

Sentencia C-015/18

DETERMINADORES Y COMPLICES COMO PARTICIPES DE LA CONDUCTA PUNIBLE EN CODIGO PENAL-Interpretación de la norma demandada acerca de disminución punitiva, no configura un desconocimiento del principio de igualdad frente a los determinadores o cómplices no cualificados/INTERPRETACION DE LA NORMA DEMANDADA ACERCA DE DISMINUCION PUNITIVA CONTENIDA EN CODIGO PENAL-No hay vulneración del principio de igualdad en diferencia de pena entre el coautor extraneus en delitos especiales o de sujeto activo calificado con los partícipes extraneus -determinadores y cómplices-

El problema jurídico planteado por los accionantes, se concreta en que la Corte establezca si ¿la norma que surge de la interpretación judicial por la cual, la disminución punitiva para el Interviniente solo es aplicable a quienes realizan en concurso con el autor la conducta sin cumplir con las cualidades exigidas por los tipos penales con sujeto activo calificado, constituye una vulneración al derecho fundamental a la igualdad de los determinadores y cómplices no cualificados? Para resolver el problema jurídico planteado es necesario establecer la jurisprudencia en materia de: 1) el control constitucional sobre las normas interpretativas o teoría del derecho viviente; 2) la igualdad como principio, valor y derecho constitucional; 3) la participación y autoría de sujetos activos no calificados en los delitos especiales; y finalmente se realizará el 4) juicio de igualdad de la norma demandada. Por lo tanto, esta Corte encuentra que la norma que surge de la interpretación jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por la cual, 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, se ajusta a los postulados constitucionales del principio y derecho a la igualdad, en tanto genera un trato desigual, entre desiguales, de forma justificada y razonable. Evidentemente, esta interpretación jurídica parte de una posición que si bien es actualmente acogida por la Corte Suprema de Justicia, no implica necesariamente que haya agotado su discusión. El hecho de que en esta ocasión la Corte Constitucional se pronuncie sobre esta interpretación en concreto, de ninguna forma puede entenderse como una limitación a la potestad de la Corte Suprema 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.

DERECHO VIVIENTE EN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Alcance/CONTROL CONSTITUCIONAL DE INTERPRETACIONES JUDICIALES-Jurisprudencia constitucional

PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD Y DERECHO A LA IGUALDAD-Jurisprudencia constitucional/IGUALDAD-Triple papel en el ordenamiento constitucional/IGUALDAD COMO VALOR, PRINCIPIO Y DERECHO FUNDAMENTAL-Fundamento/IGUALDAD-Carece de contenido material específico /IGUALDAD-No protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Mandatos que comprende

Específicamente, conforme al grado de semejanza o de identidad, se pueden precisar cuatro reglas concretas: (i) la de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) la de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que tengan similitudes y diferencias, cuando las segundas sean más relevantes que las primeras.

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Alcance

TEST DE RAZONABILIDAD-Pasos

El test de razonabilidad sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional, comparada e internacional desarrollan generalmente el test en tres pasos: 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. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas, según se trate de un test estricto, intermedio o leve.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE IGUALDAD-Reconocimiento del

derecho a la igualdad

JUICIO DE IGUALDAD-Etapas/JUICIO DE IGUALDAD-Metodología de análisis/TEST DE IGUALDAD-Método de análisis constitucional/JUICIO DE IGUALDAD-Modalidades según grado de intensidad/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Aplicación del test leve, mediano o estricto/JUICIO Estricto DE IGUALDAD-Criterios

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD EN NORMAS PENALES-Jurisprudencia constitucional

LIBERTAD DE CONFIGURACION NORMATIVA DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL-Establecimiento de atenuantes y agravantes punitivos/DERECHO PUNITIVO-Amplio margen del Legislador en el ámbito penal/MARGEN DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR-No es absoluto/MARGEN DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL-Límites/MARGEN DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL-Principio de necesidad de intervención penal en relación con carácter subsidiario, fragmentario y última ratio del derecho penal

MARGEN DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL-Principio de legalidad, culpabilidad, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad e igualdad

AUTORIA Y PARTICIPACION-aproximación doctrinal

AUTORIA Y PARTICIPACION-Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

INTERPRETACION JURISPRUDENCIAL DEL INCISO CUARTO DEL ARTICULO 30 DEL CODIGO PENAL-Examen de igualdad

DELITOS DE SUJETO ACTIVO CALIFICADO O DELITOS ESPECIALES-Concepto/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

TRATO DIFERENCIADO ENTRE PARTICIPES EXTRANEUS E INTERVINIENTES EN LOS DELITOS ESPECIALES-Examen de igualdad

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Aplicación del test leve de igualdad

Para este caso, la Corte aplicará un test leve de igualdad a partir de las siguientes razones:

(i) la regulación en materia penal es una materia en la que el legislador tiene a amplio margen de configuración; (ii) la interpretación jurisprudencial de las disposiciones penales es una competencia constitucionalmente atribuida a la Corte Suprema de Justicia; (iii) la interpretación demandada no afecta a grupos sociales específicos, ni se fundamenta en criterios sospechosos de discriminación; (iv) el beneficio punitivo sobre el cual recae el trato desigual no constituye, en sí mismo, un derecho constitucional,[1] y finalmente (v) dadas las relevantes diferencias entre los sujetos comparados, la Corte no aprecia prima facie una amenaza frente al derecho sometido a controversia.

Referencia: Expediente D-11917

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 30 (parcial) de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Juan José Gómez Ureña y José Manuel Díaz Soto demandan el artículo 30, inciso 4 de la Ley 599 de 2000 “por el cual se expide el Código Penal”. Los demandantes consideran que la norma que surge de la interpretación que la Corte Suprema de Justicia ha hecho en su jurisprudencia sobre la disposición, resulta contraria al derecho de igualdad de un grupo de personas que, pese a

estar en la misma categoría de quienes gozan de una serie de beneficios legales, son excluidos de los mismos sin una razón válida, por lo que dicha interpretación debe ser excluida. La demanda fue radicada con el número D-11917. 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 de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la norma demandada, tal como fue publicado en el Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000, (se subraya el aparte acusado):

LEY 599 DE 2000

Por la cual se expide el Código Penal

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

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

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. LA DEMANDA

1. La demanda objeto de estudio alega la inconstitucionalidad parcial del artículo 30 inciso 4° de la Ley 599 de 2000. Al respecto aducen los accionantes que "...la interpretación vigente del inciso final del artículo 30 del Código Penal -Ley 599 de 2000-, quebranta el principio de igualdad en la tercera acepción señalada por la H. Corte Constitucional, esto es, brinda un trato desigual y perjudicial a una categoría de personas - los partícipes de delitos especiales- que se encuentran en idénticas condiciones normativas a quienes, conforme a la interpretación actual de la Sala [de Casación] Penal de la Corte Suprema [de Justicia], sí

son destinatarios de la disminución punitiva consagrada en el mentado aparte del Artículo 30 C. P. --los coautores no cualificados--". [2]

2. La impugnación no se dirige contra el tenor literal del artículo, sobre el que la Corte ya tuvo oportunidad de pronunciarse -respecto de un cargo distinto-, mediante la sentencia C-1122 de 2008; sino que se dirige contra la norma que surge de la interpretación que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (en adelante SCPCSJ o Corte Suprema) hace sobre la disposición impugnada. Así, la demanda se plantea como una impugnación del “derecho viviente” creado por la interpretación reiterada del concepto de “Interviniente” a partir de una variación jurisprudencial que la SCPCSJ hizo en el año 2003. Los accionantes traen a colación un recuento de la jurisprudencia de la Corte Suprema desde ese año hasta el 2008, y luego, con el escrito de subsanación de la demanda, se complementó con una decisión del año 2014, a fin de demostrar que la interpretación que consideran contraria a la Carta, fija el contenido normativo de la disposición legal demandada y está plenamente consolidada.

4. Los accionantes sostienen que la norma atacada, al excluir a los Participes “extraneus”, [3] de la reducción punitiva del “Interviniente”, vulnera el principio de igualdad, puesto que su calidad de extraneus del delito especial, debe significar un beneficio punitivo en idénticas condiciones que al “coautor” no calificado. Para sustentar el cargo, la demanda realiza un detallado examen de igualdad entre los sujetos diferenciados por la norma, con el cual explica el posible problema de carácter constitucional que, para los demandantes, implica la interpretación impugnada.

5. Con base en esos argumentos, solicitan a la Corte Constitucional que declare la inexequibilidad de la interpretación adelantada por la SCPCSJ respecto del art. 30, inciso 4º de la Ley 599 de 2000.

IV. INTERVENCIONES

A través del Auto del 7 de marzo de 2017, se admitió para su estudio la demanda y se invitó a participar en el debate a la SCPCSJ, al Congreso de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal, a la Fiscalía General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, Facultades de Derecho y grupos de investigación en Derecho Penal de las Universidades Nacional, de Medellín, Externado de

Colombia, Pontificia Universidad Javeriana (sede Bogotá), del Rosario, Sergio Arboleda (sede Bogotá), y del Norte. Así mismo se invitó a los profesores Darío Bazzani Montoya, Carlos Augusto Gálvez Argote, Iván González Amado, Juan Oberto Sotomayor Acosta, Iván Orozco Abad y Fernando Velásquez Velásquez.

Según comunicación de la Secretaría General, se recibieron dentro del término los escritos de intervención del profesor Fernando Velásquez Velásquez, del Ministerio de Justicia y del Derecho, la Fiscalía General de la Nación, los profesores Francisco Javier Valderrama Bedoya y José Fernando Botero Bernal, decano y profesor investigador de la Universidad de Medellín, y finalmente el concepto del Ministerio Público. Dichas intervenciones se resumen a continuación:

En representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, Diana Alexandra Remolina Botía, directora de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, sostiene que respecto de la impugnación presentada existe cosa juzgada material, pues “la Corte Constitucional mediante sentencia C-1122 de 2008 ya se pronunció por el cargo de igualdad respecto del inciso cuarto del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, declarando la exequibilidad de la norma bajo la consideración de que no presenta vulneración del principio de igualdad en la diferencia de pena entre el servidor público y el extraño al servicio público en delitos especiales o de sujeto activo calificado (...)”

Para el Ministerio, el problema jurídico planteado por los demandantes coincide con aquel que fue resuelto en la sentencia C-1122 de 2008 que sobre el inciso cuarto del artículo 30 de Ley 599 de 2000 señaló: “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’ (...)”. 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.

Luego de recordar los requisitos para la configuración de la cosa juzgada material traídos a

colación en la sentencia C-229 de 2015, el interviniente concluye que el asunto planteado en la demanda coincide con aquel resuelto por la sentencia C-1122 de 2008, puesto que versan sobre la misma disposición normativa el inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000; existe identidad de los cargos sobre la supuesta vulneración del derecho a la igualdad, la decisión se dio por razones de fondo y no ha habido cambio de los parámetros de control constitucional, por lo que solicita que se declare cosa juzgada material y se esté a lo dispuesto en la sentencia C-1122 de 2008.

2. Fiscalía General de la Nación

El Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, Javier Hernán Tovar Maldonado, solicita a la Corte declararse inhibida para conocer de la presente demanda. Para el interviniente, la razón de su solicitud se fundamenta en que “(...) a pesar de la importante discusión doctrinal que plantea la demanda, no resultan evidentes los argumentos necesarios para plantear un problema de carácter constitucional”.

Sostiene que “el cargo desarrollado en la demanda permite plantear una discusión legal y doctrinal sobre la aplicación del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, pero no de carácter constitucional”. Sostiene que la Corte ha establecido que puede controlar una interpretación judicial, sólo cuando ésta representa una problemática constitucional, pues de lo contrario se trataría de una interpretación legal excluida de sus funciones. Este requisito se complementa con la necesidad de pertinencia inherente a toda acción de constitucionalidad, que exige que exista en la demanda al menos un problema de índole constitucional.

Para el interviniente, “la demanda no satisface los requisitos jurisprudenciales exigidos para que pueda controlarse constitucionalmente una interpretación judicial”, lo cual argumenta a través de la explicación sobre las diferencias que existen entre los conceptos de determinación, complicidad y autoría que analiza detenidamente en el escrito, para concluir que estas diferencias se traducen en que, tal como se ha reconocido, el determinador y el cómplice no requieren de las calidades especiales del tipo para ser considerados como tales, mientras que el coautor realiza la conducta señalada por el verbo rector y tiene el dominio del hecho, lo que sí se ve afectado por la ausencia de los requerimientos especiales

del tipo penal. Ante esa conclusión sostiene que “la posición finalmente adoptada por la Corte suprema de Justicia, ha sido realizada con base en un margen de configuración interpretativo y en las facultades hermenéuticas con las que cuenta”.

Sostiene además, que “la demanda no evidenció los presupuestos para establecer que el derecho a la igualdad resultó desconocido con la interpretación de la Corte Suprema de Justicia sobre el último inciso del artículo 30 de la Ley 599 de 2002”, por todo lo cual, la Fiscalía General de la Nación solicita a la Corte que se declare inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda.

3. Profesor Fernando Velásquez Velásquez

Respondiendo la invitación hecha por la Corte Constitucional y dentro del término fijado, el Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda envió su escrito de intervención en el cual solicita a la Corte que declare la “exequibilidad condicionada de la norma demandada, en el entendido de que la atenuante allí prevista también cobija a quien tenga la calidad de determinador o instigador”. Así mismo, solicita que la Corte manifieste que las “calidades especiales” a las cuales hace relación la disposición, se refieren a los tipos de sujeto activo y a los de propia mano.

Para sustentar su solicitud, el Profesor Velásquez parte de un análisis detallado y crítico de la demanda del que concluye que los conceptos de los cuales parte, especialmente en lo que corresponde a la teoría sobre el dominio del hecho[4] y a la coautoría impropia,[5] carecen de precisión técnica y por ello se generan las confusiones de los accionantes. Critica el interviniente que los demandantes acudan únicamente a la doctrina española pese a existir un decantado desarrollo del tema en la jurisprudencia y en la doctrina nacional.[6]

Sobre el asunto debatido, el Profesor Velásquez empieza por explicar que la primera interpretación de la Corte Suprema, por la cual al cómplice no calificado en delitos especiales se le daba una doble disminución punitiva, resulta contraria a la hermenéutica del derecho penal, por lo que la petición de los accionantes de pretender retornar a esa interpretación debe ser desatendida.

Por otra parte, sostiene que en desarrollo del programa penal de la Constitución, en

especial de los principios de acto, lesividad, proporcionalidad y culpabilidad -y, por supuesto, el de igualdad-, la pena imponible al determinador no debe ser igual a la del autor sino que puede llegar a serlo en atención a las formas, grados y modalidades que asuma esa especie de participación criminal en sentido estricto. Pero, como el Profesor lo explica, dicho problema de igualdad no se refleja en el inciso demandado sino que surge del texto del segundo inciso del artículo 30 de la ley impugnada.

Para el profesor Velásquez, una interpretación adecuada y coherente con los principios constitucionales sería la de establecer la pena del determinador, no como una regla fija que se apega a la dosificación de la pena del autor, sino, en referencia a ella, bajo la valoración de los distintos elementos fácticos que permitan calcular el grado de instigación que ejerció el determinador sobre el autor del hecho punible. Sostiene el profesor:

“La ley indica que “incurrirá en la pena prevista para la infracción”, que —de entenderse literalmente— conduciría a aplicarle al inductor siempre la misma sanción que al autor, tal como también preconizan otros derechos penales como el alemán y el español; no obstante, si se tienen en cuenta las consideraciones ya hechas, nada se opone a que el fallador imponga una pena inferior cuando sea evidente que la actividad desplegada por el agente no tenga la profundidad suficiente como para determinar por sí sola al autor, máxime que se trata de una equiparación muy discutible desde la perspectiva criminológica amén de injusta. No a otra conclusión puede llegarse en aplicación de los principios de proporcionalidad, necesidad, razonabilidad (idoneidad o adecuación del medio al fin) y culpabilidad, desarrollados en este punto por los arts. 30, 12 y 61 del C. P., y gracias a consideraciones de justicia material, como ya se explicó. Es, pues, imprescindible admitir la existencia de grados de instigación para no tratar a todos los intervinientes de igual manera, so pena de atentar contra los postulados inspiradores de la codificación e incurrir en marcadas injusticias; por lo demás, eso hace el legislador cuando dispone que se les atenúe la pena en la cuarta parte (1/4), cuando se tratare de su participación en tipos de sujeto activo calificado o de propia mano (art. 30, inc. 4º)”.

En conclusión, para el Profesor Velásquez el principio de prohibición de exceso exige que al determinador se le reduzca también la pena “porque de no ser así se llegaría a otro absurdo: la diminuyente para el interviniente se le reconoce a quien es “autor” sin la calidad especial pero no a quien es determinador del mismo autor especial que, por ende, resulta

tratado de forma más severa desde el punto de vista punitivo”.

4. Universidad de Medellín

Francisco Javier Valderrama, Decano de la Facultad de Derecho y José Fernando Botero Bernal, Profesor Investigador de la Línea de Derecho Penal, intervienen en nombre de la universidad de Medellín para solicitar a la Corte que declare exequible la norma jurídica producto de la interpretación atacada, “en cuanto impone una pena diferente a quien sin calidades pero con dominio del hecho concurre, con otra persona que sí tiene las calidades o condiciones exigidas por el tipo, a la realización de éste”.

La intervención hace un análisis del problema planteado en la demanda exponiendo inicialmente las “limitantes a la función punitiva del legislador” y recordando para ello los principios de necesidad de la intervención penal para la exclusiva protección de los bienes jurídicos de culpabilidad, igualdad, razonabilidad y proporcionalidad; como el marco dentro del cual se mueve el amplio margen de configuración legislativa.

Enseguida hacen un recuento del sentido de la figura del Interviniente en Colombia, para explicar que fue creada con el fin de lograr la unidad de imputación que se veía afectada en el Código de 1980. Al respecto sostiene la intervención:

“Las posturas reseñadas en precedencia llevaron a que se creara la figura del interviniente, nombre este que aparece en la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes así: (inciso cuarto del artículo 30 del proyecto de código penal -proyecto que se convertiría en la Ley 599 de 2000-) “Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre en su realización se le rebajará la pena en una cuarta parte.”[7] Para regular así al extraneus que con dominio del hecho concurría al actuar de quien sí tenía las calidades exigidas en el delito especial y de esta manera se respetaba el principio de legalidad.”

Para la Universidad existe una diferencia entre partícipes y autores, por lo que no puede equipararse su tratamiento punitivo al incluirlos a todos ellos en el mismo concepto de intervinientes, pues al hacerlo se le daría el trato de autor al cómplice. Además porque las calidades o condiciones especiales del tipo penal se exigen para el autor y en cambio resultan irrelevantes para que se configure la complicidad o instigación.

Por otro lado, la Universidad de Medellín pone de manifiesto otro problema de igualdad diferente al que se plantea en la demanda, y es el trato similar que el inciso 2º del artículo 30 le da al instigador y al autor. Para la Universidad es claro “una cosa es al autor y otra el partícipe” y por lo tanto, equipararlos en la sanción representa una vulneración del derecho a la igualdad. Al respecto sostiene: “siendo el autor y el partícipe normativamente diferentes, en atención a principios constitucionales no ajenos a la dogmática jurídico - penal, merecen un tratamiento sustancial y punitivos diferentes; ahora asimilarlos es desconocer ese tratamiento más benigno que la ley penal brinda al partícipe”.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador General de la Nación, Fernando Carrillo Flórez, solicitó a la Corte Constitucional declararse inhibida para fallar de fondo sobre el inciso final del artículo 30 del Código Penal, o en su defecto, declarar la exequibilidad de la interpretación que la Corte Suprema le ha dado a ese inciso en cuanto no desconoce el derecho a la igualdad de quienes sean calificados como determinadores y cómplices de un tipo penal especial, al no aplicar la rebaja de pena contemplada en el citado precepto para los Partícipes no cualificados.

Luego de revisar la normatividad y las doctrinas sobre responsabilidad penal concluye “los grupos que se proponen como extremos de comparación para verificar la eventual vulneración del principio y derecho a la igualdad (coautores y partícipes), se encuentran en situaciones jurídicas diversas, que no exigen necesariamente idéntica regulación, por lo tanto, el legislador, en ejercicio de su potestad para regular los procedimientos y las sanciones respectivas al ius puniendi estatal (art. 150 CP) podía regular la situación de unos y otros de manera diferente; y por su parte, los jueces al interpretar una norma que admite varios entendimientos, tienen la posibilidad de optar por la que estimen más razonable”, por lo que considera que el juicio de igualdad planteado por los demandantes carece de los requisitos exigidos por la jurisprudencia de la Corte.

El Jefe del Ministerio Público hace énfasis en que las discusiones doctrinarias en torno al concepto de Interviniente no han cesado y que el debate continúa. A ese respecto señala: “[s]iendo ello así es necesario que sean los jueces especializados los que aplicando el derecho en casos concretos – que es lo que permite avizorar dificultades o ventajas que no

se perciben en la abstracción pura-, quienes pongan en la balanza esas consideraciones para ir depurando los criterios”.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución, para pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada.

1.1. Cuestión previa. Cumplimiento de los requisitos de la demanda

Dos intervenciones piden a la Corte referirse al fondo del asunto: la Universidad de Medellín solicita la declaratoria de exequibilidad y el Profesor Fernando Velásquez solicita la exequibilidad condicionada de la norma impugnada. Ambas intervenciones además, hacen énfasis en otro problema constitucional relacionado con el que plantea la demanda pero supera su alcance. Se trata del inciso 2º del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, que establece un tratamiento punitivo para el determinador idéntico al del autor, pese a sus diferencias sustanciales.

Por otra parte, dos de los intervinientes en el proceso optaron por solicitar a esta Corte que se manifestara en el sentido de inhibirse frente a la demanda declarando su ineptitud sustantiva. El Ministerio de Justicia y del Derecho sostiene que la sentencia C-1122 de 2008 constituye cosa juzgada material respecto del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 y concretamente en cuanto al cargo de igualdad conforme al inciso cuarto. Para la Fiscalía, la discusión planteada por los demandantes es interesante por su aspecto doctrinal e incluso legal, pero no tiene pertinencia constitucional.

Por su parte, el Jefe del Ministerio Público pide la inhibición o en su defecto la declaratoria de constitucionalidad de la norma. Considera que el defecto sustantivo de la demanda se encuentra en el término de comparación entre los sujetos sobre quienes se realiza el juicio de igualdad, puesto que para ellos, partícipes y coautores no están en el mismo plano de igualdad en cuanto al grado de responsabilidad en la comisión de un delito, y por tanto, no existe la obligación constitucional de darles el mismo trato en materia de sanción penal.

En el Auto que admitió la presente demanda, el Despacho sustanciador explicó con detalle el cumplimiento de cada uno de los elementos exigidos a este tipo de impugnaciones, recordando que la demanda había sido inicialmente inadmitida, por no demostrar plenamente que la interpretación atacada fuese constante y tuviera el valor de una norma, pero los accionantes corrigieron la falencia e incluyeron jurisprudencia actualizada que demostró la certeza de su argumento.[8] En ese sentido, la demanda atacó una interpretación vigente de la norma, por atentar, según los demandantes, contra el derecho a la igualdad de quienes, (coautores y participes extraneus) se encuentran en igual situación por no cumplir las calidades del tipo penal, no obstante lo cual no obtienen los mismos beneficios.

Por otra parte, se verifica que la demanda cumple con los requisitos exigidos para un cargo sobre el artículo 13 Superior. Es clara en cuanto impugna la norma que surge de la interpretación de la SCPCSJ por la cual determina de que la disminución punitiva consagrada en el inciso final del artículo 30 del Código Penal vigente solo es aplicable a los “coautores” no cualificados de delitos especiales, y no tiene lugar frente a los determinadores y cómplices no cualificados, pese a que se encontrarían en la misma posición (extraneus del delito especial) y que no existe una razón constitucionalmente admisible para ese trato diferenciado. Por lo tanto, el término de comparación y el modo en que la diferenciación sucede fueron claramente expuestos por los demandantes.

Estos argumentos deben ser analizados detenidamente, pero, para efectos de la admisión de la demanda, y teniendo en cuenta el principio pro actione, la Corte considera que los accionantes cumplieron con las exigencias propias de la acción pública de constitucionalidad. En particular, porque los cargos se fundamentan en la posible vulneración del derecho fundamental a la igualdad frente a las restricción de la libertad personal, como producto de una norma creada por la interpretación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, dada la complejidad del asunto, es necesario analizar con detenimiento la cuestión relativa a la cosa juzgada en el presente asunto.

1.1.1. La inexistencia de cosa juzgada constitucional sobre la interpretación del último inciso del art. 30 (Ley 500 de 2000)

En efecto, en la sentencia C-1122 de 2008 la Corte Constitucional estudió la exequibilidad del mismo inciso que actualmente se estudia, pero a diferencia del asunto que aquí se debate, en esa ocasión el problema jurídico se planteó “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.” Al respecto, luego de depurar cuidadosamente el problema planteado por los accionantes y debatido por los intervinientes sostuvo la Corte: “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.”[9]

Ahora bien, en el análisis que esta Corporación adelantó en esa ocasión respecto de la norma que surge de la interpretación jurisprudencial adelantada por la SCPCJSJ sobre la disposición, se encontró con el trato diferenciado entre Partícipes e Intervinientes[10], pero decidió, expresamente, no adentrarse en su análisis constitucional, por considerar que se trataba de un problema jurídico diferente y que su solución no tenía ningún efecto en cuanto al asunto que debía resolverse en aquella oportunidad. La Corte lo expresó de la siguiente forma:

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 cualificados, por otro”.[11]

Dicho más claramente, la norma ahora demandada presenta 2 criterios de diferenciación respecto de los sujetos en juego. El primer criterio, cuya constitucionalidad fue resuelta por esta Corte, es la diferenciación entre sujetos calificados o intraneus y no calificados o extraneus de tipos penales especiales. Puntualmente en la Sentencia C-1122 de 2008 se estudió el trato diferenciado entre servidores públicos y particulares en delitos contra el patrimonio público. El segundo criterio de diferenciación, que es el actualmente demandado, es el que se establece entre Participes (cómplices e instigadores) extraneus y “coautores”[12] extraneus, puesto que solo los segundos son calificados como Intervinientes y se benefician de la correspondiente diminuyente punitiva.

Concluye la Corte que el problema jurídico que actualmente se pretende resolver no fue objeto de análisis constitucional en la Sentencia C-1122 de 2008, y por lo tanto, no se configuró la cosa juzgada material ni formal a la que alude la intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico planteado por los accionantes, se concreta en que la Corte establezca si ¿la norma que surge de la interpretación judicial por la cual, la disminución punitiva para el Interviniente solo es aplicable a quienes realizan en concurso con el autor la conducta sin cumplir con las cualidades exigidas por los tipos penales con sujeto activo calificado, constituye una vulneración al derecho fundamental a la igualdad de los determinadores y cómplices no cualificados?

Para resolver el problema jurídico planteado es necesario establecer la jurisprudencia en materia de: 1) el control constitucional sobre las normas interpretativas o teoría del derecho viviente; 2) la igualdad como principio, valor y derecho constitucional; 3) la participación y

autoría de sujetos activos no calificados en los delitos especiales; y finalmente se realizará el 4) juicio de igualdad de la norma demandada.

2.1. El control constitucional de las normas interpretativas o la teoría del derecho viviente

La demanda estudiada se dirige a impugnar la norma que resulta del artículo 30 (parcial) del Código Penal, no por su tenor literal, sino por considerar que la interpretación que la Corte Suprema de Justicia ha hecho sobre parte de la disposición resulta contraria a la Carta Política. Específicamente, la acción planteada por los accionantes pretende que esta Corte declare inexecutable la norma creada por vía de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por la cual se entiende por Interviniente -en el sentido del último inciso del artículo 30 de la Ley 900 de 2000- únicamente a quien, junto con el autor del tipo penal especial, realiza como suya la conducta típica, pero no cumple con las condiciones exigidas por el tipo especial o de propia mano, y se excluye de dicho concepto y de su disminuyente punitiva a los Partícipes (determinador y cómplice).

Ese concepto se relaciona con la distinción entre disposición y norma jurídica, y sugiere al juez constitucional tomar en cuenta la interpretación constante de las disposiciones jurídicas efectuadas por los órganos encargados de unificar la jurisprudencia en cada jurisdicción y, eventualmente, por la doctrina autorizada. Siguiendo esa idea, es posible distinguir el texto que contiene una norma (disposición) de la norma jurídica contenida en él (mandato). La norma no es la disposición, sino el significado o el contenido semántico de las disposiciones o textos jurídicos y en algunos casos para llegar a ella hace falta un esfuerzo hermenéutico. Esta idea se relaciona con el derecho viviente, pues esta metáfora expresa que frente al derecho estático de los textos (o de los códigos), existe otro que surge de las dinámicas sociales y que es el que se aplica a partir de la interpretación de los órganos autorizados.

La doctrina del derecho viviente exige a la Corte realizar sus análisis de constitucionalidad sobre interpretaciones que han sido depuradas por los órganos de cierre de cada jurisdicción (y en menor medida por la doctrina), excluyendo aquellas posiciones puramente hipotéticas o descontextualizadas de las leyes. El derecho viviente así establecido permite a la Corte Constitucional establecer los contenidos sobre los que realmente debe ejercer el

control de constitucionalidad.

La primera sentencia en la que esta Corte desarrolló el concepto del derecho viviente fue la C-557 de 2001, en la que señaló que cuando una interpretación doctrinaria o jurisprudencial de una disposición se convierta en la posición dominante, la Corte debe en principio acogerla salvo que sea incompatible con la Carta Política. Desde entonces, este concepto ha sido utilizado en distintas ocasiones por la Corte Constitucional, reiterando lo expresado en esa primera ocasión. Al respecto, vale la pena recordar los aspectos centrales de esa providencia:

En primer lugar, la Sentencia señaló que la interpretación de las disposiciones jurídicas sirve para determinar el alcance concreto de las normas. Por ello, la Corte al adelantar un estudio de exequibilidad, debe conocer el contexto y el sentido que “los expertos” le dan a las disposiciones. Los expertos del derecho son justamente las altas Cortes, que se encargan de unificar la jurisprudencia y señalar la interpretación autorizada de las normas legales. En aquella ocasión dijo esta Corte:

“5.2.1. Si bien el control de constitucionalidad de las normas es un control abstracto porque no surge de su aplicación en un proceso particular, ello no significa que el juicio de exequibilidad deba efectuarse sin tener en cuenta el contexto dentro del cual la norma fue creada (i.e. su nacimiento), y dentro del cual ha sido interpretada (i.e. ha vivido). En fin: en buena medida, el sentido de toda norma jurídica depende del contexto dentro del cual es aplicada.

Ahora, dentro de las múltiples dimensiones de ese contexto –bien sea la lingüística, que permite fijar su sentido natural, o bien la sociológica, que hace posible apreciar sus funciones reales- se destaca la actividad de los expertos que han interpretado los conceptos técnicos que ella contiene y que los han aplicado a casos concretos. Obviamente, esos expertos son los jueces y los doctrinantes especializados en la materia tratada en la norma; dentro de ellos, una posición preminente la ocupan los órganos judiciales colegiados que se encuentran en la cima de una jurisdicción. Así lo ha establecido la Constitución al definir al Consejo de Estado como “tribunal supremo de lo contencioso administrativo” (art. 237- 1 de la CP) y a la Corte Suprema de Justicia como “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” (art. 234 de la CP). Por lo tanto, la jurisprudencia de ambos órganos es un

referente indispensable para apreciar el significado vivo de las normas demandadas. Al prestarles la atención que su ubicación institucional exige, la Corte Constitucional está valorando su labor hermenéutica dentro de un mismo sistema jurídico. Obviamente, cuando no exista jurisprudencia sobre las normas objeto del control constitucional, la Corte Constitucional tendrá que acudir a otras fuentes del derecho para interpretar los artículos demandados.”

Por otro lado, el concepto de derecho vivo es complejo y exige ciertas condiciones a la interpretación judicial. Se requiere que la interpretación sea consistente y sin variaciones importantes en el tiempo, que esté lo suficientemente consolidada para que los jueces de instancia la conozcan y la sigan, y que con ella se fije el sentido y alcance de las disposiciones interpretadas. Cuando se estructura el derecho vivo, el mismo es una concreción del principio de legalidad, lo que le da sentido y coherencia a las normas legales, pero por supuesto no escapa de la supremacía constitucional y en consecuencia puede ser objeto de control abstracto de constitucionalidad por esta Corte.

“(…) Con el fin de que el derecho vivo en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, bien establecida. Entre ellos, son requisitos sine qua non los siguientes: (1.) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (2.) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, (3.) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma.” (…)

5.2.4. Pero la doctrina del derecho vivo no impide que el juez constitucional efectúe un análisis crítico del sentido normativo, fijado jurisprudencialmente, del artículo demandado. El derecho vivo surge de un estudio enmarcado por la órbita de competencia ordinaria de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y, por ello, se desenvuelve en el plano de la interpretación de la ley, no de la Constitución, y es esencialmente una concreción del principio de legalidad, no del principio de constitucionalidad. De tal manera

que el valor del derecho viviente es relativo a la interpretación de la ley demandada, lo cual no le resta trascendencia, sino que define el ámbito del mismo. Le corresponde a la Corte Constitucional decidir si recibe y adopta dicha interpretación. Y en caso de que la acoja proceder a ejercer de manera autónoma sus competencias como juez en el ámbito de lo constitucional”.[13]

Por lo tanto, el control de constitucionalidad que ejerce este tribunal puede hacerse, no solo sobre el tenor literal de una disposición legal, sino sobre la norma que surge de la interpretación consistente, consolidada y relevante para definir el contenido de la disposición, que hayan hecho la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, siempre que dicha interpretación pueda tener alguna relevancia desde el punto de vista constitucional. Este derecho viviente, también es susceptible de control constitucional, porque como toda norma jurídica en Colombia, debe someterse al respeto por las disposiciones y principios de la Carta Política, y la Corte Constitucional, como guardiana de la Constitución es la competente para adelantar el examen, con el límite implícito que conlleva el respeto a la potestad inherente a las altas Cortes de interpretar y aplicar la ley.

Ahora bien, el alcance de la potestad interpretativa del derecho a cargo de las Altas Cortes no es una regla inmutable, sino que depende de la materia que es objeto de su lectura y de los derechos que dicha materia ponga en juego. Uno de los elementos que permite analizar el ámbito de interpretación de una disposición normativa, es el alcance de la libertad de configuración legislativa en la materia específica, por eso a continuación se recordará lo sostenido por la Corte respecto de este asunto en materia penal.

2.2. La igualdad en el ordenamiento constitucional colombiano

Esta Corporación se ha referido a la triple dimensión que tiene la igualdad en el ordenamiento constitucional, como valor, principio y derecho fundamental. El preámbulo contempla a la igualdad como uno de los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional, por su parte el artículo 13 de la Carta Política consagra el principio fundamental de igualdad y el derecho fundamental de igualdad. Adicionalmente, otros mandatos de igualdad dispersos en el texto constitucional actúan como normas que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el Constituyente[14].

Una característica esencial del derecho y principio de igualdad es su carácter relacional, lo que significa que a diferencia de otros derechos la igualdad carece de un contenido material específico. [15] La igualdad solo puede predicarse de la relación entre sujetos y situaciones entre los que es válido hallar un término de comparación y por ende puede aplicarse a múltiples ámbitos del quehacer humano, y no sólo a uno de ellos. Esta circunstancia, obliga a seguir la fórmula aristotélica de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”. Específicamente, conforme al grado de semejanza o de identidad, se pueden precisar cuatro reglas concretas: (i) la de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) la de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que tengan similitudes y diferencias, cuando las segundas sean más relevantes que las primeras.[16]

Este carácter relacional hace que el control de constitucionalidad de normas legales no se reduzca a un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que le sirve de parámetro, sino que debe incluir otro régimen jurídico que actúe como término de comparación. En consecuencia se entabla una relación inter-normativa que debe ser abordada utilizando herramientas metodológicas especiales tales como el test de igualdad, empleado por la jurisprudencia de esta Corporación[17].

El principio de igualdad en el sistema constitucional colombiano se traduce en el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se sigue necesariamente, que la real y efectiva igualdad consiste en diseñar y aplicar la ley en cada caso según las diferencias constitutivas de los hechos. Así lo ha sostenido esta Corporación desde su primera jurisprudencia, al señalar que el principio de igualdad exige el reconocimiento de la variada serie de desigualdades entre los hombres en lo biológico, económico, social, cultural, etc., dimensiones todas esas que en justicia deben ser relevantes para el derecho.

En la Sentencia C-221 de 1992,[18] esta Corporación se refirió al alcance del principio de la igualdad en la normatividad con las siguientes palabras:

“Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los

iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática.”[19]

Esto significa que el respeto por la igualdad implica para el Estado, en su tarea de configuración normativa, por un lado la obligación de tener en cuenta las diferencias materiales y por el otro, cuando se establezcan tratos diferenciados, evitar que de manera infundada, irrazonable e inadmisibles, se restrinja el acceso de una o un grupo de personas, al ejercicio efectivo de sus derechos y libertades.[20]

El constituyente estableció una presunción en favor de las condiciones igualitarias pero no prohibió la posibilidad de que, bajo una justificación adecuada y suficientemente, se pueda demostrar la necesidad de incorporar una diferenciación. Al respecto esta Corte en su jurisprudencia ha identificado algunos criterios de diferenciación que resultan contrarios a los valores constitucionales. Entre otros, son discriminatorias las diferenciaciones que se funden en el sexo, la raza, el origen social, familiar o nacional, la lengua, la religión y la opinión política o filosófica o, en términos generales, cualquier motivo discriminante que se funde en prejuicios o estereotipos sociales cuya única finalidad sea la exclusión de un grupo de individuos de algunos beneficios o del pleno disfrute de sus derechos.[21]

En la Sentencia C-673 de 2001,[22] esta Corte hizo referencia al test de razonabilidad como herramienta para determinar la constitucionalidad del criterio de igualación en el decreto 2277 de 1979 en las condiciones entre docentes oficiales y no oficiales para ascender en el escalafón docente. Al respecto estableció:“(…) el test de razonabilidad sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional,[23] comparada e internacional desarrollan generalmente el test en tres pasos: 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. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas, según se trate de un test estricto, intermedio o leve”.[24]

2.2.1. El Bloque de Constitucionalidad Internacional en materia de igualdad

Los accionantes en su demanda sostienen que la norma impugnada vulnera el derecho a la igualdad tal como está protegido en el Bloque de Constitucionalidad, particularmente en cuanto a la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que resulta relevante hacer un recuento de la materia.

El derecho y principio de igualdad hace parte de la columna vertebral del sistema internacional de protección de los derechos humanos, está consagrado convencionalmente tanto en los sistemas regionales de protección como en el sistema universal y aunque se reconoce como un derecho autónomo en las Cartas de Derechos Humanos, también es transversal a todos los derechos y garantías reconocidos internacionalmente.

2.2.1.1. La igualdad en el contexto de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH),[25] en sus artículos 1.1[26] y 24,[27] hace alusión al derecho a la igualdad y a la no discriminación. Al respecto, la Convención Americana realza el valor del derecho a la igualdad y no discriminación cuando lo prevé no sólo en los artículos antes referidos, sino también cuando hace referencia a los mismos dentro de normas que corresponden a otros derechos.

Así por ejemplo, del artículo 8.2 de la CADH se desprende el derecho de toda persona, “en plena igualdad”, a contar con las garantías judiciales mínimas durante un proceso judicial. Del mismo modo, el artículo 17, referente a la protección de la familia, prevé la obligación del Estado de disponer “la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio”, y la de “reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”. Finalmente, el artículo 23 dispone el derecho al sufragio “universal e igual y por voto secreto”, y prevé el derecho de “tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas del país”. [28]

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH),[29] al interpretar los anteriores artículos de la CADH en los Casos *Aptiz Barbera y otros v. Venezuela*[30] y *Comunidad indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*[31] y en la Opinión

Consultiva 4 de 1984, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) precisa que si “un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional” se vulneraría el artículo 1.1 de la CADH, mientras que si “la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna” se vulneraría el artículo 24 de la misma. Puntualmente en la sentencia del caso *Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay*, sostuvo la Corte IDH:

174. El Tribunal recuerda que mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. [32] Si se alega que un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, el hecho debe ser analizado bajo el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la alegada discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, el hecho debe examinarse bajo el artículo 24 de la misma. [33]

Según la reiterada doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) la convención “no prohíbe todas las distinciones de trato”. [34] Cuando la diferencia de trato es razonable y objetiva, equivale a una mera distinción compatible con la CADH; cuando no lo es, valga decir, cuando resulta de la arbitrariedad, equivale a una discriminación, que es incompatible con la CADH.

Del mismo modo, la jurisprudencia pacífica de la Corte Interamericana ha reiterado que, “al valorar una posible transgresión a la igualdad y no discriminación, deberá hacerlo con base en el artículo 1.1 de la Convención, si se refiere a un trato discriminatorio en el acceso a un derecho contenido en la Convención, y con base en la cláusula autónoma, si se alude a un trato discriminatorio en el acceso a un derecho ajeno a la Convención”. [35] Por lo tanto, quien alegue que una distinción es legítima, debe demostrar el fin por el cual se aplica dicha distinción, y la afectación que la falta de aplicación de la mencionada distinción tiene sobre el fin legítimo que se propone proteger.

Específicamente en materia de aplicación de la ley penal, la posición de la Corte IDH en materia de protección del derecho a la igualdad se ha manifestado al prohibir la utilización de estereotipos para determinar la responsabilidad penal del individuo. Así, en su sentencia de 2014 en el Caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo*

Indígena Mapuche) Vs. Chile, sostuvo la Corte IDH:

23. Puede haber una aplicación discriminatoria de la ley penal si el juez o tribunal condena a una persona basándose en un razonamiento fundado en estereotipos negativos que asocien a un grupo étnico con el terrorismo para determinar alguno de los elementos de la responsabilidad penal. Incumbe al juez penal verificar que todos los elementos del tipo penal hayan sido probados por la parte acusadora, puesto que, como ha expresado esta Corte, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recaiga, como corresponde, en la parte acusadora y no en el acusado.[36]

2.2.1.2. La igualdad en el contexto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)[37]

El artículo 14 del PIDCP reconoce que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia y tienen derecho (i) a ser oídas públicamente por un tribunal competente, independiente e imparcial; (ii) a que se presuma su inocencia mientras no se demuestre su culpabilidad conforme a la ley; (iii) a ser informadas de manera comprensible y detallada de la naturaleza y causas de la acusación; (iv) a disponer de tiempo y de medios adecuados para su defensa y a comunicarse con su defensor; (v) a ser juzgadas sin dilaciones; (vi) a estar presentes en el proceso y defenderse personalmente y ser asistidas por un defensor y, si no tuvieren medios suficientes para pagarlo, por un defensor de oficio; (vii) a interrogar o hacer interrogar a testigos y obtener su comparecencia al proceso; (viii) a ser asistidas de manera gratuita por un intérprete, si no comprenden la lengua empleada en el proceso; (ix) a no ser obligadas a declarar contra sí mismas ni a confesarse culpables; (x) a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un tribunal superior, conforme a la ley; (xi) a ser indemnizadas si la condena se revoca o si hay indulto, por haberse probado la comisión de un error judicial, a menos que se demuestre que le es imputable, en todo o en parte, por no haber revelado oportunamente el hecho desconocido; (xii) a no ser juzgadas ni condenadas por un delito respecto del cual ya hubo condena o absolución por sentencia en firme, conforme a la ley.

El artículo 26 del Pacto, por su parte, prevé que todas las personas son iguales ante la ley y que, por lo tanto, tienen derecho a una igual protección de la ley sin discriminaciones por

motivos de “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Al interpretar el artículo 14 del PIDCP en la Observación General 32 de 2007, el Comité de Derechos Humanos (CDH),[38] advierte que el derecho a la igualdad ante los tribunales implica que: “todas las partes en un proceso gozarán de los mismos derechos en materia de procedimiento, salvo que la ley prevea distinciones y éstas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que comporten ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el procesado”[39], como ocurriría, por ejemplo, si el fiscal puede recurrir una providencia y el procesado no; también implica que “casos similares sean tratados en procesos similares”, de tal suerte que para determinar casos en los cuales se aplican “procedimientos penales excepcionales o tribunales o cortes de justicia especialmente constituidos, habrá que dar motivos objetivos y razonables que justifiquen la distinción”.[40]

Algo semejante sostuvo el CDH al interpretar el artículo 26 del PIDCP en la Observación General 18 de 1989,[41] pues la discriminación se entiende como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia” que se base en los motivos previstos en este artículo, que tenga por objeto o resultado “anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”. Sin embargo, la igualdad de derechos no implica la igualdad de trato en todas las circunstancias, pues puede haber diferencias de trato justificadas, como las que prevé el propio PIDCP en sus artículos 6.5, 10.3 y 25.

2.2.2. El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional colombiana, en concordancia con la jurisprudencia comparada, desarrolló un conjunto de herramientas denominado juicio o test de igualdad, cuyo objeto es verificar la existencia de una violación al respectivo principio. El modelo colombiano hace uso de una mixtura entre los modelos europeos y norteamericano, a fin de garantizar, de la mejor forma posible el respeto por la igualdad.[42] En primer lugar, el carácter relacional del derecho a la igualdad supone una comparación entre sujetos, situaciones y medidas. Por ello, el uso del juicio o test implica la identificación de tres presupuestos principalmente, a saber: (i) los sujetos a comparar; (ii) el bien, beneficio o ventaja respecto del cual se da el

tratamiento desigual; y (iii) el criterio relevante que da lugar al trato diferenciado.[43] Ha sido sostenido por la jurisprudencia constitucional,[44] que el juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis, distribuidas de la siguiente manera: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, esto es, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución.[45]

Además, en lo que concierne a la intensidad del juicio o test en cuestión, el tribunal ha señalado, en sentencias como la C-227 de 2004[46] que el test a emplear podrá ser: (i) leve, en tanto la medida legislativa haga alusión a materias económicas, tributarias, de política internacional o aquellas en las cuales el legislador disponga de un amplio margen de configuración normativa, esto es, que el medio empleado sea idóneo para la consecución del fin y que no existan prohibiciones constitucionales respecto del fin buscado y de dicho medio; (ii) intermedio, siempre que se esté ante una valoración de medidas legislativas en las cuales se pueda ver afectado el goce de un derecho constitucional no fundamental. Este nivel del juicio representa una exigencia mayor y comprende no únicamente la consideración acerca de la conveniencia del medio, sino también el examen de la conducencia para la materialización del fin perseguido por la norma examinada; y (iii) estricto, para los casos en los que la medida tenga una mayor proximidad a los principios, derechos y valores superiores, en cuyo caso, debe llevarse a cabo un estudio íntegro de proporcionalidad.[47]

Por otro lado, la jurisprudencia ha precisado que el juicio estricto de igualdad procede, en principio: 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa, tal como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones que están relacionadas en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida afecta fundamentalmente a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o discriminados, a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; 3) cuando aparece *prima facie* que la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; y 4) cuando la medida que es examinada es

creadora de un privilegio.[48]

2.2.2.1. Del juicio integrado de igualdad a las normas penales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En materia de normas del derecho penal, esta Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse dejando reiterada su posición respecto de que (i) el Legislador cuenta con un ámbito de configuración en materia penal que le permite diseñar y definir los tipos penales, las penas y los procedimientos, (ii) todo ello, en el marco del respeto a los principios constitucionales de proporcionalidad, razonabilidad y particularmente de igualdad.

Así, esta Corte, a través de su jurisprudencia, ha sido constante en afirmar que la Carta Política de 1991 deja en cabeza del legislador una amplia potestad de configuración en materia penal, enmarcada en el respeto de la Constitución, por lo que “en la libertad de configuración de los delitos y contravenciones el legislador se encuentra sometido a los principios de objetividad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad”.[49] Al respecto, en la sentencia C-427 de 1996,[50] sostuvo la Corte que “aunque la política criminal no puede ser objeto de un juicio de inconstitucionalidad, (...) las normas que la concretan deben respetar los cánones constitucionales, especialmente aquellos que plasman derechos y garantías fundamentales”.

En la sentencia C-013 de 1997 la Corte señaló que dentro de este margen de configuración normativa, no solo tiene el deber de identificar los bienes jurídicos protegidos y la configuración de los tipos penales sino que es al Legislador a quien compete establecer el quantum de las penas, de acuerdo con la valoración que haga de las diferentes conductas y de acuerdo a los principios constitucionales.[51]

Más puntualmente, en la sentencia C-592 de 1998, señaló que le corresponde al legislador plantear, entre otros, las diferenciaciones entre quienes concurren a la comisión de un ilícito a través de criterios razonables y proporcionales. [52]

En la sentencia C-551 de 2001[53] la Corte recapituló su jurisprudencia en la materia, para señalar que, dentro de este margen de configuración normativa, solamente “en los casos

de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad”,[54]correspondería al Juez Constitucional declarar la inexecutable de las disposiciones normativas objeto de análisis.

En el año 2008, esta Corte a través de la Sentencia C-1122 de 2008[55] se pronunció sobre la exequibilidad de la norma actualmente demandada (art. 30 (parcial) Ley 599 de 2000) respecto del cargo de violación al principio de igualdad erigido frente al trato diferenciado entre servidores públicos y particulares en delitos con sujeto activo calificado. El cargo de igualdad se planteaba contra la norma que dispone: “[a]l 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.” Bajo el entendido de que se entiende por “Interviniente” el particular que en concurso con el autor desarrolla como suya la conducta típica pero no cumple con las condiciones exigidas por el tipo penal y por ende no infringe los deberes especiales, tal como lo interpreta la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia actualmente demandada.

En su decisión, esta Corporación sostuvo que los diferentes deberes jurídicos que recaen en los servidores públicos, así como los poderes que ostentan frente a un bien jurídico determinado y la confianza pública que recae sobre ellos, implica que su actuar ilícito es merecedor de un mayor reproche penal. Esto justifica una graduación punitiva diferente y por tanto, declaró executable la disposición bajo el cargo examinado. La sentencia sostuvo:

“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.” [56]

En la misma línea, en cuanto al trato igualitario a procesados de distinta naturaleza jurídica, en la sentencia C-545 de 2008 la Corte se refirió a la exequibilidad de la diferenciación que implica el proceso penal de los aforados (Congresistas) respecto de los demás ciudadanos. El tribunal dejó claro que el solo hecho de encontrarse inmersos en un proceso penal, no implica un criterio absoluto de igualdad entre los sujetos que pueda servir para anular o desatender las demás características que pueden ser relevantes para justificar un trato diferenciado. En aquella ocasión, al estudiar la exequibilidad del art. 533 (parcial) de la ley 906 de 2004, acusada bajo el cargo de violar el principio de igualdad, señaló este tribunal:

“En otras palabras, la sola circunstancia de encontrarse sometido a un proceso penal, sea en etapa instructiva o durante el juicio, es un criterio de igualación que si bien resulta en principio relevante para los efectos planteados por los actores, no es suficiente para, a partir de él, predicar la igualdad de todos los sujetos que se encuentren en dicha situación y pretender entonces deducir exactamente las mismas consecuencias jurídicas, en especial cuando de los Congresistas se trata, quienes gozan de un fuero constitucional especial y expreso, según el cual su investigación y juzgamiento compete a la Corte Suprema de Justicia, dentro de un procedimiento de única instancia. Así, no les asiste razón a los demandantes cuando refieren que el aparte censurado del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 vulnera el derecho a la igualdad, al contemplar que los procesos penales adelantados en contra de los Senadores y los Representantes a la Cámara deben tramitarse por el procedimiento consagrado en la Ley 600 de 2000, por no encontrarse esos aforados en una situación equiparable con la correspondiente a los otros sujetos pasivos de la acción penal.” [57]

La Corte ha reiterado su posición por la cual, el juicio de igualdad sobre las normas de derecho penal no puede realizarse como una simple comparación entre diferentes tipos penales o entre los sujetos que participan en la realización de un delito y para quienes el legislador ha establecido diversos grados en la reacción punitiva. Al respecto, desde su

temprana jurisprudencia esta Corte ha dicho que “La mera comparación entre las penas señaladas por el legislador para unos delitos y las dispuestas para la sanción de otros, por sí sola, no basta para fundar la supuesta infracción de la Constitución por el desconocimiento del principio de proporcionalidad (C-213 de 1994). Para concluir en la inconstitucionalidad de una pena por exceso, el tratamiento punitivo de unos y otros delitos debe ser tan manifiestamente desigual e irrazonable que, además de la clara desproporción que arroja la comparación entre las normas penales, se vulneren los límites constitucionales que enmarcan el ejercicio de la política criminal”.[58]

En cuanto a la oportunidad para ser beneficiario de una disminución punitiva por colaboración con la justicia, en la Sentencia C-645 de 2012,[59] la Corte declaró exequible el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, que modifica el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, “en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos”. En aquella decisión, el tribunal se refirió a las posibles interpretaciones judiciales contrarias al principio de igualdad, la seguridad jurídica y la filosofía inherente a las formas de terminación anticipada del proceso. Por ello, decidió limitar la exequibilidad de la disposición a una sola interpretación acorde con la Carta. Para ello consideró como base de su decisión, la importancia que el legislador dio a la colaboración con la justicia del procesado en la Ley 906 de 2004, de manera que la Fiscalía pueda negociar y el juez considerar la pena teniendo en cuenta “la efectividad que para la investigación y la economía procesal brinde el imputado o acusado”, más allá de los límites temporales que impone la imputación.

En la sentencia C-240 de 2014,[60] esta Corte estudió una demanda contra el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, que limitaba el beneficio de reducción de pena del artículo 351 para quienes hubiesen sido sorprendidos en flagrancia. El Problema planteado en aquella ocasión fue si: “¿vulnera el derecho a la igualdad, previsto en el artículo 13 de la Constitución, al disponer que la persona que incurra en causales de flagrancia sólo tendrá derecho a 1/8 de rebaja de la pena imponible, mientras que los congresistas, a quienes se aplica el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, podrían tener derecho a 1/3 de rebaja de la pena imponible?”. En dicha oportunidad, la Corte declaró la exequibilidad de la disposición

demandada, por cuanto consideró que la diferencia de trato examinada, obedecía a motivos objetivos y razonables que la justifican y, en todo caso, no se enmarcan en los motivos previstos en los artículos 13 de la Constitución, 1.1 de la CADH y 26 del PIDCP. La regla de la decisión señaló que “Prever dentro de un procedimiento penal especial, aplicable a los congresistas, diversas oportunidades para reconocer la responsabilidad penal, con su consiguiente rebaja de pena, respecto de lo previsto en el proceso ordinario, no implica una discriminación injustificada. Por tanto, el que la modificación del proceso ordinario no se extienda al especial, no configura una omisión legislativa relativa”.[61]

Finalmente, en la sentencia C-181 de 2016,[62] se resolvió la demanda de constitucionalidad contra el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011, “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.” En el estudio concreto sobre la disposición que le daba la categoría de causal de agravación punitiva a la reincidencia delictiva, la Corte analizó la libertad de configuración normativa en la determinación de las causales de agravación y atenuación punitiva, y al respecto sostuvo:

“68. Lo anterior exige que el establecimiento de las penas aplicables a las conductas reprochables, deban atender a criterios objetivos tales como la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y el orden social, entre otros.[63] (...) \ 69. En conclusión, el Legislador cuenta con un amplio margen de libertad de configuración normativa en materia penal, así como para establecer las penas, la forma de dosificarlas, sus agravantes y atenuantes. No obstante lo anterior, su facultad no es absoluta, pues encuentra límites constitucionales como son los principios de necesidad, de la exclusiva protección de bienes jurídicos, de legalidad, de culpabilidad, de razonabilidad y proporcionalidad, así como las normas constitucionales y aquellas que forman el bloque de constitucionalidad, entre otros.”[64]

En conclusión, la Corte ha sostenido reiteradamente que (i) el legislador tiene un ámbito de configuración legislativo en materia penal que le permite determinar, en el marco de la política criminal del Estado, los bienes jurídicos protegidos y en consecuencia, configurar los tipos penales, sus elementos, sus sanciones y las figuras propias de la responsabilidad

penal, así como los subrogados penales y los beneficios. (ii) El ámbito de configuración en materia penal está limitado por el respeto de los principios constitucionales (incluido el Bloque de Constitucionalidad) y de los derechos fundamentales, particularmente a los principios de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad, de los cuales surge el principio de prohibición de exceso para el legislador, por el cual, el diseño de los tipos penales y la dosificación punitiva “atienden una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros”. (iii) No resulta contrario al principio de igualdad un trato diferenciado fundado en características relevantes de los sujetos frente a la conducta delictiva, y que en el marco de cada medida concreta resulta razonable y justificado, como sucede con la responsabilidad de los servidores públicos en los delitos especiales o con el trámite especial para los aforados constitucionales.

2.3. Las diferencias entre autoría y participación en los delitos con sujeto activo calificado

El presente caso plantea una posible violación al principio de igualdad, por el trato diferenciado en materia de beneficios penales que daría la norma que surge de la interpretación de la SCPCSJ sobre la disposición demandada, a sujetos que concurren en la comisión de un delito especial, y que no cumplen con las condiciones exigidas al autor por el tipo penal. La cuestión que debe tomar en consideración esta Corte, es que entre dichos sujetos “extraños” al tipo penal especial, existen diferencias en cuanto a la forma en que participan en la comisión del hecho punible. Estas diferencias constituyen uno de los temas de mayor importancia en los estudios de derecho penal, puesto que de la calificación de dicha participación (o autoría) se deriva una serie de consecuencias penales que pueden afectar la graduación punitiva.

2.3.1. Autoría y participación penal, aproximación doctrinal

La doctrina penal ha procurado explicar las diferentes manifestaciones de la autoría y la participación a través de distintas teorías, algunas de ellas más restrictivas que se interesan únicamente por al autor según la verificación de elementos objetivos,[65] otras más extensivas que abarcan a todo aquel que sea causante de la conducta,[66] así como teorías

que se concentran en elementos subjetivos[67] y finalmente aquellas que distinguen entre los diferentes sujetos que concurren en la realización de un delito.

En cuanto a los delitos con sujeto activo calificado, lo determinante no es el dominio del hecho sino el quebrantamiento de deberes especiales. Las conclusiones de esta teoría sobre el punto de la autoría y la participación, han sido explicadas sintéticamente por el profesor Claus Roxín. De dichas conclusiones, aquellas que puntualmente se refieren a la autoría y participación en delitos con sujeto activo calificado, o delitos “de infracción de deber” como él los denomina, remarcan la importante diferencia entre autores y partícipes. Al respecto señala:

“(…) 7.- El criterio del quebrantamiento del deber especial es determinante para la autoría en los delitos de infracción de deber por comisión, en los delitos omisivos y en los imprudentes. (...) 9.- La coautoría en los delitos de infracción de deber aparece como quebrantamiento conjunto de un deber especial conjunto. (...) 11.- La participación es un concepto secundario con respecto al de la autoría. Por eso ha de caracterizarse como cooperación sin dominio, sin deber especial y sin ser de propia mano.”[69]

2.3.2. Autoría y participación penal en la jurisprudencia de la SCPCSJ

En Colombia, de acuerdo con la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y en consonancia con los artículos 29 y 30 de la Ley 599 de 2000, es posible identificar las siguientes formas de intervención en el delito:

(i).- Autor.- Según la Corte Suprema de justicia “Se trata de aquella persona que se constituye en el protagonista central del comportamiento delictivo, quien de manera directa y de propia mano lo ejecuta en forma consciente y voluntaria.” [70] Para la Corte Suprema de Justicia, la cuestión de la autoría parece radicar en la sumatoria de los elementos volitivo y conductual, lo que se traduce en calificar como Autor a aquel (o aquellos) que tienen el dominio del hecho, y llamar a los demás Partícipes.

“[según] la llamada “teoría del dominio del hecho”, de gran utilidad para diferenciar las dos formas de participación, es autor aquél que se encuentra en capacidad “(...) de continuar, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo”.[71] Por lo tanto, cuando son varios los sujetos que pre acordados concurren a la realización de la conducta

antijurídica, para que el aporte configure coautoría se requiere que sea esencial, y que se materialice durante la ejecución típica. De allí que sólo quien domina el hecho puede ser tenido como autor; mientras que el cómplice es aquél que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización de la conducta ilícita, es decir, participa sin tener el dominio propio del hecho.”[72]

Para el caso de los delitos especiales, o de sujeto activo calificado, la responsabilidad a título de autor (o coautor si son múltiples personas) radica en la infracción de un deber especial, por lo que solo es posible si el sujeto que realiza o concurre a la realización de la conducta punible tiene las calidades exigidas por el tipo penal. Por esta razón, cuando en la comisión de un delito con sujeto activo calificado, concurren agentes que no cumplen con los requisitos exigidos por el tipo, como sucedería por ejemplo en el caso de un cohecho en cuya comisión concurren particulares, ellos no pueden ser considerados como coautores.

La autoría a su vez puede tener distintas connotaciones derivadas, por ejemplo, del número de personas que concurren en la realización del delito y tengan el dominio del hecho (autoría y coautoría),[73] de si la actuación se da de forma directa o a través de otro que se utiliza de forma instrumental (autoría mediata),[74] de si la responsabilidad se deriva del incumplimiento de un deber especial de cuidado (delitos culposos o de conductas imprudentes), o, en el caso de los delitos especiales, aquellos de sujeto activo calificado y de propia mano, depende de si se cumple o no con las calidades exigidas en el tipo penal (diferencia entre autor e Interviniente).

(ii) Partícipes: (determinador y cómplice), al respecto sostiene el artículo 30 de la ley 599 de 2000: “Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice.” Sobre el primero de ellos indica “Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción”.

Para la Corte Suprema, la diferencia fundamental entre el autor y los partícipes es que estos últimos no tienen el dominio del hecho, ni infringen, para el caso de los delitos especiales, un deber especial. En ese sentido, el determinador es aquel que aquél que conscientemente, sin desplegar una actividad esencial en la ejecución del plan, a través de diversos medios logra influir en el autor de forma determinante y definitiva para que

cometa, como suyo, el delito.[75] La Corte Suprema ha señalado que el determinador, por carecer del dominio del hecho: “No es realmente autor sino persona que provoca en otro la realización del hecho punible, bien a través del mandato, del convenio, de la orden, del consejo o de la coacción”.[76]

Ahora bien, para que el determinador o instigador sea penalmente responsable, debe inducir a la comisión de la conducta y además, “que entre la conducta singularmente inducida y la realmente producida, exista un nexo de correspondencia, porque de no ser así, no es posible atribuir responsabilidad penal alguna a título de determinador”.[77]

Por su parte, la figura del cómplice, está definida en la Ley 599 de 2000, art. 30 (Participes) de la siguiente forma: “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”. Así, el cómplice es quien presta una ayuda o brinda un apoyo para la realización de la conducta ilícita, sin que dicha participación sea esencial para la ejecución típica, es decir, participa sin tener el dominio del hecho.

Según explica la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mientras la colaboración del coautor surge por razón de su compromiso e interés con los resultados, cuando se trata de “mera coadyuvancia externa a los fines de los integrantes de la empresa común, despojada de alianza anímica con los propósitos últimos de sus autores directos, quien así actúa es cómplice del hecho punible.”[78]

(iii) El Interviniente. Esta figura, que es el marco del cargo presentado, está descrita en el artículo 30 inciso 4º de la Ley 599 de 2000 como aquel que “no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre en su realización(...)”. Tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, una persona solo puede actuar como Interviniente en los delitos con sujeto activo calificado, o -según la doctrina-, en los delitos de propia mano,[79] es decir, en aquellos en los que el tipo penal exige unas calidades especiales al autor. Así lo explica la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 12 de mayo de 2010:

En la comisión de conductas punibles con sujeto activo cualificado como los que se han tipificado contra la administración pública, entre otros, en los que el protagonista es el

servidor público, se tiene que pueden interactuar personas que carezcan de esa calidad, en cuyo evento se los denomina en vía de lo general de acuerdo al artículo 30 de la Ley 599 de 2000 como “partícipes”, y de manera singular tan sólo pueden ser cómplices o intervinientes, sin que sea dable la concurrencia de esos institutos sustanciales, pues los mismos poseen características que los identifican y diferencian.[80]

Por lo tanto y según la interpretación jurisprudencial vigente, se entiende por Interviniente aquel que concurre en la ejecución de un tipo penal especial y en concurso con el autor calificado, realiza como suya la conducta típica (actúa como si tuviera dominio del hecho), pero sin contar con las calidades exigidas por el tipo especial. Se diferencia del cómplice y del instigador porque a diferencia de ellos el interviniente desarrolla la conducta del verbo rector como propia, pero su participación no puede ser calificada ni castigada como la de un coautor, por no infringir deberes especiales al no tener las calidades exigidas por el tipo penal especial, y que por lo tanto resultan esenciales para que pueda materializarse la conducta típica.[81]

En el caso de los delitos cuyo sujeto activo calificado son servidores públicos, por ejemplo, la jurisprudencia y un sector de la doctrina sostienen que ellos tienen un deber especial de sujeción a la ley, que fundamenta la responsabilidad penal. Así, quienes ejecuten la misma conducta, pero no tengan la condición de servidores públicos, son considerados extraños en el delito (*extraneus*) pues no están ligados por el deber especial cuya vulneración implica un reproche penal, de lo que se desprende que su sanción no pueda ser igual a la del particular, sobre quien no recae este deber específico. Al respecto sostiene la Corte Suprema de Justicia:

“Si el servidor público y el particular se ponen de acuerdo para delinquir, de modo que aportan de manera principal (no accesoria) a su propio delito, mediando la división del trabajo necesaria para alcanzar los objetivos comunes, en la órbita de las acciones naturales se consideran coautores. En el campo normativo y a la luz del régimen penal, no son propiamente coautores. El servidor público es autor y el particular interviniente. La sanción penal para ellos no es ni puede ser la misma, toda vez que el contenido de injusto (desvalor de acción más desvalor de resultado) y culpabilidad (juicio de reproche), son disímiles porque dimanar de diversos factores. (...) El servidor público tiene especiales deberes de sujeción, impuestos por la Constitución Política y la ley,

que permiten exigirle un comportamiento más arraigado a derecho. \ En efecto, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 6° de la Carta, los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos están llamados a responder por infringir la Constitución, las leyes y, además, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. \ Es corolario de lo anterior, con relación a un delito especial, que el ciudadano particular nunca puede ser autor (en la concepción jurídica de la autoría); sólo podría ser determinador, cómplice o interviniente, según lo que indique el recaudo probatorio. \ Y, correlativamente, la autoría en los delitos especiales se reserva exclusivamente al servidor público, cuando actúa dolosamente apartándose también de los deberes especiales de sujeción. \ En términos de ROXIN, “podemos considerar cierto que sólo un intraneus puede ser autor de los delitos de funcionarios....Examinado más de cerca el punto de vista determinante para la autoría...se revela que no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta...lo que convierte a un sujeto en autor: más bien es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica) de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría”[82]. \ 5.5 La doctrina y la jurisprudencia nacionales -también la legislación- optaron tiempo atrás por mantener la unidad de imputación, o el mismo título de imputación, cuando en un delito especial concurren dolosamente quien reúne las calidades especiales que el tipo exige (intraneus) y otras personas que no tienen esas características (extraneus).”[83]

En el presente caso se plantea una posible violación al principio de igualdad, por el trato diferenciado en materia de beneficios penales que la norma creada por vía de interpretación judicial otorga a sujetos que concurren en la comisión de un delito especial, y que no cumplen con las condiciones exigidas al autor por el tipo penal. La cuestión que debe tomar en consideración esta Corte, es que entre dichos sujetos “extraños” al tipo penal especial, existen diferencias en cuanto a la forma en que participan en la comisión del hecho punible. Estas diferencias constituyen uno de los temas de mayor importancia en los estudios de derecho penal, puesto que de la calificación de dicha participación (o autoría) se deriva una serie de consecuencias penales que pueden afectar la graduación punitiva.

3. EXAMEN DE IGUALDAD SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA SCPCSJ RESPECTO DEL TÉRMINO INTERVINIENTES CONTENIDA EN EL ÚLTIMO INCISO DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO PENAL

3.1. La norma atacada: la interpretación de la Corte Suprema de Justicia en materia de Intervinientes y Partícipes en delitos especiales.

En el Código Penal colombiano de 1980 se condenaba al sujeto calificado por la comisión del delito especial y al extraño por el delito común, aun cuando ambos quisieren y realizaren la misma conducta. Tal como se señaló por la SCPCSJ en providencia de 11 de febrero de 2004[84], 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 conducta[85]. 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.

Con la expedición de la Ley 599 de 2000, esta situación cambió, y se prefirió la unidad de imputación, en el sentido de imputar al extraño la conducta especial a título de interviniente, conforme las prescripciones contempladas en el artículo 30[86], inciso final.

Pero la figura del Interviniente fue objeto de una primera interpretación en la que se admitía también al extraneus que participaba como Partícipe, para luego pasar a una interpretación restringida que es la actualmente demanda.

3.1.1. Primera interpretación sobre el concepto de intervinientes de la SCPCSJ

En ese orden de ideas, la primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia –aquella que los accionantes defienden–, fue expresada por su Sala Penal en providencia del 25 de abril de 2002.[87] En dicha decisión, la Corte, al analizar el asunto de la punibilidad de los extraneus señaló que la diminuyente punitiva de una cuarta parte como Interviniente, era aplicable a los determinadores, cómplices y coautores que no cumplieran con las condiciones exigidas por el tipo penal. El elemento determinante de la condición de Interviniente para la Corte Suprema, en esa oportunidad, era el cumplimiento de las

condiciones exigidas por el tipo penal. En palabras de la SCPCSJ:

“[e]l interviniente no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de coejecución 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).”[88].

Como resultado de esta interpretación, al incluir en el concepto de Intervinientes, no solo a los “coautores” extraneus sino a los determinadores y cómplices no calificados, la interpretación de la Corte Suprema permitía que a los instigadores (no calificados) se les aplicara la disminución de una cuarta parte de la pena del autor y al cómplice (no calificado), además de la disminución punitiva de una sexta parte a la mitad que le correspondía por el 3er inciso de la misma disposición, se les acumulara la disminución de una cuarta parte de la pena, dispuesta para los intervinientes.

En resumidas cuentas, esta interpretación implicaba unas disminuciones punitivas que podrían sintetizarse así:

Autor o coautor calificado		Penal Total (PT)
Coautor no	calificado	
Interviniente		
Pena = $\frac{3}{4}$ PT		
Determinador no	calificado	

Interviniente

Pena = $\frac{3}{4}$ PT

Cómplice no calificado

interviniente

Pena = PT - ($\frac{1}{6}$ a $\frac{1}{2}$) + (-1/4)

Bajo esa hipótesis, todos los sujetos que no cumplan con las condiciones exigidas al autor por el tipo penal especial, tienen derecho a una disminución punitiva, que es mayor en el caso del cómplice e igual para el determinador y el coautor no calificado. Esta graduación resultaba coherente para la Corte Suprema en la decisión anotada por cuanto:

“[p]or 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.”[89]

3.1.2. Segunda Interpretación de la SCPCSJ sobre el concepto de Intervinientes. Interpretación demandada.

Sin embargo, poco más adelante, la Corte Suprema de Justicia varió su posición al respecto. En Sentencia de 8 de julio de 2003, la Sala de Casación Penal examinó la apelación de una sentencia que utilizaba como base la anterior interpretación.[90] Al respecto dijo la Sala que era necesario: “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.”[91]

Desde esa decisión y de forma constante, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que el término “Intervinientes” no es asimilable al término “Partícipes”, ni tampoco se trata de un concepto global que incluya a todo aquel que concurre a la realización de la conducta punible especial, sino que debe entenderse en un sentido restrictivo de “coautor de delito especial sin cualificación”. En consecuencia, desde 2003 la Corte Suprema considera que la disminución punitiva para el “Interviniente” de un delito especial, aplica únicamente al coautor que no tiene la calidad exigida en el tipo penal, y por lo tanto, no beneficia ni al determinador, ni al cómplice, para quienes el artículo 30 de la Ley 599 de 2000 establece reglas específicas.[92] Sostuvo la SCPCSJ:

“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 donde 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(...)”. [93] (Subrayas fuera del texto original)

En ese sentido, la Corte Suprema realizó una revaluación sobre la naturaleza jurídica y la posición que ocupa el Interviniente en el ordenamiento jurídico colombiano, de tal forma que lo que justifica el beneficio punitivo es el plano de desigualdad en que se encuentran el autor, es decir, aquel que realizó como suya la conducta típica y con ello infringió los deberes de sujeción especial que implican las condiciones exigidas por el tipo especial, frente a quien, en concurso con el primero y habiéndose desempeñado con dominio del hecho, no puede constituirse como autor, porque justamente no ha infringido deberes especiales que no le eran atribuibles al carecer de las condiciones requeridas por el tipo, pero para no romper la unidad de imputación se juzga a título de Interviniente.

Para la Sala Penal, una interpretación sistemática y acorde con los lineamientos del Código implica tomar como criterio fundamental, en la interpretación del artículo 30, el carácter calificado del sujeto activo del tipo penal, a fin de establecer una diferencia entre los sujetos respecto de los cuales el delito especial exige una calificación (únicamente al autor o coautores) y aquellos para quienes la calificación es indiferente (determinador y cómplice). Respecto de los primeros, la exigencia de una calidad especial hace necesario un trato punitivo diferenciado entre aquellos que cumplen las condiciones (y que por tanto infringieron sus deberes especiales) y aquellos que no lo hacen, y que por tanto no pueden ser considerados como autores sino como Intervinientes. Para los segundos en cambio, quienes no tienen el dominio del hecho, las condiciones especiales no son requeridas ni tienen importancia para la ejecución de su actuación ilícita, la Corte Suprema encuentra que no tiene sentido ni fundamento una disminución punitiva por no contar con esas calidades. Por lo tanto, para la Sala Penal de la Corte, al único que podría afectar el beneficio penal del Interviniente es al “coautor” no calificado, pues es únicamente para él para quien el cumplimiento de los requisitos resulta trascendente.[94]

En el presente caso, los accionantes demandaron esta interpretación jurisprudencial, refiriéndose a las sentencias del 8 de junio de 2003, del 17 septiembre de 2008, del 11 de diciembre de 2012, del 12 de marzo de 2014 y del 30 de junio de 2014 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en las cuales se reitera la interpretación atacada.[95]

Ahora bien, es claro para esta Corte que esta posición jurisprudencial ha sido plena y pacíficamente sostenida por la Sala Penal de la Corte Suprema. [96] Así lo corrobora en su Sentencia del 25 de abril de 2017, en la que sostuvo:

“La parte final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, de acuerdo con el cual ‘Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte’, ha sido objeto de particular detenimiento y analítico estudio por la doctrina de la Sala y con apego en el discernimiento fijado en la sentencia 20704 de 2003, reiterado con identidad de criterio a través de más de dos lustros en prolijas decisiones (Radicados 34253 de 2010; 37696 de 2011, 38605 de 2012; 34930, 39346, 41177 y 42312 de 2013, 43771 de 2014, 43658, 46483, 47168, 43658 y 47672 de 2016, entre otras) y en las mismas, se ha concluido que:

“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, (...) 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.” [97]

Esta posición, de la Corte Suprema se mantiene firme y al margen de la diversidad de opiniones que la doctrina tiene sobre esta postura, tal como lo ha sostenido la misma Corporación:

“De esta manera, con independencia de las referencias o estudios que en la doctrina puedan aparecer sobre el particular, lo cierto es que el entorno patrio la discusión ha sido zanjada hacia aquel entendimiento, es decir, a que los determinadores y cómplices en delitos especiales se les aplica la pena dispuesta en la ley por su participación accesorio sin diminuciones de ninguna clase.”[98]

Establecidas las anteriores premisas, la Corte Constitucional debe concluir que constituye una interpretación jurisprudencial vigente de la SCPCSJ, aquella por la cual el término “Intervinientes” contenido en la referida disposición del Código Penal, alude, exclusivamente, a quien en concurso con el autor, realiza como suya la conducta descrita en el verbo rector sin tener la cualificación requerida por el tipo penal especial, 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.

Bajo esta interpretación, y siguiendo el formato de la explicación sobre la postura anterior, la dosificación punitiva establecida por el artículo 30 del Código Penal quedaría así:

Autor o coautor calificado		Penal Total (PT)
Coautor no	calificado	
4º inciso del	Art. 30 L. 599 del 2000.	
Interviniente		
Pena =	PT-1/4	
Determinador (con	o sin calificación)	2º inciso del art. 30 L. 599 de 2000.
Partícipe		
Pena =	PT	
Cómplice (con o	sin calificación)	
3er inciso del	art. 30 L. 599 de 2000.	
Partícipe		
Pena =	PT- (1/6 a ½)	

La consecuencia de esta interpretación es que el determinador tendría -en abstracto- la pena del autor (sujeto activo calificado), puesto que así lo establece el inciso 2 del artículo 30 “Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.” El cómplice tendría derecho a una rebaja de la sexta parte a la mitad de la pena (Inc. 3) y el Interviniente (entendido únicamente como el “coautor” no calificado) tendría derecho a una disminución de la cuarta parte de la sanción, según lo determina el último inciso de la disposición bajo la interpretación demanda.

De ello se puede extraer que, la interpretación demandada genera las siguientes conclusiones:

- (i) La figura del Interviniente solo opera frente a los delitos especiales, y se refiere

únicamente a quien, en concurso con el autor, realiza la conducta descrita en el verbo rector pero no cumple con los requisitos exigidos por el tipo penal para constituirse como autor.

(ii) La sanción penal en abstracto para los Partícipes (cómplice y determinador) de un delito especial no se ve afectada por el hecho de que tengan o no las condiciones o calidades requeridas por el tipo penal.

(iii) Para el cómplice, el inciso tercero del artículo 30 del Código Penal vigente determina como pena, aquella dispuesta para el delito reducida de una sexta parte a la mitad. Esta fórmula se aplica a delitos comunes y delitos especiales sin ninguna distinción.

(iv) Para el determinador, la pena en abstracto será la misma que para el autor, tanto en delitos comunes como en delitos especiales, y en ningún caso puede ser objeto de la disminución punitiva del Interviniente. Para la Corte Suprema el hecho de que el tipo especial establezca unos requisitos para la conducta del autor (que determinan la infracción a un deber de especial sujeción) hace que la conducta del “coautor” no calificado resulte menos punible, puesto que “el desvalor de la acción y del resultado, así como la culpabilidad son diferentes porque dimanen de diversos factores”.^[99] Esos requisitos no son exigidos en cambio frente a la conducta del determinador, por lo que su punibilidad será en principio idéntica independientemente si cuenta o no con las calidades del tipo.

Por lo tanto, y bajo las exigencias de esta Corporación, se puede verificar que la interpretación jurisprudencial atacada constituye una norma de derecho viviente en tanto: (1) se trata de una interpretación judicial consistente, y se ha mantenido uniforme por casi tres lustros; (2) en segundo lugar, la interpretación judicial está consolidada, y como lo demuestran las sentencias de casación citadas que reiteran la posición de las segundas instancias, es una interpretación que se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, (3) se trata de una interpretación judicial relevante para fijar el significado de la norma objeto de control y para determinar los efectos de la norma demandada.^[100]

3.2. El examen de igualdad sobre el trato diferenciado entre partícipes extraneos e Intervinientes (definidos como coautores no calificados) en los delitos especiales

Como se indicó en el recuento jurisprudencial aplicable a este caso, la Corte ha determinado que el primer paso a seguir para adelantar un examen de igualdad consiste en establecer el término de comparación, a fin de definir si los sujetos sobre los cuales se estaría generando una diferenciación irrazonable, en realidad son comparables.

Para los accionantes la vulneración del derecho a la igualdad se da porque a los partícipes no calificados: instigadores y cómplices, se les trata de forma diferente que al Interviniente. Esta vulneración se generaría porque “los coautores no cualificados y los partícipes no cualificados de un delito especial sí se encuentran en idéntica situación en lo que hace a las razones que justifican la rebaja punitiva consagrada en el inciso final del artículo 30 del Código Penal; de modo que no existe una razón constitucionalmente admisible para reconocer la disminución punitiva aquellos y no a éstos”. [101]

Siguiendo el examen planteado, en primer lugar le corresponde a la Corte establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, esto es, determinar si los supuestos de hecho o de derecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza.

3.2.1. La comparación entre coautores y partícipes que son extraneus en un delito especial

El término de comparación propuesto en la demanda se plantea entre sujetos que concurren en la realización de un tipo especial, bajo el argumento de que el elemento más importante para agrupar a los sujetos que concurren en la participación del delito especial a la hora de tasar la punibilidad de la conducta es el de verificar si los agentes cuentan o no con las calidades exigidas en el tipo. Así, para los demandantes resultaría más importante las características de extraneus o intraneus del tipo, -esto es de si cumplen o no con los requisitos del tipo especial - que las diferencias en los roles desempeñados en la comisión del delito (como autores o partícipes).

Según los accionantes es la condición de extraneus, común entre los instigadores, cómplices y coautores no calificados, aquella que debe imperar para la disminución punitiva, por lo cual, la interpretación de la Corte Suprema que beneficia únicamente a los “coautores” no calificados, constituye una discriminación contra los demás concurrentes no calificados del delito especial.

Los sujetos comparables para este examen son por lo tanto, por una parte los “coautores” no calificados, y por el otro los partícipes (cómplices e instigadores) que no tengan las calidades exigidas por el tipo penal especial. Al margen de las diferencias que en el plano jurídico existen entre estos dos grupos de sujetos, es claro para esta Corte que se trata de sujetos comparables entre quienes es posible realizar un examen de igualdad. Por lo que se procederá a definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales.

3.2.2. Los Partícipes y los coautores en un delito especial se encuentran en planos distintos en cuanto a la exigibilidad de las condiciones del tipo penal especial

Esta Corte ha sostenido que una de las reglas para aplicar el principio de igualdad es la de “dar un trato diferente a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las segundas sean más relevantes que las primeras”.[102] Para analizar este punto, inicialmente la Corte va a establecer si con la interpretación atacada se constituye un trato diferenciado, para luego revisar si dicho trato diferenciado se da entre sujetos principalmente iguales o diferentes.

Al respecto, tal como lo pudo verificar esta Corporación en la sentencia C-1122 de 2008, la jurisprudencia vigente de la SCPCJSJ toma una postura en cuanto a la interpretación del término “Intervinientes” contenido en el inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000,[103] cuyo resultado es un trato diferenciado entre quienes concurren a la realización del delito especial. En dicha ocasión, la Corte Constitucional se concentró en resolver el problema concreto de la distinción punitiva legal entre los servidores públicos y aquellos que no lo son, respecto de los delitos con sujeto activo calificado – servidor público-, y aunque la identificó, decidió no adentrarse en el test de igualdad sobre la diferencia de trato entre cómplices, determinadores y coautores no calificados. Al respecto dijo la Corte:

“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 cualificados, por otro.”[104]

Es claro para esta Corporación que la interpretación atacada genera una diferencia de trato, por cuanto solo los coautores no calificados de un delito especial entran en la categoría de Intervinientes y pueden ser beneficiarios de la disminución punitiva de la cuarta parte de la pena, excluyendo de este beneficio a los partícipes que no tengan las calidades del tipo penal especial.

Ahora bien, le corresponde a la Corte establecer si esta diferencia de trato se da entre sujetos iguales o desiguales. Al respecto cabe recordar que “la sola circunstancia de encontrarse sometido a un proceso penal, sea en etapa instructiva o durante el juicio, es un criterio de igualdad que si bien resulta en principio relevante (...), no es suficiente para, a partir de él, predicar la igualdad de todos los sujetos que se encuentren en dicha situación y pretender entonces deducir exactamente las mismas consecuencias jurídicas”.[105]

Pese a las múltiples discusiones sobre las formas de asumir los distintos grados de autoría o participación, existe una coincidencia general en la doctrina y en la jurisprudencia nacional, sobre la importancia de las diferencias que caracterizan a estos sujetos y de las cuales provienen los distintos tratamientos punitivos que la ley les otorga.

Básicamente, en el derecho penal que actualmente rige en Colombia, existe un consenso en que la diferencia general entre unos y otros radica en que la autoría (o coautoría) requiere del dominio del hecho, y para el caso de los delitos especiales, en la infracción de un deber de especial sujeción por quien realiza como suya la conducta descrita en el verbo rector, es decir por el autor (o coautores).

En efecto, en el caso de los delitos especiales, la ley exige a quienes fungen como autores, el cumplimiento de unas calidades que se traducen en un deber especial y se suman al dominio del hecho, por lo que resultan indispensables para la comisión del delito. En esos casos, la exigencia de esas calidades no es un elemento de agravación punitiva como una sanción adicional para quienes llenen las condiciones, sino que se trata de un requisito para

la autoría del delito, sin el cual no es posible que el mismo se lleve a cabo.

Estos requisitos se exigen como condición necesaria para que el delito especial pueda llevarse a cabo, únicamente al autor o coautores. En cambio, para los Partícipes del delito especial, dichas calidades resultan irrelevantes para la consumación de las labores de complicidad o instigación en un delito especial. En otras palabras, la infracción del deber especial solo es relevante para quienes realizan como suya la conducta descrita en el tipo penal, es decir, para quienes actúan como autores.

La sola redacción de los tipos penales especiales en la Ley 599 de 2000 permite verificar, con toda claridad, esa circunstancia. Esta categoría de delitos inician su redacción describiendo las calidades o circunstancias exigidas al autor para que se configure el delito.

Así, en la Ley 599 de 2000, se puede distinguir fácilmente entre delitos con: a) sujeto activo indeterminado, que no requieren de una condición o cualificación para quien ejecute la conducta y; b) sujeto activo cualificado, que exigen una calidad especial a quien comete la conducta. Esto último sucede, por ejemplo, con: “[l]a madre que...” (Arts. 108, 128),[106] “[e]l juez que...” (Art. 177),[107] “[e]l concesionario, representante legal, administrador o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico, que...” (Art. 313),[108] “[e]l director, administrador, representante legal o funcionario de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de las Superintendencias Bancaria, de Valores o de Economía Solidaria, que...” (Arts. 314, 315)[109] “[e]l extranjero que...” (Art. 329),[110] “[e]l agente retenedor o autorretenedor que...” (Art. 402),[111] “[e]l agente de la fuerza pública que...” (Art. 424),[112] “[e]l colombiano que...” (Arts. 456, 457, 458 y 462),[113] e igualmente sucede con el delito de traición diplomática: “El que encargado por el Gobierno Colombiano de gestionar algún asunto de Estado con gobierno extranjero o con persona o con grupo de otro país o con organismo internacional, actúe...”[114]

La ley penal ha previsto especialmente el caso de “[e]l servidor público que...”, no sólo en el título de los delitos contra la Administración Pública,[115] sino también, por ejemplo, en el título de los delitos contra la libertad individual y otras garantías, delitos contra la fe pública, contra el orden económico y social, y el de los delitos contra mecanismos de participación democrática. [116]

Finalmente, los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH,[117] requieren que quien cometa el acto punible sea un actor del conflicto armado, esto es que actúe “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado”. Sin esta condición, no es posible cometer delitos como el homicidio en persona protegida, o el reclutamiento forzado.[118]

Otra situación ocurre con los llamados delitos de propia mano, -mencionados por algunos de los intervinientes-[119], que no son delitos con sujeto activo cualificado pero requieren que el autor sea quien ejecute directamente la acción excluyendo la posibilidad de actuar a través de otros, tal como sucede, por ejemplo con los delitos del “TÍTULO IV, Delitos Contra La Libertad, Integridad Y Formación Sexuales. Capítulo Primero”, que se refieren puntualmente a: “[e]l que realice...” (arts. 205, 206, 207, 209)[120], o “[e]l que acceda...” (arts. 208 y 210).[121] Sobre esta categoría y sobre la posible responsabilidad penal de quienes ordenan la comisión de estos actos punibles, existe actualmente una profunda discusión relacionada con la investigación y procesamiento de los delitos de violencia sexual cometidos en el marco del conflicto armado.

En todos los tipos penales revisados existe una circunstancia común y es que la exigencia de una calidad especial se hace únicamente para el autor del delito, y tiene tal entidad, que el delito (la infracción del deber especial) solo puede configurarse si quien realiza la acción punible cumple con las condiciones requeridas por el tipo penal. Aquel que instiga a la comisión del delito, o que presta una ayuda que no resulta esencial para su comisión, no requiere cumplir con esas calidades especiales, y en realidad resulta irrelevante que cuente o no con dichas condiciones a la hora de verificar su actuación en tanto que Partícipes.

Al tratarse de una calidad exigida como requisito al autor (y únicamente al autor), se genera, en caso de que un coautor no cumpliera con ella, una consecuencia que obliga, según la doctrina escogida, o bien a la fractura del tipo penal, -por lo que a quien tiene en apariencia el dominio del hecho pero no las calidades habrá que imputarle un tipo penal diferente-, o bien, a la calificación a título de Interviniente para el “coautor” no calificado, lo que permite mantener la unidad de la imputación.

En lo que atañe a los Partícipes, el no cumplir con las condiciones del tipo penal especial no afecta la posibilidad de realizar sus respectivas conductas de participación en el

ilícito.[122] Por su puesto, el juez penal, en cada caso concreto, dentro del ámbito de interpretación y aplicación que le corresponde, bajo la valoración de las pruebas y los hechos, es quien debe determinar el quantum punitivo concreto aplicable a cada caso, pero bajo el ámbito estrictamente constitucional que es el que corresponde evaluar en esta ocasión, es claro que existen diferencias relevantes entre partícipes y autores en lo que respecta a la función que cumplen las condiciones exigidas por un tipo penal especial.

Por lo tanto para esta Corporación, la diferencia de trato establecida por la interpretación atacada no se realiza entre sujetos que estén en un plano de estricta igualdad, sino antes por el contrario, entre sujetos cuyas diferencias, por el rol que desempeñan en la realización de una conducta típica especial, pueden resultar relevantes para la valoración de su responsabilidad.

Ahora bien, es necesario resaltar que la mayor o menor relevancia que tenga la característica de extraneus de los Partícipes en un delito especial depende de la posición dogmática a partir de la cual se aborde la cuestión, bajo el entendido de que la razonabilidad de cada una de esas posturas tiene un fundamento teórico complejo y es una función constitucional de la Corte Suprema de Justicia, dentro de su amplio ámbito hermenéutico y aplicación de la ley, escoger aquellas interpretaciones que resulten más aptas e idóneas en el marco de los principios y derechos constitucionales, de la política criminal y de la legislación penal del país. La función de la Corte Constitucional en la materia se limita a verificar que las posturas escogidas no resulten contrarias a la Carta Política, pero de ninguna forma puede considerarse que dicho examen se convierte en una toma de postura a favor de una teoría y menos aún, en una limitación para que la Corte Suprema de Justicia pueda variar su capacidad interpretativa cuando así lo vea adecuado.

3.2.3. La justificación constitucional del trato penal diferenciado entre los Partícipes y los “coautores” extraneus de un tipo penal especial

Como tercer paso del juicio de igualdad, le corresponde a la Corte averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución. Para ello la Corte debe definir cuál es el rigor del juicio de igualdad que debe utilizar.

Para este caso, la Corte aplicará un test leve de igualdad a partir de las siguientes razones:

(i) la regulación en materia penal es una materia en la que el legislador tiene a amplio margen de configuración; (ii) la interpretación jurisprudencial de las disposiciones penales es una competencia constitucionalmente atribuida a la Corte Suprema de Justicia; (iii) la interpretación demandada no afecta a grupos sociales específicos, ni se fundamenta en criterios sospechosos de discriminación; (iv) el beneficio punitivo sobre el cual recae el trato desigual no constituye, en sí mismo, un derecho constitucional,[123] y finalmente (v) dadas las relevantes diferencias entre los sujetos comparados, la Corte no aprecia prima facie una amenaza frente al derecho sometido a controversia.

En ese sentido, la Corte debe proceder a verificar que el fin buscado con la medida y el medio empleado para ello no estén constitucionalmente prohibidos, así como la idoneidad del medio para la consecución del fin.[124]

Al respecto es necesario recordar que la SCPCSJ ha reiterado su explicación sobre la finalidad que persigue la norma creada a partir de su interpretación, con las siguientes palabras: “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.” [125]

Así entonces, según lo que afirma en su jurisprudencia, lo que busca la Corte Suprema de Justicia es interpretar la disposición de tal manera que no se afecte el sistema penal como un todo, y que por el contrario, se mantengan los delicados equilibrios que requiere la aplicación del derecho punitivo para mantener la sistematicidad de las normas y la armonía de las disposiciones. Esta finalidad no está prohibida por la Carta Política, por el contrario, resulta coherente con la atribución que la Constitución le da a la Corte Suprema de Justicia para escoger, de entre las distintas posturas dogmáticas que resulten razonables, aquellas que mejor sirvan a las necesidades jurídicas del país.

Para lograr ese objetivo, la SCPCSJ adelanta una interpretación reiterada y consistente por la cual, el inciso 4º del artículo 30 (Ley 5999 de 2000) que se refiere al “Interviniente” y a su dosificación punitiva en abstracto, se aplica únicamente al “coautor” no calificado del delito especial. Excluye del beneficio penal a cómplices e instigadores. Tampoco existe en la Carta Política ninguna prohibición sobre el medio utilizado.

La Constitución no prohíbe que las altas Cortes se inclinen por una u otra posición

interpretativa o dogmática. Mientras dicha interpretación no sea contraria a los derechos o principios constitucionales, es una atribución constitucional de las Altas Cortes interpretar el derecho y fijar el contenido y alcance de las normas. Así pues, habida cuenta de que se trata de una posición dogmática, que si bien es objeto de oposiciones académicas, no resulta contraria a la Carta Política, no es labor de la Corte Constitucional entrar a escoger las corrientes dogmáticas que le parezcan mejores e imponerlas a las demás Cortes. Como bien lo ha dicho esta Corporación, las Altas Cortes, son los expertos a los cuales la Constitución ha dejado la tarea de interpretar, para su materia específica, las normas que desarrollen las distintas ramas del derecho en Colombia.

Finalmente, para esta Corte es claro que el medio resulta idóneo para el resultado buscado, pues al fijar el criterio en las calidades exigidas al autor, y a partir de la idea de que dichas calidades se exigen exclusivamente al autor y no a los partícipes, se permite punir a quien, pese a realizar como suya la conducta descrita en el tipo, por no cumplir con las condiciones requeridas, no le era exigible el deber legal infringido. En ese sentido la interpretación de la SCPCSJ es un medio útil para mantener la unidad de imputación.

En concordancia con lo anterior y con el inciso 2º y 3º del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, la interpretación del inciso 4º resulta útil para mantener la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal. Tanto para el instigador como para el cómplice, el artículo 30 consagra la correspondiente configuración punitiva. El inciso 4º hace lo mismo con el “coautor” no calificado, que no estaba incluido en los anteriores incisos y que con ello queda con una dosificación precisa. Por lo tanto, concluye esta Corte que el medio resulta idóneo para alcanzar los fines perseguidos.

LA INTERPRETACIÓN POR LA CUAL EL CONCEPTO DE INTERVINIENTE (ART. 30, INC. 4º, Ley 599 DE 2000) NO COBIJA A LOS PARTICIPES EXTRANEOS, NO ES CONTRARIA AL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Para establecer cuál es la amplitud del ámbito de interpretación que tiene la SCPCSJ, esta Corte reiteró que en materia de derecho penal, la Constitución le reconoce al legislador un amplio margen, no solo para la configuración de los delitos y las penas, sino incluso de los procedimientos para llevar a la práctica dichas normas. No se trata de una materia especialmente regulada por la Constitución o que requiera de leyes de una naturaleza supra

legal, sino que los parámetros constitucionales en la materia se limitan a principios constitucionales y derechos fundamentales que deben ser respetados.

A su vez, la Corte Constitucional es consciente de que, incluso si la legislación es muy precisa, el derecho penal es una fuente de amplios análisis y debates doctrinales dirigidos a dotar de coherencia y sentido a las normas que lo componen, en tanto que sistema lógico que justifique y haga razonable las sanciones y las diferencias de punibilidad, todo ello en la búsqueda de hacer la tarea del juez una labor legítima, objetiva e imparcial.

En ese amplio espectro de doctrinas penales, que interpretan de tan distantes formas el derecho penal y que consecuentemente generan resultados disímiles frente a los administrados, es una labor esencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ser el intérprete calificado de las normas penales en Colombia para evitar las confusiones que surgen de la diversidad doctrinal y establecer, como regla, la forma en que los jueces de instancia deben entender y aplicar las normas punitivas en el país. La importancia fundamental de esta tarea, no solo para el derecho penal, sino para el cumplimiento de la justicia como valor constitucional, implica que las interpretaciones jurisprudenciales del derecho penal que la Corte Suprema de Justicia desarrolla en sus providencias, no pueden ser objeto de intromisiones por parte de esta Corporación sino en aquellos casos en los que resulte palmaria la transgresión a la Carta Política y al Bloque de Constitucionalidad. De otra forma, esta Corporación estaría limitando el amplio margen de configuración interpretativa y la autoridad hermenéutica, que, en virtud de los fines perseguidos por su función unificadora de la jurisprudencia, le fue otorgada al Alto Tribunal por el constituyente primario.

En el estudio de la demanda, la Corte Constitucional pudo comprobar que la interpretación que la SCPCSJ realizó a partir de 2003, sobre el término “Intervinientes” (art.30, inc. 4º, L.599 de 2000), constituye “derecho viviente” por tratarse de una regla vigente y consolidada que fija el alcance de dicha disposición. Dicha norma, genera un trato punitivo diferenciado entre quienes concurren a la realización de un tipo penal especial, bajo el presupuesto de que las condiciones especiales solo se requieren al autor y no al instigador ni al cómplice, por lo que el lleno o la carencia de esos requisitos solo puede tener efectos para el primero.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia le da una importancia manifiesta a la diferencia entre las funciones que, para la comisión del delito especial, desarrollan los Partícipes y el Interviniente. Esas diferencias, según la SCPCSJ tienen unas consecuencias punitivas, puesto que el legislador consideró que determinador y cómplice no tienen los mismos deberes jurídicos que el autor, ni requieren de una calidad especial para que se consolide su actuación ilícita y en consecuencia tampoco existe justificación para que su sanción penal varíe por faltarle la calidad exigida al autor. Cosa distinta sucede respecto del Interviniente (“coautor” no calificado), porque el delito especial solo puede ser autoría de un sujeto activo que cumpla con las condiciones requeridas, por ende, quien, en concurso con el autor, realiza como suya la conducta descrita en el verbo rector, sin tener la calificación requerida por el tipo penal, en realidad no tiene la capacidad para infringir el deber de especial sujeción y consumir la conducta ilícita y en consecuencia, tampoco su grado de responsabilidad y punibilidad puede ser igual a la del autor propiamente dicho.[126]

Algunos intervinientes en el proceso plantearon la dificultad que entrañaría esta interpretación. Para ellos el efecto de la misma es que quienes actuaron con dominio del hecho y por ende tenían más responsabilidad en el ilícito, esto es los “coautores” no calificados, tienen una menor pena (por ser considerados Intervinientes) que quienes participan simplemente como determinadores. Esto atentaría contra varios principios constitucionales, puesto que para estos últimos, su menor responsabilidad penal, en virtud del menor grado de desvalor de su conducta, debería implicar un tratamiento punitivo menos gravoso que el del autor.

Ahora bien, la norma atacada establece que quien actúa como “coautor”, pero no tiene las calidades exigidas por el tipo penal, en realidad no es coautor, sino Interviniente. Por lo tanto, desde esa interpretación, el término de comparación planteado en las intervenciones no es exacto. Porque al reconocerse que el Interviniente no pudo cometer el ilícito, por faltarle las condiciones del tipo penal especial, el legislador – y la interpretación de la Corte Suprema-, han entendido que su responsabilidad penal es inferior a la del autor, ya que el origen de su responsabilidad penal no se deriva de la infracción de los deberes de especial sujeción que solo surgen del cumplimiento de las calidades exigidas por el tipo penal.

En cualquier caso, y por fuera de la interpretación de la Corte Suprema, el problema de igualdad que plantean el Profesor Fernando Velásquez y Universidad de Medellín radica en

la equiparación que hace el inciso 2º del artículo 30 (Ley 599 de 2000), que establece: “Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción”. Esa disposición crea, en efecto, una equiparación punitiva entre sujetos que participan en la comisión de un ilícito de forma claramente distinta, pero tiene efectos para todos los delitos, sin importar si se trata de delitos comunes o especiales. Por eso, ese examen de igualdad, está por fuera del estudio que se realiza en el marco del problema jurídico de esta sentencia, por cuanto se trata de una norma diferente y no es posible hacer una integración normativa.[127]

Por lo tanto, esta Corte encuentra que la norma que surge de la interpretación jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por la cual, el concepto de Interviniente contenido en la Ley 599 de 2000, artículo 30, inciso 4º, se refiere exclusivamente a los “coautores” extraneos de un delito especial, se ajusta a los postulados constitucionales del principio y derecho a la igualdad, en tanto genera un trato desigual, entre desiguales, de forma justificada y razonable. Evidentemente, esta interpretación jurídica parte de una posición que si bien es actualmente acogida por la Corte Suprema de Justicia, no implica necesariamente que haya agotado su discusión.[128] El hecho de que en esta ocasión la Corte Constitucional se pronuncie sobre esta interpretación en concreto, de ninguna forma puede entenderse como una limitación a la potestad de la Corte Suprema 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.

IV. DECISIÓN

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de cierre de la jurisdicción penal ordinaria en Colombia, no atenta contra el principio y derecho constitucional de igualdad cuando interpreta el Artículo 30, inciso 4º de la Ley 599 de 2000, en el sentido en el cual, se considera como Intervinientes únicamente quienes actuando como coautores no cuentan con las cualidades exigidas para el sujeto activo del delito.

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en el Auto 305 del 21 de junio de 2017.

SEGUNDO.- 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 y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Ausente con permiso

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] El trato diferente en este caso, se da frente a la reducción de una cuarta parte de la pena aplicable. Se trata de un beneficio punitivo frente al cual el legislador tiene un amplio margen de configuración y no de un derecho constitucional. Dicho de otro modo, no existe un derecho constitucional a la reducción de una parte de la pena para quienes sean partícipes extraneus de un delito con sujeto activo calificado.

[2] Expediente D-11917, folio 35.

[3] Entendidos como los cómplices y determinadores que no tengan las calidades exigidas por un delito especial

[4] Expediente D-11917, folio 161, Intervención del Profesor Fernando Velásquez: “muy lejos de entender la construcción del dominio del hecho están los demandantes como para poder extraer alguna consecuencia en el plano teórico del concepto emitido por ellos y poder edificar, así, su pretensión encaminada a que se declare la inconstitucionalidad demandada”.

[5] Expediente D-11917, folio 164, Intervención del Profesor Fernando Velásquez: “Desde luego, nadie que haga un planteo serio en estas materias podrá afirmar que la categoría dogmática de la tipicidad se confunde con el “fundamento abstracto de la punibilidad”, dos cosas completamente distintas, así sea para reiterar que el modelo adoptado por el legislador se basa en “consideraciones fácticas u ontológicas” y a “razones de orden jurídico o normativo” (pág. 16); ¡de esta manera, los demandantes parecen despedirse de su extraña “teoría del dominio del hecho” expuesta en sus comienzos!.”

[6]Expediente D-11917, folio 162-163, Intervención del Profesor Fernando Velásquez: “A lo

anterior, añádase, esas elaboraciones las pretenden edificar en la que califican como “la más reputada doctrina” referida al Código Penal de 2000, aunque solo citan a un autor - para el caso al jurista MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO quien, señálese, pretende que sus construcciones levantadas a partir de la legislación española son válidas en Colombia, como si el derecho vigente fuese el mismo- y olvidan que esta problemática ha sido objeto de múltiples desarrollos por la propia academia nacional.”

[7] El texto hace referencia a: López Morales Jairo, Antecedentes del Nuevo Código Penal. Ponencias y modificaciones del Congreso. Objeciones del Gobierno y texto definitivo. Ley 599 de 2000. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2000, P. 620.

[8] Corte Constitucional, Auto del 7 de marzo de 2017. “6.En relación con la demanda ahora estudiada, este despacho encuentra que con los ajustes realizados en el escrito de corrección, la demanda logra responder a varias de las exigencias que plantea la jurisprudencia constitucional, según las razones que se exponen a continuación: \ 6.1. La impugnación sobre el inciso 4 del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, se dirige contra una interpretación de la norma que sería contraria al derecho a la igualdad. Luego, con el escrito de subsanación de la demanda, se complementó con una decisión del año 2014, que a su vez reitera otra del año 2012. Por lo tanto, la demanda cumple con el requisito de certeza al demostrar que la interpretación que consideran contraria a la Carta, fija el contenido normativo de la disposición legal demandada, y no se trata de una lectura aislada sino de una posición que ha sido reiterada en distintas ocasiones por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. \ 6.3. La demanda hace uso de argumentos referentes a la diferenciación en la reducción de la pena entre coautores no calificados frente a determinadores y cómplices no calificados, que terminaría afectando a estos últimos e implicaría una transgresión del artículo 13 de la Carta Política, argumento que tienen la condición suficiente para cumplir con el requisito de especificidad. \6.4. Los demandantes realizan un detallado examen de igualdad entre los sujetos diferenciados por la norma, que pone en manifiesto el posible problema de carácter constitucional que implica la interpretación impugnada, y con ello da cumplimiento al requisito de pertinencia de la argumentación. \ 6.5. Inicialmente la demanda solo recogía jurisprudencia de la Corte Suprema hasta el año 2008, con la adición de la demanda, los accionantes logran sustentar con suficiencia que la interpretación demandada es una posición reiterada y vigente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y que no se trata de una lectura

aislada de la norma. \ 7. En consecuencia de lo anterior, la argumentación planteada en la demanda resulta suficiente para generar en la Corte la duda sobre la existencia de un problema de constitucionalidad frente a la norma impugnada y cumple con todos los requisitos señalados por la jurisprudencia de esta Corporación, en consecuencia se admitirá la demanda para adelantar su respectivo estudio.

[9] Corte Constitucional, Sentencia C-1122 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil; AV Jaime Araújo Rentería, Rodrigo Escobar Gil; SPV Nilson Pinilla Pinilla). En este caso, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, por el cargo planteado respecto de la diferencia de trato entre particular y servidor público para los delitos con sujeto activo calificado. Subrayado fuera del original.

[10] En esta providencia se utilizarán las palabras Participe e Interviniente utilizando mayúscula inicial, para referirse a los conceptos de que trata el Art.30 de la Ley 599 de 2000, y así evitar confusiones con los términos comunes.

[11] Corte Constitucional, Sentencia C-1122 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil; AV Jaime Araújo Rentería, Rodrigo Escobar Gil; SPV Nilson Pinilla Pinilla).

[12] En esta providencia su utilizará el término “coautor” extraneus, usando comillas en la primera palabra, para referirse a quien sin tener las condiciones exigidas en el tipo penal especial, desarrolla como suya la conducta descrita en el verbo rector, en concurso con el Autor, esto es, con quien sí cumple con dichas condiciones. Esto por cuanto, al no cumplir con los requisitos del tipo penal, no se trata técnicamente de un verdadero coautor del delito, puesto que de él no son exigibles los deberes especiales que se infringen en dicho caso.

[13] Corte Constitucional, Sentencia C-557 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Reiterada, entre muchas otras, en las sentencias C-426 de 2002 (MP Rodrigo Escobar Gil), C-569 de 2004 (MP Rodrigo Uprimny Yepes), C-987 de 2005 (MP Humberto Sierra Porto) y C-258 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza; SPV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), C-418 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa, C-284 de 2015 (MP Mauricio González Cuervo; SV Gloria Stella Ortiz Delgado; AV María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio).

[14] Al respecto la Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), señala: “Por el ejemplo el artículo 42 el cual señala que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco de sus integrantes, el artículo 53 que consagra entre los principios mínimos del estatuto del trabajo la igualdad de oportunidades de los trabajadores, el artículo 70 que impone al Estado colombiano el deber de asegurar la igualdad de oportunidades en el acceso a la cultura y reconoce la igualdad de las culturas que conviven en el país, el artículo 75 dispone la igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético y el artículo 209 consagra la igualdad como uno de los principios que orienta la función administrativa.” Esas tres dimensiones de la igualdad, significan para el Estado obligaciones diferentes. En tanto valor, su realización es exigible a todas las autoridades públicas y en especial al legislador. En su rol de principio, se ha considerado como un mandato de optimización que establece un deber ser específico, que admite su incorporación en reglas concretas derivadas del ejercicio de la función legislativa o que habilita su uso como herramienta general en la resolución de controversias sometidas a la decisión de los jueces. Finalmente, en tanto derecho, la igualdad impone un trato que implica deberes de abstención como la prohibición de la discriminación, al mismo tiempo que exige obligaciones puntuales de acción, como ocurre con la consagración de medidas afirmativas.

[15] Corte Constitucional, Sentencias T-406 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón), T-881 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), C-818 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto; AV Nilson Pinilla Pinilla, Luis Ernesto Vargas Silva), C-250 de 2012 (MP Humberto Sierra Porto); y C-104 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; AV María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva). El criterio de estas sentencias radica en el valor del derecho a la igualdad, el cual a juicio de la Corte, carece de un contenido material específico, es decir, “a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana, sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado”.

[16] Corte Constitucional, Sentencias C-862 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), C-818 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto; AV Nilson Pinilla Pinilla, Luis Ernesto Vargas Silva), C-250 de 2012 (MP Humberto Sierra Porto), C-015 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo), C-239 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo; AV Luis Ernesto Vargas

Silva, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla), C-240 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo; APV Luis Ernesto Vargas Silva), C-811 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo) y C-329 de 2015 (Mauricio González Cuervo; AV Gloria Stella Ortiz Delgado). Reiterada en la C-104 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; AV María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva). En estos casos, la Corte reiteró el carácter relacional, en el contexto de la acción pública de inconstitucionalidad pues la igualdad requiere de una comparación entre dos regímenes jurídicos. Al respecto, esta comparación no se extiende a todo el contenido del régimen, sino que se centra en los aspectos que son relevantes para analizar el trato diferente y su finalidad. El análisis de la igualdad da lugar a un juicio tripartito, pues involucra el examen del precepto demandado, la revisión del precepto respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado y la consideración del propio principio de igualdad.

[17] Corte Constitucional, ver sentencia C-093 de 2001 (MP Alejandro Martínez Caballero) En este caso, la Corte utiliza el test de igualdad para resolver el asunto en cuestión y prioriza el principio democrático del cual se desprende el mismo. Por ende, consideró que “esa metodología simplemente pretende racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la libertad de configuración de los órganos políticos, que es un principio de raigambre constitucional. Y esas consideraciones son particularmente importantes cuando se trata de examinar si una disposición vulnera o no el principio de igualdad”. Reiterada en sentencia C-818 de 2010 MP Humberto Antonio Sierra Porto; AV Nilson Pinilla Pinilla, Luis Ernesto Vargas Silva).

[18] Corte Constitucional, Sentencia C 221 de 1992 (MP Alejandro Martínez Caballero). En este caso, la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 6º del Decreto 119 de 1991, “por el cual se fijan las escalas de remuneración de los empleados del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, y se dictan otras disposiciones en materia salarial”, en el aparte que dice: “la naturaleza de los asuntos que le sean confiados.” Lo anterior, teniendo en cuenta que el SENA debe aplicar el principio de igualdad material en forma racional, a fin de evitar la arbitrariedad que se pudiere generar del mal uso de discrecionalidad de sus funcionarios.

[19] Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1992 (MP Alejandro Martínez Caballero).

[20] Corte Constitucional, Sentencias C-221 de 1992 (MP Alejandro Martínez Caballero), reiterada entre otras en las siguientes sentencias: T-430 de 1993 (MP Hernando Herrera Vergara); T-230 de 1994 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-445 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero); C-022 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz); T-352 de 1997 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-563 de 1997 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-112 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero; AV Alfredo Beltrán Sierra, José Gregorio Hernández Galindo); y T-301 de 2004 (Eduardo Montealegre Lynett). En estas sentencias, la Corte reitera que el juicio de igualdad debe ser más estricto, por lo cual, en principio sólo son admisibles aquellas regulaciones que sean necesarias para alcanzar objetivos imperiosos para la sociedad y para el Estado. En cambio, frente a categorías neutrales, el escrutinio judicial de la igualdad debe ser menos riguroso, por lo cual, en principio son legítimas todas aquellas clasificaciones que puedan ser simplemente adecuadas para alcanzar una finalidad permitida, esto es, no prohibida por el ordenamiento constitucional. En ese sentido, debe procurarse que las normas que rigen el ordenamiento jurídico interno, no impliquen cargas o permitan tratos discriminatorios a los miembros de la sociedad.

[21] Corte Constitucional, Sentencia T-098 de 1994 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz). En este caso, la Corte tutela los derechos a la vida, al trabajo, a la familia y a la seguridad social, los cuales a juicio de la peticionaria fueron vulnerados por la Caja de Seguridad Social de Risaralda -Caseris-, al no permitirle afiliarse a su esposo en calidad de beneficiario a los servicios médicos asistenciales. Al respecto, la Corte realiza su análisis en el derecho a la igualdad y la prohibición de actos discriminatorios por parte de personas que se encuentran en evidente estado de indefensión en razón a su sexo.

[22] Corte Constitucional, Sentencia C-673 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, AV Jaime Araújo Rentería). En esta sentencia, la Corte fue enfática en reiterar el alcance del principio a la igualdad y el test de razonabilidad en la protección de los derechos constitucionalmente garantizados.

[23] Corte Constitucional, Sentencias C-333 de 1994 (MP Fabio Morón Díaz); C-265 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero); C-445 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero); C-613 de 1996 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-197 de 1997 (MP Carmenza Isaza de Gómez (E.)); C-507 de 1997 (MP Carlos Gaviria Díaz); C-584 de 1997 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-183 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-318 de 1998 (MP Carlos Gaviria Díaz);

C-539 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-112 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero); C-093 de 2001 (MP Alejandro Martínez Caballero). En estas sentencias, la Corte utiliza el test de igualdad para determinar las limitaciones de las normas que conforman el ordenamiento jurídico, siendo este una herramienta válida para proporcionar la presunta afectación de derechos y /o limitaciones interpuestas por el legislador.

[24] Corte Constitucional, Sentencia C-673 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, AV Jaime Araújo Rentería). Sostiene la sentencia: “Según la jurisprudencia de esta Corporación, el examen de constitucionalidad de una norma legal supone la intervención de la jurisdicción constitucional en la órbita de competencias del legislador, en aras de preservar los principios y valores constitucionales. El principio democrático (art. 1 C.P.), el principio de la separación de las ramas del poder público y de colaboración armónica entre ellas (art. 113 inciso 2 C.P.) y el principio de primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.) deben ser interpretados sistemáticamente y ponderados en concreto de forma que se respeten las competencias constitucionales tanto del legislador como de la Corte Constitucional. Tal es el sentido básico de los distintos grados de intensidad con los que debe aplicarse el test de razonabilidad de una medida legislativa. Ello explica que en materia de igualdad el test de razonabilidad, con variantes importantes pero también con elementos comunes significativos, sea el método aplicado en otras democracias constitucionales, e, inclusive, por órganos jurisdiccionales regionales.//Además, es pertinente subrayar que el test de razonabilidad sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional, comparada e internacional desarrollan generalmente el test en tres pasos: 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. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas, según se trate de un test estricto, intermedio o leve.”

[25] Organización de Estados Americanos -OEA, Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Ratificada por Colombia el 31 de julio de 1973. El 21 de julio de 1985 la República de Colombia deposita un instrumento por el cual reconoce competencia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido bajo condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de

hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno.

[26] CADH, Artículo 1.1.: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

[27] CADH, Artículo 24 “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

[28] Pérez, E. La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos. 2016. Disponible en:
<http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/fas-CSIDH-Igualdad-No-Discriminacion.pdf>

[29] El 21 de junio de 1985 la Republica de Colombia presentó un instrumento de aceptación por el cual reconoce la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido bajo condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno. Con fundamento en dicho reconocimiento, la Corte Constitucional ha

[30] Corte IDH. Sentencia del 5 de agosto de 2008, párrafos 209 y 223. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la destitución de los jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo sin un debido proceso.

[31] Corte IDH. Sentencia del 24 de agosto de 2010, párrafo 272. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por no haber garantizado el derecho de propiedad ancestral de los miembros de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek del Pueblo Enxet-Lengua, lo cual ha generado una amenaza a su supervivencia.

[32] Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrs. 53 y 54; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo,

Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 183, y Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra nota 15, párr. 253.

[33] Corte IDH, Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, Párrafo 174 Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y Costas. Reitera lo sostenido por la Corte IDH, en los casos Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 199; Rosendo Cantú y otra Vs. México, supra nota 241, párr. 183, y Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra nota 15, párr. 253.

[34] Reiterada, entre otras, en la Sentencia del 6 de agosto de 2008 en el Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos, párrafo 211, y en la Sentencia del 28 de noviembre de 2012 en el Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) v. Costa Rica, párrafos 285, 438, 439, 440 y 441.

[36] Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, Párrafo 223 Reiterando lo sostenido en la Sentencia del caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, párr. 182, y Caso J. Vs. Perú, párr. 233.

[37] Organización de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. El Pacto Internacional y su Protocolo Adicional para dar competencia al Comité de Derechos Humanos, fueron ratificados por Colombia el 29 de octubre de 1969.

[38] Comité de Derechos Humanos, Observación General 32. La observación se ocupa del derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y Cortes de justicia, y son particularmente relevantes los párrafos 7 y siguientes.

[39] Párrafo 13.

[40] Párrafo 14.

[41] Sobre No discriminación, párrafos 7 y 8.

[42] En el Tribunal Europeo de DDHH, el juez estudia, en un primer momento, “la idoneidad de la medida; posteriormente analiza si el trato diferenciado es necesario, es decir, si existe una medida menos lesiva que logre alcanzar el fin propuesto; y, finalmente, el juez realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido con el fin de determinar si la medida adoptada sacrifica valores y principios constitucionales de mayor envergadura que los protegidos con el fin propuesto”. En la Corte Suprema de los Estados Unidos, el control se realiza a través de distintos niveles de intensidad: débil, intermedio y estricto. Dicha diferencia es importante, toda vez que brinda al juez el espectro para el análisis de constitucionalidad. Así, “en aquellos casos en que el test es estricto, el trato diferente debe ser necesario para alcanzar un objetivo constitucionalmente aceptable. Por otro lado, en los casos de test flexibles, la medida sólo debe ser potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no riña con la Carta Política”. Señalado en las Sentencias C-035 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; SVP María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Alberto Rojas Ríos) y C-104 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; AV María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, APV Gloria Stella Ortiz Delgado, Luis Ernesto Vargas Silva).

[43] Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 2004 (Manuel José Cepeda Espinosa; AV Rodrigo Escobar Gil), criterio reiterado en la sentencia C-793 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y C-335 de 2016 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), entre otras.

[44] Corte Constitucional, Sentencias C-093 de 2001 (MP Alejandro Martínez Caballero), C-673 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa; AV Jaime Araújo Rentería); C-862 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y reiterada entre otras en la sentencia Corte Constitucional C-015 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo). En estos casos, la Corte estudio la constitucionalidad de los preceptos demandados y revisó el test de igualdad aplicado en cada caso, al respecto la Corte determinó que a juicio del test de igualdad y en muchos casos, el trato discriminatorio se encuentra justificado y no vulnera el derecho a la igualdad siempre y cuando sea realizado conforme a las disposiciones dispuestas en la jurisprudencia constitucional y la constitución.

[45] Corte Constitucional, Sentencia C-659 de 2016 (MP Aquiles Arrieta Gómez (e); AV

Alejandro Linares Cantillo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). En este caso, la Corte analizó la constitucionalidad del párrafo 10 de la Ley 48 de 1993 basándose en la aplicación del juicio integrado de igualdad, por consiguiente reiteró que el mismo, “está constituido por tres elementos, que consisten en: (i) determinar cuál es el criterio de comparación o *tertium comparationis*; (ii) definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) establecer si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, es decir, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas de un modo similar”.

[46] Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa; SV Rodrigo Escobar Gil). En este caso, la Corte determinó la importancia del juicio de igualdad conforme a su intensidad, siendo él mismo leve, intermedio o estricto. A su vez, declaró la exequibilidad del inciso II del párrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, contrario sensu, declaró la inexequibilidad de la expresión “menor de 18 años”, contenida en el mismo párrafo.

[47] En cuanto a la aplicación de estos grados de intensidad, por regla general se ejerce el control de constitucionalidad con un test leve. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones, por una parte, el respeto al principio democrático, que obliga a darle un peso importante a la labor de creación del legislador, pues debe permitirse un margen considerable de valoración sobre los asuntos objeto de regulación, a partir de la búsqueda de propósitos que se ajusten a los mandatos de la Carta; y por la otra, la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas, lo que se traduce en que no toda distinción de trato involucra la existencia de un componente discriminatorio. Este test ha sido aplicado en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida en cabeza de un órgano constitucional, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecia *prima facie* una amenaza frente al derecho sometido a controversia.

[48] Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006 (MP Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández; SV Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis; AV Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Araújo Rentería). En este caso, la Corte

declaró la constitucionalidad de las tres causales válidas para permitir el aborto al interior del ordenamiento jurídico. Respecto al tema de igualdad, hizo especial énfasis en el test que realizó para determinar la constitucionalidad de la norma y adicional a ello en uno de los salvamentos de voto, se hizo alusión a la igualdad de las mujeres para acceder al mismo.

[49] Corte Constitucional, Sentencia C-746 de 1998 (MP Antonio Barrera Carbonell). En este caso, la Corte declaró la inexecutable de las expresiones “salvo cuando existan circunstancias de agravación” y “o hurto simple con el que concurren circunstancias de agravación”, empleadas, en su orden, en los incisos primero y tercero del art. 28 de la ley 228/95. Lo anterior, por considerar que declarar la executable de las mismas resultaría atentatorio contra el derecho a la igualdad.

[50] Corte Constitucional, Sentencia C-427 de 1996 (MP Alejandro Martínez Caballero; AV Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero; SV José Gregorio Hernández Galindo). En este caso, la Corte analizó la constitucionalidad del Código de Procedimiento Penal.

[51] “Mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales, bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado” Corte Constitucional, Sentencia C-013 de 1997 (MP José Gregorio Hernández Galindo; AV Jorge Arango Mejía; SV Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero). En este caso, la Corte analizó los preceptos del código penal y declaró su executable, por considerar que la protección a la vida del hijo fruto de acceso carnal violento, no vulnera los derechos a la igualdad de las mujeres.

[52] “el legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso,

realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros". Corte Constitucional, Sentencia C-592 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz; SV Alejandro Martínez Caballero) En este caso, la Corte declaró la exequibilidad de la Ley 415 de 1997 "Por la cual se consagran normas de alternatividad en la legislación penal y penitenciaria y se dictan otras disposiciones tendientes a descongestionar los establecimientos carcelarios del país."

[53] Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2001 (MP Álvaro Tafur Galvis; SVP Jaime Araújo Rentería). En este caso, la Corte declaró la constitucionalidad de las disposiciones demandadas de la Ley 599 de 2000 y al respecto, consideró que no existe violación al derecho a la igualdad en lo que respecta a las cuantías de penas previstas para los delitos. No obstante, recordó que de ser así y existir una desproporcionalidad en la imposición de una pena, la Corte declarararía su inexequibilidad.

[54] Corte Constitucional, Sentencia C-033 del 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) En este caso, la Corte declaró la exequibilidad de las expresiones demandadas de la Ley 600 de 2000, por considerar que el legislador goza de potestad legislativa y la ausencia de violación al derecho a la igualdad.

[55] Corte Constitucional, Sentencia C-1122 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil; AV Jaime Araújo Rentería, Rodrigo Escobar Gil; SPV Nilson Pinilla Pinilla).

[56] Corte Constitucional, Sentencia C-1122 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil; AV Jaime Araújo Rentería, Rodrigo Escobar Gil; SPV Nilson Pinilla Pinilla).

[57] Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008 (MP Nilson Pinilla Pinilla; SV Humberto Sierra Porto). En este caso, la Corte declaró la exequibilidad de la expresión "Los casos de que trata el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000", contenida en el inciso primero del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que el legislador debe separar, dentro de la misma Corte Suprema de Justicia, las funciones de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, de

acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, para las conductas punibles cometidas a partir del 29 de mayo de 2008.

[58] Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1996 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz; SV José Gregorio Hernández Galindo, Carlos Gaviria Díaz), reiterada en las sentencias: C-013 de 1997 (MP José Gregorio Hernández Galindo; AV Jorge Arango Mejía; SV Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero), C-551 de 2001 (MP Álvaro Tafur Galvis; SVP Jaime Araújo Rentería); C-553 de 2001 (MP Jaime Araújo Rentería), C-580 de 2002 (MP Rodrigo Escobar Gil; SPV Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería); C-622 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis; AV Jaime Araújo Rentería); C-148 de 2005 (MP Álvaro Tafur Galvis; SVP Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra); C-488 de 2009 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). En estas sentencias, la Corte se refiere a la proporcionalidad de las penas, atendiendo a una interpretación válida por parte de la legislación penal, sin que esto conlleve a la vulneración del derecho a la igualdad.

[59] Corte Constitucional, Sentencia C-645 de 2012 (MP Nilson Pinilla Pinilla; AV María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva). En este caso, la Corte declaró la exequibilidad del parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, mediante el cual fue modificado el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos.

[60] Corte Constitucional, Sentencia C-240 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo, APV Luis Ernesto Vargas Silva). En este caso, la Corte al declarar los preceptos de la norma demandada, señaló la importancia de la potestad legislativa en materia penal de la cual goza el legislador y las evidentes circunstancias que acreditan a un sujeto activo del delito acreedor de una mayor o menor pena.

[61] Corte Constitucional, Sentencia C-240 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo, APV Luis Ernesto Vargas Silva).

[62] Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; SV Alberto Rojas Ríos; AV Alejandro Linares Cantillo). En este caso, la Corte analizó la

exequibilidad de los preceptos demandados y se refirió a la potestad legislativa para la fijación de penas con los atenuantes o agravantes correspondientes.

[63]Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). En este caso, la Corte analizó la exequibilidad del artículo 342 de la Ley 599 de 2000. Al respecto, determinó que la imposición de sanciones penales por atentar contra un bien jurídico protegido, debe atender a criterios proporcionados y razonables conforme a su naturaleza.

[65] En un primer momento están las teorías restrictivas del concepto de autor, que guiadas por la garantía de la legalidad estricta, propenden por los criterios objetivos para establecer la responsabilidad del sujeto activo. La teoría formal objetiva maneja un concepto restrictivo de autor, que se aplica a quien realiza directa y objetivamente la conducta (o parte de ella) tal como ha sido descrita en el tipo penal en su tenor literal. Esta postura doctrinaria desatiende las consideraciones sobre la importancia de la contribución al resultado. Esto implica que resulta igualmente responsable quien ha cometido la acción típica, aunque no se haya consumado el resultado (tentativa). Los demás aportes al hecho punible, que no se dan de manera causal sino promocional, esto es en la preparación o como apoyo a la acción, se consideran como participación. La teoría objetivo-material se guía por los elementos descritos en la conducta típica, pero permite hacer una diferenciación respecto de “la mayor peligrosidad que debería distinguir a la aportación del autor al hecho en comparación con la del cómplice. Asimismo, se recurrió a supuestas diferencias en la clase e intensidad de la relación causal.” H.H. Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Vol. I, Barcelona, Editorial Bosch, 1978, P 698.; Reinhart Maurach, Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Vol. II, Editorial Astrea, 1995, V. II, P 311. Justamente, esta relación con el causalismo es justamente una de las debilidades más criticadas de la teoría objetivo-material. El profesor español Enrique Gimbernat, escribe al respecto “si al decir que el autor es la causa y el cómplice la condición del resultado lo que se pretende es aplicar criterios tomados de las ciencias naturales, para efectuar la delimitación, entonces esta postura es inadmisibles. Está fuera de discusión que la categoría de la causalidad a la que ciertamente están sometidos los fenómenos del mundo exterior, no puede contribuir en nada a la aprehensión de conexiones jurídicas de sentido y de significación.” Gimbernat Ordeig Enrique “Autor y Cómplice en Derecho Penal” 2ª Ed. Madrid 1966, P 98.

[66] Según el profesor Zaffaroni “Un sector sostiene un concepto extensivo que abarca a todo el que pone una causa para la producción del resultado. Este concepto de autor se basa en la causalidad: todo causante es autor, con lo cual la participación sería solo una forma de atenuación de la pena y, en caso de no atenuación, genera la tesis del autor único” Eugenio Raúl Zaffaroni, Derecho Penal, Parte General. Ed. Ediar 2002, Págs. 739 y 740.

[67] En este marco doctrinario, surge la teoría subjetiva, que radica su calificación del autor a partir del “ánimo” con el que se actúa en la comisión del ilícito. Así, será Autor quien actúe con *animus auctoris*, en tanto que resulta “participe” quien lo haga con *animus socii*. Para explicar esta diferencia, se analizan elementos como la voluntad autónoma o el interés en el hecho, que son propios del “autor”, frente a la voluntad dependiente y la actuación por un interés ajeno del participe. Según esta teoría, la decisión sobre la producción del resultado depende únicamente del autor, mientras que la voluntad del cómplice solo se apega de forma dependiente, y por ende no se da en él el elemento subjetivo que caracteriza la autoría. La crítica fundamental a esta teoría está en que lleva a una total subjetivación de la responsabilidad penal, con la inseguridad jurídica que ello implica. Así por ejemplo explica el Profesor Zafaroni: “De cualquier manera, la teoría subjetiva lleva una parte de verdad, en cuanto a que no puede delimitarse la autoría sin tener en cuenta datos subjetivos, pero su fracaso obedece a que ignora cualquier dato objetivo.” *Ibídem*.

[68] “Roxín define al autor (en los delitos de dominio, será el que tiene “dominio del hecho”; en los de “infracción del deber”, el portador del deber especial que lo infringe) -bajo un denominador común- como la “figura central en la realización de la conducta ejecutiva típica.” En: Abanto Manuel, M. Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”. Pág. 2. 2004.

[69] “Si al final de nuestro camino volvemos la vista atrás y tratamos de resumir los resultados que hemos obtenido para la doctrina de la autoría, resulta el siguiente esquema: 1.- El autor es la figura central del suceso concreto de la acción. \ 2.- La figura central se caracteriza por los elementos del dominio del hecho, del quebrantamiento de un deber especial o de la comisión de propia mano. \ 3.- El dominio del hecho, que en los delitos dolosos de comisión determina el concepto general de autor, presenta las manifestaciones del dominio de la acción, dominio de la voluntad y del dominio funcional del hecho. \ 4.- El

dominio de la acción consiste en la realización del tipo final y de propia mano. \ 5.- El dominio de la voluntad, que corresponde a la autoría mediata, se clasifica en las formas de configuración del dominio de la voluntad en virtud de coacción, que se ajusta al principio de responsabilidad, del dominio de la voluntad, de cuatro grados, en virtud de error y del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas. \ 6.- El dominio del hecho funcional, que expresa el contenido de la línea directriz de la coautoría, se presenta como cooperación en división del trabajo en la fase ejecutiva. \ 7.- El criterio del quebrantamiento del deber especial es determinante para la autoría en los delitos de infracción de deber por comisión, en los delitos omisivos y en los imprudentes. \ 8.- La autoría mediata en los delitos de infracción de deber se caracteriza por que el obligado produce el resultado típico por medio de un no obligado. \ 9.- La coautoría en los delitos de infracción de deber aparece como quebrantamiento conjunto de un deber especial conjunto. \ 10.- Los delitos de propia mano se encuentran en el derecho vigente como delitos de autor jurídico-penal y como delitos vinculados a comportamiento sin lesión de bien jurídico. \ 11.- La participación es un concepto secundario con respecto al de la autoría. Por eso ha de caracterizarse como cooperación sin dominio, sin deber especial y sin ser de propia mano. \ 12.- La participación es un hecho principal cometido sin finalidad típica por principio está excluida en los delitos de propia mano, es posible en los delitos de infracción de deber y en los delitos de dominio se circunscribe a la suposición errónea de circunstancias fundamentadoras de dominio del hecho en la persona del ejecutor directo.” Roxín Claus, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, Madrid, Marcial Pons, 1998, Págs. 567 y 568.

[70] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 22 de mayo de 2013 (MP Gustavo Malo Fernández), radicado 40830.

[71] Roxín Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, Madrid, Marcial Pons, 1998, Pág. 42.

[72] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 9 de marzo de 2006 (MP Sigifredo Espinosa Pérez), radicado N° 22.327.

[73] Los Coautores, son “los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte” (artículo 29.2 de la ley 599 de 2000).

Lo característico de ésta forma es que quienes participan lo hacen unidos por un plan común: “Aunque enseguida conoceremos las excepciones, es algo generalmente aceptado que, para que haya coautoría, debe existir, como nexo subjetivo entre los actuantes, un plan común, entendido éste como un mínimo acuerdo entre los coautores, una coincidencia de voluntades, una resolución común del hecho, en definitiva, un dolo común en el sentido en que hablé de tal al tratar la teoría del acuerdo previo, sin que sea necesario un detallado plan o un acuerdo previo”. Miguel Díaz y García Conlledo, La autoría en derecho penal, Barcelona, Editorial PPU, 1991, página 653). Además, se dividen las tareas y su contribución debe ser relevante durante la fase ejecutiva. “Por lo tanto, no se precisa que cada concurrente realice totalmente la acción típica, pero si es necesario a no dudarlo que el aporte esencial se lleve a cabo en la fase ejecutiva de la misma, pues de lo contrario se estarían penando aportaciones en las fases previas en contravía de un derecho penal de acto”. (Fernando Velásquez Velásquez, Derecho Penal, Medellín, Editorial Comlibros, 2009, página 902). Sobre las características que deben tener quienes participan a título de coautores, el profesor Velásquez señala que “cada coautor debe reunir las mismas calidades que el autor y el dominio del hecho se torna común; si acontece, por ejemplo, que alguno de los concurrentes no comparte con los demás las riendas del suceso, debe pensarse en una figura distinta; desde luego, no se olvide, en casos como ese pueden intervenir personas que solo cumplan meras tareas de participación e un hecho ajeno (instigación o complicidad)”. Fernando Velásquez Velásquez, Fundamentos de Derecho Penal, Parte General. U. Sergio Arboleda, 2017. P 583.

[74] El Autor mediato, es quien “realiza el tipo penal valiéndose de otra persona que actúa como instrumento en sus manos, (...) requiere que todo el proceso delictivo se desenvuelva como obra de la voluntad rectora del llamado “hombre de atrás”, quien – gracias a su influjo- debe tener en sus manos al intermediario.” (Fernando Velásquez Velásquez, Fundamentos de Derecho Penal, Parte General. U. Sergio Arboleda, 2017. P 578.) Esto requiere que quien actúa como instrumento por error invencible, o la insuperable coacción ajena.

[75] Así, en sentencia del 26 de octubre de 2000, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, señaló: “Sin la pretensión de agotar los desarrollos doctrinarios en torno al tema, es de decirse que el determinador, instigador o inductor, es aquél que acudiendo a cualquier medio de relación intersubjetiva idóneo y eficaz, tales como ofrecimiento o promesa

remuneratoria, consejos, amenazas, violencia, autoridad de ascendiente, convenio, asociación, coacción superable, orden no vinculante, etc., hace nacer en otro la decisión de llevar a cabo un hecho delictivo, en cuya ejecución posee alguna clase de interés.” En la decisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de octubre de 2000. (MP Fernando E. Arboleda Ripoll), Rad.15610, la Alta Corte explico: “Como presupuestos de la inducción, asimismo la doctrina tiene identificados, entre otros, los siguientes que se tornan como los más relevantes: En primer lugar, que el inductor genere en el inducido la definitiva resolución de cometer un delito o refuerce la idea con efecto resolutorio de la idea preexistente, no bastando con realizar una simple cooperación moral ayudándole a perfeccionar el diseño del plan delictivo ya trazado de antemano por el futuro autor material (el denominado *ovni modo facturus*); en segundo término, el inducido (autor material) debe realizar un injusto típico, consumado o que al menos alcance el grado de tentativa, pues si su conducta no alcanza a constituir siquiera un comienzo de ejecución, no puede predicarse la punición del inductor; en tercer lugar, debe existir un nexo entre la acción del inductor y el hecho principal, de manera que lo social y jurídicamente relevante es que el hecho antijurídico se produzca como resultado de la actividad del inductor de provocar en el autor la resolución delictiva, a través de medios efectivos y eficaces como los atrás mencionados; en cuarto lugar, que el inductor actúe con conciencia y voluntad inequívocamente dirigida a producir en el inducido la resolución de cometer el hecho y la ejecución del mismo, sin que sea preciso que le señale el cómo y el cuándo de la realización típica; en quinto término, el instigador debe carecer del dominio del hecho, pues éste pertenece al autor que lo ejecuta a título propio, ya que si aquél despliega una actividad esencial en la ejecución del plan, ya no sería determinador sino verdadero coautor material del injusto típico.”

[76] “En la determinación que se presenta en los casos del mandato, asociación, consejo, orden no vinculante, coacción superable, se requiere la presencia de una comunicación entre determinador y determinado, de manera que entre ellos se establezca una relación en virtud de la cual el determinador sabe que está llevando al determinado a la realización de una conducta punible y ésta actúa con conciencia de lo que está haciendo y de la determinación.” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de junio de 1983 (MP Manuel Gaona Cruz), radicado 1983.

[77] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de junio de 1983

(MP Manuel Gaona Cruz), radicado 1983. Esta posición ha permanecido invariable.

[78] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 12 de septiembre del 2002, Rad. 1740 “(...) Basta, sin embargo, para despejar el equívoco y dejar en claro la objetividad legal de la distinción, precisar, en uno y otro caso, si el actor se halla ligado finalísticamente o no a la realización de la conducta. En la primera hipótesis, cuando brinda colaboración posterior a un hecho punible del cual hace parte, por razón de su compromiso objetivo y subjetivo con sus resultados, se trata de un coautor. Pero si esa ayuda es de mera coadyuvancia externa a los fines de los integrantes de la empresa común, despojada de alianza anímica con los propósitos últimos de sus autores directos, quien así actúa es cómplice del hecho punible. \ De acuerdo con esta última conclusión, que hoy reitera la Sala, bastará conjugar elementos objetivos y subjetivos en la consumación de la conducta, para diferenciar la coautoría y la complicidad, en la medida en que para que una persona pueda ser considerada coautora de un delito, no sólo se exige su voluntad incondicional de realizarlo, sino también su contribución objetiva, es decir, la importancia de su aporte en la fase ejecutiva, pues ello es lo que en últimas determina el llamado “codominio del hecho”, entendiendo como “hecho” el proceso causal que con la conducta se pone en marcha”.

[79] Sostiene el profesor Fernando Velásquez, sobre la inclusión de la figura de los delitos de propia mano: “A esta conclusión se llega cuando se observa que la redacción legal emplea el adjetivo ‘especial’ que designa no solo lo singular o particulares sino también lo que es adecuado o propio para algún efecto; además, ambas situaciones son ‘exigidas por el tipo penal’ en los término ya dichos.” Óp. Cit. P.598.

[80] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de mayo de 2010 (MP Yesid Ramírez Bastidas) Proceso nº 33319.

[81] Si se analiza por ejemplo desde la teoría de la infracción del deber, es la infracción de esos deberes lo que origina la responsabilidad, y por lo tanto, debe existir una diferencia notable en la sanción penal de quien realiza la conducta pero no infringe sus deberes especiales y la de quienes sí lo hacen.

[82] Roxín Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 1998. p 384.

[83] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 17 de septiembre de 2008 (MP Javier Zapata Ortiz), radicado 26410.

[84] Radicado 18050, citado en Corte Constitucional, Sentencia C- 1122-08 (MP Rodrigo Escobar Gil, SPV Nilson Pinilla Pinilla, AV Jaime Araújo Rentería, Rodrigo Escobar Gil).

[85] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación de Junio 3 de 1983; C.S.J. Auto Única Instancia - 8.862, de Diciembre 16 de 1997; Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación - 12-012, de Abril 3 de 2000. Citadas en Corte Constitucional, sentencia C-122-08 (MP Rodrigo Escobar Gil, SPV Nilson Pinilla Pinilla, AV Jaime Araújo Rentería, Rodrigo Escobar Gil).

[86] “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”.

[87] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 25 de abril de 2002, Rad. 12191. “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.

[88] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 25 de abril de 2002, (MP Carlos Eduardo Mejía Escobar). Rad. 12191.

[89] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 25 de abril de 2002, (MP Carlos Eduardo Mejía Escobar). Rad. 12191.

[90] Tribunal Superior de Ibagué, sentencia del 12 de diciembre de 2002.

[91] Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de julio de 2003 (MP Carlos Augusto Gálvez Argote), Rad. 20704.

[92] Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de julio de 2003 (MP Carlos Augusto Gálvez Argote), Rad. 20704. Reiterada en las sentencias de apelación penal de la Corte Suprema de Justicia con radicados 6379-2014, 7405-2014 y 12019-2015, entre otras.

[93] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de julio de 2003 MP

Carlos Augusto Gálvez Argote), Rad. 20704. “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.”

[95] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 5 de abril de 2017 (MP Luis Guillermo Salazar Otero). Radicado 47974, caso Carlos Eduardo Meneses Cudris y otros. En aquella ocasión manifestó la Corte Suprema: “Por manera que, para la Corte la figura del interviniente está restringida con exclusividad a aquellos supuestos en que un particular concurre a la realización de una conducta que exige la presencia de sujeto activo calificado, siempre y cuando sea asimilable a la de un coautor, sólo que por no reunir las calidades especiales del tipo se hace acreedor a una rebaja punitiva prevista en el art. 30 en mención. De ahí que la expresión interviniente de dicho precepto, no pretende agrupar cualquier forma de participación delictiva (determinación o complicidad), sino exclusivamente al coautor de delito que no reúne las características o calidades del tipo especial, pero que concurre a la concreción del verbo rector, realizando la conducta como propia.”

[96] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 20 de abril de 2007 (MP Marina Pulido de Barón); Sentencia de 23 de mayo de 2007 (MP Julio Enrique Socha Salamanca); Auto de 15 de agosto de 2007 (MP Sigifredo Espinosa Pérez); Sentencia de Casación discrecional del 5 de diciembre de 2007 (MP Yesid Ramírez Bastidas); Auto del 23 de enero de 2008 (MP Augusto Ibáñez Guzmán); Auto del 20 de febrero de 2008 (MP Javier Zapata Ortiz); Auto del 9 de abril de 2008 (MP Augusto Ibáñez Guzmán); Auto del 12 de mayo de 2010 (MP Yesid Ramírez Bastidas). Citadas en Lopera, N. El interviniente, punibilidad y principio de igualdad en el derecho penal colombiano. pág. 28. 2013.

[97] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de abril de 2017 (MP Luis Guillermo Salazar Otero), Radicado 47974.

[98] Corte Suprema de Justicia, Auto Interlocutorio del 28 de octubre de 2015 (MP José Luis Barceló Camacho), AP6324 - 2015.

[99] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 17 de septiembre de 2008 (MP Javier Zapata Ortiz), radicado 26410.

[100] Estos requisitos para el estudio de una interpretación jurisprudencial entendida como “derecho viviente” fueron enunciados en la Sentencia de la Corte Constitucional C-557 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Reiterada, entre muchas otras, en las sentencias C-426 de 2002 (MP Rodrigo Escobar Gil), C-569 de 2004 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes), C-987 de 2005 (MP Humberto Sierra Porto) y C-258 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza; SPV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), C-418 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa, C-284 de 2015 (MP Mauricio González Cuervo; SV Gloria Stella Ortiz Delgado; AV María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio).

[101] Expediente D-11917, folio 36. Texto de la demanda.

[102] Corte Constitucional, Sentencias C-862 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), C-818 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto; AV Nilson Pinilla Pinilla, Luis Ernesto Vargas Silva), C-250 de 2012 (MP Humberto Sierra Porto), C-015 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo), C-239 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo; AV Luis Ernesto Vargas Silva, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla), C-240 de 2014 (MP Mauricio González

Cuervo; APV Luis Ernesto Vargas Silva), C-811 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo) y C-329 de 2015 (Mauricio González Cuervo; AV Gloria Stella Ortiz Delgado). Reiterada en la C-104 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; AV María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva). En estos casos, la Corte reiteró el carácter relacional, en el contexto de la acción pública de inconstitucionalidad pues la igualdad requiere de una comparación entre dos regímenes jurídicos. Al respecto, esta comparación no se extiende a todo el contenido del régimen, sino que se centra en los aspectos que son relevantes para analizar el trato diferente y su finalidad. El análisis de la igualdad da lugar a un juicio tripartito, pues involucra el examen del precepto demandado, la revisión del precepto respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado y la consideración del propio principio de igualdad.

[103] Ley 599 de 2000, artículo 30. “Partícipes. 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 concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.”

[104] Corte Constitucional, Sentencia C-1122 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil; AV Jaime Araújo Rentería, Rodrigo Escobar Gil; SPV Nilson Pinilla Pinilla). En este caso, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, por el cargo planteado respecto de la diferencia de trato entre particular y servidor público para los delitos con sujeto activo calificado. Subraya fuera del texto original.

[105] Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008 (MP Nilson Pinilla Pinilla; SV Humberto Sierra Porto). En este caso, la Corte declaró la exequibilidad de la expresión “Los casos de que trata el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000”, contenida en el inciso primero del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que el legislador debe separar, dentro de la misma Corte Suprema de Justicia, las funciones de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, para las conductas punibles cometidas a partir del 29 de mayo de 2008.

[106] Ley 599 de 2000, artículo 108. Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años. \ Artículo 128. Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. La madre que dentro de los ocho (8) días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidos, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

[107] Ley 599 de 2000, artículo 177. “Desconocimiento de habeas corpus. El juez que no tramite o decida dentro de los términos legales una petición de habeas corpus o por cualquier medio obstaculice su tramitación, incurrirá en prisión de dos (2) años a cinco (5) años y pérdida del empleo o cargo público.”

[108] Ley 599 de 2000, artículo 313. “Evasión fiscal. El concesionario, representante legal, administrador o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico, que incumpla total o parcialmente con la entrega de las rentas monopolísticas que legalmente les correspondan a los servicios de salud y educación, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)”

[109] Ley 599 de 2000, artículo 314. “Utilización indebida de fondos captados del público. El director, administrador, representante legal o funcionario de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de las Superintendencias Bancaria, de Valores o de Economía Solidaria, que utilizando fondos captados del público, los destine sin autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de las mencionadas superintendencias, o de otras sociedades, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” \ Artículo 315. “Operaciones no autorizadas con accionistas o asociados. El director, administrador, representante legal o funcionarios de las entidades sometidas al control y vigilancia de las Superintendencias Bancaria o de Economía Solidaria, que otorgue créditos o efectúe descuentos en forma directa o por interpuesta persona, a los accionistas

o asociados de la propia entidad, por encima de las autorizaciones legales, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

[110] Ley 599 de 2000, artículo 329. “Violación de fronteras para la explotación de recursos naturales. Modificado por el art. 30, Ley 1453 de 2011. El extranjero que realizare dentro del territorio nacional acto no autorizado de explotación de recursos naturales, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de 100 a 30.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

[111] Ley 599 de 2000, Artículo 402. “Omisión del agente retenedor o recaudador. El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.(...)”

[112] Ley 599 de 2000, Artículo 424. “Omisión de apoyo. El agente de la fuerza pública que rehúse o demore indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.”

[113] Ley 599 de 2000, Artículo 456. “Hostilidad militar. El colombiano, aunque haya renunciado a la calidad de nacional, o el extranjero que deba obediencia al Estado Colombiano, que intervenga en actos de hostilidad militar o en conflictos armados contra la patria, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años.

Si como consecuencia de la intervención, se pone en peligro la seguridad del Estado o sufren perjuicio sus bienes o las fuerzas armadas, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.” \ Artículo 457. “Traición diplomática. El que encargado por el Gobierno Colombiano de gestionar algún asunto de Estado con gobierno extranjero o con persona o con grupo de otro país o con organismo internacional, actúe en perjuicio de los intereses de la República, incurrirá en prisión de cinco (5) a quince (15) años. Si se produjere el perjuicio,

la pena se aumentará hasta en una tercera parte.” \ Artículo 458. “Instigación a la guerra. El colombiano, aunque haya renunciado a la calidad de nacional, o el extranjero que deba obediencia al Estado, que realice actos dirigidos a provocar contra Colombia guerra u hostilidades de otra u otras naciones, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años. Si hay guerra o se producen las hostilidades, la pena imponible se aumentará hasta en una tercera parte.” Artículo 462. “Aceptación indebida de honores. El colombiano que acepte cargo, honor, distinción o mereced de Estado en hostilidad, guerra o conflicto armado con la patria, incurrirá en multa.”

[114] Ley 599 de 2000, Artículo 457. “Traición diplomática. El que encargado por el Gobierno Colombiano de gestionar algún asunto de Estado con gobierno extranjero o con persona o con grupo de otro país o con organismo internacional, actúe en perjuicio de los intereses de la República, incurrirá en prisión de cinco (5) a quince (15) años. Si se produjere el perjuicio, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.”

[115] Ley 599 de 2000, TÍTULO XV “Delitos contra la Administración Pública.” Artículos 397 a 434.

[116] Ley 599 de 2000, TÍTULO II, Capítulo Cuarto, De la detención arbitraria. Artículo 174. “Privación ilegal de libertad. El servidor público que abusando de sus funciones, prive a otro de su libertad, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años.” \ Artículo 175. “Prolongación ilícita de privación de la libertad. El servidor público que prolongue ilícitamente la privación de libertad de una persona, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años y pérdida del empleo o cargo público.” \ Artículo 176. “Detención arbitraria especial. El servidor público que sin el cumplimiento de los requisitos legales reciba a una persona para privarla de libertad o mantenerla bajo medida de seguridad, incurrirá en prisión de tres (3) años a cinco (5) años y pérdida del empleo o cargo público. Artículo 190. Violación de habitación ajena por servidor público. El servidor público que abusando de sus funciones se introduzca en habitación ajena, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.” \ TÍTULO IX, Capítulo Tercero, De la falsedad en Documentos, Artículo 286 “Falsedad ideológica en documento público. El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez

(10) años.” \ TÍTULO X Delitos contra el orden económico y social. Artículo 322. “Favorecimiento por servidor público. El servidor público que colabore, participe, transporte, distribuya, enajene o de cualquier forma facilite la sustracción ocultamiento o disimulo de mercancías del control de las autoridades aduaneras, o la introducción de las mismas por lugares no habilitados, u omita los controles legales o reglamentarios propios de su cargo para lograr los mismos fines, cuando el valor de la mercancía involucrada sea inferior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en multa de trescientos (300) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes involucrados, e inhabilitación para el ejercicio de los derechos y funciones públicas de tres (3) a cinco (5) años.” \ TÍTULO XIV Delitos contra mecanismos de participación democrática. Artículo 392. “Favorecimiento de voto fraudulento El servidor público que permita suplantar a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, o votar más de una vez o hacerlo sin derecho, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años. Artículo 393. Mora en la entrega de documentos relacionados con una votación. El servidor público que no haga entrega oportuna a la autoridad competente de registro electoral, sellos de urna o de arca triclave, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.”

[117] Ley 599 de 2000, Título II, Capítulo Único.

[118] Pese a que existe alguna ambigüedad en la materia, porque los tipos penales se refieren en general a “el que...” es el marco en que se realiza la conducta lo que implica la calidad del autor. En términos más precisos, podrían cometer estos tipos penales los miembros de la fuerza pública, los miembros de grupos armados irregulares que se enfrenten contra el Estado, y los civiles que participen directamente en las hostilidades, - durante su participación. Precisamente, la Corte Suprema de Justicia en su Sentencia del 28 de Agosto de 2013 (MP María Del Rosario González Muñoz, sostuvo: “es pertinente recordar que en la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el entonces Fiscal General de la Nación, que a la postre culminó con la expedición de la Ley 599 de 2000, sobre el título de los “Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho Internacional Humanitario”, se expuso: “Con ocasión del conflicto armado interno que padece Colombia, muchas de las conductas vulneratorias (sic) o amenazadoras (sic) de Derecho Humanos, constituyen a la vez violaciones al Derecho Internacional Humanitario.

Son ellas acciones u omisiones con las cuales quienes participan directamente de las hostilidades – los combatientes – incumplen los deberes o quebrantan las prohibiciones que les ha impuesto el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra y el protocolo II adicional.

[119] Para el Profesor Fernando Velásquez, la figura del Interviniente resulta relevante para el caso de los delitos de propia mano, porque permite sancionar penalmente a quienes en realidad participan con dominio del hecho en conjunto con otro autor, pero no comete directamente el hecho punible.

[120] Ley 599 de 2000, artículo 205. “Acceso carnal violento. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años.” Artículo 206. “Acto sexual violento. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.” Artículo 207. “Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años. \ Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de tres (3) a seis (6) años.” Artículo 209. “Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5).”

[121] Ley 599 de 2000, artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.” Artículo 210. “Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. \ Si no se realizare el acceso sino actos sexuales diversos de él, la pena será de tres (3) a cinco (5) años de prisión.”

[122] Si bien el que ostenten o no ciertas calidades puede ser considerado como elemento de agravación o atenuación punitiva en algunos casos, esa consideración es independiente

a la naturaleza especial del tipo penal, y no tiene repercusiones directas en la calificación de la conducta.

[123] El trato diferente en este caso, se da frente a la reducción de una cuarta parte de la pena aplicable. Se trata de un beneficio punitivo frente al cual el legislador tiene un amplio margen de configuración y no de un derecho constitucional. Dicho de otro modo, no existe un derecho constitucional a la reducción de una parte de la pena para quienes sean partícipes extraneus de un delito con sujeto activo calificado.

[124] Ver considerando 2.2.2. de esta decisión.

[125] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de abril de 2017 (MP Luis Guillermo Salazar Otero), Radicado 47974.

[126] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de septiembre de 2003 (MP Edgar Lombana Trujillo), Rad. 17089 “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.”

[127] El examen en ese caso trataría de un juicio de igualdad en materia punitiva entre el autor y el determinador, con base en la disposición legal del inciso 2º del artículo 30 (Ley 599 de 2000). Mientras que en esta oportunidad lo que se analiza es la interpretación jurisprudencial de la SCPCSJ respecto del concepto de Interviniente contenido en el inciso 4º de ese mismo artículo, pero respecto del trato diferenciado entre “coautores” y Partícipes extraneus.