los exponentes Prieto (2006) quien precisó que “toda afectación a los derechos fundamentales del procesado... debe ser proporcional a los fines constitucionales de la medida, proporcionalidad que implica también razonabilidad, idoneidad o necesidad y adecuación”. (p. 19).

Esa justificación que es propia de la exigencia formal de tales medidas, debe cimentarse en los objetivos establecidos, esto es, argumentarse si lo pretendido con la medida de aseguramiento, pues de lo contrario el funcionario que la emite se adentra el mundo del despotismo ya superado en nuestro ordenamiento jurídico, por lo menos tratándose de la justicia ordinaria.

De lo dicho se desprende también que el derecho a la libertad no es absoluto ni ilimitado, como lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia C - 578 de 1995³⁰, en tanto se debe armonizar con los demás bienes y valores protegidos constitucionalmente para no afectar la convivencia social.

²⁸En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 60987 (MP. MP. José Leonidas Bustos; 19 de junio de 2012).

²⁹(MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; Agosto 02 de 1993).

³⁰Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Argumento reiterado en la sentencia C-774 de 2001 magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

Esa tesis siempre se ha manejado, sin embargo en las legislaciones emitidas al abrigo de la Constitución de 1886, y aún después de la Constitución de 1991 con la Ley 600 de 2000³¹, se manejaba como regla general que a todo delito cuya pena privativa fuera de dos (2) o más años (hasta el Decreto 2700 de 1991³²), o de cuatro (4) o más años (en la Ley 600 de 2000³³), le procedía la detención para asegurar la comparecencia de la persona requerida.

Pero el cambio introducido al procesamiento penal a partir del Acto Legislativo 03 de 2002³⁴ para darle cabida al sistema penal acusatorio, estableció mutaciones sustanciales a la imposición de medidas restrictivas de la libertad, en tanto la discrecionalidad o “*facultad*” del funcionario investigador desaparecía, siendo los jueces de control de garantías, en lo sucesivo, quienes impartían no solo la legalidad a las capturas, sino que decidirían si era o no procedente una medida que afectara derechos como la locomoción.

A diferencia de las normas anteriores, con la Ley 906 de 2004³⁵, sin respecto del delito que se trate o la pena que amerite, una vez la persona sea capturada bien sea en flagrancia o en cumplimiento a una orden de captura autorizada judicialmente, se debe presentar ante el juez de control de garantías quien es el servidor encargado de disponer dos aspectos a saber: la legalidad del procedimiento y la imposición de alguna medida preventiva privativa o no de la libertad.

La filosofía respetuosa del derecho a la libertad en la prenotada Ley, se condensa en el artículo 295 cuyo tenor literal reza que la restricción a esa fundamental prerrogativa inherente al ser humano, “***tiene carácter***

³¹ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Julio 24 de 2000. DO No. 44.097.

³² Por el cual se expiden las normas de procedimiento penal. Noviembre 30 de 1991. DO. N°. 40.190.

³³ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Julio 24 de 2000. DO No. 44.097.

³⁴ Por el cual se reforma la Constitución Nacional; Diciembre 19 de 2002.

³⁵ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal; Agosto 31 de 2004. DO. N°. 45.658.

excepcional", luego las causales por las que procede "*solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.*"³⁶

De hecho, con la expedición de la Ley 1760 del 06 de julio de 2015³⁷, la cual, si bien es cierto entrará en rigor en julio de 2016, se imponen mayores exigencias a las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, estableciendo límites al tiempo de duración que no podrá superar el año, prorrogable solamente ante conductas de competencia de la justicia especializada, cuando se trata de tres o más procesados, y casos relacionados con la transparencia en la administración pública (corrupción).

En lo esencial, la nueva normativa dispone que la limitación al derecho de locomoción es viable únicamente en el evento en que ninguna de los demás mecanismos previstos sea insuficiente para beneficio del proceso y en favor de la sociedad en términos de seguridad.

Pero de antaño ya lo había advertido Aponte (2006, p. 161) en el sentido que la libertad de una persona *per se* no se puede considerar como "*peligrosista*", sino que ella derivaba de la actuación o la conducta particularmente desarrollada.

La Corte Constitucional en la sentencia C - 591 de 2005, también había enfatizado en la necesidad de establecer "límites teleológicos constitucionales expresos a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de derechos fundamentales". Otra cosa, es que el legislador estaba en mora de emitir una ley que procurara el respeto por la libertad haciendo de su limitación una verdadera excepción.

³⁶ Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal; Agosto 31 de 2004. DO. N°. 45.658.

³⁷ Por medio de la cual se modifican las medidas de aseguramiento de la Ley 906 de 2004.

De ahí que mediante la nueva normatividad se hayan impuesto más dificultades al ejercicio indiscriminado de las medidas de aseguramiento. No obstante, tales medidas no aplican para la Justicia Penal Militar en tanto aún sigue rigiendo la Ley 522 de 1999, normativa en la cual se prevé la “*captura facultativa*” a discreción del funcionario investigador y sin control de legalidad, no obstante los avances que la justicia ordinaria ha mostrado en esos eventos.

2. La indagatoria y la presunción de inocencia

El artículo 512 de la Ley 522 del 12 de agosto de 1999, prevé que el imputado debe ser citado para que rinda indagatoria, y una vez concluida tal diligencia el procesado será puesto en libertad “*inmediatamente*” excepto “*cuando el delito por el que se procede tenga señalada pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años y el funcionario considere que no es necesaria la orden de captura*”.

Se constata que la privación de la libertad por los delitos cuya pena sea o exceda el monto antes indicado, no opera de *ipso facto*, sino que le corresponde al funcionario judicial verificar un aspecto que tiene un componente objetivo y otro subjetivo, en el sentido de analizar el caso para determinar si es o no necesario emitir la orden de captura, pero tomando en consideración la conducta, la posibilidad de reincidencia, entre otros aspectos medulares e insoslayables.

El prenotado artículo 512 de la Ley 522 de 1999, es una réplica del artículo 376 del Decreto 2700 de 1991, el cual, fue objeto de acción de inconstitucionalidad, donde la Corte tuvo la oportunidad de hacer algunas precisiones sobre el tema planteado en este trabajo.

Se trata de la sentencia C - 403 de 1997³⁸ declarando la exequibilidad de la norma pero bajo unas premisas que en lo esencial se contraponen a la discrecionalidad ínsita en la “*captura facultativa*”, de la cual, se hace uso inadecuado al disponerse capturas únicamente con fines de indagatoria, que es el eje central de este trabajo.

Para empezar, se dijo que la indagatoria en un sistema inquisitivo es por excelencia el acto que permite decirle al perseguido penal las razones que han motivado su comparecencia ante el estrado, para que de manera libre y voluntaria explique o contextualice a quien lo requiere, sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre la conducta desplegada.³⁹

El planteamiento medular se encaminó a que siendo la indagatoria parte del debido proceso, la “*captura potestativa*” tenía su teleología fincada en los fines esenciales del Estado en términos de protección ciudadana y el cumplimiento de los deberes del Estado en punto de hacer justicia, pero eso sí, con respeto por las garantías de los procesados.

Son múltiples los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre la indagatoria, entre ellos aquél según el cual esa diligencia “pues coincide con la oportunidad con que cuenta el sindicado para explicar su conducta, solicitar la práctica de pruebas, replicar las imputaciones y las pruebas de cargo”.⁴⁰

Desde ese punto de vista, la indagatoria no se puede entender “como una imputación de cargos”⁴¹ para emitir una orden de “*captura potestativa*” a efectos de lograr la comparecencia del investigado, en tanto existen siempre mecanismo

³⁸ (Magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa; Agosto 28 de 1993)

³⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 403 de 1993 (Magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa; Agosto 28 de 1993).

⁴⁰ Así lo dijo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicados N°. 13896 y 14126 del 04 de julio de 2001, (MP. Herman Galán Castellanos; Julio 04 de 2001).

⁴¹ Al respecto se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicados N°. 13896 y 14126 del 04 de julio de 2001, (MP. Herman Galán Castellanos; Julio 04 de 2001).

menos gravosos para ese cometido como la citación previa, según la propia voz de la Corte Constitucional citada *supra*. También se ha dicho por la misma Corporación que el derecho a guardar silencio en la indagatoria nunca genera “un plus indiciario”⁴² en contra de quien la debe rendir.

A manera de comentario adicional, cabe anotar, que la garantía Constitucional del artículo 33 no es óbice en el sentido si el procesado llegase a referir aspectos que lo comprometan tanto en el interrogatorio o en las ampliaciones, éstos no se tengan en cuenta para edificar indicios en su contra, siempre y cuando entienda no solo las garantías legales, sino que sea consciente de las implicaciones de sus palabras⁴³. La razón radica, en que el derecho a la no autoincriminación no implica el derecho a mentir⁴⁴.

En tal sentido, se enfatizó que la captura como exteriorización del ejercicio del poder público solamente procedía ante la existencia “*de prueba que conduzca a demostrar que el procesado se enteró efectivamente de la determinación judicial y ha desatendido los requerimientos judiciales.*”⁴⁵

Ese pronunciamiento emitido por la más alta esfera encargada de proteger los derechos fundamentales, sin duda le pone una limitante al uso de la “*captura facultativa*” generalizada, en tanto media la restricción al derecho de locomoción, debiéndose en consecuencia agotar, previo a emitirla, la citación al inculpado para que este acuda de manera voluntaria a rendir indagatoria y colabore con la administración de justicia, teniendo en cuenta que el proceso es un medio para buscar la verdad material⁴⁶.

⁴²Sala de Casación Penal, radicado 31882 (MP. Javier de Jesús Zapata Ortiz; Septiembre 17 de 2011).

⁴³Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, radicado 31450 (MP. Alfredo Gómez Quintero; Mayo 26 de 2010).

⁴⁴Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 27690 (MP. Julio Enrique Socha Salamanca; Julio 02 de 2008).

⁴⁵Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 403 de 1997 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa; Agosto 28 de 1993).

⁴⁶Así lo advirtió la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas, radicado 61485 (MP. José Leonidas Bustos Martínez; Agosto 08 de 2012).

Es pues, precisamente esa falta de colaboración patentizada en acudir al llamado de los jueces, el único criterio objetivo a tener en cuenta antes de limitar el derecho a la libertad con una “*captura facultativa*”. Entonces, por razones obvias y atendiendo los basamentos jurisprudenciales, esa medida siempre debe estar supeditada al agotamiento de la citación y a la verificación de que la persona no desea comparecer.

Sin embargo, la norma aún está vigente y su aplicación no precisamente obedece a tales parámetros, sino que sigue siendo “*potestativo*” del servidor judicial, lo cual se no aviene a la actualidad jurídica nacional e Internacional en materia de restricción de derechos fundamentales, condensadas en el actual sistema penal acusatorio donde las garantías son mayores en tanto la limitación de los derechos no depende del investigador, sino de lo que decida un juez de control de garantías, lo que en la Ley 522 de 1999 no sucede.

III. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

Para abordar este aspecto, necesariamente se debe hablar de bloque de constitucionalidad, cuya noción, según Uprimny (2006, pp. 4 y 5) se refiere a la existencia de normas del mismo rango Constitucional, pero no aparecen descritas en la Carta Política, lo cual significa que el contenido de una constitución puede trascender a su simple articulado.

Particularmente se hace referencia a los tratados y convenios firmados y ratificados por el Estado Colombiano, como por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento que por ser el más amplio en punto del derecho a la libertad y su tratamiento, merece un comentario especial.

El artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos,⁴⁷ establece el derecho a la “protección judicial”, de donde se desprende que “toda persona” puede recurrir las decisiones ante los Jueces o Tribunales competentes, para hacer efectivos sus derechos “reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”.

Las decisiones recurribles pueden ser entre otras aquellas que en un proceso penal restringen derechos fundamentales como la libertad, y particularmente en la Justicia Penal Militar cuyo instrumento adjetivo aplicable actualmente es la Ley 522 de 1999, esa limitación a la locomoción para efectos de indagatoria se hace por medio de la “*captura facultativa*”.

Como ya se ha indicado, quien dispone ese tipo de captura es el mismo funcionario investigador sin que contra ella proceda recurso alguno, no obstante el prenotado derecho Convencional a la “protección judicial” cuya finalidad es precisamente solicitarle a un juez de mayor jerarquía al inicial, la revisión de la decisión impugnada. En la Justicia Penal Militar no existe ese mecanismo en tanto aún se aplica la Ley 522 de 1999 de corte inquisitivo que tiene como concepción esencial, según García, E. (2010. p. 277), la concentración de poder en una única mano, con investigaciones casi secretas. A decir verdad, esa característica tiene el actual procesamiento penal militar por falta de implementación del sistema penal acusatorio en esa jurisdicción.

Al respecto, es de recibo anotar que para el cumplimiento de los mandatos ínsitos en la Convención Americana de Derechos Humanos, ese instrumento Internacional contiene un deber de ineludible acatamiento para los

⁴⁷ Aprobada por la Ley No. 16 de 1972, Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Febrero 05 de 1973. DO. No. 33780.

Estados partes, inscrito en el artículo 2º⁴⁸ que consiste en adoptar disposiciones de derecho interno acordes a la Convención, para garantizar los derechos y libertades mediante la expedición de las medidas legislativas necesarias, que atiendan el principio de progresividad desarrollado en el artículo 26 *ibídem*.

Pese a ese compromiso contraído por Colombia que debe cumplir en virtud del *pacta sunt servanda* propio del artículo 26 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”⁴⁹, y no obstante la existencia de la Ley 1407 del 17 de agosto de 2010⁵⁰, aún se continúa haciendo uso de figuras propias de un derecho astringente contra el derecho a la libertad, como lo es la “*captura facultativa*” propia de la Ley 522 de 1999, cuya aplicabilidad es posible por fallas en la implementación de la norma que la derogó, esto es, la Ley 1407 del 17 de agosto de 2010.⁵¹

En ese punto subyace que Colombia, no obstante haber ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, aún no ha implementado el Sistema Acusatorio en la Justicia Penal Militar, lo cual, ocasiona que la restricción de derechos fundamentales como la libertad, sea decidida por un funcionario judicial sin que el afectado tenga derecho a un recurso judicial efectivo para que otro servidor de mayor jerarquía disponga su legalidad.

IV. LA CAPTURA FACULTATIVA EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR EN COLOMBIA Y SUS PROYECCIONES

⁴⁸ La norma dice que “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

⁴⁹ Aprobada en Colombia por medio de la Ley 132 del 29 de enero de 1985

⁵⁰ Por la cual se expide el Código Penal Militar, que prevé la figura de los jueces penales militares con función de control de garantías.

⁵¹ Por la cual se expide el Código Penal Militar.

1. Funcionamiento de la Justicia Penal Militar

El artículo 116 de la Constitución Política establece que la Justicia Penal Militar hace parte de las autoridades que administran justicia, adscrita al poder ejecutivo y a condición de “que las conductas ilícitas sometidas a su consideración están estrechamente vinculadas con el manejo de la fuerza”, vale decir, Fuerzas Militares o Policía Nacional como integrantes de la Fuerza Pública⁵²; además, que aquellos sobre quienes se aplica sean extraños a la vida civil⁵³.

Por ende, en su aplicación se deben respetar los ejes constitucionales que inspiran la administración de justicia en general, sujetándose a “los principios de independencia, imparcialidad y objetividad, inherentes al debido proceso y al ejercicio de la función jurisdiccional”⁵⁴.

En términos de finalidad, el fuero que representa esa forma de justicia, como se desprende del artículo 21 Superior, radica en que “los miembros de la Fuerza Pública estén cubiertos en sus actividades de servicio por un régimen jurídico penal especial”, que pueda entender la misionalidad que cumplen⁵⁵.

Esa competencia excepcional que entraña la Justicia Penal Militar, se activa cuando en la comisión de la conducta punible convergen los elementos: El subjetivo y el funcional. El primero se refiere a que el investigado sea miembro activo de las Fuerzas Armadas, mientras que el funcional hace referencia al cumplimiento de las funciones que constitucional, legal y

⁵²Al respecto, el artículo 216 de la Constitución dice que “La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.”

⁵³Así lo indicó la Corte Constitucional de Colombia en las sentencias C - 047 de 1996 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa; Febrero 08 de 1996); y C -676 de 2001, (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra; Junio 28 de 2001).

⁵⁴Ver sentencia C - 141 de 1995 (MP. Antonio Barrera Carbonell; (Marzo 29 de 1995).

⁵⁵Así se indicó también en la sentencia C - 399 de 1995, MP. Alejandro Martínez Caballero(Septiembre 07 de 1995).

reglamentariamente le corresponde cumplir a ese funcionario y que el delito esté relacionado con el mismo⁵⁶.

Y es el legislador, en consecuencia, el que debe definir los aspectos adjetivos y sustantivos de la Justicia Penal Militar, mediante la expedición de leyes que se apliquen en la práctica para que no suceda con la actual Ley 1407 de 2010, en cuyo artículo 627 se delegó en cabeza del Ministerio de Defensa Nacional la implementación gradual de la misma de acuerdo al presupuesto del sector, sin que a la fecha se haya cumplido ese mandato, no obstante haberse establecido que ello debería producirse dentro del año siguiente a su promulgación, esto es, en 2011.⁵⁷

Frente al proceso penal militar también se han emitido pronunciamientos relacionados con las garantías que acompañan al servidor de la Fuerza Pública, señalándose que quien lo investigue, acuse y juzgue sea absolutamente imparcial, so pena de desconocerse el debido proceso⁵⁸.

2. Proyección de la Justicia Penal Militar frente a la restricción de derechos

Se debe admitir que la intención del legislador y del sector defensa, es alinear a la Justicia Penal Militar con las nuevas tendencias garantistas que en Colombia se implementaron con el Acto Legislativo 03 de 2002, que dio paso a

⁵⁶Corte Constitucional de Colombia sentencia C - 358 de 1997 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; Agosto 05 de 1997).

⁵⁷Al respecto, el artículo 627 dice que “El Ministerio de Defensa Nacional en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a más tardar dentro del año siguiente de la promulgación de la presente ley establecerá un plan de implementación del Sistema Acusatorio en la justicia penal militar acorde con el Marco Fiscal de mediano plazo del Sector Defensa y el Marco de Gasto de mediano plazo del mismo sector.”

⁵⁸Corte Constitucional de Colombia sentencia C-928 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa; Noviembre 07 de 2007).

la implementación del sistema penal acusatorio, caracterizado por la separación definitiva de las labores de investigación y juzgamiento.⁵⁹

Esa labor se realizó con la expedición de la Ley 1407 de 2010, que aún no se ha implementado, pero cuya teleología es similar a la Ley 906 de 2004 en términos de aplicación de medidas restrictivas del derecho a la libertad como órdenes de captura, en el sentido que éstas proceden de manera excepcional y solamente las puede decretar un juez de control de garantías a petición de la Fiscalía General de la Nación.⁶⁰

Pero de manera positiva desaparece la “*captura facultativa*”, en tanto el artículo 455 establece los “requisitos generales”⁶¹ para que un miembro de la Fuerza Pública pueda ser objeto de una captura. Puntualmente dice la prerrogativa que “la captura... requerirá orden escrita proferida por el Juez Penal Militar de Control de Garantías...”, a solicitud del fiscal que dirija la investigación.

La norma aclara que para esa petición por el ente investigador, se deberán anexar los elementos materiales probatorios que legalmente haya obtenido, pues de lo contrario el Juez Constitucional se abstendrá de decretarla. Así las cosas, subyace un procedimiento absolutamente diáfano y supremamente garantista en comparación con la aun aplicable Ley 522 de 1999 en punto de la misma captura.

⁵⁹ Mediante el artículo 2º del Acto Legislativo No. 03 de 2002, se modificó el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia de 1991, según el cual a la Fiscalía se le despajaba de la facultad de imponer medidas de aseguramiento, por lo que debía “Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba.”

⁶⁰ Ver el artículo 265 de la Ley 906 de 2004, que dice: “AFIRMACIÓN DE LA LIBERTAD. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.”

⁶¹ Los requisitos generales de procedencia de la orden de captura en el nuevo Código Penal Militar, dicen que ésta solo procede por “orden escrita proferida por el juez penal militar de control de garantías con las formalidades legales y por motivo previamente definido por la ley.”

Otro aditamento que redundaba en favor de los indiciados, es que una vez capturada la persona, debe ser puesta a disposición del Juez Penal Militar de control de garantías para el respectivo control de legalidad dentro de las 36 horas siguientes, para que cancele la orden de captura y disponga eventuales medidas de aseguramiento.⁶²

Como se aprecia, hay una clara distinción entre la labor de investigación que le corresponde a la Fiscalía Penal Militar, y quien debe decidir sobre la limitación de los derechos fundamentales de los procesados, lo cual se ajusta a los parámetros incluso de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido que toda persona tiene derecho a un recurso judicial para impugnar las decisiones que lo afectan.

Lamentablemente como aún se continúa aplicando la Ley 522 de 1999, el mismo funcionario que actualmente emite la orden de “*captura facultativa*”, es el que decide posteriores medidas de aseguramiento, incurriéndose así en un despotismo absoluto que riñe con la deontología de un Estado Social de Derecho, el principio de progresividad y hasta la teoría del derecho viviente⁶³.

Al respecto, Casas (2010 p. 13), explica que la prevalencia y el respeto por los derechos fundamentales dependerán en gran medida por el modelo de Estado adoptado, así, en un Estado social de derecho –como el adoptado en Colombia desde 1991- “el derrotero será siempre la garantía de la dignidad humana con su libertad”. De lo contrario, dice la autora, no se respondería a la

⁶² Ver el artículo 455 de la Ley No. 1407 de 2011, Por la Cual se expide el Código Penal Militar.

⁶³ Sobre la teoría del derecho viviente ha sido tratada por la Corte Constitucional en la sentencia C-593 de 2011 MP. Luis Ernesto Vargas Silva, indicando que hace referencia “al alcance de las interpretaciones judiciales de disposiciones legales, las cuales pueden llegar a constituir derecho viviente, en cuanto se trate de interpretaciones judiciales (i) consistentes, aunque no necesariamente idénticas o uniformes; (ii) consolidadas, de forma que se refieran a reiteraciones de una misma línea jurisprudencial y se hayan extendido en la correspondiente jurisdicción; y (iii) relevantes, en cuanto fijen el alcance y efecto normativo del precepto jurídico de que se trate...”

filosofía de esa forma de funcionamiento que por excelencia se basa en el sentido social. Desde esa óptica, Colombia está en mora de implementar un sistema penal militar que se identifique con esa filosofía.

Y es que en torno a la estrecha relación entre los derechos fundamentales y la deontología del Estado Social de Derecho BERNAL y MONTEALEGRE (2004), han explicado que el punto básico de éste “estriba en la protección real de los derechos consagrados en la Constitución”.

”El Estado Colombiano ha hecho esfuerzos teniendo en cuenta esa dignidad humana y la libertad de los miembros de la Fuerza Pública mediante la expedición de normas en ese sentido. Se hace referencia a la Ley 1224 del 16 de julio de 2008⁶⁴, para facilitar un acceso gratuito y especializado para la representación en procesos penales “por conductas cometidas en servicio activo y en relación con el mismo, cuyo conocimiento corresponda a la Justicia Penal Militar.”⁶⁵

También se promulgó la Ley 1698 del 26 de diciembre de 2013⁶⁶, con alcance en términos de asistencia incluso al derecho disciplinario, siempre que medie petición de los interesados, y aplica para activos y retirados cuando las conductas se hayan relacionado con el concepto de servicio.

Todo ello permite inferir que la Justicia Penal Militar está bien proyectada no solo en términos del ejercicio de la acción penal, sino de defensa especializada para los integrantes de las Fuerzas Armadas, que en un contexto de guerra o conflicto como el que padece Colombia desde hace más de cinco décadas, se patentan loables.

⁶⁴ Por la cual se implementa la Defensoría Técnica de la Fuerza Pública.

⁶⁵ Al respecto ver el artículo 2º de la citada Ley.

⁶⁶ Por la cual se crea y organiza el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, y se dictan otras disposiciones.

Sin embargo, en la actualidad ninguna de esas estrategias funcionan adecuadamente. Antes, bien se continúa aplicando un derecho inquisitivo que no se aviene a las garantías que caracterizan el sentido social de un Estado sin que la administración se ocupe de implementar la Ley 1407 de 2010 y los mecanismos de defensa jurídica, pese a la exposición permanente de militares y policías a las consecuencias de guerrillas, bandas criminales, delincuencia organizada, narcotráfico, y todas las formas de criminalidad que deben afrontar, incluso ofrendando sus vidas.

CONCLUSIONES

No obstante la forma de Estado adoptada a partir de la Constitución de 1991 fundamentada en el sentido social, tratándose de la Justicia Penal Militar, particularmente en el sistema de procesamiento, en Colombia aún se continúa aplicando un modelo inquisitivo donde la restricción de derechos fundamentales como la libertad y de contera la dignidad humana, se sigue aplicando por la mera voluntad y liberalidad de un solo funcionario –el investigador- mediante la “*captura facultativa*” sin que medie intervención de los Jueces de control de garantías.

La razón radica en que mediante la “*captura facultativa*” solamente para efectos de indagatoria o en delitos que atenten contra el servicio, la disciplina o el honor, con penas que apenas superan los dos años, sin que medie la intervención de un tercero independiente para que imparta legalidad, suprime la autonomía de la personal, oprimiéndola y reduciéndola por la mera “*potestad*” del investigador, desconociéndose los bloques de constitucionalidad *stricto sensu* y *latu sensu*.

Es lamentable que después de más de una década de haberse superado el sistema inquisitivo en materia penal con la promulgación de la Ley 906 de 2004, la Justicia Penal Militar aún no haya superado los viejos paradigmas, pese a que los destinatarios son los mismos funcionarios que

ofrendan sus vidas y exponen su integridad personal para hacer cumplir la Constitución y la Ley, con todo y las dificultades en materia de orden público.

No se justifica que en un Estado que se precia de ser social y democrático de derecho, se mantengan figuras como la “*captura facultativa*” para hacer que un militar o policía comparezca a una diligencia de indagatoria, pese a tratarse de personas que siempre estarán ubicables en razón al servicio que prestan, a la característica de ininterrumpido del mismo.

Desafortunado es que una justicia rotulada como especial precisamente por la particularidad en que las conductas descritas como delito se presentan, sea más astringente en términos de derechos fundamentales como la libertad, que el mismo sistema ordinario donde al delincuente que no le presta un servicio al País, que no afronta las vicisitudes de la guerra, se le brinde un trato alineado con los parámetros internacionales en cuanto puede acceder a recursos judiciales efectivos para impugnar decisiones que limiten sus derechos.

Ahora bien, la “*captura facultativa*” tampoco se aviene a los lineamientos jurisprudenciales al no ser necesarios para asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales o afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, como quiera que ordenar la captura de manera potestativa de un servidor de la Fuerza Pública para fines de indagatoria en delitos contra el servicio, la disciplina o el honor, es afectar un derecho de gran valía para la humanidad, sin que existan en realidad decisiones de peso en el expediente, en tanto precisamente la indagatoria, dada su calidad de mecanismo defensivo, es donde la persona presentará elementos de juicios exculpativos que pueden justificar su conducta o desestructurar los componentes estructurales del tipo por el cual se procesa.

Menos aún esa medida se muestra útil para lograr la comparecencia del indiciado ante la autoridad judicial, pues para eso bastaría con la orden de citación a la unidad donde labore el funcionario, para que se disponga la

presentación, constatándose así el incumplimiento a los criterios de justificación razonable. La única excepción aparecería cuando la persona ya no haga parte de la Fuerza Pública, caso en el que tampoco se justificaría la manera inquisitiva como se dispone la captura, porque si bien la libertad no es un derecho absoluto, su limitación solo es viable con plenas garantías en el sentido de ser decretada por Jueces que gocen de independencia, virtud que no existe cuando quien investiga es el mismo que dispone tal restricción, actuando como Juez y parte *ab initio*.

En consecuencia, en el actual sistema de procesamiento penal basado en la Ley 522 de 1999, la restricción al derecho de libertad no es la excepción sino la regla, al no existir criterios de interpretación restrictiva por parte de los funcionarios de la Justicia Penal Militar, ni una exigencia en términos de necesidad y proporcionalidad, no obstante incluso las últimas normativas en el derecho ordinario que limitan aún más las medidas de aseguramiento.

Tampoco cumple con la sentencia C-403 de 1997, donde se dijo que la “*captura facultativa*” solo operaba cuando la persona requerida desatendía los requerimientos judiciales en ese sentido. Es decir, que solo puede operar como la última ratio. Sin embargo, aún bajo esas premisas se patenta como una medida que ya no se identifica con las garantías ínsitas en un Estado Social de Derecho.

Pero evitar la imposición incluso ya no depende de iniciativa Legislativa, sino de voluntad política mediante la asignación de los recursos para que se aplique plenamente la Ley 1407 de 2010, no solo para ubicar a la Justicia Penal Militar a tono con los estándares internacionales en materia de protección a los derechos humanos, sino para brindarle a los integrantes de la Fuerza Pública, investigaciones penales justas y con todas las garantías que representan los Jueces con ese rótulo, que desde la óptica Constitucional, vigilen el trabajo de los investigadores, logrando la paridad de armas de la que se carece hoy día.

REFERENCIAS

Asamblea Nacional Constituyente (1991) Constitución Política de Colombia de 1991.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en Colombia por medio de la Ley 74 de 1968.

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica), aprobado por medio de la Ley 74 de 1968.

Congreso de la República (1999). Ley 522 del 12 de agosto de 1999, Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar.

Congreso de la República (2010). Ley 1407 del 17 de agosto de 2010, Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar.

Colombia. Corte Constitucional (1993). Sentencia C-301 de 1993, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia (1994). Sentencia C-106 de 1994, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia (1995). Sentencia C-141 de 1995, magistrado ponente José Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia (1995). Sentencia C-399 de 1995, magistrado ponente José Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1995). Sentencia C-578 de 1995, magistrado ponente José Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T – 336 de 1995 magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia (1996). Sentencia C-047 de 1996 MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia (1997). Sentencia C-358 de 1997, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia (1997). Sentencia C-397 de 1997, magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia (1997). Sentencia C-403 de 1997, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia (1998). Sentencia C-191 de 1998, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia (1998). Sentencia C-456 de 1998, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencia T-568 de 1999, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencia C-708 de 1999, magistrado ponente Álvaro Tafur Gálvis.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia C-676 de 2001, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia C-774 de 2001, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia C-730 de 2005, magistrado ponente Álvaro Tafur Gálvis.

Corte Constitucional de Colombia (2006). Sentencia C-537 de 2006, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C-928 de 2007, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C-593 de 2011 magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Suprema de Justicia (2001). Sala de Casación Penal, radicado 13896 del 04 de julio de 2011, magistrado ponente Herman Galán Castellanos.

Corte Suprema de Justicia (2001). Sala de Casación Penal, radicado 14126 del 04 de julio de 2001, magistrado ponente Herman Galán Castellanos.

Corte Suprema de Justicia (2008). Sala de Casación Penal, radicado 27690 del 02 de julio de 2008, magistrado ponente Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia (2010). Sala de Casación Penal, radicado 31450 del 26 de mayo de 2010, magistrado ponente Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia (2011). Sala de Casación Penal, radicado 31882 del 17 de septiembre de 2011, magistrado ponente Javier de Jesús Zapara Ortiz.

Aponte, A. (2006). *Captura y medidas de aseguramiento: El Régimen de Libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia*. En Consejo Superior de la Judicatura y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. *Reflexiones Sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal, Los Grandes Desafíos del Juez Penal. Plan Nacional*

de Reformación y capacitación de la Rama Judicial. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Bernal, J. y Montealegre E. (2006). *El proceso penal. Fundamentos Constitucionales del sistema acusatorio.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Casas, M. (2010). *Reflexiones sobre los fundamentos constitucionales del Derecho Penal colombiano.* En *Temas Fundamentales de Derecho Penal Colombiano.* Bogotá: Universidad Libre.

García, E. (2010). *Evolución y desarrollo de la dogmática frente a la teoría de la integración penal.* En *Temas Fundamentales de Derecho Penal Colombiano.* Bogotá: Universidad Libre.

Prieto, A, (2006). *Régimen de Libertad en el Sistema Acusatorio Colombiano (Ley 906 de 2004).* Bogotá: Editor: Juan Carlos Arias Duque.

Uprimny, R. (2006). *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal.* En Consejo Superior de la Judicatura y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. *Reflexiones Sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal, Los Grandes Desafíos del Juez Penal. Plan Nacional de Reformación y capacitación de la Rama Judicial.* Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.