



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 JULIO 2020

### 1. FALSA DENUNCIA. Estructuración.

Requiere: i) Que se formule una denuncia, bajo juramento, contra una persona determinada ante la autoridad correspondiente, ii) Que se refiera a la comisión de una conducta típica, iii) Que el sujeto activo tenga conocimiento de que el denunciado no ha cometido la conducta típica o no participó en ella. Hace parte de los comportamientos que atentan contra la eficaz y recta impartición de justicia, pues con ella lo que se pretende es proteger la actividad judicial para que no se vea afectada o saturada por el abuso de denuncias e imputaciones falsas y que se ponga en marcha el aparato judicial en forma inofensiva, por lo que lógico resulta concluir, que no todo documento puede llegar a tener el alcance que exige el elemento normativo de carácter jurídico que compone el tipo penal anunciado. La comprobación de la materialidad del delito de falsa denuncia contra persona determina no depende de que la queja haya sido archivada ni está condicionada a que la persona denunciada penalmente haya sido favorecida con decisión de preclusión, absolución o archivo, pues la mendacidad de la imputación puede ser objeto de demostración en la actuación adelantada contra el denunciante. De ahí que la instauración de una denuncia contra una persona determinada a quien se le atribuye responsabilidad por una conducta punible que no existió, no configura de por sí el reato de falsa denuncia, es menester, entre otras, demostrar que el denunciante realizó espurias imputaciones de conductas punibles, a título de autor o participe, a una persona en concreto y bajo la

gravedad de juramento, fundada en afirmaciones mendaces y con pleno conocimiento de ello. **DENUNCIA. No tienen tal calidad las quejas presentadas ante Procuraduría. DENUNCIA. Admisión.**

Para que proceda la admisión de la denuncia la imputación debe ser concreta, tener visos de seriedad y formularse contra persona determinada, pues la información suministrada por el denunciante será la que permita determinar, por lo menos inicialmente, el objeto de la investigación previa o de la instrucción, de manera que, si aquella es genérica, ambigua o deficiente, la actividad investigativa no podrá concretarse y ningún sentido tendrá iniciarla. **DENUNCIA. Requisitos (reseña jurisprudencial).**

**DENUNCIA VS QUEJA DISCIPLINARIA.**

La queja disciplinaria y la denuncia son dos actos procesales diferentes. Si bien ambas son constitutivos y propulsores de la actividad estatal, la primera hace referencia única y exclusivamente a las investigaciones disciplinarias seguidas en contra de servidores públicos, en tanto que la segunda es un evento que involucra el ejercicio de un deber jurídico del cual es titular la persona o funcionario público que tuviere conocimiento de la comisión de un delito que deba investigarse en desarrollo de claros mandatos superiores.

**QUEJA. Concepto** (jurisprudencia).

**FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO. Estructuración.**

i) Un servidor público que, en ejercicio de sus funciones, ii) elabore o suscriba un documento auténtico con potencialidad probatoria, iii) en el que calla total o parcialmente la verdad o se

presenta de forma distorsionada, tergiversada o alterada. Debe llevar consigo un perjuicio o lesión de índole abstracto, que es el menoscabo a la Fe Pública, y además de ese daño debe producirse un daño concreto, real, que es el perjuicio a otros bienes jurídicos distintos al tutelado, de variada naturaleza como el patrimonial, moral, político o social, que deben pertenecer a un tercero, es decir, tienen que ser de titularidad de alguien que no sea el agente de la falsificación. **FALSEDAD INOCUA.**

**Concepto.** La falsedad inocua puede definirse como aquella que a pesar de su aparente perfección objetivo-formal no tiene la virtualidad de vulnerar el bien jurídico tutelado bajo las formas específicas de la destinabilidad del documento y su poder probatorio, de manera que no produce perjuicio o daño a los intereses tutelados por el concepto de Fe Pública, en el entendido que abarca casos de falsedad burda en que no puede causar daño cualquiera que sea la causa.

#### **FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO. Juez no preside indagatoria.**

Realiza las preguntas el secretario (despacho comisorio). La experiencia judicial enseña que en muchas oportunidades el funcionario o se halla dedicado a otros asuntos en su oficina, o preside otras de las audiencias que allí se realizan y por ello no injiere profundamente en el trámite de estas y de las que paralelamente se tomen, pero siempre, cuando de legalidad se trata, el titular permanece en el lugar o se encuentra disponible si surge algún avatar que demande de su dirección. **AUTO INHIBITORIO.** Causales objetivas. se considera que la acción penal no puede iniciarse, cuando del material probatorio allegado al expediente se hallen acreditadas cualesquiera de las denominadas por la doctrina y la jurisprudencia causales objetivas,

taxativamente señaladas en la norma como la muerte del imputado, el desistimiento en los casos establecidos en la ley, la amnistía propia, la prescripción, la oblación, la conciliación, la cosa juzgada y, de manera particular, cuando se halle acreditado que el versionado no fue quien realizó el comportamiento reprochado punitivamente, objeto de la indagación preliminar. **JUECES.** Autonomía e independencia (Reseña jurisprudencial).

**AUTO INHIBITORIO.** Atipicidad. **RAD. PREL. 237-JULIO-2020 MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUREZ.**

## **2. PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES.**

**Sistema de cuartos.** El párrafo del artículo 61 de la Ley 1407 de 2010, establece que el sistema de cuartos para efectos de individualización de la pena no se aplica en aquellos casos en los cuales medien preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía penal militar y la defensa del acusado, prohibición que se corresponde igualmente con el artículo 3º de la Ley 890 de 2004. Situación que obedece a la naturaleza y características de los mecanismos de justicia premial diseñados en el marco jurídico del esquema procesal penal con tendencia acusatoria contenido en la Ley 1407 de 2010, ley adjetiva que consagra dos formas de terminación anticipada del proceso, que conservan sus propias características: el allanamiento a los cargos o aceptación unilateral de los mismos y los preacuerdos y negociaciones. **LEY 1765 DE 2015. ART. 97.**

Su aplicación no depende de la implementación del sistema acusatorio. El artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, no se encuentra sujeto a la implementación del esquema procesal de tendencia acusatoria en la jurisdicción castrense, en tanto involucra conceptos propios del sistema regulado por la Ley 522 de 1999, verbigracia la aplicación para

determinados delitos y su desarrollo dentro de la diligencia de indagatoria, sin que prevea como condición para su ejercicio el cumplimiento de etapas fácticas o jurídicas distintas a las indicadas en esta última codificación aplicable actualmente. **ACEPTACIÓN DE CARGOS. No hay espacios para negociar pena** (La pena es fijada por el Juez). El mecanismo de aceptación de cargos regulado en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, a diferencia de los preacuerdos y negociaciones de que trata la Ley 1407 de 2010, constituye una aceptación unilateral del procesado respecto de los cargos formulados por el juez de instrucción penal militar durante la diligencia de indagatoria, de lo cual se desprende que no hay espacios de negociación, ni se autoriza al funcionario instructor para hacer solicitudes sobre punibilidad, en tanto la rebaja punitiva de hasta el cincuenta por ciento otorgable al sindicado se encuentra sujeta a un parámetro amplio que debe fijar el juez de instancia. Funcionario que de avalar la aceptación de los cargos realizada por el indagado al considerarla libre, espontánea y voluntaria, debe dosificar la pena conforme a las reglas del artículo 61 de la Ley 1407 de 2010. Quantum punitivo sobre el que posteriormente se debe aplicar el fenómeno post delictual de rebaja punitiva señalada en la Ley 1765 de 2015, es decir, aquella circunstancia fáctica, personal o procesal que se estructura con posterioridad a la comisión de la conducta, como corresponde a la aceptación de cargos, finalizado el procedimiento de dosificación o de individualización de la sanción a purgar por el condenado. **ACEPTACIÓN DE CARGOS. Dosificación punitiva.** El inciso tercero del artículo 61 del Código Penal Militar de 2010, señala que una vez establecido el cuarto dentro del cual ha de determinarse la pena, el sentenciador

deberá ponderar aspectos como la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agravan o atenúan la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto. Por esa razón, el juez puede, en función de principios de razonabilidad y proporcionalidad, fluctuar la pena imponible dentro del respectivo cuarto punitivo de movilidad, desde el límite mínimo del segmento escogido hasta su máximo, en desarrollo de los criterios legales de movilidad. Sin embargo, para superar el mínimo de la sanción establecida legalmente debe soportar jurídica y probatoriamente las razones por las cuales se configura el criterio de movilidad que se aduce, sin que pueda recurrir a consideraciones que simplemente reiteren factores que configuran el respectivo tipo penal la Sala estima necesario recordar que los fenómenos postdelictuales como comportamientos del autor o actos de carácter procesal posteriores al delito, no corresponden a factores modificadores de los extremos punitivos sino de la pena una vez individualizada en concreto, como ocurre con la rebaja por aceptación de cargos que introdujo la Ley 1765 de 2015 en su artículo 97. En otras palabras, la disminución de hasta la mitad (50%) de la pena imponible debe ser aplicada en la pena concreta y no en la fijación de los extremos punitivos en abstracto. Por el contrario, en los eventos que se generen con posterioridad a la aludida calenda, deberán regirse por lo dispuesto en esta última codificación. **ACEPTACIÓN DE CARGOS. Sistema de cuartos.** La aplicación del sistema de cuartos es perfectamente viable frente al instituto de aceptación de cargos previsto en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015,

donde no existe acuerdo frente a las consecuencias punitivas de la conducta punible cuya responsabilidad se admite de manera unilateral, libre, voluntaria y espontánea. De esa manera, cobra sentido que sea el juez de primera instancia a quien corresponde, en desarrollo del sistema de cuartos, individualizar la pena por tratarse de un descuento ponderado, lo que implica que el fallador al otorgar la disminución punitiva, si bien no puede superar la mitad de la pena imponible, le es permitido aplicarla en una menor proporción. **REBAJA DE PENA POR ACEPTACIÓN DE CARGOS.** Es obligatoria para el juez de instancia. La aplicación de la rebaja de pena postdelictual a que se hace acreedor el acusado por haber aceptado los cargos, es de obligatorio cumplimiento, después de ser verificada y avalada por el fallador. **RAD. 159264-JULIO-2020 MP. CR. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.**

**3. RECURSOS. Libertad de configuración legislativa** (Reseña jurisprudencial). El legislador tiene la facultad de excepcionar de determinados recursos ciertas providencias judiciales y por ello “Es el legislador, en cada caso concreto, el llamado a definir qué recursos proceden contra las diferentes decisiones vertidas en las distintas actuaciones, incluso, la de naturaleza penal, sin que esa facultad pueda considerarse contraria a la Constitución Nacional”.

**DOBLE INSTANCIA.** Es obligatoria para las sentencias condenatorias (Reseña Jurisprudencial).

**PROVIDENCIAS INTERLOCUTORIAS.** Recursos (Reseña jurisprudencial).

**RECURSO DE HECHO.** Concepto. Objetivo. Es un mecanismo de defensa especial, sometido a un procedimiento breve, que tiene por objeto lograr que el superior enmiende conforme a Derecho los errores en que haya podido incurrir el inferior al denegar un recurso de

apelación, dicho en otras palabras, permite que el superior examine si dicha repulsa fue acertada o no, revisando los motivos por los cuales se negó el trámite correspondiente al recurso de alzada, lo que en la práctica hace de esta figura un instrumento de control de admisibilidad para evitar la inequidad. Dos son, los fines o propósitos que se buscan a través del prenombrado recurso: i) que el superior revise si el recurso de apelación fue correcta o incorrectamente denegado, y ii) que ordene su concesión si el inferior se equivocó al negarlo, siendo esto a lo que deben apuntar los argumentos propios de esta vía de impugnación, so pena que se reputa indebidamente motivado o ausente de argumentación. **RECURSO DE HECHO. Inviabilidad.** El recurso de hecho no fue concebido por el legislador para cuestionar situaciones: i) en que el juez de primera instancia declara desierto el recurso de apelación por no haberse sustentado o por haberse sustentado pero extemporáneamente y ii) en que el funcionario de primer grado conceda la apelación, pero el juez de segunda instancia no esté de acuerdo con el A quo y, de contera, deniega o rechaza la apelación al considerar los planteamientos en que se pretende sustentar son del todo insustanciales, genéricos y/o mal formulados. **RECURSO DE HECHO. Presupuestos** (requisitos). Es necesario: i) que la apelación sea procedente conforme a lo establecido en el canon 360 de la misma normativa; ii) que la apelación haya sido interpuesta y sustentada en tiempo, es decir, dentro de los tres (03) días siguientes al de la notificación de la providencia o dentro de los cinco (05) días siguientes a la última notificación, ya sea que se trate de autos interlocutorios o de sentencias y autos de cesación de procedimiento, respectivamente; iii) que quien impetre el recurso de hecho, interponga y sustente reposición

contra el auto que negó la apelación ante el despacho judicial correspondiente, y subsidiariamente depreque copia de la providencia apelada, de las diligencias, de su notificación y del proveído que deniega el recurso vertical; y iv) que el recurrente presente al superior de quien negare la apelación, un escrito en el que exponga los fundamentos de hecho y de Derecho que invoca para que se conceda la alzada en cuestión, ello dentro de los tres (3) días siguientes a la recepción de las copias emitidas por el A quo. **PROVIDENCIA SOBRE PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA.** No susceptible de apelación. Sólo resulta susceptible de ser

atacado por vía del recurso de reposición como preceptúa el artículo 8º del Decreto Legislativo No. 546 de 2020 del 14 de abril de 2020. **RAD. 159300-JULIO-2020 MP. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA.**

**NOTA:** Para ver todas las providencias de julio con el resumen de sus respectivos temas siga este vínculo: **JULIO/2020** (archivo disponible en la carpeta pública de la Relatoría).

## II. PRONUNCIAMIENTO RELEVANTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

**SP2339-2020, Radicación No. 51444 del 01 de julio de 2020<sup>1</sup>.** La Corte Suprema de Justicia al resolver recurso de casación interpuesto contra una sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior, analizó las categorías dogmáticas de autoría y participación en delitos especiales propios (responsabilidad del intraneus y extraneus), el alcance de la figura del interviniente, los elementos estructurales del delito de peculado por apropiación y el concurso aparente de delitos. En el siguiente sentido fue el pronunciamiento:

*“3.1. El tratamiento jurídico de las categorías dogmáticas de autoría y participación en los tipos penales especiales propios e impropios no ha sido homogéneo en los sistemas penales contemporáneos, toda vez que la doctrina,*

*las legislaciones internas y la jurisprudencia se han orientado por diversas soluciones según privilegien aspectos tales como los conceptos unitario, restrictivo y extensivo de autor, los principios de accesoriedad, de unidad de imputación y las teorías del dominio del hecho y de infracción de deber.*

*(...)*

*Recuérdese que la coautoría impropia exige cumplir con las siguientes características: i) un acuerdo o plan criminal común entre los agentes, de manera que cada uno de ellos se comprometa a asumir una tarea parcial o total del acuerdo de voluntades, ii) división del trabajo, en el que ninguno de los sujetos activos realiza completamente el comportamiento típico de manera*

<sup>1</sup> Sala de Casación Penal, MP. EYDER PATIÑO CABRERA.

individual, iii) el aporte debe ser importante, o sea, de tal magnitud, que sin ella no se hubiese producido el resultado típico y, iv) la actuación tiene que realizarse en la fase ejecutiva del recorrido criminal.

Por su parte, quienes no dominan objetiva y positivamente el hecho son cómplices, si prestan una ayuda o brindan un apoyo que no es de significativa importancia para la realización de la conducta ilícita, o determinadores, si mediante instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden, convenio o cualquier medio idóneo, logran que otra realice material y directamente la conducta desvalorada descrita en un tipo penal.

El dilema surge de la necesidad de reconocer que en los delitos especiales, en los que sólo puede ser autor, el que reúna la cualidad exigida en el tipo penal (intrañei o intraneus) –a diferencia de los punibles comunes en los que cualquiera puede ser autor-, puede darse la concurrencia de varios sujetos inscritos en esa cualidad personal y de otros que no la tienen –extraneñei o extraneus-, los cuales contribuyen a la comisión del ilícito como partícipes –determinadores o cómplices-, según lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, como verdaderos autores –con dominio del hecho- sin la cualidad exigida en el tipo, los que en nuestro ordenamiento penal fueron identificados como intervinientes (inciso 4º del artículo 30 del Código Penal).

En este punto, es oportuno resaltar que, el asunto no ha sido pacífico, en la medida que, algunos doctrinantes y sistemas punitivos se inclinaron por aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación y la teoría de la comunicabilidad de circunstancias, en la que, tratándose de delitos especiales impropios, los intrañei

serían los únicos que podrían ser juzgados por el delito especial, mientras los extraneñei habrían de hacerlo por el reato común semejante. Así, en el supuesto de un delito de peculado, el intrañei con dominio del hecho sería autor de este punible, mientras el extraneñei podría ser autor o cómplice. Al contrario, es decir, si el extraneñei es el que tiene el dominio, éste respondería como autor del hurto y el intrañei como partícipe de peculado.

Por su parte, si se estuviera ante un delito especial propio, la impunidad se abriría paso bajo la citada teoría, respecto del extraneus, porque no habría un tipo penal subyacente en el que pudiera adecuarse la conducta.

Tal dificultad, sumada a que, dicha teoría rompe el postulado de accesoriidad porque, en los supuestos de dominio del hecho por el intrañei, la responsabilidad del extraneus no depende del delito especial, sino de uno común no ejecutado verdaderamente y viceversa, permitió avanzar a un modelo que se afianza en la unidad del título de imputación, teoría adoptada en el Código Penal colombiano de 2000, por lo menos parcialmente, como enseguida se precisará.

En efecto, la corriente dominante de la doctrina se ha mantenido en la idea de que, en esta clase de punibles, todos los extraños que participen en la ejecución de la conducta, tengan o no el dominio del hecho, no pueden ser autores inmediatos, mediatos o coautores, sino simplemente partícipes de la infracción, de modo que, si actúan induciendo al intrañei a cometer el punible, serán determinadores, si, en cambio, solo le prestan una colaboración en el delito serán cómplices, pero si, aún, materialmente, actúan con dominio funcional, por acuerdo previo con el intrañei, o instrumentalizando al sujeto

activo cualificado, no podrán ser coautores o autores mediatos, respectivamente, sino cómplices, por cuanto, el extraneus jamás podría tener la cualidad subjetiva que demanda el tipo penal especial.

No obstante, ante lo artificial de que, un verdadero autor, con pleno dominio del hecho -por supuesto, sin la cualidad establecida para el sujeto activo- de la conducta de un delito especial -extraneus-, respondiera como cómplice, en Alemania -párrafo 1 del artículo 28 del Código Penal- se acudió a la fórmula de establecer una cláusula legal dirigida a atenuar punitivamente al extraño que no es partícipe sino materialmente autor, solución importada en el Código Penal de 2000, al consagrar la figura del interviniente, descrita en el inciso final del artículo 30, según la cual, «al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.»

Aunque una primera lectura de ese precepto se orientó en el sentido de señalar que dicho interviniente podía ser solamente partícipe -determinador o cómplice- y beneficiarse en el caso de éste último de una doble rebaja: la de cómplice -de una sexta parte a la mitad- más la de interviniente -una cuarta parte-, una segunda aproximación a la norma, la cual se ha mantenido invariable- concluyó que, aquél es un coautor que, teniendo el dominio objetivo y positivo de la acción, carece de la cualidad subjetiva del tipo especial, el cual, por tener un menor grado de injusto -o no estar sometido a una infracción de deber-, tiene que responder por la pena menguada equivalente a la del autor intraneus, menos la cuarta parte.

En la línea de pensamiento inicial, se inscribe la sentencia CSJ, SP, 25 de abril de

2002, rad. 12.191, en la que, tras recordar que dicha figura opera en los delitos especiales cuando concurren varios sujetos bajo cualquier modalidad de autoría (art. 29) o de participación (art. 30 incisos 1º, 2º y 3º), se asevera que el interviniente no corresponde a una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino a un concepto de referencia respecto a personas que, sin reunir las cualidades especiales previstas en el tipo penal, toman parte en su ejecución, compartiendo roles con el sujeto calificado y siendo beneficiarios de una atenuación punitiva para el extraneus, como consecuencia de no haber infringido ningún deber jurídico especial derivado del bien jurídico protegido.

En ese orden, la Corte admitió que, se puede ser «interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art.29), o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice)», siempre y cuando alguno de los concurrentes, que toman parte en su realización, ostente la calidad especial y, por supuesto, «infrinja el deber jurídico especial alrededor del cual gira o se fundamenta la protección del bien jurídico, sea cual fuere la posición desde donde se ubique».

De ahí que, a efecto de conservar la unidad de imputación, la distinción entre formas de intervención principales y accesorias, y el principio de proporcionalidad, de cara a la intensidad del injusto, se sostuvo que, el extraneus, sea este autor directo, mediato, coautor, miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de persona jurídica, o determinador (instigador) o determinado (instigado), es merecedor de la rebaja punitiva propia del interviniente del artículo 30 del Código Penal; pero, si se trata del extraño que participa en calidad de cómplice, debía



*ser beneficiario de la doble disminución punitiva señalada atrás.*

*No obstante, a partir de la sentencia CSJ, SP, 9 jul. 2003, radicado 20.704, la Corte revaluó su criterio para significar que el determinador y el cómplice no integran el supuesto normativo del inciso final del artículo 30 del Código Penal, habida cuenta que, en el delito propio, no requieren de calidad alguna.*

*Precisó, además que, cuando dicho precepto utiliza la expresión “intervinientes” no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que «congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible», sino que emplea «un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación», pues puede suceder que haya sujetos que no reúnan las calidades y, aun así, «concurran a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor».*

*(...)*

*Es así como, la Sala concluyó que la rebaja punitiva del interviniente no es aplicable a ningún partícipe. En otras palabras, «al determinador de un delito, con o sin la condición exigida para el sujeto activo, le corresponde la pena prevista para la infracción; al cómplice de un delito propio, que obviamente no necesita condición alguna y en definitiva careciendo o no de ella, le corresponde la pena prevista para la infracción disminuida de una sexta parte a la mitad».*

*De esta forma, bajo la tesis que actualmente prohíja la Corte, es claro que, si el extraneus coejecuta con el intraneus el delito especial, conservando el dominio del hecho, responderá a modo de*

*interviniente –coautor desprovisto de la cualidad subjetiva-, pero si su participación es accesoria, en tanto no tiene ningún dominio de la acción, podrá ser objeto del reproche jurídico penal, bien como determinador –si su colaboración fue instigadora- o cómplice –si su ayuda no fue de significativa importancia para la realización de la conducta ilícita-.*

*Esta tesis, no solo ha sido reiterada de manera invariable por la Corte (...) advirtiendo cómo «el servidor público y el particular, en la órbita de las acciones naturales se consideran coautores, pero en el campo normativo y a la luz del régimen penal, no son propiamente coautores, sino que el servidor público es autor y el particular, interviniente, en los términos del inciso final del artículo 30 del Código Penal» (CSJ SP, 17 sep. 2008, rad. 26410), sino que fue avalada por la Corte Constitucional en las sentencias CC C-1122 de 2008 y CC C-015 de 2018, al efectuar el control de constitucionalidad, respecto del inciso 4º del artículo 30 ejusdem.*

*En la última de ellas, acudiendo a la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, esa Corporación señala que el interviniente es aquel que, en concurso con el autor, realiza como suya la conducta descrita en el verbo rector sin tener la condición especial exigida en el tipo penal, «y es él el único destinatario de la disminución punitiva prevista para el extraneus, la cual, por consiguiente, no beneficia, ni al determinador, ni al cómplice».*

*Por lo tanto, sostiene ese órgano de justicia, la figura del interviniente únicamente opera frente a los delitos especiales, y la sanción penal, en abstracto, para los partícipes de un delito especial no se ve afectada por el hecho de que tengan o no, las condiciones*

especiales exigidas en el tipo penal. Y en cuanto al determinador, la pena será la misma que para el autor, tanto en delitos especiales, como en delitos comunes, «y en ningún caso puede ser objeto de la disminución punitiva del interviniente».

Finalmente, respecto de la interpretación jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que, «el concepto de interviniente, contenido en la Ley 599 de 2000, artículo 30, inciso 4º, se refiere exclusivamente a los “coautores” extraneus de un delito especial», considera que se ajusta al derecho a la igualdad, en tanto genera un trato desigual, entre desiguales, de forma justificada y razonable. En todo caso, recuerda que el hecho de que la Corte Constitucional se haya pronunciado sobre esta interpretación en concreto no limita la potestad de la Corte Suprema de Justicia, «de interpretar el derecho penal colombiano, incluida la disposición en comento, de una forma diferente, dentro de los límites del respeto a los principios constitucionales y aquellos que hacen parte del bloque de constitucionalidad».

3.2. Ahora bien, el intraneus, por su lado, puede actuar como autor mediato – respecto de un extraneus o de otro intraneus-, lo que significa que, teniendo el dominio del hecho, en tanto hombre de atrás, no realiza el comportamiento delictivo por sí mismo, sino que se vale de otro sujeto que en hipótesis de coacción, error, uso de inimputables o aparato organizado de poder, ejecuta el delito especial.

El extraneus, por su lado, no puede ser autor mediato de un injusto especial, porque adolece del elemento personalísimo del tipo, que, en el caso de los funcionarios públicos, está atado a un deber de fidelidad, como expresión del

contenido antijurídico social-ético del hecho.

Dicho autor mediato, a su vez, puede actuar en concurso de personas, o sea, en coautoría mediata, si es que, varios sujetos, con dominio funcional del hecho, realizan la conducta punible a través de uno o múltiples individuos que se utilizan como instrumento(s).

La doctrina sostiene que no existe impedimento para fusionar la coautoría y la autoría mediata, ... (...)

De este modo, lo importante es auscultar la presencia de un “instrumento” utilizado, sin perjuicio del número de personas que se encuentren “atrás”.

La doctrina le ha otorgado un tratamiento restrictivo a la coautoría, no obstante, se ha evolucionado hacia una conceptualización más amplia y comprensiva, extendiendo su fórmula convencional a otra de las formas de autoría: la mediata, consiguiendo así una combinación especial que aborda nuevos retos, de cara a la variación y multiplicidad de expresiones del crimen.

Sobre el particular, si bien la fusión entre la coautoría y la autoría mediata ha adquirido auge a nivel del sistema penal internacional –casos Katanga y Ngudjolo de la C.P.I.-, nada obsta para extender tal figura a casos en los que participa un número plural de personas que instrumentalizan a otro(s) bajo un plan criminal previo, de modo que podría sostenerse que «constituye una cuarta manifestación de la teoría del dominio del hecho, consistente en aplicarse conjuntamente la figura de la coautoría (codominio del hecho) y de la autoría mediata».

En cuanto a los ingredientes objetivos de la coautoría mediata se requiere un plan común criminal ideado o concertado por una pluralidad de sujetos y que la repartición de las tareas o roles esenciales para su ejecución pueda ser llevada a cabo, en parte, de manera personal y a través de otros individuos a los que se utiliza para tal fin. Como componente subjetivo es necesario que los agentes que fungen como coautores mediatos tengan conciencia de la ilicitud y del carácter esencial de su contribución.

Así las cosas, no es imposible fundir en una sola categoría dogmática a la coautoría y la autoría mediata, en la medida que, si, varios sujetos, con unidad de designio criminal, se aprestan a usar a otro para que ejecute materialmente la acción desvalorada, estarán en una hipótesis de coautoría mediata.

#### **4. El delito de peculado por apropiación y sus elementos estructurales.**

El injusto en comento está plasmado en el artículo 397 del Estatuto de las Penas, de la siguiente manera:

(...)

Del texto legal, se deduce que este injusto objetivamente está compuesto por: i) sujeto activo cualificado ii) verbo rector "apropiar" iii) sujeto pasivo cualificado: el Estado iv) objeto material real y, v) resultado material.

Ahora bien, tratándose de un tipo penal especial, sobre el autor de este ilícito recae una doble cualificación, puesto que debe ser servidor público, pero, además, ejercer disponibilidad funcional sobre el objeto material.

En efecto, el servidor público debe reflejar, en sus competencias, la proximidad funcional con el bien, para que se satisfagan las exigencias objetivas del peculado por apropiación, respecto al particular tratamiento del autor.

(...)

De este modo, la potestad de disponer del bien se edifica en dos sentidos; uno material y otro jurídico, el primero, se asimila a la simple constatación empírica de poder usar o manipular el objeto y, el segundo, requiere de un proceso de abstracción, en virtud del cual se analiza el dominio o autoridad que el agente ejerce respecto a la cosa.

Ahora, en cuanto a la disponibilidad jurídica, esta Corporación ha enfatizado que, ella se predica de los servidores públicos frente a los bienes oficiales y que la misma está «vinculada al ejercicio de sus deberes funcionales que por razón de sus competencias los hacía garantes de los recursos públicos, elementos propios del punible de peculado.» (CSJ, SP4490 10 oct. 2018, rad. 52269).

Se entiende, entonces, que ambas manifestaciones de la disponibilidad funcional satisfacen la exacción típica, sin que sean excluyentes entre sí. Es así como, este factor se anexa a la cualificación de servidor público y, ambos elementos deben concurrir para rotular a una persona como autora del ilícito de peculado por apropiación.

Claramente, es más amplia y comprensiva la interpretación de la disponibilidad jurídica en los casos en que existe una distribución de funciones en pro de la custodia y administración de los bienes, pues, en estos eventos, no radica en un funcionario el gobierno sobre ellos, sino

que, por el contrario, una amalgama de servidores es la que se suma en su cuidado desde las funciones propias de cada cargo. Es por eso que, la Corte se ha precisado que (CSJ, SP4490 10 oct. 2018, rad. 52269):

(...)

Finalmente, de manera constante, la Corte ha sostenido que, en los delitos especiales, cabe la imputación en contra de los extraneus, en grado de intervinientes, cuando quiera que no se hubiere establecido la identidad del funcionario ejecutor del ilícito, por cuanto lo relevante es que se encuentre probada la concurrencia de un autor intraneus en la comisión de la conducta punible y el aporte del particular en la misma. En ese sentido, ha expresado (CSJ, SP 12 sep. 2019, rad. 52816):

(...)

##### **5. Sobre el concurso aparente o impropio de tipos**

(...)

No siempre el proceso de adecuación típica resulta tan sencillo como para establecer que una conducta humana jurídicamente desaprobada encaja de manera directa o indirecta –valga decir, atendiendo los dispositivos amplificadores del tipo- en una conducta delictiva específica, esto es, en un solo delito.

En verdad, muchas veces, son múltiples los actos –acciones y omisiones- y distintos los resultados que tornan difícil la caracterización normativa y punitiva para el fiscal o juez cognoscente.

Es así que, en ocasiones, el actor ejecuta un número plural de conductas jurídicamente desvaloradas, perfectamente escindibles o autónomas,

respecto de las cuales no existe unidad de acción, entendida esta como la realización de una misma acción –una o varias conductas- u omisión dentro de igual contexto (espacio-temporal) e idéntico objetivo o finalidad voluntaria, dando lugar, en esas circunstancias, a un mismo tipo penal o a varios (concurso material o real –homogéneo o heterogéneo-), de tal suerte que será indispensable la aplicación del artículo 31 del Código Penal.

En otros eventos, el comportamiento penalmente relevante desplegado por el agente, en un contexto de unidad de acción, se identifica, al tiempo, con varios supuestos de hecho –múltiple desvaloración penal de la conducta- (concurso ideal); es decir, un mismo hecho da lugar a dos o más delitos.

Ahora, cuando se tiene la percepción equivocada de que se ha incurrido en un concurso ideal porque dos tipos penales parecen regir por igual un comportamiento criminal, en la medida que bajo el presupuesto de unidad de acción, la conducta, en realidad, se ajusta, formal y materialmente al desvalor de un solo injusto, se desciende al ámbito del concurso aparente o impropio de tipos.

En esa disyuntiva, se ofrece oportuno acudir a unos principios de solución, concretamente, a los de especialidad, consunción –o absorción- y subsidiaridad, ampliamente difundidos por la doctrina y la jurisprudencia, a efecto de seleccionar la norma que verdaderamente recoge el acontecer humano, para evitar que la persona sea sancionada varias veces por un solo comportamiento penalmente relevante (garantía del non bis in idem).

Ahora, en aras de no incurrir en la prohibición de doble incriminación, cuando de juzgar la existencia o no de concursos aparentes de tipos se trata,

*basta recordar que, conforme al postulado de especialidad, existiendo dos normas que describen la conducta jurídicamente reprochable –en relación de género a especie-, una general y otra que abarca idéntico contenido, pero la particulariza de forma más exhaustiva, es claro que la primera debe ser desplazada por la segunda.*

*Así mismo, las reglas del axioma de consunción implican verificar las disposiciones jurídicas que parecen regular el asunto, a efecto de determinar si una de las acciones desvaloradas en una de aquellas se encuentra comprendida dentro de la ejecución de la contemplada por la otra, de manera que deberá preferirse la que consume a las acciones menores.*

*Para ello, la doctrina invita a aplicar las subreglas relativas al i) hecho anterior impune o acompañante –copenado-, es decir, la conducta que siendo previa o concomitante al delito es absorbida por el tipo porque es de una entidad menor a la del evento principal y ii) hecho posterior impune o copenado, esto es, cuando la conducta inmediatamente subsiguiente al comportamiento base o inicial tiene por fin alcanzar o afianzar el propósito logrado por el sujeto activo a través de la primera acción delictiva. En este escenario, aunque la segunda es típica queda consumida dentro de la primera siempre que no lesione otro bien jurídico protegido y el daño causado no se incremente.*

*Por su parte, el principio de subsidiaridad opera en aquellas ocasiones en que, ante la existencia de normas que conciernen a*

*diversos grados de afectación del interés jurídico, corresponde escoger el precepto auxiliar, cuestión que regula directamente el legislador a través de cláusulas en las que manifiesta, por ejemplo, que la disposición rige siempre que el hecho no esté sancionado con pena mayor (subsidiaridad expresa), o de manera tácita, si al examinar la ley se advierte tal carácter como en los casos de delitos de paso en los que las infracciones de menor entidad cometidas antes del de naturaleza principal ceden ante éste, verbi gratia si el punible ab initio se ejecuta en la modalidad tentada pero enseguida se consuma; si el reato se comete en varios grados de participación (autor y cómplice) o si el acto punido empieza en su fase culposa y termina siendo dolosa.*

*Entonces, en aras de determinar si el funcionario judicial se encuentra ante un concurso aparente de tipos que debiera ser resuelto a través de la aplicación del principio de non bis in idem, resulta primordial establecer si existe o no unidad de acción y, comprobado este aspecto, si el comportamiento merece uno o varios reproches de carácter penal, teniendo en cuenta los principios a que se hizo referencia atrás”. Proveído completo siguiendo el hipervínculo: Radicado **No. 51444 del 01 de julio de 2020.***

**C-255 del 22 de julio de 2002<sup>2</sup>.** La Corte Constitucional declaró ajustado a la Constitución la totalidad del articulado del Decreto Legislativo 546 de 2020, mediante el que se adoptan medidas para mitigar el impacto del COVID19 en las cárceles de

---

<sup>2</sup> M.P. DIANA FAJARDO RIVERA

Colombia. A continuación, apartes de los fundamentos de la decisión, vertidos en el comunicado No. 31 de la citada Corporación.

*“ 3.1. Medida principal.*

*Revisados los nueve artículos que estructuran la primera y principal medida del decreto legislativo (1, 2, 3, 4, 5, 6, 10, 16 y 18) concluye la Sala que, salvo dos aspectos que son objeto de condicionamiento, las normas superan los juicios de aplicables a la legislación de emergencia.*

*(...)*

*La Sala advirtió que la primera medida del decreto legislativo analizado, en términos generales, es efectivamente conducente para alcanzar la finalidad por la que propende. En efecto, una situación de hacinamiento y colapso de los servicios penitenciarios, carcelarios y de detención transitoria, en medio de una pandemia, requiere acciones urgentes para evitar que estos lugares se conviertan en focos graves de expansión del contagio y de evolución del mismo. Se deben tomar medidas para controlar la presencia del virus y para mitigar sus efectos. Reducir el número de personas es, sin duda, una medida que no sólo es idónea para alcanzar tal fin, sino que se revela especialmente útil para lograrlo. En el caso de las personas de una edad avanzada o con una salud delicada y vulnerable a los efectos de la pandemia, existen muchas medidas de protección que podrían lograr el fin buscado. Pero dentro de estas herramientas, sin duda, es especialmente útil, poder sacar a la persona del lugar de reclusión en hacinamiento, en el cual es difícil que existan medidas de aislamiento y distanciamiento efectivas.*

*También se consideraron razonables y constitucionalmente proporcionadas las exclusiones que se hacen de algunas personas vulnerables a la pandemia, en tanto se contempla una medida de compensación en el parágrafo quinto del Artículo 6 del decreto analizado. Es decir, cuando a la persona se le excluye de la concesión de la medida de privación de la libertad domiciliaria en razón a la gravedad de su delito, pero es de aquellas a las que se le concede la medida en razón a su vulnerabilidad y no solamente por la necesidad de reducir el número de personas confinadas (los literales a), b), c) y d) del Artículo 2) es preciso que el Estado le garantice el derecho a estar en “un lugar especial que minimice el eventual riesgo de contagio”.*

*Ahora bien, la Corte consideró que era irrazonable y desproporcionado constitucionalmente excluir a personas en discapacidad, por razones distintas a las limitaciones en el movimiento. En tal medida, se resolvió declarar exequible el Artículo 2 del Decreto Legislativo 546 de 2020, salvo el literal d) que se declaró exequible bajo el entendido de que no excluye otras formas de discapacidad que puedan resultar incompatibles con las medidas sanitarias y de distanciamiento social por parte de la población privada de la libertad.*

*De forma similar, la Corte consideró que era irrazonable y desproporcionado constitucionalmente excluir a las personas sometidas a extradición de la privación domiciliaria transitoria, si no se concedía la también medida de compensación de ser ubicada en un lugar especial que minimice el eventual riesgo de contagio. Por tanto, se decidió declarar exequible el Artículo 5 en el entendido de que respecto de las personas sometidas a extradición que estén en las circunstancias*

contempladas en los literales a), b), c) y d) del Artículo 2º del decreto legislativo, se deberán adoptar las medidas necesarias por parte de la autoridad competente para ubicarlas en un lugar especial que minimice el eventual riesgo de contagio.

Por último, en cuanto al dilema que plantea la temporalidad de la medida y el tener que presentarse luego de transcurridos seis meses al mismo lugar de reclusión, **la Sala consideró que sería innecesario, irrazonable y desproporcionado constitucionalmente, además de un claro atentado a la dignidad humana, pretender regresar a una persona a la privación de la libertad en condiciones iguales o similares a las que se encontraba, si el riesgo de la pandemia continúa.** En tal medida, la Sala resolvió declarar exequibles los artículos 3 y 10 del Decreto Legislativo 546 de 2020, en el entendido de que la persona a la que se le concedió alguna de las medidas de privación de la libertad domiciliaria transitoria (detención domiciliaria transitoria o prisión domiciliaria transitoria) **si bien debe presentarse una vez venza el término de la medida, no podrá ser recluida nuevamente en lugar el que se encontraba, si al interior del mismo se presenta un brote de COVID-19, salvo que se le pueda garantizar su ubicación en un lugar especial que minimice el eventual riesgo de contagio.** Si no fuere posible la reubicación en un lugar especial, el juez competente deberá fijar el término en el cual debe presentarse nuevamente.

### 3.2. Procedimiento de la medida principal

El segundo bloque temático se refiere a los procedimientos administrativos y judiciales diseñados para la ejecución de la medida principal. La Corte los agrupó, para efectos de su revisión de

constitucionalidad, en tres etapas: (i) etapa previa, relacionada con los listados que deben elaborarse para acceder a la medida principal (artículos 11, 14 y 15); (ii) etapa intermedia, referida al trámite judicial de las medidas de DDT o PDT (artículos 7, 8, 12, 13, 17, 19, 20 y 29); y (iii) etapa final, encaminada a dar cumplimiento a tales medidas (artículos 9, 21, 23 y 24).

Sobre dichas etapas, la Corte concluyó -en general- que responden directa y específicamente a la finalidad de la emergencia económica, social y ecológica de impedir la extensión o agravación de los efectos de la pandemia en las personas privadas de la libertad, lo cual fue justificado de manera suficiente en los considerandos del Decreto Legislativo 546 de 2020. En particular, la Sala Plena estimó que la creación de un procedimiento célere de carácter administrativo y judicial contribuye a la efectividad de las medidas de detención domiciliaria transitoria y prisión domiciliaria transitoria. En términos generales, concluyó que las normas de procedimiento superan los diez juicios que la jurisprudencia constitucional ha establecido porque no suspenden la aplicación de ninguna ley, no restringen ningún derecho intangible, ni suspenden o vulneran el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales, no interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado, ni suprimen o modifican los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento; y tampoco contrarían de manera específica la Constitución o tratados internacionales, no desconocen los artículos 47, 49 y 50 de la LEEE ni desmejoran los derechos sociales de los trabajadores.

Finalmente, aquellas no establecen un trato diferenciado injustificado o fundado en categorías sospechosas, y tampoco

contienen un mandato que lesione o desconozca el principio constitucional de igualdad.

No obstante, encontró la Sala Plena que era necesario hacer dos precisiones con relación a los artículos 7 y 8. En el primer caso, en defensa del derecho de las personas de acceso a la justicia y la garantía del derecho al debido proceso, se declaró exequible el Artículo 7 del Decreto Legislativo 546 de 2020, en el entendido de que para las personas cobijadas por medida de aseguramiento de detención preventiva, en aplicación de la Ley 600 de 2000, la autoridad competente para resolver sobre la detención domiciliaria transitoria es la Fiscalía General de la Nación o la Corte Suprema de Justicia, según sus competencias. En el segundo, en defensa del principio de igualdad, se declaró exequible el Artículo 8 del Decreto Legislativo 546 de 2020, en el entendido de que (i) los abogados de las personas condenadas también podrán hacer la solicitud directa al juez competente, siempre que adjunten previamente las cartillas biográficas correspondientes entregadas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, así como el certificado médico, según corresponda; **(ii) para las personas condenadas también procede el recurso de apelación en efecto devolutivo, que se interpondrá y sustentará dentro los tres (3) días siguientes por escrito remitido por el mismo medio virtual; precluido este término correrá el traslado común a los no recurrentes por tres días;** y (iii) también comprende a las personas recluidas en centros de detención transitoria, y que para estos eventos el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario sigue siendo la entidad encargada de adjuntar la cartilla biográfica.

### 3.3. Medidas accesorias

Para la Corte, las disposiciones que de forma accesorias contribuyen a la implementación de la medida principal y que hacen referencia, entre otras, a los recursos para financiar su operatividad, a la protección del derecho a la salud de los beneficiarios o de los bachilleres que prestan el servicio militar obligatorio en el INPEC y a la posibilidad de circulación de los servidores públicos, favorecen la implementación de la medida principal, que tiene como propósito generar mecanismos ágiles que permitan atender eficientemente las necesidades de la población, afectada por la emergencia económica, social y ecológica derivada de la Pandemia COVID-19.

Los artículos 22, 26, 28, 31 y 32, que la componen hacen referencia a asuntos operativos de carácter financiero y de contratación para la ejecución de la medida principal, de garantía del derecho a la salud de los beneficiarios de la detención domiciliaria transitoria y la prisión domiciliaria transitoria, de quienes prestan el servicio militar obligatorio en el INPEC, así como de la circulación de los servidores públicos concernidos en la implementación de la medida principal. La Sala concluyó que superan los juicios aplicados porque las mencionadas medidas tienen conexidad con la medida principal y la mitigación de la pandemia, están suficientemente motivadas, no son arbitrarias, no suspenden leyes ordinarias ni contradicen la Constitución, son necesarias jurídica y fácticamente, son razonables y no vulneran el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales de las personas privadas de la libertad. En consecuencia, para esta Sala los artículos enunciados son exequibles.

### 3.4. Medidas complementarias



*En relación con las tres medidas complementarias, la Corte encontró que las de libertad por pena cumplida no otorgada (Artículo 25) y exhorto en favor de la libertad (Artículo 30) superan la totalidad de los juicios respectivos y, por lo tanto, se ajustan a la Constitución y a las reglas que debe respetar el Ejecutivo al expedir normas de excepción.*

*Con respecto a la medida de suspensión temporal de traslados de personas condenadas y detenidas preventivamente de centros de detención transitoria a cárceles y penitenciarías (Artículo 27), la Corte concluyó que la medida no es irrazonable ni desproporcionada constitucionalmente, dado que se trata de una situación puramente temporal, que busca enfrentar una situación de emergencia.”* Negrilla fuera de texto. El comunicado completo en el siguiente hipervínculo. [Comunicado 31 del 22 de julio d 2020 \(pág. 8 y ss\)](#), Corte Constitucional.



**Berledis Banquez Herazo**  
Relatora  
[relatoriatribunalipm@justiciamilitar.gov.co](mailto:relatoriatribunalipm@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