



Sentencia 1122 de 2008 Corte Constitucional

SENTENCIA C-1122/08

Referencia: expediente D-7271

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-No hay vulneración del principio de igualdad en diferencia de pena entre servidor público y extraño en delitos especiales o de sujeto activo calificado.

La diferencia de trato en la graduación punitiva que se desprende del inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 se justifica por la diferente situación en la que se encuentran quienes tienen a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección, y quienes no los tienen. La diferencia de pena para el extraño se explica entre otras razones porque éste no infringe el deber jurídico especial que vincula al servidor público, o porque el servidor público se encuentra, en relación con el bien jurídico tutelado, en una situación de poder que implica, a su vez, mayor riesgo para el bien jurídico; o porque con su conducta el servidor público ha defraudado la confianza pública depositada en él, todo lo cual conduce a que sea merecedor de un mayor reproche penal. Ello hace que no necesariamente resulten equiparables las posiciones de los distintos intervinientes y que se abra un margen de configuración para el legislador, en ejercicio del cual se decida, como acontece en la disposición demandada, que el interviniente extraneus responda con base en la pena prevista en el tipo especial, pero atenuada en razón a la circunstancia de no concurrir en él las calidades previstas para el sujeto activo.

PRINCIPIO PRO ACTIONE-Aplicación/INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Improcedencia por configurarse un cargo de inconstitucionalidad.

A partir de la consideración según la cual, cuando exista identidad en la conducta entre el intraneus y el extraneus y, por consiguiente, identidad también en la afectación del bien jurídico protegido atribuible a dichas conductas, debe existir igualdad en la sanción penal, pero el demandante estima que la disposición acusada, al disponer un tratamiento diferente para esos extremos subjetivos, resulta contraria al principio de igualdad, lo que plantea un cargo genérico en el que es posible un pronunciamiento de fondo. De este modo, el problema jurídico que debe resolver la Corte consiste en establecer si la norma acusada, en cuanto se aplique en relación con delitos especiales de servidor público que impliquen afectación de la administración pública y, más específicamente, del patrimonio público, resulta contraria a la igualdad, al establecer una punición diferente para los servidores públicos y para los intervinientes que no tengan esa condición, sin fundamento distinto que esa diferencia de calidades en los sujetos.

DELITOS DE SUJETO ACTIVO CALIFICADO O DELITOS ESPECIALES-Concepto/DELITOS DE SUJETO ACTIVO CALIFICADO O DELITOS ESPECIALES-División.

Son delitos de sujeto activo calificado, o especiales, aquellos delitos que sólo pueden ser cometidos por los sujetos que reúnan las calidades especiales previstas en el tipo penal. De este modo, a diferencia de lo que ocurre en los delitos comunes, en los especiales no cualquier persona puede ser autor. La doctrina ha distinguido entre delitos especiales propios e impropios, siendo los delitos especiales propios aquellos respecto de los cuales no existe ningún delito común paralelo. En estos delitos, la calidad especial del sujeto activo es determinante para la existencia del delito, de manera que, en ausencia de la misma, la conducta sería atípica. Por su parte, los delitos especiales impropios, son aquellos respecto de los cuales existen delitos comunes paralelos, pero que por virtud de la especial cualificación normativa del sujeto activo constituyen tipos penales autónomos. De este modo, en los delitos especiales impropios, la conducta descrita en el tipo es susceptible de llevarse a cabo por cualquier persona, pero cuando en ella concurren las especiales calidades previstas en la norma, se modifica el título de imputación, puesto que ya no se tratará de un delito común sino de uno especial impropio. Tales delitos tienen, de ordinario, el alcance de establecer una pena mayor que la prevista para el delito común subyacente. Esta distinción resulta relevante cuando se trata de determinar los criterios aplicables al interviniente que no tiene las calidades especiales previstas en el tipo (extraneus).

DELITOS DE SUJETO ACTIVO CALIFICADO O DELITOS ESPECIALES-Teorías de juzgamiento a intraneus y extraneus en relación con la ruptura del título de imputación.

DELITOS DE SUJETO ACTIVO CALIFICADO O DELITOS ESPECIALES-Problemas de autoría y participación.

Alrededor de los delitos de sujeto activo calificado o especiales han surgido en los ordenamientos jurídicos distintos problemas de autoría y participación, dentro de los cuales reviste particular complejidad el relacionado con la situación que desde el punto de vista penal se presenta en relación con el interviniente que no reúna las calidades previstas en el tipo penal y, más específicamente, con la cuantificación de la pena que le resulte imponible.

PUNIBILIDAD EN DELITOS DE SUJETO ACTIVO CALIFICADO O ESPECIALES EN DERECHO COMPARADO-España

PUNIBILIDAD EN DELITOS DE SUJETO ACTIVO CALIFICADO O ESPECIALES EN DERECHO COMPARADO-Alemania

DELITOS DE SUJETO ACTIVO CALIFICADO O DELITOS ESPECIALES-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia relacionada con el juzgamiento a

intraneus y extraneus en relación con la ruptura del título de imputación

DELITOS DE SUJETO ACTIVO CALIFICADO O DELITOS ESPECIALES-Tesis adoptada en Colombia para juzgar los eventos de participación de un extraño en delitos especiales o de sujeto activo calificado.

En Colombia, a partir de la expedición de la Ley 599 de 2000 y de la inclusión en ella, precisamente, de la disposición demandada, existe un consenso jurisprudencial en torno a la idea de que nuestro ordenamiento abandonó la tesis de la ruptura de la unidad de imputación y optó, por el contrario, por una fórmula conforme a la cual, en los eventos de participación de un extraño en los delitos especiales, existe unidad de imputación en torno al tipo especial, manteniendo entonces la unidad del título de imputación para resolver la situación de los extranei en los delitos especiales.

INTERVINIENTE EN DELITOS DE SUJETO ACTIVO CALIFICADO O DELITOS ESPECIALES-Se aplica al extraño que actúa como coautor y no al determinador ni al cómplice.

La Corte Suprema de Justicia señaló que, en una aproximación sistemática, el término "intervinientes" contenido en el inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 no puede tomarse como un símil de partícipes, ni como un concepto que engloba a todo aquél que de una u otra forma concurre a la realización de la conducta punible, sino que debe entenderse en un sentido restrictivo de "coautor de delito especial sin cualificación" y que, por consiguiente la graduación punitiva contenida en ese inciso del aludido artículo 30 se aplica únicamente al extraño que actúa como coautor, no así a quien lo hace como determinador o como cómplice, cuya graduación punitiva se rige exclusivamente por lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del mismo artículo, quedando, por consiguiente, el determinador y el cómplice excluidos del concepto, toda vez que al primero corresponde la pena prevista para la infracción, y, al segundo, la señalada en el tipo penal disminuida de una sexta parte a la mitad. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido sosteniendo la que constituye su línea jurisprudencial vigente, en el sentido de que el término "intervinientes" contenido en inciso final del artículo 30 del Código Penal, alude, exclusivamente, al coautor de delito especial sin cualificación, que es el único destinatario de la rebaja punitiva prevista para el extraneus, la cual, por consiguiente, no beneficia, ni al determinador, ni al cómplice.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VULNERACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD-Supuestos de hecho equiparable como condición para que se consolide el cargo.

TEST DE RAZONABILIDAD-Etapas

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Tratamiento diferenciado de los servidores públicos en razón de su condición no constituyen una infracción del principio de igualdad.

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EN PROCESO DISCIPLINARIO Y PROCESO PENAL-No violación por adelantamiento de proceso disciplinario y penal por la misma conducta

Referencia: expediente D-7271

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 4º del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 - Código Penal.

Demandante: NIVALDO HUMBERTO PUENTES PUENTES

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil ocho (2008)

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL,

En cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El 10 de abril de 2008, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Nivaldo Humberto Puentes Puentes presentó demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 4º del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 - Código Penal.

Mediante Auto del 13 de mayo de 2008, el Magistrado Sustanciador inadmitió la demanda formulada por considerar que los cargos presentados carecían de certeza y claridad, por lo que otorgó al ciudadano el término de ley para corregir la demanda en cuanto hace al fundamento de las consideraciones que lo llevan a inferir que la norma acusada vulnera el principio de igualdad.

En Auto del 29 de mayo de 2008, el Magistrado Ponente, previa valoración de los escritos presentados por el demandante, resolvió admitir la demanda radicada bajo el número D-7271, fijar en lista la norma acusada por el término de diez días con el fin de otorgar la oportunidad a todos los ciudadanos de impugnarla o defenderla, y dar traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto a su cargo, de acuerdo con el artículo 7 del Decreto 2067 de 1991. En el Auto también se ordenó comunicar la demanda al Ministerio del Interior y de Justicia, a la Fiscalía General de la Nación, al Director del Instituto de Derecho Procesal, al Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, y a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades del Rosario, Javeriana y Nacional, para que si lo estimaban conveniente, intervinieran dentro del proceso con el propósito de impugnar o defender las disposiciones acusadas.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe el texto del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 44.097 del 24 de julio del 2000, destacando en negrilla y subraya el inciso acusado.

"LEY 599 DE 2000

Diario Oficial No 44.097 de 24 de julio del 2000

'Por la cual se expide el Código Penal'

ARTICULO 30. PARTICIPES. Son partícipes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

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."

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Previo señalamiento de los requisitos mínimos que debe satisfacer una demanda de constitucionalidad según la jurisprudencia de esta Corporación, de la transcripción de la norma acusada y de la indicación de la norma constitucional transgredida, el demandante expone los fundamentos de la censura, en los términos que se sintetizan a continuación.

Según el actor, del concepto de Estado Social y Democrático de Derecho se desprenden cargas políticas para todos quienes hacen parte de él, al punto que los fines del Estado resultan vinculantes para todos los ciudadanos. En ese orden de ideas, en las actividades económicas en las que participa el Estado se entabla una íntima relación entre los servidores públicos y los particulares, por lo que ambos desarrollan tácitamente una función social.

Bajo este entendido, el demandante señala que si bien un particular, en dichas actividades, se desempeña como comerciante, no por ello lo hace desprovisto de la condición social de miembro del Estado ni de las cargas que de tal calidad se desprenden. Por lo tanto, el actor se cuestiona si en los escenarios de disposición ilícita de recursos del Estado en concurso de un servidor público y un particular, es posible dar tratamiento punitivo preferente a éste último sobre el primero.

La respuesta frente al interrogante es negativa, en la medida en que no puede el legislador establecer una diferenciación odiosa en contra de los servidores públicos al señalar un mayor quantum punitivo en la comisión de delitos de sujeto activo calificado por la condición de servidor público. En efecto, para el demandante, el principio de igualdad, que estima vulnerado por la norma acusada, impone la necesidad racional de dar trato igual a los iguales, sin que se observe que en la comisión de delitos contra la administración pública aparezcan elementos racionales diferenciadores entre los servidores públicos y los particulares.

El demandante señala que no es posible dar un tratamiento privilegiado al particular que, en calidad de interviniente, participa en delitos con sujeto activo calificado como servidor público, como quiera que respecto de aquél es predicable la exigencia social de la protección y tutela del patrimonio del Estado, de manera que el tratamiento diferencial consagrado en la norma acusada no concreta la posibilidad legítima del legislador de establecer diferencias de trato fundadas, razonables y ponderadas.

El actor sostiene que si bien el legislador cuenta con amplia libertad de configuración legislativa y, en el ejercicio de ese ámbito de configuración, tiene la facultad de establecer diferenciaciones, éstas no pueden ser caprichosas, infundadas e irracionales como parece ser el tratamiento punitivo más severo para los servidores públicos que actúan como autores de delitos con sujeto activo calificado como servidor público, habida cuenta que a los particulares les es exigible igual grado de protección del bien jurídico protegido por la ley penal.

Sobre el particular, el demandante refiere jurisprudencia constitucional en la que se ha establecido que las exigencias punitivas más graves respecto de los servidores públicos sólo pueden darse en relación con sanciones disciplinarias, en razón de la especial sujeción del funcionario frente al Estado y de la mayor exigencia ético moral en la prestación del servicio, criterios que no resultan aplicables al ámbito penal.

Conforme a la jurisprudencia ampliamente citada en el libelo de la demanda, el accionante concluye que en el ámbito penal no debe existir la diferenciación de trato entre servidores públicos y particulares que concurren en la afectación de los bienes jurídicamente tutelados, por cuanto ello implicaría extender los efectos de la especial relación de sujeción del servidor público con el Estado -propia del campo disciplinario- al escenario penal en el que se propugna por la defensa de los intereses o bienes protegidos en igualdad de condiciones frente a todos los ciudadanos.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio del Interior y de Justicia

El Ministerio del Interior y de Justicia intervino en el proceso de la referencia para solicitar a la Corte Constitucional que se pronuncie a favor de la constitucionalidad de la norma demandada, por cuanto al interviniente que no reúne las calidades que señala el tipo penal no puede dársele

el mismo tratamiento que a quien de manera abstracta o concreta se subsume en éste.

El Ministerio indicó que el legislador, en desarrollo de su libertad de configuración normativa, había dado protección a ciertos bienes jurídicos relacionados con la administración pública, determinando un sujeto activo calificado cuya participación es necesaria so pena de que la conducta sea atípica o que resulten afectados otros bienes jurídicos de distinta entidad.

El Ministerio de Interior y de Justicia señaló que la buena fe de los particulares y de las autoridades públicas resulta importante en el marco de una estructura social y de derecho. En este sentido, cita jurisprudencia constitucional en relación con el alcance de dicho principio y refiere que el ejercicio de la función pública supone un postulado ético de mayor observancia para el servidor.

Por otra parte, el Ministerio interviniente citó jurisprudencia en relación con la libertad de configuración legislativa y precisó que el control de constitucionalidad en estos casos es más un control de límites con el que se busca evitar los excesos en que se pueda incurrir. Finalmente señaló que en el Código Penal existen circunstancias de menor y mayor punibilidad y otros escenarios en los que se precisa de un sujeto activo calificado para el perfeccionamiento del tipo, sin que éstos resulten censurables sino que responden a la lógica jurídica penal sobre la mayor protección que ameritan algunos bienes jurídicos.

2. Fiscalía General de la Nación

El Fiscal General de la Nación intervino en el presente proceso de constitucionalidad y solicitó a la Corte Constitucional que profiriera sentencia inhibitoria por no reunir la demanda los requisitos mínimos señalados en la jurisprudencia para estos efectos. Subsidiariamente, pidió a esta Corporación que se declarara la exequibilidad del precepto acusado.

En primer lugar, el Fiscal señala que si bien la acción pública de inconstitucionalidad es de carácter informal, existen unas cargas mínimas que debe cumplir la demanda para que su estudio sea procedente, las cuales no son cumplidas en la acción objeto de estudio, pues ésta carece de claridad, certeza y especificidad, al no señalar con coherencia y suficiencia argumentos que permitan inferir que la norma censurada otorgue un tratamiento punitivo injustificado a los servidores públicos en relación con los particulares que cometen el ilícito. Adicionalmente la demanda no establece patrones de análisis de trato entre servidores públicos y particulares frente a los cuales se pueda predicar una *tertium comparationis*.

No obstante, el Fiscal General de la Nación señala que si la Corte considera procedente emitir un pronunciamiento de fondo, ésta debería declarar la exequibilidad de la norma demandada, en atención a que no existe quebrantamiento del principio de igualdad, en la medida en que es dado al legislador asignar consecuencias punitivas diferentes a las personas que participan en la realización de una conducta punible, ya sea por circunstancias del grado de determinación, participación o por no tener las calidades especiales exigidas en el tipo penal conculcado, todo lo cual se enmarca dentro de la cláusula general de competencia que le permite al legislador trazar la política criminal.

3. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Por intermedio de uno de sus miembros, la Academia Colombiana de Jurisprudencia solicitó a la Corte Constitucional que declarara la exequibilidad de la norma acusada, señalando que el actor, en lugar de desatar el test de igualdad diseñado por esta Corporación, acometió especulación sin más referente que la construcción libre del ámbito social, desde el cual, los criterios de razonabilidad legislativa, difícilmente pueden alcanzar verificación.

El interviniente señala que el legislador, en casos como el de la norma acusada, toma en cuenta tanto el ámbito de la vida común como el institucional. Según esto, hay lugar a diferenciar entre delitos por competencia en un ámbito de organización y delitos por competencia institucional. En el primer caso, se trata de la organización del comportamiento en general, de la ruptura de un rol común, donde las expectativas normativas vinculadas a él son definidas negativamente. En el segundo caso, se trata de delitos de infracción de deber en el que el especialmente obligado actúa desde una posición de garante.

El académico refiere que éste ha sido el fundamento de la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia para justificar la diferencia de trato censurada en la demanda de inconstitucionalidad. Así, el trato diferenciado entre particular y servidor público, en lugar de constituir una irrazonabilidad resulta imprescindible para la vigencia de las expectativas que definen el modelo social que nos rige.

De otra parte, la Academia Colombiana de Jurisprudencia señala que la norma acusada se justifica igualmente en el plano de la sistemática estrictamente penal, porque antes de su consagración la situación del interviniente en el caso de delitos con sujeto activo especial conducía a soluciones variadas con grave compromiso para el valor justicia. Sin embargo, su adopción garantizó la unidad de imputación, sentó reglas sobre intervenciones principales y accesorias, que permiten la justicia y proporcionalidad punitivas, en función de la participación.

4. Intervención Ciudadana

El ciudadano Carlos Daniel Cuenca Valenzuela intervino en el proceso de la referencia para solicitar a la Corte que declare la exequibilidad de la norma demandada por los siguientes argumentos.

En primer lugar, indica que el demandante se equivoca al considerar que la mayor punición que se adscribe a los servidores públicos en los delitos de sujeto activo calificado por tal calidad se deriva de la especial sujeción que estos tienen frente a la administración y que no ostentan los particulares.

En efecto, el ciudadano pone de presente que si bien antiguamente la doctrina derivaba la responsabilidad penal de los servidores públicos de los deberes de fidelidad, obediencia o subordinación para con la administración pública, en la actualidad se ha refutado tal concepción del origen de los delitos funcionales, ya que tales nexos son de naturaleza extrapenal. Por el contrario, recientemente se ha sostenido que el juicio de antijuridicidad de los delitos funcionales tiene su base en la posición de poder que detentan determinados sujetos sobre ciertos bienes jurídicos.

En este sentido, el interviniente indica que los delitos contra la administración pública son realizables únicamente por aquéllos que poseen

deberes de vigilancia y posición de garante respecto de los bienes jurídicamente protegidos. En este sentido, sólo puede ser autor aquél funcionario que puede dañar el bien jurídico amparado, quien guarda una relación de dominio con el bien, pues su fundamento es la posición de poder que detenta sobre el mismo.

Por el contrario, el particular carece de capacidad de lesionar ciertos bienes jurídicos ya que no están a su disposición ni tiene con ellos una relación de proximidad. Así, quien no está investido de funciones públicas tiene carácter de sujeto meramente secundario y eventual en los delitos contra la administración y de ahí la razón de su menor punibilidad, diferencia que no ofende el principio de igualdad y sale airosa del test que sobre el particular emplea la Corte Constitucional.

Finalmente, el ciudadano interviniente precisa que si bien el derecho disciplinario difiere del penal, ambos tienden a la salvaguarda de la buena marcha de la administración, y sus preceptos procuran mantener a los funcionarios públicos en la observancia de sus deberes. De esta forma, la diferencia entre el ilícito disciplinario y el penal es de grado y no de esencia.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Mediante Concepto No. 4576, el Procurador General de la Nación solicitó a esta Corporación que declarara la exequibilidad de la norma acusada, bajo la consideración de que la diferencia punitiva consagrada entre los sujetos activos calificados que perfeccionan un delito especial propio y los particulares que lo realizan o participan en el mismo, no constituye una violación del principio de igualdad, como quiera que dicha diferenciación se fundamenta en la posición especial de deber o de poder que los primeros ostentan, cuya transgresión o inobservancia tiene connotación penal.

En efecto, a los servidores públicos, por su relación de sujeción especial con el Estado, se les exige mayor compromiso y responsabilidad en el ejercicio de la función pública encomendada, que el que se predica de los sujetos que no tienen tal condición especial, de suerte que no resulta injustificada ni desproporcionada la diferencia punitiva establecida.

El Procurador precisó que si bien todos los ciudadanos están obligados a cumplir la Constitución y la ley y a proteger el patrimonio, existe un grupo de personas a las que se les asignan deberes especiales, en razón del rol que desempeñan en la sociedad, cuya transgresión merece mayor reproche penal que aquéllos sujetos en los que no concurren tales condiciones y deberes.

En suma, el Ministerio Público concluye que la diferenciación establecida en la norma censurada no contraviene la Constitución, como quiera que se trata de sujetos que no se encuentran en las mismas condiciones respecto del bien jurídico tutelado.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como las que se acusan en la demanda que se estudia.

2. El problema jurídico que se plantea

En esta oportunidad se ha presentado demanda de inconstitucionalidad contra el inciso final del artículo 30 del Código Penal, sólo en cuanto que del mismo se desprende un tratamiento punitivo diferenciado para el autor y para los intervinientes que no reúnan la calificación especial prevista en el tipo, en los delitos especiales de servidor público contra la Administración Pública.

No obstante lo disperso de los argumentos presentados por el demandante, cabe señalar que los mismos giran alrededor de las siguientes consideraciones: a) Que el objeto propio del derecho penal es la protección de determinados bienes jurídicos; b) Que, en especial, la demanda alude a aquellos delitos de sujeto activo calificado como servidor público que tengan por objeto la protección de la administración pública, y más específicamente, los que puedan dar lugar a una afectación del patrimonio público; c) Que en relación con esos delitos y si, como se ha dicho, la justificación del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos, cuando la afectación del bien jurídico, Administración Pública o patrimonio público, sea la misma, no cabe hacer diferenciación en la sanción penal en atención a que quien realice la conducta tenga o no la calidad servidor público; d) Que, desde esa perspectiva, la calidad especial del sujeto activo como servidor público, repercute en el ámbito disciplinario, que atiende a la necesidad de mantener a los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes funcionales, pero no puede dar lugar a un diferente tratamiento penal.

De esta manera, para el demandante, la disposición acusada, al disponer un tratamiento punitivo diferente para quienes, con una conducta materialmente equiparable, afectan de igual manera el bien jurídico protegido en los delitos de servidor público contra la Administración Pública, resulta contraria al principio de igualdad.

Los distintos intervinientes y el Ministerio Público, por otra parte, coinciden, en considerar que la norma acusada no resulta contraria a la Constitución, por cuanto, en los supuestos a los que alude la demanda, existen claras diferencias entre la situación del servidor público al que se le imputa la comisión de un delito especial y la de los particulares intervinientes, circunstancia que explica la diferencia de tratamiento jurídico, razón por la cual no cabe afirmar la existencia de una afectación del principio de igualdad.

Así, para el Ministerio del Interior y de Justicia, "... el ejercicio de la función pública supone, además de un inquebrantable compromiso y vocación de servicio a la comunidad, un postulado ético de mayor observancia para el servidor, en tanto representante del Estado y de su obligación para con la sociedad." Para la Fiscalía General de la Nación, entra dentro del ámbito de configuración del legislador "... asignar consecuencias punitivas diferentes a las personas que participan en la realización de las conductas punibles, ya sea por circunstancias del grado de determinación, participación, o por no tener las calidades especiales exigidas en el tipo penal conculcado, sin que ello implique desconocer el precepto constitucional de la igualdad ...". La Academia Colombiana de Jurisprudencia, después de diferenciar los delitos por competencia en

un ámbito de organización y los delitos por competencia institucional, expresa, por una parte, que la diferencia de trato cuestionada por el accionante es razonable porque se deriva de la diferente condición y deber jurídico especial que determina el carácter de servidor público, y, por otra, que desde el punto de vista de la sistemática estrictamente penal, la disposición demandada "... garantiza la unidad de imputación y sienta reglas que permiten la distinción entre intervenciones principales y accesorias y, con ello, la justicia y proporcionalidad punitivas, en función de la participación". El ciudadano Daniel Cuenca Valenzuela manifiesta que el demandante parte de la premisa equivocada de sostener que la mayor intensidad de la pena en los delitos de funcionario se debe a la especial situación de sujeción que estos tienen con la Administración, cuando lo cierto es que hoy, la moderna doctrina señala que "[e]l juicio de antijuridicidad en los delitos funcionales, que es la valoración negativa que el orden jurídico pronuncia contra una conducta en atención a su lesividad, tiene más bien su base en la posición de poder que detentan determinados sujetos sobre ciertos bienes jurídicos." Agrega que, en esos delitos especiales en los que sólo puede ser autor el funcionario que está en esa posición de poder, "[q]uien no está investido de funciones públicas tiene carácter de sujeto meramente secundario y eventual en los delitos contra la administración y de ahí la razón de su menor punibilidad." Finalmente, el Ministerio público puntualiza que "[s]i bien todos los ciudadanos están obligados a cumplir la Constitución y la Ley y a proteger el patrimonio público, existe en ciertos grupos de personas, por razón del rol que desempeñan en la sociedad, deberes particularmente exigibles, cuya trasgresión merece mayor reproche penal que respecto de otros sujetos en quienes no concurre la misma condición y deber."

En este contexto, estima la Corte que para precisar el ámbito del problema que ha sido planteado, así como el alcance de su pronunciamiento, es necesario puntualizar que pese a que la demanda se dirige contra el inciso 4º del artículo 30 del Código Penal, los argumentos de inconstitucionalidad propuestos por el demandante no se orientan, en realidad, a obtener la declaratoria de inexequibilidad de esa disposición, sino a que se excluya su aplicación, por estimarse contraria a la Constitución, a los supuestos de delitos especiales o de sujeto activo calificado como servidor público en los casos en los que de por medio esté la afectación de la Administración Pública y, más específicamente, el patrimonio público.

De este modo, el problema jurídico que debe resolver la Corte consiste en establecer si la norma acusada, en cuanto se aplique en relación con delitos especiales de servidor público que impliquen afectación de la administración pública y, más específicamente, del patrimonio público, resulta contraria a la igualdad, al establecer una punición diferente para los servidores públicos y para los intervinientes que no tengan esa condición, sin fundamento distinto que esa diferencia de calidades en los sujetos.

En ese contexto, la Corte procederá, en primer lugar, a hacer un breve recuento sobre el concepto de delitos especiales, para referirse luego, de manera general, a los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales en torno a la intervención del extraño en esa clase de delitos, para, finalmente, a la luz de esos elementos conceptuales, abordar la solución del problema propuesto.

3. La solicitud de inhibición

De manera preliminar debe la Corte referirse a la solicitud de inhibición presentada por la Fiscalía General de la Nación, a partir de la consideración de que la demanda en estudio carece de claridad, certeza y especificidad, ya que no señala con coherencia motivos suficientes que permitan inferir la manera como la norma cuestionada otorga un tratamiento punitivo injustificado para los servidores públicos con respecto a los particulares que cometen un mismo delito.

La Corte no comparte la anterior apreciación, porque, no obstante la dispersión de sus argumentos, de la demanda se desprende con suficiente claridad que el actor, a partir de la consideración según la cual, cuando exista identidad en la conducta entre *elintraneus* y el *extraneus* y, por consiguiente, identidad también en la afectación del bien jurídico protegido atribuible a dichas conductas, debe existir igualdad en la sanción penal, estima que la disposición acusada, al disponer un tratamiento diferente para esos extremos subjetivos, resulta contraria al principio de igualdad. Esta aproximación, en su supuesto inicial, resulta consistente con la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, de acuerdo con la cual, en determinados delitos especiales, es posible que sujetos que no reúnan la condición previstas en el tipo penal, también concurren a su realización ejecutando como suya la conducta.¹

De este modo, aunque en el evento de que prosperasen los cargos de la demanda sería necesario delimitar el alcance de la decisión de la Corte para precisar los delitos especiales de servidor público a los que la misma resultaría aplicable, dado que el demandante no es claro sobre el particular y en algunos casos alude genéricamente a los delitos contra la administración pública y en otros parece dirigir la acusación sólo a los eventos en los que la norma se aplique en relación con aquel conjunto de delitos que puedan implicar una afectación del patrimonio público, considera la Corte que, en virtud del principio *pro actione*, es posible un pronunciamiento de fondo sobre el cargo genérico planteado por el demandante, que supone la consideración de la norma acusada en su relación con los tipos especiales de servidor público orientados a la protección de la administración pública.

4. La participación del extraño en los delitos de sujeto activo calificado

Alrededor de los delitos de sujeto activo calificado o especiales han surgido en los ordenamientos jurídicos distintos problemas de autoría y participación, dentro de los cuales reviste particular complejidad el relacionado con la situación que desde el punto de vista penal se presenta en relación con el interviniente que no reúna las calidades previstas en el tipo penal y, más específicamente, con la cuantificación de la pena que le resulte imponible.

4.1. De manera general puede decirse que son delitos de sujeto activo calificado, o especiales, aquellos delitos que sólo pueden ser cometidos por los sujetos que reúnan las calidades especiales previstas en el tipo penal. De este modo, a diferencia de lo que ocurre en los delitos comunes, en los especiales no cualquier persona puede ser autor, porque, se repite, en el respectivo tipo penal se ha incluido una especial calificación del sujeto activo.

4.2. La doctrina ha distinguido entre delitos especiales propios e impropios. Así, son delitos especiales propios aquellos respecto de los cuales no existe ningún delito común paralelo. En estos delitos, la calidad especial del sujeto activo es determinante para la existencia del delito, de manera que, en ausencia de la misma, la conducta sería atípica. Los delitos especiales impropios, por su parte, son aquellos respecto de los

cuales existen delitos comunes paralelos, pero que por virtud de la especial cualificación normativa del sujeto activo constituyen tipos penales autónomos. De este modo, en los delitos especiales impropios, la conducta descrita en el tipo es susceptible de llevarse a cabo por cualquier persona, pero cuando en ella concurren las especiales calidades previstas en la norma, se modifica el título de imputación, puesto que ya no se tratará de un delito común sino de uno especial impropio. Tales delitos tienen, de ordinario, el alcance de establecer una pena mayor que la prevista para el delito común subyacente.

4.3. La anterior distinción resulta relevante cuando se trata de determinar los criterios aplicables al interviniente que no tiene las calidades especiales previstas en el tipo (*extraneus*). Sobre este particular puede señalarse que son varias las teorías que se han elaborado por la doctrina y por la jurisprudencia en torno a este asunto y entre las cuales se pueden destacar, por un lado las que pregonan que en tales supuestos debe producirse una ruptura del título de imputación, para juzgar al *intraneus* por el delito especial y al *extraneus* por el delito común subyacente, y las que, por el contrario, sostienen que debe mantenerse la unidad del título de imputación, para juzgar a *extraneus* e *intraneus* por el tipo del delito especial, aún cuando se admita la posibilidad de establecer un diferente *quantum* punitivo en atención a la diferencia de las calidades de los intervinientes.

En este contexto cabe señalar que en los delitos especiales la calificación del sujeto tiene incidencia sobre el ilícito y sobre la sanción. Lo primero, cuando la ilicitud proviene de la especial cualificación del sujeto activo, de tal manera que sin esa cualificación no surge el delito, bien sea porque la conducta deviene imposible ontológicamente, o porque, aunque posible, carece de ilicitud penal porque no es susceptible de ser subsumida en ningún tipo común. Lo segundo, cuando la configuración del tipo especial repercute fundamentalmente sobre el *quantum* de la pena aplicable, pero no sobre la ilicitud de una conducta que, de todos modos, es susceptible de ser realizada por un sujeto no calificado y de encuadrarse en un tipo común.

4.4. A título de ejemplo, para ilustrar las diferentes concepciones en torno a la participación del *extraneus* en los delitos especiales, puede señalarse que un sector de la doctrina en España ha sostenido que en los delitos especiales propios, como quiera que la especial calificación del sujeto es un fundamento de la pena, no meramente una circunstancia de agravación de la misma, el *extraneus* debería responder por la misma pena que el *intraneus*, al paso que en los delitos especiales impropios, dado que la calificación especial del sujeto apunta hacia una mayor punibilidad, al *extraneus* no le sería aplicable ese criterio, razón por la cual, tendencialmente, debería responder por la pena del delito común subyacente. Del mismo modo, puede señalarse que en Alemania, algunos doctrinantes han expresado que en los delitos especiales propios, el partícipe *extraneus* debe ser castigado con una pena atenuada en relación con la prevista para el autor *intraneus* y que, en los delitos especiales impropios, el autor *intraneus* debe responder como autor del delito especial, mientras que el partícipe *extraneus* respondería como partícipe del delito común paralelo.²

Lo anterior pone de presente que resulta problemático establecer el fundamento de la punición del partícipe que no reúne las calidades previstas en el tipo especial.

4.5. En nuestro país, tal como se señaló por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia de 11 de febrero de 2004³, frente al Código Penal de 1980, la jurisprudencia penal se refirió en varias oportunidades a la coparticipación criminal en delitos especiales o de sujeto activo cualificado y, aunque no de manera siempre unánime, arribó a la conclusión de que, a) Sólo puede ser autor quien ostente la calidad prevista en el tipo penal, en cuanto es el único que puede realizar materialmente la conducta típica, y b) Las personas que no tengan la calidad exigida en la ley para el autor pueden responder de un delito especial sólo en calidad de cómplices o determinadores, en consideración a que en ninguno de esos roles realizan materialmente la conducta⁴.

En ese contexto, en el evento de un partícipe no cualificado que realizase la conducta prevista en el tipo, debía procederse a romper la unidad de imputación para que dicho interviniente respondiese por el delito común subyacente.

Sin que le corresponda a la Corte Constitucional optar por una de las distintas teorías que se han ensayado sobre el particular, sí puede señalarse que en Colombia, a partir de la expedición de la Ley 599 de 2000 y de la inclusión en ella, precisamente, de la disposición demanda, existe un consenso jurisprudencial en torno a la idea de que nuestro ordenamiento abandonó la tesis de la ruptura de la unidad de imputación y optó, por el contrario, por una fórmula conforme a la cual, en los eventos de participación de un extraño en los delitos especiales, existe unidad de imputación en torno al tipo especial.

4.6. Interpretación jurisprudencial sobre el alcance del artículo 30 del Código Penal

No obstante que, como se ha señalado, es claro hoy que nuestro ordenamiento jurídico ha optado por la línea que mantiene la unidad del título de imputación para resolver la situación de los *extraneus* en los delitos especiales, han surgido diferencias en torno a la interpretación y el alcance de lo que sobre esta materia se dispone en el artículo 30 de la Ley 599 de 2000.

4.6.1. Así, en una primera instancia la Corte Suprema de Justicia señaló que en el concepto de "*intervinientes*" contenido en el inciso 4º de esa disposición se encontraban incluidos, los autores, coautores, determinadores y cómplices. De esa interpretación se seguía que para establecer la pena aplicable al extraño interviniente en un delito especial, era necesario acudir primero a la graduación establecida en los incisos 2º y 3º del artículo 30 para el determinante o el cómplice, y luego, acumulativamente, a la establecida en el inciso final para el extraño. Sobre el particular, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia de 25 de abril de 2002, expresó:

"2. Estima la Sala necesario efectuar algunas precisiones acerca de la aplicación de los arts 28, 29 y 30 del Código Penal, a propósito del inciso final del artículo últimamente citado.

Dicho inciso consagra una disminución punitiva para el interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal, concurre a la realización del hecho punible.

Los puntos de partida de la norma en cuestión son entonces dos: Que se trate de un delito que fundamenta su existencia en una calidad

especial, aspecto éste que se vincula con la presencia de deberes especiales que se concretan en el ámbito de protección del respectivo bien jurídico tutelado. Y que se trate de concurrencia o pluralidad de intervinientes, que pueden hacerlo, en principio, bajo cualquier modalidad de autoría (art. 29) o bajo cualquier modalidad de participación (art. 30 incisos 1º, 2º y 3º).

No regula esta norma, en consecuencia, hipótesis que tienen que ver con el nacimiento de agravantes o atenuantes por causa de la calidad del sujeto ya que éstas encuentran regulación en el artículo 62 del Código Penal que trata sobre su comunicabilidad

El interviniente no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos. La norma, en este sentido zanja de *lege data* toda disputa entre las distintas soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial y, de otro, la rebaja punitiva que se explica y funda en que el particular no infringe ningún deber jurídico especial de aquellos que la necesidad de tutela particular del respectivo bien jurídico, demanda para su configuración. De ahí que se pueda 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).

La Sala considera, además, que para que haya lugar a la configuración del tipo especial basta con que 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. Si el sujeto calificado, por así decirlo, realiza materialmente la conducta descrita, exclusiva o concurrentemente con otros, o lo hace instrumentalizando a otro, o es instrumento de alguien que actúa sobre su voluntad (forzándolo o induciéndolo a error), o si actúa en relación con organización de la que se predica la calidad especial, el tipo especial surge. Y establecido lo anterior habrá que mirar, para determinar el marco dentro del cual opera la pena, la conducta del particular que concurre al hecho, así: si interviene como coautor, como autor mediato, como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de persona jurídica, de ente colectivo sin tal atributo o de persona natural cuya representación voluntaria se detente (C.P. art. 29), o si lo hace como determinador (instigador) de otro que actúa dolosamente, o como determinado (instigado), la pena será la prevista para el delito de acuerdo con los incisos final y 2º de los artículos 29 y 30 respectivamente, rebajada en una cuarta parte (inciso 4º artículo 30). Pero si se trata de un particular que interviene participando como cómplice de una de estas infracciones, su pena es la que corresponde a la naturaleza secundaria de su grado de participación (inciso 3º del artículo 30 C.P.), a su vez disminuida en una cuarta parte tal cual lo prevé el inciso final de la misma disposición. Empero, si el particular es utilizado como instrumento de otro (sujeto calificado) o de otros (dentro de los cuales se encuentra un sujeto calificado) su compromiso penal es ninguno al tenor de lo dispuesto en el artículo 32 del Código Penal.

Las disposiciones, así entendidas, realizan los propósitos del legislador frente a tres distinciones básicas y guardan correlación con ellas. Por una parte se preserva el postulado de la unidad de imputación, evitando que los concurrentes al hecho respondan por delitos diferentes. Por otro lado permite conservar la distinción entre formas de intervención principales y accesorias. Y por otro lado guarda o mantiene la correspondencia punitiva que condujo al legislador a adscribir grados de compromiso y consecuencias punitivas distintas para los autores y coautores, y para los determinadores, por una parte, y para los cómplices por la otra, dado que en éste último evento la participación además de accesoria es secundaria, menor y, por supuesto, menos grave.

Ello también, finalmente, permite conservar, en términos de esa proporcionalidad, los fundamentos de las distinciones hechas por el legislador para justificar la diferencia de trato, es decir, para que produzcan efecto jurídico las diversas graduaciones del tratamiento diferencial entre quienes tienen a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección, y quienes no los tienen. Y entre quienes concurren al hecho llevando a cabo aportes de conducta que el legislador disvalora por igual (autores y determinadores) y quienes lo hacen en menor grado y medida (cómplices)

Todo lo anterior supone que el servidor público o el sujeto calificado en cuya condición y deber jurídico especial se fundamenta la realización objetiva del tipo, no puede actuar como determinador o cómplice, por definición. Su participación no se concibe sino a título de autoría en cualquiera de sus modalidades o, en último extremo y residualmente, por comisión por omisión (al tener el deber jurídico de evitar el resultado, lo cual no hace porque concurre a la realización del hecho en connivencia con los demás)."⁵

4.6.2. En providencias posteriores, la Corte Suprema de Justicia cambió la anterior interpretación, para señalar que, en una aproximación sistemática, el término "*intervinientes*" contenido en el inciso final del artículo 30 de la Ley 599 no puede tomarse como un símil de partícipes, ni como un concepto que engloba a todo aquél que de una u otra forma concurre a la realización de la conducta punible, sino que debe entenderse en un sentido restrictivo de "*coautor de delito especial sin cualificación*" y que, por consiguiente la graduación punitiva contenida en ese inciso del aludido artículo 30 se aplica únicamente al extraño que actúa como coautor, no así a quien lo hace como determinador o como cómplice, cuya graduación punitiva se rige exclusivamente por lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del mismo artículo.

En Sentencia de 8 de julio de 2003, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al examinar en sede de apelación la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2002 por el Tribunal Superior de Ibagué, que expresamente se fundamentó en la jurisprudencia contenida en la aludida Sentencia de abril 25 de 2002, expresó que resultaba "*... procedente hacer un reexamen de tales posiciones en aras de definir qué se entiende por interviniente en ese contexto y cuál es ciertamente la pena que corresponde a quien, actuando como determinador o cómplice, no reúne las calidades requeridas en la descripción típica y cuál la que debe imponerse a quien ejecutando como suya la acción contenida en el verbo rector carece también de dichas calidades.*"

Dijo la Corte Suprema de Justicia:

"En efecto, definiendo el artículo 29 de la Ley 599 de 2.000 como autor a "quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento", también a "quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo

representado" y como coautores, a "los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte", e incluyendo, el artículo 30 del Código Penal vigente, por su parte, bajo el título de partícipes al determinador y al cómplice, para, en el inciso segundo, señalar que a aquél corresponde la pena prevista para la infracción y en el tercero que éste (el cómplice) incurrirá en la pena prevista para el punible disminuida de una sexta parte a la mitad, al tiempo que en el inciso final dispone que "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", podría, todo lo anterior, significar, en principio, que el término interviniente por hallarse en ese contexto, sólo se refiere a determinadores y cómplices o que, por su acepción gramatical, como lo señalara la Sala en aquella decisión, "no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos".

Sin embargo, bajo el necesario supuesto de que en el delito propio los extraños, valga decir el determinador y el cómplice, no requieren calidad alguna, pues aquél no ejecuta de manera directa la conducta punible y el cómplice tiene apenas una participación accesorio, surge evidente la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30, ya que si a éstos no se les exige calidad alguna, valga decir que su condición o no de servidor público no tiene incidencia alguna en la participación que respecto a la conducta punible despliegan, ningún sentido lógico tiene el que se les dispense un adicional tratamiento punitivo definitivamente más favorable precisamente por una calidad que resulta intrascendente en sus respectivos roles, en cuanto al determinador que no siendo servidor público, condición que para nada importa en el despliegue de la instigación, se le estaría rebajando la pena en una cuarta parte y al cómplice, cuya condición o no de servidor público tampoco comporta ninguna trascendencia en la ejecución del papel accesorio, se le estaría favoreciendo igualmente con una rebaja de esa proporción pero sumada a la que correspondería por su participación, prevista entre una sexta parte a la mitad.

Es que, siendo absolutamente claro el artículo 30 en señalar que al determinador le corresponde la pena prevista en la infracción y al cómplice esta misma rebajada en una sexta parte a la mitad, si ellos carecen de la cualificación especial que el tipo penal no exige para que su participación se entienda consumada, en nada desnaturaliza los propósitos del legislador, pues aún se mantiene la unidad de imputación, se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias y se guarda la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal.

Por eso, cuando dicha norma utiliza el término 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, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición, también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí dónde opera la acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase.

Pero además, tal entendimiento, ya dinamizado en relación con hechos punibles de sujeto activo que no requiera calidades y frente a un criterio de política criminal, tiende a hacer real el principio de igualdad pues, de iterarse el criterio ya expresado de la Sala en la decisión antes citada, no se entendería por qué razón a un determinador de peculado, por ejemplo, se le beneficiaría con una rebaja de la cuarta parte de la pena, mas no así a un instigador de un delito de hurto, o por qué a un cómplice de concusión se le rebajaría en principio la pena de una sexta parte a la mitad, y luego en una cuarta más por no ser servidor público. Más aún, tampoco se entendería por qué a un particular, cómplice de peculado se le harían tales rebajas mientras que a un servidor público cómplice del mismo delito no se le haría sino la primera, cuando ciertamente su condición nada tendría que ver con su participación, pues ella, en tal caso, la ley la encuentra carente de trascendencia.

Por tanto, 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.

Pero al coautor, pues necesariamente el inciso final tiene como supuesto el concurso de sujetos, que realizando como suyo obviamente el verbo rector del tipo penal especial, no cuente sin embargo con la cualidad que para el sujeto activo demanda la respectiva norma, la pena que le corresponderá será la prevista para la infracción disminuida en una cuarta parte, de conformidad con el inciso final del precitado artículo 30. Así, *vr.gr.*, si con un servidor público, un particular, concurre a apropiarse en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, la pena que le corresponderá será la del peculado, por conservarse la unidad de imputación, disminuida en una cuarta parte, he ahí el trato diferencial, por no poseer la cualidad exigida para el sujeto activo.

Además, así entendida esa acepción, se explica por qué conductas como el peculado por extensión ya no encuentran una específica regulación en la Ley 599 de 2.000, pues aquella opera como un amplificador del tipo penal.⁶

El criterio esbozado por la Corte Suprema de Justicia en esta última sentencia ha sido reiterado en diferentes providencias y constituye la jurisprudencia vigente sobre el particular.

Así, en Auto de 15 de agosto de 2007⁷, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al decidir sobre la admisión de un recurso de casación excepcional, expresó que en torno a las inquietudes planteadas por el actor respecto de los temas cuyo desarrollo jurisprudencial se perseguía, la Corte ha realizado múltiples pronunciamientos en orden a establecer de manera clara y precisa los criterios para la aplicación del Artículo 30 del Código Penal. En esa Sentencia, la Sala, después de hacer un recuento detallado de los pronunciamientos de esa Corporación en las providencias del 25 de abril de 2002, Rad. 12.191, y del 8 de julio de 2003, Rad. 20704, puntualizó que el criterio jurisprudencial fijado en este último pronunciamiento, ha sido reiterativo⁸ en señalar que "*De acuerdo con la jurisprudencia vigente de la Sala, la reducción punitiva de la cuarta parte de la pena prevista para el interviniente 'que no teniendo las calidades exigidas en el tipo penal concurra en su realización', solo es aplicable al 'coautor de delito especial sin cualificación', sin que sea procedente tener en cuenta la dosificación allí prevista, respecto de quienes*

ostentan la calidad de determinadores o de cómplices." Concluyó entonces la Sala que no se precisaba de desarrollo jurisprudencial alguno acerca de la manera como debe darse tratamiento "al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización (...)", debido a que sobre la materia ya existía una línea jurisprudencial consolidada.

Más recientemente, en Auto 28890 de 23 de enero de 2008 la Corte Suprema de Justicia reiteró que el inciso final del artículo 30 del Código Penal prevé una rebaja de una cuarta parte de la pena prevista en el tipo penal, para "el interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización" y que la condición de *interviniente*, que genera el descuento, la ostenta exclusivamente el *coautor*, cuando no reúne la cualidad exigida para el sujeto activo. Este interviniente (coautor no calificado) se hace acreedor a la pena señalada para el delito, disminuida en una cuarta parte. Para la Sala de Casación Penal, por consiguiente, el *determinador* y el *cómplice* quedan excluidos del concepto. Al primero corresponde la pena prevista para la infracción, y, al segundo, la señalada en el tipo penal disminuida de una sexta parte a la mitad.⁹

En el Auto 29.452 de 9 de abril de 2008, la Corte Suprema de Justicia expresó que, en principio, las conductas que hacen parte de tipos penales de sujeto activo cualificado, sólo pueden ser ejecutadas por quien reúna esa condición, pero que puede suceder que personas que, sin ostentar esa calidad, también concurren a la realización del verbo rector y ejecuten la conducta como suya, esto es, como autor. Es allí, expresa la Corte Suprema de Justicia "... dónde -como lo ha sostenido la jurisprudencia¹⁰ opera la acepción legal de intervinientes, según las voces del inciso final del artículo 30 del Código Penal de 2000". En esos términos, prosigue la Corte Suprema de Justicia, "... en los delitos propios al interviniente -coautor sin la cualidad exigida para el sujeto activo- se le sanciona con la pena dispuesta para el delito, pero se hace merecedor a la rebaja en una cuarta parte; al determinador de la conducta, con o sin la condición legal requerida, le corresponde la pena prevista para la infracción, y al cómplice, careciendo o no de la especial condición, se le reconoce una disminución de la pena de una sexta parte a la mitad."

En la misma línea, en Sentencia de septiembre 17 de 2008, Rad. 26410, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia puntualizó que, en ciertos casos de delitos especiales, si bien es cierto que, desde el punto de vista jurídico, el concepto de *autor* se reserva exclusivamente al servidor público en quien convergen las calidades especiales exigidas por el tipo penal (*intraneus*), desde una perspectiva naturalística, cuando un particular (*extraneus*) concurre a la realización del hecho punible, asumiendo como propia la conducta, se predica la *coautoría*. De este modo, prosigue la Corte, 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. Establecidas las anteriores premisas, la Sala de Casación Penal reiteró en esa sentencia, una vez más, la jurisprudencia que ha venido sosteniendo esa corporación y que, afirma, constituye la línea jurisprudencial vigente, en el sentido de que el término "*intervinientes*" contenido en la referida disposición del Código Penal, alude, exclusivamente, al coautor de delito especial sin cualificación, que es el único destinatario de la rebaja punitiva prevista para el *extraneus*, la cual, por consiguiente, no beneficia, ni al determinador, ni al cómplice.

4.6.3. Observa la Corte Constitucional que la opción por una u otra de las anteriores opciones interpretativas no es indiferente desde la perspectiva del problema de constitucionalidad que se ha planteado en la presente oportunidad, por cuanto en la primera de ellas, en relación con todos los intervinientes -autores, coautores y partícipes- se da una diferencia punitiva según se trate de servidor público -*intraneus*-, por un lado, o particular -*extraneus*-, por otro, al paso que en la segunda línea interpretativa, los partícipes, bien sea determinadores o cómplices, no reciben un tratamiento diferenciado en materia de *quantum* punitivo, en razón, exclusivamente, de su carácter de extraños, diferencia que sólo se predica en relación con el interviniente en calidad de coautor.

Con todo, considera la Corte que no le corresponde pronunciarse, desde una perspectiva constitucional, por uno u otro extremo interpretativo, como quiera que la solución del problema jurídico planteado y al que se contrae el análisis de constitucionalidad en la presente providencia, es la misma, independientemente de la opción que sea elegida, esto es, establecer si hay una razón que explique la diferencia de pena entre el servidor público y el extraño. Quedan, por consiguiente, por fuera del ámbito del pronunciamiento de la Corte los problemas de igualdad que puedan plantearse en torno a la jurisprudencia vigente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por la diferencia de trato que de ella resulta para los *extranei*, según que sean determinadores o cómplices, por un lado, o coautores no calificados, por otro.

4.7. Por otro lado, en relación con el principio de igualdad, debe reiterarse que, en desarrollo de las previsiones del artículo 13 de la Constitución Política, el legislador debe otorgar el mismo trato jurídico a todas aquellas situaciones que pueden ser comparadas, así como establecer las correspondientes diferenciaciones cuando se trate de situaciones fácticas disímiles.¹¹ Por consiguiente, un tratamiento legislativo diferente no implica *per se* una violación del principio de igualdad siempre y cuando sea objetivo y razonable¹². El primer presupuesto, entonces, para que proceda la verificación de un cargo por violación del principio de igualdad por tratamiento diferenciado es que se esté ante supuestos de hecho que sean equiparables.

En aquellos eventos en los que se haya constatado el anterior presupuesto, es preciso establecer la constitucionalidad del criterio de diferenciación empleado por el legislador, para lo cual se le aplica un "*test de razonabilidad*" en orden a establecer si se justifica o no, a la luz de la Constitución, el trato desigual.

Las etapas de ese test comprenden 1. el análisis del fin buscado por la medida, 2. el análisis del medio empleado y 3. el análisis de la relación entre el medio y el fin.¹³

En jurisprudencia más reciente¹⁴ la Corte ha reiterado la tesis según la cual la intensidad del control de constitucionalidad y del juicio de igualdad varía dependiendo de la materia objeto de la norma demandada y sus implicaciones, y que la misma puede corresponder a un test estricto, intermedio o leve. En todo caso, ha señalado la Corte que las citadas etapas corresponden a un orden lógico que conduce a la verificación del trato desigual y que, por consiguiente, el éxito del citado juicio, supone la comprobación sucesiva de cada una de las exigencias que, de acuerdo con la intensidad del test, deben satisfacerse.

5. El caso concreto

En esta oportunidad se ha planteado un problema de igualdad en razón al distinto tratamiento que en materia penal reciben los servidores públicos y los *extranei* intervinientes en delitos contra la Administración Pública.

5.1. En relación con este tema considera la Corte que, cualquiera que sea el extremo interpretativo que se adopte entre los que se han presentado como desarrollos jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la solución del problema constitucional remite a una consideración que, de la manera general como se ha formulado el asunto, resulta ser la misma, esto es, establecer si hay una razón que explique la diferencia de pena entre el servidor público y el extraño, sin que, como se ha dicho, para el efecto resulte necesario que la Corte se pronuncie, desde una perspectiva constitucional, sobre tales opciones interpretativas.

5.1.1. Observa la Corte que, dentro de su potestad de configuración en materia penal, el legislador ha considerado que, en determinados ámbitos, los servidores públicos deben recibir un tratamiento diferenciado en razón de su condición de tales.

Así, de manera general, el Código Penal, al regular el término de prescripción de la acción penal, dispuso que, para el servidor público que en ejercicio de sus funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte. Por otro lado, en diversos artículos del Código Penal, la calidad de servidor público del autor o participe en determinados delitos ha sido prevista como una condición de agravación punitiva. Del mismo modo la ley penal ha previsto un amplio conjunto de delitos de sujeto activo calificado como servidor público, no sólo en el título de los delitos contra la Administración Pública, sino también, por ejemplo, en el título de los delitos contra la libertad individual y otras garantías, o en el de los delitos contra la fe pública, o en el de los delitos contra mecanismos de participación democrática.

5.1.2. Sin perjuicio de las circunstancias que, en cada caso expliquen el tratamiento especial que la ley ha previsto para los servidores públicos, puede señalarse que, de manera general, el legislador parte de una consideración sobre la distinta posición que ocupan en la sociedad los particulares y los servidores públicos.

Tal diferencia de posición se manifiesta en primer lugar por la naturaleza, positiva o negativa, de su vinculación al ordenamiento jurídico, puesto que, tal como se dispone en el artículo 6º de la Constitución, al paso que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o exlimitación en el ejercicio de sus funciones.

Esa diferente posición, que encuentra fundamento en la propia Constitución tiene, entre otras expresiones, las que corresponden a la existencia de un régimen disciplinario propio de los servidores públicos; la sanción penal para conductas que sólo pueden ser cometidas por servidores públicos o en las cuales la ilicitud se origina en la calidad especial del sujeto activo, o, finalmente, el establecimiento de tipos especiales que agravan, en relación con los servidores públicos, las penas previstas para delitos comunes.

5.1.3. En ese contexto, el demandante se enfoca en una particular situación que es la relacionada con la diferente sanción penal que en la norma demandada se presenta en los delitos especiales contra la Administración Pública que afecten el patrimonio público, entre el *intraneus* -servidor público- y el *extraneus* -particular-.

De este modo, observa la Corte que para determinar si se afecta el principio de igualdad en la disposición demandada, es preciso acudir al estudio de las razones por las cuales cabe imponer una sanción más gravosa al servidor público, aún en aquellos casos en los que el particular interviniente concurre en el delito con identidad de conducta material y de afectación del bien jurídico.

Como se ha dicho, desde la perspectiva de la dogmática penal se han planteado distintas alternativas en relación con la participación del *extraneus* en los delitos especiales. Así, determinadas aproximaciones conducen a afirmar la necesidad de una diferenciación punitiva, de modo que al *intraneus* corresponda la pena prevista para el tipo especial, mientras que el *extraneus* deba responder con base en el tipo común. Otras tendencias doctrinarias, por el contrario, partiendo de los principios de la unidad del título de imputación y la accesoriedad de la intervención del *extraneus*, propugnan por una equiparación punitiva. Otras corrientes del pensamiento penal, en fin, se inclinan por soluciones mixtas, conforme a las cuales, si bien debe mantenerse la unidad en el título de imputación, de manera que el *extraneus* responda como interviniente en el único delito cometido por el autor, que es el delito especial, por consideraciones de justicia material, es preciso articular algún mecanismo que permita atenuar la pena que le resulte aplicable.

A este respecto observa la Corte que el fundamento de los cargos presentados por el actor en este apartado de la demanda es equivocado, porque al hacerlos depender de una pretendida identidad en la conducta y en la afectación del bien jurídico protegido, la censura estaría orientada a cuestionar la existencia misma del tipo especial de delitos de servidor público contra la administración pública, pero no resultaría aplicable para verificar la constitucionalidad del *quantum* punitivo. Ello es así porque, si bien puede afirmarse que el tipo penal se constituye en función de la protección de un determinado bien jurídico, para establecer la sanción aplicable no se atiende exclusivamente a la consideración del bien jurídico protegido y del grado de su afectación, sino que también se toman en cuenta aspectos subjetivos del autor o el participe, no sólo como circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, sino como factores que alteran su posición jurídica y que se concretan en el ámbito de protección del bien jurídico tutelado. Dicho de otro modo, esos aspectos pueden tenerse en cuenta para la graduación de la pena como circunstancia de agravación o atenuación punitiva, o pueden incorporarse al tipo penal mediante una cualificación especial del sujeto activo, sin que, en este último caso, le corresponda a la Corte Constitucional adentrarse en el debate doctrinario en torno al hecho de si, en tal hipótesis, conservan su carácter como circunstancias de agravación o atenuación, o si, por el contrario, se integran al tipo penal como elementos de un tipo de injusto cualitativamente distinto.

De este modo, puede decirse que, tal como se ha expresado por la Corte Suprema de Justicia, la diferencia de trato en la graduación punitiva que se desprende del inciso final del artículo 30 de la Ley 599 se justifica por la diferente situación en la que se encuentran "... quienes tienen a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección, y quienes no los tienen." Así, prosigue la Corte Suprema de Justicia, la rebaja punitiva para el *extraneus* "... se explica y funda en que el particular no infringe ningún deber jurídico especial de aquellos que la necesidad de tutela particular del respectivo bien jurídico demanda para su configuración."

Desde distintas vertientes doctrinarias la diferencia de pena para el extraño se explica entre otras razones porque éste no infringe el deber jurídico especial que vincula al servidor público, o porque el servidor público se encuentra, en relación con el bien jurídico tutelado, en una situación de poder que implica, a su vez, mayor riesgo para el bien jurídico; o porque con su conducta el servidor público ha defraudado la confianza pública depositada en él, todo lo cual conduce a que sea merecedor de un mayor reproche penal.

Ello hace que no necesariamente resulten equiparables las posiciones de los distintos intervinientes y que se abra un margen de configuración para el legislador, en ejercicio del cual se decida, como acontece en la disposición demandada, que el interviniente *extraneus* responda con base en la pena prevista en el tipo especial, pero atenuada en razón a la circunstancia de no concurrir en él las calidades previstas para el sujeto activo.

En la base de esta opción legislativa estaría la consideración de que el *extraneus* que participa en un delito especial impropio participa en un hecho más grave que su delito común paralelo, razón por la cual, debe responder con base en el delito especial, pero que, al mismo tiempo, no reúne las calidades especiales que dieron lugar a la configuración del tipo agravado, razón por la cual cabe atenuar la pena que finalmente le resulte aplicable.

Considera la Corte que las anteriores valoraciones se desenvuelven dentro del ámbito de configuración legislativa y que, en la medida en que constituyan una respuesta razonable, no arbitraria, a distintas posiciones de los sujetos, no dan lugar a una infracción del principio de igualdad.

De este modo, en este evento, la norma acusada no sólo no contraría el principio de igualdad, sino que tiende a su realización, en la medida en que impide que a un sujeto en quien no concurren las calidades que explican una pena agravada se le sancione tomando como referente ese *quantum* punitivo agravado.

5.2. Por otra parte, establecido que no es, *per se*, contrario al principio de igualdad que en materia penal se contemple una sanción distinta para el extraño en los delitos especiales de servidor público contra la Administración Pública, cabe referirse al argumento del demandante conforme al cual el tratamiento diferenciado debe circunscribirse al ámbito disciplinario sin que pueda trascender a la esfera penal.

Sobre el particular cabe señalar que ya de manera reiterada la jurisprudencia constitucional ha señalado que es distinta la naturaleza de la sanción penal y la disciplinaria y que, por consiguiente, es posible que concurren sin violar el *non bis in idem*. Así, ha dicho la Corte, "[I]a posibilidad de que un servidor público o un particular, en los casos previstos en la ley, sean procesados penal y disciplinariamente por una misma conducta no implica violación al principio *non bis in idem*, pues, como lo ha explicado la Corte, se trata de dos juicios diferentes que buscan proteger bienes jurídicos diversos y que están encaminados, según exista mérito para ello, a imponer sanciones que se caracterizan por ser de naturaleza jurídica distinta."¹⁵ Agregó la Corte que "... mientras en el proceso penal el legislador prevé distintos bienes jurídicos objeto de protección, en el disciplinario el único bien jurídico protegido está representado por la buena marcha de la administración, su eficiencia, su buen nombre, la moralidad pública, como también la eficacia y la honradez de la administración pública; además, mientras en el proceso penal la pena tiene una función de prevención general y especial, de retribución justa, de reinserción social y de protección al condenado, en el proceso disciplinario la sanción tiene una función preventiva y correctiva."¹⁶ De este modo, en atención a la protección del bien jurídico y la consideración sobre las conductas merecedoras de mayor reproche penal, pueden configurarse los tipos especiales de servidor público, sin perjuicio de las medidas que resulten aplicables, en razón de la misma conducta, desde la perspectiva disciplinaria.

Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de que, en ciertas circunstancias, que no le corresponde analizar a la Corte en esta oportunidad, pueda plantearse una afectación del *non bis in idem* por la concurrencia de sanciones penales y disciplinarias sobre una misma conducta. En ese sentido, por ejemplo, Jakobs, ha señalado que resulta problemático establecer si "... pueden imponerse conjuntamente una pena criminal y una medida disciplinaria que se aplica como pena a causa de un hecho." Agrega el tratadista alemán que para la solución hay que atender a si "... en la determinación de la pena criminal debe tenerse en cuenta la importancia especial, para la respectiva organización, de que el autor haya infringido la norma –en ese caso la medida disciplinaria-pena conduciría a la doble punición–, o si la determinación de la pena no puede abarcar el daño a la organización; entonces queda una parte residual disciplinaria."¹⁷

Ese específico problema de articulación entre el derecho penal y el disciplinario no se ha planteado en la presente oportunidad, puesto que, como se ha dicho, el actor limita su cuestionamiento a la consideración conforme a la cual no sería posible una mayor sanción penal que responda a la cualificación del autor como servidor público, porque tal circunstancia debe desenvolverse exclusivamente en el ámbito disciplinario. Sin embargo, se reitera, esa separación de los ámbitos propios de cada una de las disciplinas jurídicas no corresponde a un imperativo constitucional, y, tal como se ha señalado por la Corte en diversas oportunidades, es posible que, en relación con una misma conducta, concurren los dos ordenamientos, cada uno en la esfera que le es propia.

VII. DECISION

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

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE, por el cargo de igualdad analizado en la presente sentencia, el inciso cuarto del artículo 30 de la Ley 599 de 2000.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA
Magistrado
Con aclaración de voto
MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA
Magistrado
JAIME CORDOBA TRIVIÑO
Magistrado
Impedimento aceptado
RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado
Con aclaración de voto

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado
MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado
NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado
Con salvamento parcial de voto
CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA C-1122/08

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD INTEGRAL-Procedencia cuando se analiza determinada disposición a la luz del principio de igualdad (Aclaración de voto)

DELITOS DE SUJETO ACTIVO CALIFICADO O DELITOS ESPECIALES-Graduación de la pena a los extranei según sean determinadores o cómplices, o intervinientes (coautores) plantea un problema de igualdad (Aclaración de voto)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, me permito aclarar el voto en relación con la sentencia de la referencia, porque, no obstante que estoy de acuerdo con la decisión en ella adoptada, considero que la Corte debió, en este caso, ampliar el ámbito de su pronunciamiento, para incorporar en él la consideración de otro problema de constitucionalidad que se derivaba de los hechos obrantes en el expediente.

En efecto, estimo, y así se planteaba en la ponencia que inicialmente presenté a consideración de la Sala Plena, que el examen de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia daba origen a un interrogante en materia de igualdad, adicional al que se desprendía de la demanda y que surge del distinto tratamiento que en ella se da a los *extranei*, según sean determinadores o cómplices, por un lado, o intervinientes (coautores), por otro, puesto que para graduar la pena de los primeros se acude a la establecida para el delito especial, teniendo en cuenta el grado de participación, mientras que, para ese mismo efecto, en relación con los segundos, se parte de la pena prevista para el delito especial, reducida en una cuarta parte.

Como quiera que a la Corte le corresponde adelantar un control integral de constitucionalidad, al abordar el análisis de una determinada disposición a la luz del principio de igualdad, debe hacerlo en relación con todos los aspectos problemáticos que se adviertan, sin restringir su pronunciamiento a los que hayan sido expresamente planteados en la demanda.

Considero, así, que la Corte no debió limitar su pronunciamiento al problema que surgía de la demanda, sino que debió analizar, y decidir, el que surge de la reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con la participación de los *extraneien* los delitos de sujeto activo calificado.

Fecha *ut supra*,

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA C-1122 DE 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAÚJO RENTERÍA

INTERVINIENTE EN DELITOS DE SUJETO ACTIVO CALIFICADO O DELITOS ESPECIALES-Pena diversa obedece a calificación distinta de los sujetos, sin que ello implique vulneración del derecho a la igualdad (Aclaración de voto)

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD-Constituye un desarrollo del derecho viviente que no se aducía en la demanda (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-7271

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 4º del artículo 30 de la ley 599 de 2000 - código penal

Magistrado Ponente:

RODRIGO ESCOBAR GIL

Con el respeto acostumbrado por los fallos de esta Corte, me permito aclarar mi voto al presente fallo, mediante el cual se decide declarar exequible por el cargo de igualdad analizado en la sentencia, el inciso cuarto del artículo 30 de la Ley 599 de 2000.

Lo anterior, por cuanto si bien me encuentro de acuerdo con lo decidido mediante este fallo, considero conveniente realizar una observación en relación con el tema fundamental de que trata esta decisión relativo al problema de la igualdad, ya que el accionante plantea que existe una violación del derecho a la igualdad en cuanto de conformidad con la disposición demandada cuando concurre un particular en calidad de interviniente no se le aplica la misma pena sino que se le rebaja en una cuarta parte.

A este respecto es necesario precisar que en este caso se están comparando dos sujetos, con calificación jurídica distinta, de conformidad con lo

que exige el tipo penal. Es esto precisamente lo que explica que se apliquen penas diversas. Así mismo, es necesario recordar que la aplicación del principio y derecho de igualdad es muy complejo, ya que dependiendo del caso se puede igualar o bien "por abajo" o bien "por arriba".

Adicionalmente, considero que en este fallo se desarrolla el tema respecto del derecho viviente, el cual sin embargo no se aducía en la demanda.

Con fundamento en lo anterior, aclaro mi voto a la presente sentencia.

Fecha *ut supra*.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Ver Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 17 de septiembre de 2008, Rad. 2641, en la que se remite a la Sentencia del 8 de julio de 2003, Rad. 20704.

2Cfr. Víctor Gómez Martín, "Los Delitos Especiales", Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona, 2003.

3Rad. 18050.

4Para ilustrar esta línea jurisprudencial en esa sentencia se remite a las siguientes providencias: C.S.J. Sentencia de Casación de Junio 3 de 1983; C.S.J. AutoÚnica Instancia - 8.862, de Diciembre 16 de 1997; C.S.J. Sentencia de Casación - 12-012, de Abril 3 de 2000.

5Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 25 de abril de 2002, Radicado 12191.

6Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 08 de julio de 2003, Radicado 20704, con salvamento de voto del magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, por no estar de acuerdo "... con la variación jurisprudencial que se hace."

7Rad. 27712.

8La Sala remite al efecto a los pronunciamientos producidos en septiembre 23 de 2003, Rad. 17.089; 13 de julio de 2005, Rad. 19.695; 7 de septiembre de 2006, Rad. 22.427.

9La Sala remite a las sentencias del 8 de julio de 2003, Rad. 20.704 y del 21 de marzo de 2007 Rad. 19.794.

10Sentencia del 8 de julio de 2003 (radicado 20.704). En el mismo sentido la del 21 de marzo de 2007 (radicado 19.794) y la providencia del 23 de enero de 2008 (radicado 28.890).

11Ver Sentencia C-100 de 2004

12Ver, entre muchas otras, la Sentencia C-530 de 1993.

13Cfr. Sentencia C-227 de 2004.

14Corte Constitucional, Sentencias C-404 de 2001, C-505 de 2001, C-048 de 2001, C-579 de 2001, C-540 de 2001, C-199 de 2001 y C-673 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

15Sentencia C-720 de 2006.

16Ibid.

17Günter Jakobs, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación. Marcial Pons, ediciones jurídicas S.A., Madrid, 1995, p. 74.

Fecha y hora de creación: 2025-09-17 06:19:36