



La seguridad
es de todos

Mindefensa



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

**BOLETÍN
JURISPRUDENCIAL Y OTROS ASUNTOS
DE INTERÉS PARA LA J.P.M.P**

El contenido de este boletín son extractos informativos de las providencias emitidas por esta corporación. Se recomienda revisar directamente las providencias en la Página Web: <https://www.justiciamilitar.gov.co>

I. PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL ENERO 2017

1. ACTO ADMINISTRATIVO DE LICENCIAMIENTO. No elimina la ausencia de las filas del desertor producida dentro del término de prestación del servicio militar obligatorio. Es una situación particular y concreta, con efectos individuales sobre la terminación del servicio militar obligatorio, más no produce efectos directos en cuanto a la responsabilidad penal por la comisión del delito de deserción. **DESERCIÓN.** Entendiéndose como un delito de ejecución permanente, cuando se produce el acto de licenciamiento, cesa el deber de presencia del policial a las filas y a partir de allí, se iniciaría a contar el término prescriptivo de la acción penal. **RAD. 158587-ENERO-2017 MP. CR. (RA). FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.**

2. ARTÍCULO 97 DE LA LEY 1765 DE 2015. Su aplicación no se encuentra sujeta a la implementación del esquema procesal de tendencia acusatoria. Comprende conceptos propios del esquema procesal regulado por la Ley 522 de 1999. Tiene naturaleza diferente a la de los preacuerdos y negociaciones. **SISTEMA DE CUARTOS PARA LA FIJACIÓN DE LA PENA.** La individualización de la pena no se aplica en aquellos eventos en que se lleven a cabo preacuerdos o negociaciones entre el fiscal penal militar y la defensa. **DOSIFICACIÓN PUNITIVA.** Aspectos que se deben analizar. **RAD. 158382-ENERO-2017 MP. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.**

Nota de Relatoría. El criterio mayoritario de la Corporación es que la rebaja punitiva consagrada en el mencionado artículo es

de aplicación inmediata y que no está supeditado a la implementación del sistema acusatorio.

3. DECLARATORIA DE PERSONA AUSENTE. Trámite. Se efectúa mediante auto de sustanciación motivado frente al cual no procede recurso alguno. Es una medida con que cuenta la Administración de Justicia para cumplir en forma permanente y eficaz la función que el Constituyente le ha asignado. **RAD. 158572-ENERO-2017 MP. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZARATE.**

4. DECLARATORIA DE PERSONA AUSENTE. Requisitos. Se tramita mediante auto de sustanciación motivado frente al cual no procede recurso alguno. La vinculación de una persona a la investigación mediante la figura de declaratoria de persona ausente es un procedimiento residual o supletorio al que se debe concurrir únicamente cuando luego de haberse agotado todos los esfuerzos razonables no sea posible obtener la comparecencia personal de quien deba rendir indagatoria, lo cual se constituye en una garantía para quien debe enfrentar un proceso en la medida que podrá ejercer materialmente su defensa. **RAD. 158574-ENERO-2017 MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.**

5. DESERCIÓN. La no práctica del tercer examen de aptitud psicofísica no hace perder el acierto de legalidad del que goza el acto administrativo de incorporación al servicio militar obligatorio, puesto que el citado examen tiene como objetivo

verificar que el soldado no presenta inhabilidades incompatibles con la prestación del servicio militar, debiendo ser realizado dentro de los 45 a 90 días de incorporado; requisito que debe mirarse en forma conjunta y no aislada. Estado de necesidad. Alcance. **RAD. 158570-ENERO-2017 MP. CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA.**

6. DESERCIÓN. Traspasar los límites del campamento sin autorización. Tipicidad objetiva. Tipicidad subjetiva. **CAMPAMENTO.** Concepto. Propósito. **BASE DE PATRULLA MÓVIL.** Características. **ANTI JURIDICIDAD MATERIAL.** Es indispensable establecer si la conducta en concreto representó una amenaza o riesgo real o causó un daño efectivo al bien jurídico tutelado. **AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DE LOS JUECES EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.** Límites. No es absoluta, sino que encuentra un marco que regula esa función y un límite al ejercicio de valoración de las pruebas e interpretación de las normas en todas las etapas del proceso.

RAD. 158286-ENERO-2017 MP. MY. (RA). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME.

7. IMPEDIMENTO. Naturaleza jurídica. Propósito. Deber de sustentar adecuadamente la causal que se invoque. **AMISTAD ÍNTIMA.** Al igual que la enemistad grave, tiene que ser recíproca y actual, es decir, es un sentimiento mutuo que plantea una situación entre dos o más personas suficiente para que el funcionario judicial no pueda administrar justicia con la libertad e imparcialidad debida. **RAD. 158614-ENERO-2017 MP. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA.**

8. RECURSO DE HECHO. Es propio del régimen penal militar y dada su naturaleza y características procede cuando se niega el recurso de apelación. Trámite. **RAD. 158631-ENERO-2017 M.P. TC. (R). NORIS TOLOZA GÓNZALEZ.**

NOTA: Para ver todas las providencias de enero de 2017 con el resumen de sus respectivos temas siga este vínculo: [TODAS](#) (archivo disponible en la carpeta pública de la Relatoría).

II. PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1. Radicado No. 46137 del 30 de noviembre de 2016¹. La Corte Suprema de Justicia al resolver sobre la admisión de una demanda de casación interpuesta contra una sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar, reiteró que los cargos a terceros efectuados en diligencia de indagatoria no se invalidan por falta de

juramento. En el siguiente sentido fue el citado pronunciamiento:

“La nulidad invocada se fundamenta en que, en criterio del recurrente, se quebrantó la estructura del debido proceso en tanto la condena de la procesada como determinadora del delito de Falsedad en

¹ Sala de Casación Penal, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

documento público, agravado, se fundamentó en la prueba testimonial de AB. Heriberto Estupiñán Villacres, quien dentro de su indagatoria declaró en contra de aquella sin que se le hubiese amonestado con el juramento, como lo dispone el artículo 337 de la Ley 600 de 2000.

Sobre este aspecto, basta con subrayar que la Corte ya ha precisado en repetidas oportunidades que ninguna trascendencia tiene la omisión de tomarle el juramento en curso de la indagatoria al imputado que declara contra otra persona, puesto que ello apenas constituye una irregularidad carente de sustancialidad que no afecta su legalidad en la dual condición que ostenta como medio de defensa y como elemento de prueba. (...)

No configura por tanto un vicio para la estructura del proceso la omisión de tomarle el juramento a quien, durante la indagatoria, como en este caso, declaró contra otro.

Pero, además, la trascendencia de la señalada irregularidad termina por diluirse cuando se advierte, como lo hizo el Tribunal, que existió una declaración anterior a su indagatoria por parte de AB. Heriberto Estupiñán Villacres, tomada bajo el rigor del juramento, en la que precisó sus señalamientos sobre la acusada PT. JEANETH URREGO BARÓN, como la persona que lo determinó a la comisión del delito". Pronunciamiento completo siguiendo el hipervínculo **46317 de 2016**.

2. Radicado No. 46417 del 30 de noviembre de 2016². La Corte Suprema de Justicia al resolver sobre la admisión de una demanda de casación interpuesta contra una sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar, recordó la existencia de la sentencia anticipada en la jurisdicción castrense, los condicionamientos en la interposición de los recursos en tratándose de la mencionada figura, al igual que la procedencia de la nulidad en los casos en que la calificación jurídica no corresponda con la realidad fáctica demostrada en el proceso. En el siguiente sentido fue el citado pronunciamiento:

"Si bien es cierto en decisión del 21 de julio de 2004 (Rad. No. 17709), reiterada el 28 de mayo de 2014 (AP2924-14 Rad. No. 42871), la Corte consideró que la sentencia anticipada prevista en la Ley 600 de 2000 no tenía cabida en términos generales en el ordenamiento penal militar, concretamente en los procesos seguidos al amparo de la Ley 522 de 1999, también lo es que con sustento en la Ley 1058 de 2006 reconoció en providencia del 21 de mayo de 2009 (Rad. No. 26050), la existencia de tal figura en el procedimiento especial, bajo el cual se investigan, califican y fallan delitos, entre otros, como el del centinela o el de abandono del puesto, habida cuenta que por virtud de su artículo 1º, modificadorio del 579 de la Ley 522 de 1999 (...)

Sin embargo, en esos términos planteada la impugnación extraordinaria, es ostensible la carencia de interés para recurrir.

² Sala de Casación Penal, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

En efecto, dado el origen del fallo objeto de demanda, esto es haber sido dictado anticipadamente como consecuencia de la aceptación de cargos que con dicha finalidad realizó el imputado, forzoso resulta advertir que en tales eventos ha restringido la ley la procedencia de los recursos, incluido el de casación, a un ámbito dentro del cual el objeto de inconformidad no puede implicar la retractación de los cargos que aceptados voluntariamente posibilitaron el preferimiento de la sentencia.

Y si bien no existe en el procedimiento especial señalado en la Ley 522 de 1999 un precepto que precise esa limitación, el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, aplicable por ende en virtud del axioma de integración previsto en el artículo 18 de aquella, sí ha condicionado la viabilidad de los recursos tratándose de esta clase de sentencias y respecto del procesado o su defensor, a tres específicos temas relacionados con la dosificación de la pena, los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la extinción del dominio sobre bienes.

5. Es que, no resulta admisible que después de haberse aceptado de manera libre e informada la responsabilidad penal por parte del acusado Echavarría Ruiz como autor del delito de abandono del puesto, se pretenda ahora cuestionar la naturaleza jurídica de los hechos por él reconocidos para efectos de sentencia anticipada, mucho menos cuando el impugnante no censuró el proceso de adecuación típica ni al momento de notificarse personalmente de la acusación, ni luego en la audiencia para aceptación de cargos, desconociendo por tanto que en esta materia rige el principio de intangibilidad, de acuerdo con el cual no le es dado al procesado pretender su modificación.

Con mayor razón si, como en este caso, por vía de una inexistente nulidad, se aspira a que se condene al procesado por una ilicitud que en manera alguna le reporta beneficio en su defensa o la punibilidad, toda vez que se halla sancionada con la misma pena que el delito de abandono del puesto, tal como se aprecia al cotejar los artículos 124 y 131 de la Ley 522 de 1999. (...)

Por eso, ha entendido la Corte, que no resulta suficiente para legitimar un cargo en eventos como el presente, es decir, de sentencia anticipada, afirmarse que se formula por la vía de la nulidad, cuando su argumentación tiende es a demostrar la retractación de la aceptación de cargos que previa y oportunamente ha hecho el procesado, ya que el interés para recurrir que inicialmente podría amparar la solicitud de invalidez no puede surgir de la habilidad en mimetizarlo frente al texto de la demanda, sino de la permisión legal que ampare la pretensión.

6. En resumen, siendo el objeto del recurso de casación en este asunto una sentencia anticipada, el impugnante sólo podía promoverlo en torno a temas específicos como la punibilidad, los subrogados penales o la extinción del dominio de bienes; por fuera de ellos carece de interés.

Y aunque es posible ciertamente incoarlo para efectos de que se amparen garantías procesales que se hayan infringido como consecuencia de dicha aceptación de cargos, es evidente que debe acreditarse su ocurrencia, pues de lo contrario no se advertiría sino la velada intención de afectar la intangibilidad de aquel acto. (...) La solución de invalidez de la actuación debe entenderse procedente sólo en aquellos eventos en que la calificación jurídica no corresponda a la realidad

fáctica demostrada en el proceso, valga decir, cuando el núcleo de la acusación no coincide con el acopio probatorio, situación que no es la que se presenta en este asunto por cuanto las pruebas acreditan el supuesto de hecho ya reseñado y el mismo puede ser contenido en las disposiciones que se plantean en conflicto. Acá la discrepancia no es ciertamente sobre los hechos, sino sobre la estimación jurídica de la función que cumplía el procesado, lo que excluye por ende cualquier contrariedad entre los sucesos probados y los declarados.

En los demás casos, esto es cuando hay error en la denominación típica del delito, se pretenda agravar el hecho nuclear de la imputación porque concurra una circunstancia de agravación, o se desvirtúe una de atenuación, se modifique un elemento estructural del tipo, la forma de coparticipación o la imputación subjetiva y en tanto eso conduzca a agravar la situación del procesado la solución de invalidez también es viable, en ausencia del mecanismo de variación de la calificación previsto en la Ley 600 de 2000.

En sentido contrario, si en consideración a dichos eventos la situación del procesado se favorece y no se muta el núcleo fáctico de la acusación, la respuesta no es la nulidad.

9. En suma, en el contexto de la Ley 522 de 1999, dados los criterios jurisprudenciales expuestos en torno a ella y a la Ley 600 de 2000, si el error proviene de imputarse hechos que no aparecen demostrados en el proceso, pero sí otros que constituyen delito diverso al contenido en la acusación, inclusive cuando fuere menos restrictivo para el procesado, la solución es la nulidad de la actuación a partir de la resolución acusatoria para que ésta se profiera por la delincuencia acreditada.

Si la inconsistencia es en la denominación típica del ilícito, pero la nueva es más restrictiva a los intereses del acusado la respuesta es también la nulidad desde dicho acto procesal.

Igual si el yerro, sin alterar el núcleo central de la imputación, versa sobre un elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante que modifique los límites punitivos en desfavor del acusado.

En este contexto se equivoca entonces el demandante al proponer la anulación de lo actuado desde la acusación como si el eje fáctico de la misma hubiere variado, acudiendo para eso a decisiones donde la tesis sentada es la de que la modificación de la calificación procedía para agravar la situación del procesado". Pronunciamiento completo siguiendo el hipervínculo [46417 de 2016](#).

III. FLASH INFORMATIVO

El debate sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ha generado polémicas en cuanto al tema relativo a la responsabilidad por mando. Así lo registró la Revista Semana el pasado 25 de febrero de 2017:

“Los generales temen a la JEP

En el debate sobre la JEP saltó la liebre de la responsabilidad por mando que afecta a los generales de la república. El gobierno asegura que quedarán blindados frente a la justicia internacional. Pero algunos expertos tienen dudas al respecto.

https://static.iris.net.co/semana/upload/images/2017/2/25/516699_1.jpg

Los militares retirados, como el general Jaime Ruiz Barrera de Acore... y el propio general Jorge Mora ..., parecen tener reservas con el texto redactado por el Ministerio de Defensa con los comandantes, como el general Alberto Mejía ..., sobre responsabilidad de mando en la JEP.

El fantasma de la Corte Penal Internacional (CPI) se ha colado en los debates del Congreso sobre la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Hace dos semanas la Cancillería recibió una carta de la fiscal de la corte Fatou Bensouda, quien expresa su preocupación de que las investigaciones por graves violaciones de derechos humanos que involucran a generales y coroneles de alta graduación no avanza. El mensaje tácito de la fiscal es que, si Colombia no hace algo, esa corte podrá intervenir. La carta ha sido interpretada como un mensaje al gobierno y al Congreso para que corrija lo que la señora Bensouda considera un error en el acto legislativo que crea la JEP. Ella, así como diversos activistas y expertos en derechos humanos, cree que el texto, tal y

como está, no se ajusta a los estándares internacionales. En particular al artículo 28 del Estatuto de Roma, suscrito por Colombia en 2002, que habla de que los altos mandos de una organización o Ejército deben responder por lo que hagan sus subalternos. Eso preocupa a generales activos y retirados porque en la práctica muchos de ellos podrían terminar en el banquillo para responder por crímenes tan atroces como los falsos positivos.

Pero el gobierno cree otra cosa. Está seguro de que la redacción, tal y como está, se ajusta al Estatuto de Roma y que no habrá impunidad. Las diferencias y malentendidos en esta materia tienen que ver con los avatares que hubo entre el acuerdo firmado en Cartagena y el del Teatro Colón. El primer acuerdo, concertado por una subcomisión de tres juristas del gobierno y tres de las Farc, fue construido con precisión de relojero pues era el resultado de una negociación a muchas bandas. Una de esas bandas eran los militares, cuyo peso en el juego del poder en Colombia es evidente.

Que los militares adhirieran al proceso de paz no era tarea fácil. Menos aún que aceptaran una justicia que iba a ser para todas las partes, y no solo para las Farc, como pretendían muchos en el país. Finalmente, ellos no solo se metieron al proceso de paz, sino que lo han hecho de manera muy constructiva. Primero porque se convirtieron en pieza clave de la negociación en el diseño y cumplimiento disciplinado del cese del fuego y de hostilidades bilateral y definitivo. Segundo, porque han demostrado la disposición genuina de hacer un cambio de doctrina, paulatino, para salir de la lógica contrainsurgente y transitar a una

acorde con el posconflicto, basada en el control institucional del territorio. (...)

Pero la contracara de su presencia en el proceso de paz era la resolución de su compleja situación legal. Miles de miembros de la fuerza pública, de todos los rangos, tienen procesos o condenas por violaciones de los derechos humanos. En virtud de esa realidad, los militares aceptaron someterse a la justicia transicional que regirá para las Farc, pero de manera diferenciada. Entendieron que la espada de Damocles de la justicia internacional pende sobre los hombros de muchos de sus más altos oficiales, por más que la narrativa heroica del Estado colombiano los considere soldados victoriosos.

En el primer acuerdo, firmado en Cartagena el 26 de septiembre, básicamente se establecía que un alto mando debería responder por lo que hicieron sus tropas si tenía control efectivo de la conducta de estas. Esto era satisfactorio porque la CPI también ha dicho que los países deben buscar una congruencia entre su derecho interno y el internacional, y en el derecho colombiano hay jurisprudencia para apoyar esa interpretación sobre el mando.

Pero las urnas negaron ese acuerdo y vino una renegociación en La Habana. Allí ocurrió algo que llenó de desconfianza a muchos militares. A su juicio, el texto que salió aprobado traía un cambio que los enviaba directo a la picota. Decía que debían ser juzgados por responsabilidad de mando quienes “debiendo haber sabido” sobre la conducta de sus subalternos no lo hicieron, o no pusieron en conocimiento de autoridades pertinentes estas fallas. Una redacción que semejaba de manera más literal lo establecido en el Estatuto de Roma. Sin

embargo, en unas Fuerzas Armadas en las que ha primado el espíritu de cuerpo, incluso en casos de falsos positivos, esta redacción resultaba inquietante. Entonces, la víspera de la firma del acuerdo del Teatro Colón hubo una suerte de ruido de sables de generales activos y retirados que obligó al gobierno a hacer una fe de erratas y volver a la fórmula del control efectivo sobre la conducta. El presidente les concedió la razón a los generales en dos aspectos. Primero, que se había modificado el texto en La Habana a pesar de que siempre se dijo que con las Farc no se discutirían los asuntos que atañen a los militares. Y segundo, que no se les habían consultado, pues ni el general Jorge Enrique Mora ni Óscar Naranjo, que habían estado cuatro años en las conversaciones, fueron informados. Ahora, los militares aprovecharon la ocasión y le colgaron al acuerdo ciertas frases que causaron estupor en algunos de los negociadores. Por ejemplo, que la JEP no sería aplicable para aquellos militares que hubiesen incurrido en un enriquecimiento personal “indebido”. Nadie entendió muy bien cuál era el enriquecimiento personal ‘debido’ en el caso de los militares. (...)

Esta enmienda fue trasladada en los mismos términos al acto legislativo que crea la JEP y que está en curso en el Congreso, y ha generado el rechazo de la señora Bensouda, de organizaciones internacionales como Human Rights Watch, que dirige José Miguel Vivanco, y de importantes juristas en Colombia.

Lo paradójico es que al mismo tiempo un grupo de generales retirados acusó al gobierno de todo lo contrario: de querer meterles el artículo 28 del Estatuto de Roma, y, de paso, de haberlos traicionado. El gobierno aclaró que el texto fue redactado en el Ministerio de Defensa,

consultado con la cúpula militar. Esto dejó en evidencia que entre los altos mandos activos y los retirados hay diferencias sobre cómo encarar el problema de la justicia internacional. Los activos saben que deben cumplir el estándar internacional, mientras algunos de los retirados insisten, prácticamente, en que desaparezca la responsabilidad por mando, lo cual es imposible a la luz no solo de las normas internacionales, sino de las internas. Finalmente, los retirados dieron por aclarado el malentendido y el acto legislativo pasará a último debate en la plenaria en el Senado tal y como está.

Este episodio es apenas una muestra de lo que se viene en la JEP: la tensión entre justicia y paz. Ambos son valores críticos para la democracia, y la manera como se equilibren las demandas de uno y otro dirán qué tan exitoso será el cierre definitivo del conflicto interno. Para ponerle fin a una guerra degradada, de medio siglo, sin vencedores, el gobierno entendió que tenía que concederles a las Farc dos cosas que eran parte de su dignidad como combatientes: no ir a la cárcel como si fueran simples criminales y la posibilidad de participar en política. Estas dos premisas han sido rechazadas por la oposición por creerlas sapos imposibles de tragar. (...)

Pero la dignidad de los militares también estaba en juego. La narrativa con la que se ha terminado la guerra es la de unas Fuerzas Armadas victoriosas, cuyo lustre se ha visto opacado por un puñado de manzanas podridas que violaban los derechos humanos. Es decir, los militares rechazan la tesis de que hubo políticas desde el alto mando que incentivarán la comisión de delitos atroces como los falsos positivos o las macabras alianzas con los paramilitares. En el fondo, esto es lo que la redacción del acto legislativo les concede.

Pero a la luz de los derechos humanos y del derecho penal internacional, esto es otro sapo difícil de digerir, especialmente cuando no se trata de casos aislados, sino de patrones de comportamiento sistemáticos como ocurrió con las ejecuciones de civiles en muchas brigadas.

Nadie dijo que terminar un conflicto sería fácil. Tampoco que crear un sistema de justicia aceptable por todas las partes lo fuera. Tanto el Congreso como la Corte Constitucional, que le debe hacer control al acto legislativo, tendrán que ponderar los argumentos jurídicos y morales para garantizar la justicia, con las realidades políticas que permitirán hacer sostenible la paz.”

<http://www.semana.com/nacion/articulo/proceso-de-paz-militares-temen-ser-juzgados-en-la-jep/516654>



Berledis Banquez Herazo

Relatora

relatoriatribunaljpm@justiciamilitar.gov.co

Tel: 60(1) 3150111 Ext 42006

Carrera 46 No. 20C-01

Cantón Militar Occidental

“Coronel Francisco José de Caldas”

Palacio de Justicia Penal Militar y Policial

“T.F. Laura Rocío Prieto Forero”

Bogotá, Colombia