

MARÍN OSPINA, PEDRO PABLO, "Participación criminal en el Código Penal colombiano: caso Foncolpuertos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 09 de octubre de 2019, radicado 55.704, M.P. Eyder Patiño Cabrera", *Nuevo Foro Penal*, 96, (2021).

Participación criminal en el Código Penal colombiano: caso Foncolpuertos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 09 de octubre de 2019, radicado 55.704, M.P. Eyder Patiño Cabrera *

Criminal participation in the Colombian Penal Code: Foncolpuertos case. Commentary on the judgment of the Supreme Court of Justice of October 9, 2019, file 55.704, M.P. Eyder Patiño Cabrera

PEDRO PABLO MARÍN OSPINA **

1. Introducción.

En el presente comentario jurisprudencial, se analizará la sentencia del 09 de octubre de 2019, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 55.704, la cual entra a hacer parte de las múltiples decisiones en que la Corte Suprema ha tenido la oportunidad de estudiar los hechos del llamado caso del desfalco de FONCOLPUERTOS.

* El presente comentario jurisprudencial se enmarca en la investigación realizada en el Semillero de Derecho Penal "Carlos Eduardo Mejía Escobar" de la Universidad del Rosario en el primer semestre del 2021, bajo la dirección de María Camila Correa Flórez.

** Estudiante de Noveno Semestre de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Miembro del Semillero de Derecho Penal "Carlos Eduardo Mejía Escobar", y del Semillero de Litigación Penal de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: pedro.marin@urosario.edu.co.

El objetivo de este texto será reevaluar la decisión de la Corte Suprema de Justicia en este caso, para lo cual se realizará una crítica a la postura jurisprudencial que ha sostenido dicha Corporación sobre la aplicación y el alcance de algunas formas de autoría y participación del Código Penal del 2000, principalmente, sobre la determinación, el interviniente, y la coautoría.

Para ello, una vez expuestos los hechos jurídicamente relevantes de la sentencia, los aspectos de relevancia procesal, los cargos formulados por el casacionista, y las consideraciones de la CSJ, se sentarán unas breves, pero imprescindibles bases jurisprudenciales y doctrinales sobre la determinación, la coautoría, y el interviniente, que permitirán evidenciar la incorrecta aplicación de estas figuras en el caso objeto de estudio. Esto dará pie para develar la problemática de la coautoría impropia como creación jurisprudencial producto de la inexistencia de la figura de la cooperación necesaria en el sistema jurídico penal colombiano.

2. Hechos jurídicamente relevantes.

En términos generales, el caso del desfalco de FONCOLPUERTOS trata sobre unos ex – trabajadores de la empresa Puertos de Colombia, que dieron poderes a diversos abogados para exigir, vía judicial, el reconocimiento de prestaciones laborales contrarias a la ley, muchas de las cuales fueron reconocidas por vía de conciliación. Si bien existen hechos que pueden variar entre unos casos y otros dentro del mismo desfalco de FONCOLPUERTOS, la anterior es una descripción general de lo que sucedió.

Para el caso en concreto, los hechos jurídicamente relevantes, sometidos al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, se remontan al 30 de enero de 1998, cuando el abogado MARCOS JOSÉ MOLINA SALAS concurrió a la Inspección del Trabajo de la regional Cundinamarca, actuando como mandatario de sesenta y seis (66) ex trabajadores de Puertos de Colombia. Dicha ocasión tenía como propósito conciliar con la entonces representante del Fondo Pasivo Social de Colpuertos (FONCOLPUERTOS), Mirna Astrid Cuéllar Ángel, reclamaciones administrativas que fueron previamente formuladas por él.

Las reclamaciones consistían en el reclamo de la reliquidación de “prima sobre prima”, la cual no tenía sustento jurídico ni contractual, así como de otras acreencias que no tenían sustento alguno. Como producto de las conciliaciones, MOLINA SALAS y Cuéllar Ángel acordaron que FONCOLPUERTOS reconocería y pagaría un total de \$2.775.083.481,41. Finalmente, el pago de dicho monto se ordenó mediante Resolución No. 05432 del 22 de abril de 1998, suscrita por Salvador Atuesta Blanco, Director General de FONCOLPUERTOS para esa fecha.

3. Aspectos de relevancia procesal.

La investigación formal contra MARCOS JOSÉ MOLINA SALAS y Salvador Atuesta inicia el 27 de diciembre de 1999, y a partir del 2004 hasta el 2005, la Fiscalía General de la Nación dispuso vincular a Mirna Astrid Cuellar Ángel, a sesenta y seis (66) ex - trabajadores de Colpuertos, a Salvador Atuesta Blanco, y a MARCOS JOSÉ MOLINA SALAS, este último mediante la declaratoria de persona ausente.

En diciembre de 2009, la Fiscalía resuelve declarar la prescripción frente al delito de prevaricato por acción, acusar a MARCOS JOSÉ MOLINA SALAS como determinador, y a Mirna Astrid Cuéllar Ángel como coautora del delito de peculado por apropiación en cuantía de \$2.775.083.481,41, acusar a quince (15) ex trabajadores como determinadores del mismo delito, acusar a otros treinta y dos (32) pensionados como determinadores del mismo delito en concurso homogéneo; y precluir la investigación frente a diecinueve (19) ex trabajadores.

Durante la etapa preparatoria de la etapa de juzgamiento, la cual inició en agosto del 2010 y culminó en agosto de 2012, ante el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá, fue capturado MARCOS JOSÉ MOLINA SALAS en Caracas, Venezuela. El 31 de enero de 2013 se dio inicio a la audiencia pública de juzgamiento en el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, el cual continuó en el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito.

El 27 de junio de 2014, se surtió la ruptura de la unidad procesal, por lo que a MARCOS JOSÉ MOLINA SALAS se le juzgó de manera independiente de los demás. La audiencia de juzgamiento finalizó el 20 de febrero de 2018, y el 28 de septiembre del mismo se condenó en primera instancia a MARCOS JOSÉ MOLINA SALAS como determinador del delito de peculado por apropiación en cuantía de \$2.775.083.481,41.

La decisión de primera instancia fue apelada y confirmada sin modificaciones por el Tribunal Superior de Bogotá el 08 de marzo de 2019. Y es contra la sentencia de segunda instancia, que la defensa promovió el recurso de casación que da lugar a la Sentencia de radicado 55.704 de 2019, la cual es objeto de estudio del presente comentario jurisprudencial

4. Demanda de casación.

La demanda de casación promovida por MOLINA SALAS y su defensa técnica, consistió en tres cargos. El primer cargo denuncia una violación del principio de congruencia entre la acusación y la sentencia, aduciendo que en el pliego de cargos

se transcribió el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, incluyendo la modalidad agravada de la conducta cuando el monto de lo apropiado supera los 200 s.m.l.m.v., pero en ningún aparte se realizó una imputación directa, clara, y contundente de la agravación. No obstante lo anterior, señalan los casacionistas que las instancias condenaron incluyendo dicha circunstancia de agravación punitiva, por lo que solicitan que se vuelva a dosificar la sanción impuesta con exclusión del referido incremento punitivo.

El segundo cargo denuncia la violación de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 30, inciso segundo, del Código Penal (Ley 599 de 2000). Los demandantes consideran que el Tribunal erró al atribuirle a MOLINA SALAS responsabilidad como determinador, cuando “a lo sumo debía responder como interviniente”.

Así mismo, alegan que “*la mera presentación de un requerimiento para que se cancele una suma de dinero*” no constituye un acto idóneo o eficaz para provocar en el servidor público que dispone de los recursos la idea delictiva, sino apenas una “*gestión legal como abogado*”. También manifiestan que, si según el *ad quem*, MOLINA SALAS obró “*en un plan desarrollado en convivencia, con división de trabajo*”, habría de concluirse que su intervención en el delito fue en condición de coautor no calificado, y en tal virtud, sería procedente la condena con la rebaja punitiva prevista para el interviniente.

Por otra parte, agregan los demandantes que el Tribunal, para negar al enjuiciado la condición de interviniente, invocó “*jurisprudencias posteriores a la ocurrencia de los hechos*”, con lo cual se desconoció el principio de confianza legítima.

Por último, en el tercer cargo de la demanda aducen una violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 38G y 64 del Código Penal, y aplicación indebida del 68^a de mismo cuerpo normativo. Manifiesta el demandante que el Tribunal negó el beneficio de la prisión domiciliaria basado en consideraciones relacionadas con la naturaleza y gravedad del delito, lo cual no constituye un criterio que deba ser tomado en cuenta para tal efecto.

5. Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al segundo cargo planteado en la demanda de casación, la Corte Suprema de Justicia elabora las siguientes consideraciones, en punto a determinar que el cargo no prospera:

La CSJ diferencia las figuras del interviniente y de determinador, a partir del tenor del artículo 30 de la Ley 599 de 2000. Así, considera que el interviniente es un verdadero autor, pero que no reúne las calidades especiales del sujeto activo del tipo

penal, en este caso, las del servidor público en el caso del peculado por apropiación. Bajo ese entendido, el interviniente es una *“forma atenuada de participación”*, en la cual el ejecutor *extraneus* ostenta cierto dominio o co-dominio material o funcional. Por el contrario, el determinador *“no recorre con su acción u omisión la legal descripción comportamental”*, sino que solamente crea en otro la iniciativa delictiva, es decir, que lo determina para perpetrar la infracción.

Para la Corte, las instancias hicieron referencia a una *“connivencia criminal con otros individuos vinculados”* al desfalco de FONCOLPUERTOS, pero no para decir que existía división de trabajo, sino que fueron referencias de los juzgadores de instancia para establecer el contexto en que se cometió el ilícito, para lo cual transcribe algunos apartes de las sentencias.

Según los hechos, MOLINA SALAS formuló reclamaciones administrativas que luego concilió con las autoridades del trabajo, logrando que Salvador Atuesta (Director General de FONCOLPUERTOS) girase a terceros unas sumas de dinero que ascendían los 200 s.m.l.m.v., por concepto del pago de *“prima sobre prima”* y una sanción moratoria. Analizando dicha conducta, no avizora la Corte actos de coautoría sino de determinación. Esto, en cuanto no realizó acciones de apropiación de los recursos del erario sino que, con su actuar, suscitó al Director de FONCOLPUERTOS la intención criminal de apropiarse para terceros del monto mencionado en los hechos.

Afirma la Sala que el convenio conciliatorio entre MOLINA SALAS y MIRNA ASTRID CUÉLLAR ANGEL fue el medio idóneo para determinar a SALVADOR ATUESTA, pues este último no hubiese ordenado el giro de la referida suma de dinero de no haber sido inducido a tal acto por dicho medio.

Para fundamentar la atribución del delito de peculado como determinador, la CSJ cita precedentes jurisprudenciales según los cuales dicha Corporación ha precisado que quienes como abogados realizan postulaciones indudablemente ilegales ante las autoridades, que derivan en la apropiación de recursos, estos responden como determinadores, bajo el entendido que *“el abogado ejerce el influjo suficiente para hacer nacer en los funcionarios la idea criminal, (de suerte que) es claro que no realiza la conducta punible, por lo que no es interviniente, sino determinador”*.

Para recalcar el carácter ilícito de las solicitudes hechas por el abogado MOLINA SALAS, la Corte cita sus decisiones de radicado 43839 y 46166, del 15 de julio de 2015 y 23 de noviembre de 2017, respectivamente, en las que se determina la patente ilegalidad envuelta en las solicitudes de *“prima sobre prima”*, las cuales conllevarían a *“una cadena sin fin o a un efecto reflejo hacia el infinito, que haría irredimibles tales obligaciones laborales a la terminación del contrato laboral”*, pues no otro sería el

resultado de aceptar que el valor de cada una de las primas es imputable al valor de las restantes sucesivamente en el tiempo”.

En consecuencia, para la Corte resultó entonces evidente que MOLINA SALAS obró como determinador, pues con su intervención buscó incitar a los servidores públicos que tenían a cargo la administración del erario, a que se apropiaran del peculio público en favor de terceros.

Indica la Sala que la postulación ejercida por MOLINA SALAS sí fue idónea de acuerdo con la práctica probatoria, sin señalar razones adicionales más allá de que la demostrada materialidad de la apropiación de los dineros sugieren de manera evidente que se surtieron los efectos pretendidos. Agrega en sus consideraciones la Corte que el ejercicio del derecho de postulación según el cual actuó frente a las autoridades del trabajo no es óbice para haber exigido pretensiones manifiestamente ilegales, ni excusa para determinar a la comisión de delitos, además porque él no se limitó a “comunicar” las pretensiones, sino que él mismo fue quien buscó a los trabajadores y los convenció de alzar las respectivas solicitudes, lo cual evidencia su actuar doloso.

Por último, si bien reconoció la Corte que entre SALVADOR ATUESTA y MOLINA SALAS no hubo contacto o comunicación alguna, esto no es requisito *sine qua non* para la configuración de la figura de la determinación, pues indica la Sala que *“la inducción puede producirse sobre un individuo con quien el determinador no tenga interacción directa o inmediata precedente, e incluso si uno y otro jamás llegan a conocerse”*. Así, resulta incontrovertible para la Corte que el convenio conciliatorio fungió como medio idóneo de inducción a Salvador Atuesta.

Frente al argumento de la violación a la confianza legítima por haber hecho alusión el Tribunal a criterios jurisprudenciales posteriores a la ocurrencia de los hechos, precisa con acierto la Sala que dicho principio no es aplicable para el derecho penal, pues se trata de una figura jurídica predicable en el derecho administrativo. De todos modos, indica la Corte que no hay una violación al principio de favorabilidad porque este se predica frente a tránsitos legislativos, y no respecto de cambios en los precedentes jurisprudenciales.

6. Desarrollo del comentario jurisprudencial.

Una vez resumidas las consideraciones de la Corte frente al segundo cargo de la demanda de casación, se hará un análisis de las mismas, con miras a responder el siguiente interrogante: ¿actuó el abogado MOLINA SALAS como determinador del delito de peculado por apropiación, al realizar postulaciones manifiestamente

contrarias al derecho, en representación de múltiples ex trabajadores de Puertos Colombia? Como se verá, la respuesta es negativa.

Para llegar a dicha respuesta, se abordarán los siguientes puntos: (A) la autoría y participación en el ordenamiento jurídico penal colombiano; y (B) la cooperación necesaria; para posteriormente plantear las conclusiones del presente texto.

A. Autoría y participación en el ordenamiento jurídico penal colombiano.

En primer lugar, para poder resolver que MOLINA SALAS no actuó en calidad de determinador, antes debemos remitirnos a una problemática jurídico-penal más amplia: si actuó en calidad de autor, o de partícipe. El problema de la autoría en el derecho penal surge cuando, como en el caso que nos ocupa, más de una persona interviene en la realización de un delito. Este campo, como lo reconoce Díaz y García Conlledo, es uno de los que más problemas le han significado a la ciencia penal.

Sin mayores cavilaciones, se puede advertir que MOLINA SALAS no es un autor, por una sencilla razón: no reúne las calidades especiales que exige el tipo penal del peculado por apropiación (art. 397, C.P.) para el sujeto activo, es decir, la de ser servidor público. Esto demarca nuestro estudio a las distintas figuras de partícipes, estos son: determinador, cómplice o interviniente (art. 30, C.P.). Sin embargo, exponer las teorías que tratan la autoría y la participación no será en vano, pues como se verá más adelante, el interviniente es un verdadero autor (coautor), pero sin calificación especial del sujeto activo. Es por esto que entraremos a exponer el concepto unitario, extensivo, y restrictivo de autor, pues no puede prescindirse de estas teorías si dentro de los objetivos está analizar la figura del interviniente.

Podemos iniciar nuestros planteamientos aseverando que existe un consenso mayoritario, tanto en la doctrina como en las legislaciones penales romano-germánicas, de defender un concepto restrictivo de autor para los delitos dolosos. Un concepto restrictivo de autor da la posibilidad de, en sede de tipicidad, diferenciar entre quiénes son considerados autores, y quiénes partícipes en la comisión de un delito. Más precisamente, el concepto restrictivo de autor parte de la idea de que existen diferencias conceptuales y valorativas entre un número plural de personas que concurren en la realización del delito, por lo cual se debe predicar una valoración diferenciada de sus conductas, de acuerdo a la importancia que a estas se le concedan¹.

1 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho Penal. Parte General. Teoría del delito y de la pena. Volumen ii. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, Tercera edición, Editorial Ibáñez, 2017, p. 788 – 793.

Por el contrario, un concepto unitario de autor desecha la diferenciación entre autores y partícipes, pues considera que todas las personas que contribuyen a la materialización de un resultado típico, son autores; postura que, en su concepción tradicional, se explica a partir de la teoría de la equivalencia de las condiciones². Dada la desventaja que el concepto unitario presenta respecto de una concepción restrictiva de autor, en lo que respecta a la delimitación de los elementos típicos, así como una punición excesiva de conductas³, la mayoría de legislaciones han optado por diferenciar en sus Códigos Penales los formas de autoría y las de participación.

Por otra parte, así como existe una concepción restrictiva de autor, hay una extensiva. Una de las explicaciones más claras al respecto la da Mir Puig, quien expone que el concepto extensivo de autor, al igual que el unitario, parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones⁴. Esto, en el entendido de que todos los sujetos que intervienen en el hecho delictivo son causas del mismo, pero su responsabilidad debe ser distinguible entre unos y otros, para lo cual, se debe consultar el ánimo con que cada sujeto concurre a la realización del delito.

Por lo anterior, para el concepto extensivo de autor, entendido desde las teorías subjetivas de la participación (teoría del interés y del dolo), es autor quien obre con ánimo de autor, y partícipe, quien actúe con ánimo de partícipe. Bajo esta perspectiva, y para el caso que nos ocupa, MOLINA SALAS y su poderdante serían coautores, y el Director de FONCOLPUERTOS –Salvador Atuesta-, quien dispone de los bienes bajo su administración, sería un partícipe, pues se entendería que quienes tienen interés o ánimo sobre el hecho son los dos primeros, y nadie más. Esta teoría, como lo señala Mir Puig, presenta inconvenientes político-criminales, pues implica castigar como partícipes a personas que han realizado por sí mismas todos los elementos del tipo⁵.

Al concepto restrictivo de autor, pertenecen las denominadas teorías objetivo-formales, objetivo-materiales, y la teoría del dominio del hecho, las cuales acuden a criterios de diferente índole, en busca de un mismo propósito: determinar cuándo una persona que interviene en la realización del delito, es autor o partícipe.

2 CURY URZÚA, ENRIQUE. *Derecho Penal. Parte general*, 7ª edición ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 585 – 586.

3 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. "La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano", *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Volumen XXV, número 75, 2004, p. 36.

4 MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte general*, 10ª edición, actualizada y revisada, Editorial Reppertor, 2016, p. 380-381.

5 *Ibíd.*, p. 380-381.

Según la teoría formal objetiva, es autor quien realiza, total o parcialmente, la acción descrita en el tipo penal, y partícipe quien colabora en la realización del tipo. Esta teoría es aplaudida por ser la primera en haber vinculado las formas de autoría con la descripción del tipo penal, pero criticada por su excesivo formalismo, que impide un adecuado entendimiento de la autoría mediata, la coautoría, y decae en la teoría de la equivalencia de las condiciones frente a delitos de resultado puros⁶.

Como solución a las limitaciones de la teoría formal objetiva, nace la teoría material objetiva. Esta teoría añade criterios de importancia, peligrosidad o decisividad del aporte causal de la conducta respecto del resultado típico, de manera que la conducta en la que incurre el autor es de mayor entidad que la del partícipe. Como mejor lo indica Díaz y García Conlledo, las teorías objetivas formales no son de acogida porque sus criterios son insuficientes para diferenciar entre autor y partícipe, ya que se valen de *“diferenciaciones causales que, además de incorrectas, son ajenas al concepto de autor, o bien de diferencias extrajurídicas que prescinden de la tipicidad en la determinación de la autoría”*⁷.

Finalmente, está la teoría del dominio del hecho. Esta teoría, de carácter objetivo-subjetiva, comprende al autor como la *“figura central del proceso de actuación”*⁸, y considera como tal, a aquel que reúne dos características: (1) un control final de la realización del hecho, y también una *“posición objetiva que determine el efectivo dominio del hecho”*⁹. En palabras más sencillas, autor es quien determina el sí y el cómo de la conducta. Por su parte, partícipe será quien, sin tener el dominio del hecho, colabore con la realización del hecho.

Pues bien, antes de ahondar más en la teoría del dominio del hecho, debe ya señalarse que en Colombia, la lectura de los artículos 28, 29 y 30 del Código Penal (Ley 599 de 2000) nos permite concluir sin mayores dificultades que el Legislador optó por una noción restrictiva de autor, así mismo lo advierten Díaz y García Conlledo y José Joaquín Urbano Martínez¹⁰, entre otros. Adicionalmente, dentro

6 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho Penal. Parte General. Teoría del delito y de la pena. Volumen ii. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, cit., p. 802 – 806.

7 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. “La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, cit., p. 42.

8 SCHELLER, ANDRÉ. “La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana”, *Revista de Derecho*, N° 35, 2011, p. 249.

9 Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 383.

10 URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. “Autoría y participación. Balance jurisprudencial”, *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Volumen XXV, número 75, 2004, p. 198.

de las teorías diferenciadoras de autores y partícipes que hemos expuesto hasta aquí, la posición jurisprudencial que ha respaldado con mayor vigor la CSJ, incluso desde antes de la entrada en vigor de la Ley 599 de 2000¹¹, ha sido la del dominio del hecho¹², especialmente la vertiente de Roxin.

Siendo nuestro objeto de estudio el cargo segundo de la demanda de casación, que abre el debate de si MOLINA SALAS debe ser considerado determinante o interviniente, pasaremos a ilustrar el desarrollo que de la teoría del dominio del hecho ha realizado la Corte Suprema de Justicia, con especial énfasis en la figura de la coautoría, que dará pie a explicar la figura del interviniente.

Teniendo en cuenta que los hechos objeto de análisis se dan en un supuesto de coparticipación criminal, se prescindirá del análisis de las figuras de la autoría material y la autoría mediata, por lo cual la siguiente explicación se enfocará en la teoría del dominio del hecho para los supuestos de la coautoría, según los desarrollos jurisprudenciales de la CSJ, lo cual dará pie para exponer posteriormente la figura del interviniente.

La Corte Suprema de Justicia en sede de casación, ha concretado los requisitos que deben concurrir en un supuesto de coautoría¹³. Señala la Corte que la coautoría está compuesta por dos tipos de elementos: (1) subjetivos; y (2) objetivos:

Los primeros, se refieren al acuerdo expreso o tácito, en razón del cual cada coautor se compromete a desarrollar la tarea que le corresponde en la ejecución del plan criminal, lo cual implica que cada uno debe ser consciente de que voluntariamente comparte la misma causa, el mismo propósito ilícito y los medios que se emplearán para alcanzar tales fines.

11 Ver, por ejemplo, la Sentencia de Casación del 06 de mayo de 1998, radicado 9890, de la Corte Suprema de Justicia.

12 Con múltiples aplicaciones desafortunadas de la Corte Suprema de Justicia, desde la Sentencia de radicado 11862 del 11 de julio de 2002, hasta la SP16201-2014, en las que se consideró al campanero como un coautor impropio. Por otra parte, la CSJ no ha sido unánime en la aplicación de la teoría del dominio del hecho, pues ha defendido en diversas ocasiones la teoría objetivo-formal, como por ejemplo en la sentencia de rad. 29221 de 2009, rad. 33118 de 2013 y en el auto de rad. 40198 de 2013; todos estos citados en la sentencia 46263 de 2018.

13 Línea jurisprudencial que ha sido trazada, principalmente, a partir de la sentencia de la CSJ, rad. 19213 del 21 de agosto de 2003. Llama la atención que precisamente ese sea uno de los fallos que podemos considerar desafortunados en materia de coautoría, pues se condenó en calidad de coautor por los delitos de homicidio agravado y tentativa de hurto calificado, a un sujeto "A", que junto con otros tres, decidieron atracar a un taxista, pero uno de estos tres termina por dispararle al taxista quitándole la vida. La CSJ considera entonces que el sujeto "A" es coautor impropio por conocer que los demás portaban armas de fuego, y por estar presente al momento de la comisión del delito.

Los objetivos, aluden a que la contribución de cada coautor debe ser esencial («división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte»), aspecto que necesariamente remite al denominado «dominio funcional del hecho», en virtud del cual cada sujeto domina el acontecer total en cooperación con los demás. (CSJ, rad. 42293 de 2015).

Para la Corte Suprema de Justicia, este segundo criterio, el dominio funcional del hecho, consiste en la posibilidad de los sujetos de controlar el acontecer total de los hechos en cooperación con los demás que concurren en la realización del delito. Los coautores entonces, tienen todos en conjunto el dominio sobre la realización del delito, de manera que el delito no se consumaría sin la participación de alguno de ellos, criterio que además sirve para establecer la importancia del aporte, pues de sustraerse mentalmente la conducta de uno de los coautores, el delito no se configura o se reduce significativamente la posibilidad de que suceda (CSJ, rad. 29221 de 2009). En palabras de la Corte, el coautor *“no tiene en sí mismo un control parcial, ni tampoco global, sino que éste se predica de todos”* (CSJ, rad. 38725 de 2014).

El análisis sobre el dominio funcional del hecho se complica con la llamada coautoría impropia, figura que es aplicada en Colombia por creación jurisprudencial, y no estrictamente legal, pues el artículo 29 no hace alusión a dicha figura¹⁴, la cual se pasará a explicar.

Para la Corte Suprema de Justicia, no es necesario que todos los coautores concurren por sí mismos a la realización material del delito para tener la calidad de tales (CSJ, rad. 23815 de 2007). Bajo el anterior entendido, se ha optado por clasificar la coautoría en dos: propia e impropia. La coautoría propia se da cuando *“cada uno de los ejecutantes del hecho punible realizan todos los elementos de la descripción típica”* (CSJ, rad. 56591 de 2020). Por su parte, la coautoría impropia, se caracteriza porque los sujetos que intervienen en el delito no lo ejecutan material e integralmente, pues si bien prestan una contribución objetiva con miras al resultado típico, no incurrir en la realización de la descripción típica, ya sea total o parcialmente (CSJ, rad. 38172 de 2012).

La coautoría impropia ha sido altamente criticada por la doctrina, por múltiples razones. En primer lugar, la coautoría impropia parece ensanchar los supuestos de autoría a aquellos casos en que el sujeto realiza conductas necesarias para la consecución del resultado típico, sin incurrir en actos demarcados por el supuesto

14 De hecho, la definición de coautoría recogida en el artículo 29 de la Ley 599 de 2000, es especialmente problemática debido a su imprecisión, pues, como la advierte Díaz y García Conlledo, en ella también cabe literalmente la complicidad.

de hecho del tipo penal, yendo en contravía de la concepción restrictiva de autoría. Esto ha provocado que la aplicación de la coautoría impropia, valiéndose del concepto del dominio funcional del hecho, haya tenido los mismos efectos que la teoría subjetiva de autor¹⁵.

En segundo lugar, también se le ha objetado a la coautoría impropia el hecho de no estar consagrada expresamente en el Código Penal (L.599/2000), y que por el contrario, esta es aplicada en Colombia por una interpretación que realiza la Corte Suprema de Justicia sobre el segundo inciso del artículo 29 del C.P., afectando el principio de estricta legalidad en materia penal¹⁶. Debe recordarse que las diferentes figuras de autoría y participación hacen parte de los tipos penales consagrados en la parte especial del Código Penal, entendidos como dispositivos amplificadores de los mismos, y que por lo tanto, se hace exigible tanto constitucional como legalmente que exista certeza de los límites y las descripciones de los hechos punibles, lo que Mir Puig denomina el aspecto material del principio de legalidad¹⁷.

En tercer lugar, a la luz de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho¹⁸, se ha entendido que el dominio del hecho en los supuestos de la coautoría impropia, no es un dominio positivo sino puramente negativo, consistente en la posibilidad de interrumpirlo o permitir que este continúe. Se trata de un dominio del hecho de menor entidad que el del coautor propio, pues la concurrencia del coautor impropio solo da pie para que el hecho punible no se detenga, pero no con esto está en la posibilidad de decidir positivamente que el hecho se materialice¹⁹. Para exponer gráficamente este planteamiento, Díaz y García Conlledo propone el ejemplo del campanero, que por más que vigile y vigile, no puede asegurar que el hurto se va a cometer, y es por esto que su contribución es necesaria y no suficiente.

15 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho Penal. Parte General. Teoría del delito y de la pena. Volumen ii. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, cit., 808 – 814.

16 CARDONA, CARDONA, LINA MARÍA. *La figura de la coautoría impropia en la jurisprudencia colombiana*, trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar por el título de Abogado. Medellín, Universidad EAFIT, 2012, p. 6-8.

17 MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 159.

18 Esta teoría es defendida principalmente por Diego Manuel Luzón Peña y por Miguel Díaz y García Conlledo. No hemos hecho referencia a esta en el cuerpo de nuestro texto, pues la misma no ha hecho carrera en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, llama la atención la sentencia del 01 de julio de 2020, radicado 51444, en la que la CSJ indica que el dominio funcional debe ser "objetivo y positivo", citando a los anteriores autores.

19 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. "La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano", cit., p. 57.

Entonces, ¿a qué título debería realmente responder el abogado MOLINA SALAS por haber concurrido a una Inspección de Trabajo para solicitar derechos prestacionales prohibidos por la ley, los cuales posteriormente fueron efectuados por el servidor público a cargo? Analizaremos a continuación las figuras del cómplice, el determinador, el interviniente, y también analizaremos si podría este ser un caso de cooperación necesaria.

Para responder al anterior interrogante, partiremos de la siguiente premisa: sí se configura el delito de peculado por apropiación – en favor de terceros – (al menos en grado de tentativa), cuando un funcionario público direcciona bienes del Estado bajo un fundamento evidentemente ilegal, como lo es la denominada “*prima sobre prima*”, prohibida por la ley laboral vigente al momento de los hechos²⁰. Esta precisión es importante pues, basados en el principio de accesoriedad limitada (CSJ, rad. 51444 de 2020), los partícipes solo responderán penalmente en la medida en que el autor (o coautores) hayan incurrido en una conducta típica y antijurídica²¹.

Complicidad.

La figura del cómplice, está consagrada en el inciso 3 del artículo 30 del Código Penal en los siguientes términos: “*Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá (. . .)*”.

Bajo esta perspectiva, la CSJ ha señalado que, para ser cómplice, a diferencia del coautor, el sujeto no puede tener el dominio en la producción del hecho (CSJ, rad. 12376 de 2000). Esto es así, ya que el cómplice es un mero colaborador en la configuración del delito, más no maneja las riendas de este, de tal manera que no puede determinar si el mismo se va a cometer, ni de qué manera exactamente.

El cómplice no realiza la conducta descrita en el tipo penal, y su posición respecto del acontecer delictual es meramente accesorio y secundario, pues su contribución no es necesaria ni suficiente para que la consecución del resultado típico, pero sí es eficaz, y por lo tanto se entiende que la conducta del cómplice no es la causa, sino una condición del resultado antijurídico (CSJ, rad. 42428 de 2014). Esto lo ha expuesto también la CSJ bajo otra perspectiva, y es la de la importancia del aporte: “*el cómplice presta una ayuda o brinda un aboyo que no es de significativa importancia para realización de la conducta ilícita*” (CSJ, rad. 22327 de 2006).

20 Así: CSJ, rad. 38305 de 2013; CSJ, rad. 37074 de 2014; CSJ, rad. 53277 de 2018; CSJ, rad. 55249 de 2020; CSJ, rad. 51444 de 2020.

21 MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 412 – 417.

Bajo los anteriores requisitos, podemos aseverar que el abogado MOLINA SALAS no es cómplice. Si bien esta posición no estuvo en discusión en la sentencia que estamos analizando, la idea es acotar las posibles formas de participación que se pueden predicar respecto del abogado poderdante de algunos ex – trabajadores de la empresa Puertos de Colombia.

Pues bien, MOLINA SALAS no puede ser considerado cómplice por varias razones. La primera que salta a la vista, es que no incurre en la realización de la descripción típica, pues el abogado MOLINA SALAS no es servidor público, y por lo tanto no puede disponer ni jurídica ni materialmente de bienes del Estado para apropiarse de ellos, ni en favor propio ni de terceros. Esto, como se señaló anteriormente, ubica el actuar de MOLINA SALAS como un partícipe, y no como un autor o coautor del peculado por apropiación.

En segundo lugar, no puede entenderse su actuar como meramente accesorio respecto del peculado por apropiación que comete Salvador Atuesta, ya que él no prestó una llana y simple colaboración para que este se diera. Por el contrario, parece evidente que su actuar es necesario (más no suficiente) para la comisión del delito de peculado. Esto es, la importancia de su contribución es de mayor grado que el exigido para la complicidad, por lo que MOLINA SALAS no solo está facilitando la comisión del peculado, sino que su concurrencia es de tal importancia, que sin esta no se podría cometer el mismo.

La ausencia del primer y el segundo requisito, referidos ausencia de ejecución de conductas típicas del peculado por apropiación y la importancia de la contribución respectivamente, impide valorar la conducta de MOLINA SALAS como la de un cómplice, y la acerca más hacia la figura de la coautoría impropia (sin las calidades especiales del tipo). Es por esto que no vale la pena abordar ya la existencia del acuerdo previo o concomitante, ni resolver si hubo dominio funcional del hecho o no, temas que serán tocados más adelante.

Determinador.

Recordemos que MOLINA SALAS es condenado en segunda instancia por el delito de peculado por apropiación en calidad de determinador, fallo que es recurrido por la defensa de este, pero que finalmente la CSJ resuelve no casar. Esto nos permitirá hacer frente a los argumentos tanto de la CSJ, como del recurrente.

La figura del determinador en el ordenamiento jurídico colombiano, en nuestro concepto, es objeto de múltiples reparos, que se derivan de la manera en que el

Legislador decidió consagrar dicha figura, así como de la interpretación que sobre esta ha dado la Corte Suprema de Justicia. Para poder abordar esta figura, debe quedar claro cuáles fueron las calificaciones jurídicas que se les atribuyó a los demás sujetos que hicieron parte del desfalco de Foncolpuertos, especialmente los directamente involucrados en los hechos con MOLINA SALAS. Veamos:

Dentro del desfalco de Foncolpuertos, se pueden identificar, en términos generales, tres eslabones en la cadena que dio lugar al hecho punible: (1) los ex – trabajadores de Puertos de Colombia; (2) abogados apoderados de los ex – trabajadores; y (3) los servidores públicos, en unos casos de la rama judicial, y en otros, funcionarios de Puertos de Colombia.

Para la Fiscalía General de la Nación y la CSJ (en otros radicados distintos a este), los ex – trabajadores de Puertos de Colombia fungieron como determinadores del delito de peculado por apropiación y prevaricato por acción²², pues le dieron poderes a algunos abogados (como a MOLINA SALAS), para que estos adelantaran las respectivas reclamaciones administrativas sobre derechos prestacionales que no tenían sustento jurídico²³. A su vez, a los abogados se les atribuyó exactamente la misma calificación jurídica (determinadores de peculado por apropiación y prevaricato por acción), pero en el entendido de que, por medio de sus postulaciones, determinaron a los servidores públicos a que reconocieron los derechos prestacionales sin sustento jurídico²⁴.

Finalmente, en el tercer eslabón encontramos a los servidores públicos. Como ya lo señalamos, no todos los casos del desfalco de Foncolpuertos se surtieron exactamente igual, aunque el *modus operandi* sí lo haya sido. Esto, por cuanto que algunas de las postulaciones realizadas por los abogados poderdantes, se ventilaron por medio de conciliaciones, y otras por vía judicial.

En el supuesto de las conciliaciones ante Inspecciones de Trabajo, existen dos servidores públicos que se tuvieron como coautores de peculado por apropiación: (1) un representante de Foncolpuertos, quien concilió con el abogado que realiza la postulación; y (2) el director general de Foncolpuertos, quien ordena el pago del rubro que se concilió entre las partes. En nuestro caso, la representante de Foncolpuertos era Mirna Astrid Cuellar Ángel, y el director general era Salvador Atuesta Blanco.

22 Si bien las imputaciones también incluyeron el delito de prevaricato por acción (art. 413, C.P.), no tomamos en cuenta este delito, ya que para la fecha en que se emitió la sentencia de casación que estamos analizando, ya se encontraba prescrito, misma razón por la cual la CSJ no se refiere a este.

23 Tal es el caso del Auto de la CSJ, rad. 55249 de 2020, en el que se inadmite la demanda de casación presentada por el defensor de Jaime Escobar Mavesoy, ex – trabajador de Puertos de Colombia.

24 Este es, evidentemente, el caso que nos ocupa.

Por otra parte, en el supuesto en que los reclamos se surtieron por vía judicial, tenemos que la calificación jurídica que se les dio a los jueces laborales que reconocieron los derechos prestacionales y dispusieron jurídicamente de bienes del Estado con fines ilícitos, fue la de autor del delito de peculado por apropiación²⁵.

En resumen, nuestro caso trata de (1) una determinación en cadena, pues ex – trabajadores de Puertos de Colombia determinaron a MOLINA SALAS, quien a su vez (2) determinó a Cuellar Ángel y Salvador Atuesta, servidores públicos de Foncolpuertos, quienes actuaron en calidad de (3) coautores de los delitos de peculado por apropiación y prevaricato por acción. Ya aclarada esta situación fáctica, ahora sí podemos entrar en materia, para poderla analizar a la luz de la figura del determinador, con el objetivo específico de precisar si MOLINA SALAS es determinador o no.

La estructura dogmática del determinador, también llamado instigador o inductor, debe desarrollarse en este caso bajo la fórmula que ha consagrado el Legislador en el artículo 30 del Código Penal: *“Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción”*. Esta precisión es importante porque la doctrina le ha dado alcances distintos a esta figura dependiendo de su configuración legislativa. Por ejemplo, en los códigos penales de España (art. 28, lit. a), Chile (art. 15, num. 2), Argentina (art. 45) y Honduras (art. 32) se exige que la inducción sea directa entre el inductor y el inducido, mientras que en otras legislaciones, como la colombiana, no. En unas se consagra explícitamente que deba ser dolosa la instigación, y otras no; y en unas se considera al determinador un autor, y en otras un partícipe.

Dentro de la doctrina internacional, Mir Puig define la inducción como *“la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de éste de un tipo de autoría (..)”*²⁶. Para Jescheck, la inducción es la *“determinación dolosa de otro a la comisión de un hecho doloso antijurídico”*²⁷.

25 Véase la sentencia de la CSJ, rad. 53277 de 2018, en la que se confirma la condena contra Avis Enoth Gil Barrios y Armando Parodi Medina, como autores del delito de peculado por apropiación en grado de tentativa, pues siendo titulares del Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena, resolvieron librar mandamiento de pago en contra de la Nación y Foncolpuertos, contrariando las normativa laboral vigente. La tentativa, se dio ya que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cartagena, al conocer la apelación de la anterior decisión, revocó la decisión.

26 MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 417.

27 JESCHECK, H; WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 5ª edición, renovada y ampliada, 2002, p. 739.

En Colombia, Fernando Velásquez ha definido la inducción como *“la figura en virtud de la cual una persona determina a otra a realizar el injusto doloso concreto”*²⁸. Ciertamente, lo importante para poder predicar que la conducta de un sujeto es de instigador no es la definición como tal de esta figura, sino los requisitos que sobre ella se predicán, los cuales son muy puntuales, y que a la luz de la más reciente jurisprudencia de la CSJ en Colombia, se han entendido que son cinco:

“(i) un vínculo entre el hecho principal y la acción del inductor, (ii) la actuación determinante del inductor, (iii) un comienzo de ejecución del comportamiento, (iv) la carencia del dominio del hecho y (v) un actuar doloso” (CSJ, rad. 46263 de 2018).

En primer lugar, el vínculo entre la conducta del inducido, y la acción del inductor indica que la primera debe ser consecuencia de la segunda. Según este requisito, el inductor debe causar la conducta del inducido, lo que se traduce en que la conducta del inductor debe ser *conditio sine qua non* *“de la resolución delictiva del autor”*²⁹, de manera que si se suprime mentalmente la conducta inductora, el hecho antijurídico no se realizaría, al menos no por esa causa. Si bien la CSJ no se ha referido a la imputación objetiva del resultado en supuestos de determinación, autores como Mir Puig y Díaz y García Conlledo, han reconocido que la conducta de quien induce debe ser *“objetivamente adecuada para producir el efecto que produce”*³⁰.

Este primer requisito tiene dos implicaciones. Primero, que el inductor no responde por los excesos (cualitativos o cuantitativos) en que incurra el autor, a menos que estos hayan sido previsibles (dolo eventual). Y segundo, ha considerado la CSJ (rad. 46263 de 2018), basándose en Jescheck, que lo importante para la determinación es que exista una *“conexión concreta”* entre la conducta del determinador y la del autor material, la cual *“surge del conocimiento del riesgo”*, más no de un contacto personal entre determinador y autor. Esto último, por cuanto es posible la determinación en cadena, según la cual el determinado puede ser a su vez determinador³¹.

28 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 3ª Ed., Tirant lo Blanch, 2020, p. 590.

29 MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 417 – 418.

30 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. “Autoría y participación”, *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, N° 10, 2008, p. 46.

31 CORREDOR BELTRÁN, DIEGO. “La determinación”, *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Volumen XXV, número 75, 2004, p. 166 – 168.

En segundo lugar, no es posible que concurra la instigación, si el sujeto no realiza una conducta dirigida a hacer nacer la idea criminal en otra persona a través de un influjo psicológico. Este requisito permite concluir que no se puede inducir a quien ya está decidido a cometer el punible, sujeto denominado por la doctrina como el *omnimodo facturus*³². Existen múltiples mecanismos que puede emplear el instigador para hacer nacer en otro la idea criminal³³, lo importante en la instigación es que “esté dirigida inequívocamente a generar en él la realización dolosa de la conducta”³⁴, razón por la cual no son tomadas como instigaciones los simples comentarios que sugieran la comisión de un delito, y se tornarían impunes, por tratarse de una conducta inidónea.

Al respecto, Mir Puig hace una importante precisión:

*“La causación de la resolución de delinquir debe tener lugar mediante un influjo psíquico (SSTS 26 mayo 76, 15 dic. 78). Significa que no constituye inducción, sino en su caso cooperación, la causación de la resolución por el procedimiento de facilitarle objetivamente la comisión del hecho”*³⁵.

Este planteamiento también encuentra asidero en la jurisprudencia de la CSJ, pues se ha considerado que la conducta y el rol del determinador “se limita a hacer nacer en otro la voluntad de delinquir” (CSJ, rad. 30125 de 2009). Es decir, que la actuación determinante del inductor no puede tomar parte de la realización del delito. Esto se complementará más adelante al evaluar el cuarto requisito para que se configure la determinación.

El tercer requisito implica que “el hecho al que se induce debe consumarse o alcanzar, al menos, el grado de tentativa punible”³⁶. Este requisito tiene su razón de ser en el ya mencionado principio de la accesoriedad limitada, en el entendido de que el determinador, al ser un partícipe, responde penalmente en la medida del

32 La “instigación” de cometer un delito al *omnimodo facturus* es el típico ejemplo de complicidad psíquica, en el sentido de que el sujeto que sugiere a otro que cometa un delito, pero este otro ya estaba decidido a cometerlo, no está haciendo nacer en este la idea criminal, pero sí podría estar ayudando a afirmar su dolo, por lo que está colaborando en la comisión del delito.

33 Puede ser a través de consejo, solicitud, provocación, coacción superable, mandato, promesa remuneratoria, etc.

34 ORTIZ MARTÍNEZ, JUAN PABLO. “¿Es realmente posible la determinación a título de dolo eventual? Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 09 de mayo de 2018, rad. N° 45.889, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Aprobado Acta N° 145”, *Repositorio Institucional, Universidad de los Andes*, 2020.

35 MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 418.

36 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, cit., p. 591.

actuar típico y antijurídico del autor. Por eso, si la conducta del inducido no excede los actos preparatorios, no se configurará un hecho típico y antijurídico como lo exige el inciso 2 del artículo 30 del Código Penal, por lo cual tampoco se configurará la determinación. Vale precisar que, en Colombia, a diferencia de otras legislaciones como la alemana³⁷, no se admite la posibilidad de la tentativa de instigación, pero sí la instigación de una tentativa.

En cuarto lugar, el determinador, para ser considerado tal, no puede tener el dominio del hecho. Si el sujeto tiene el dominio del hecho, deberá ser considerado coautor o interviniente, aun cuando cumpla con los otros requisitos para la configuración de la determinación. Este es un criterio pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia, pues independiente de la teoría restrictiva de autor que se acoja, el determinador no *“participa en las fases externas y materiales del iter criminis”*³⁸. Lo contrario, implicaría valorar la conducta del sujeto en virtud de otras figuras de autoría o participación.

Este punto da pie para erigir una crítica en cuanto a la equiparación punitiva entre el determinador y el autor. En efecto, existe unanimidad entre las legislaciones, más no entre los doctrinantes, de considerar que el determinador merece una igual pena que la del autor, como es el caso de Colombia. Al respecto, existen múltiples teorías que fundamentan o critican esta equiparación punitiva.

Roxin, por ejemplo, considera al inductor como el primer eslabón causal del hecho que ejecuta el autor³⁹, por lo que es considerado un factor determinante para la ejecución del delito, lo cual compensa su falta de dominio y proximidad con la ejecución del hecho. En la presente, acogemos la posición del profesor Sánchez-Vera Gómez Trelles, quien considera que el determinador merece una pena inferior a la autoría, atendiendo al menor grado de culpabilidad que lo caracteriza, y quien ubica la equiparación punitiva en una razón histórica en la que los supuestos de inducción eran entendidos como lo que hoy se considera autoría mediata⁴⁰. Esta posición, en el ámbito nacional, también es defendida por Fernando Velásquez, como se evidencia en su intervención en la Sentencia de C-015 de 2018, en donde hace alusión a los

37 WESSELS, J.; BEULKE, W.; SATZGER, H. *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*, traducción de la 46ª edición alemana, Instituto Pacífico S.A.C., 2018, p. 401.

38 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho Penal. Parte General. Teoría del delito y de la pena. Volumen ii. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, cit., p. 882.

39 ROXIN, CLAUDIUS. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7ª edición alemana, Editorial Marcial Pons, 2000.

40 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. “En los límites de la inducción”, *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*, N° 2, Barcelona, 2012, p. 7.

principios de acto, lesividad, proporcionalidad, culpabilidad, e igualdad, para afirmar que al determinador le debería corresponder una pena menor que la del autor.

Aun cuando las anteriores puedan ser posiciones muy discutidas en la doctrina, lo cierto es que el sujeto que sin tener las calidades especiales que exija un tipo penal, induzca a otro a realizar la conducta típica, no merece la misma pena que el autor calificado. Esta posición tiene el mismo fundamento de ser que sustenta la disminución punitiva de la figura del interviniente: como el desvalor en los delitos con sujeto activo especial (peculado por apropiación, por ejemplo) se entiende a partir de la infracción de un deber, a ese deber no está vinculado quien no tenga las calidades especiales. Esta postura se encuentra consagrada, por ejemplo, en el Código Penal Alemán, en sus artículos 28.1 y 49.1⁴¹.

En el caso de Colombia, consideramos que no existe una coherencia lógica de las sanciones penales entre los diferentes partícipes, lo cual ciertamente ha traído implicaciones prácticas. En primer lugar, no hay una razón que explique el determinador, quien no tiene dominio del hecho, tenga más pena que el interviniente (coautor no calificado). Esto, por supuesto, no es un problema atribuible a las Cortes que aplican estos preceptos, sino al Legislador, quien no previó desde un comienzo atribuir las consecuencias jurídicas que cada figura merece en virtud del desvalor que emana de las contribuciones objetivas en cada una. Si bien hubo un momento en que la CSJ trató solventar esta situación, aplicando la disminución punitiva del interviniente al determinador y al cómplice (CSJ, rad. 12191 de 2002), tampoco consideramos que esta sea la tesis adecuada, pues implica desnaturalizar la figura del coautor no calificado, como posteriormente lo sostuvo la misma Corte (CSJ, rad. 20704 de 2003).

Tal y como sucede en la sentencia objeto de análisis, que el interviniente, a quien la ley le ha otorgado una menor sanción que al determinador, ha llevado a muchos defensores a proponer, paradójicamente, que sus defendidos han realizado una contribución de objetivamente mayor entidad que la del determinador, por tener el dominio del hecho. Es decir, es estratégicamente mejor, en términos de cuantía de la pena, proponer una teoría del caso según la cual un sujeto tiene el dominio del hecho (sin tener las calidades específicas del sujeto activo), que la de asegurar que no tuvo el dominio del hecho, pero que determinó a otro a la realización del delito. Pues bien, este es precisamente la interpretación que propone el casacionista sobre la conducta de MOLINA SALAS, y que también se ha identificado en otros de los radicados que componen el caso del desfalco de Foncolpuertos.

41 WESSELS, J.; BEULKE, W.; SATZGER, H. *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*, cit., p. 388.

Finalmente, el quinto requisito presupone un actuar doloso. Este requisito no ha sido tratado con especial precisión por parte de la CSJ⁴², pero identificamos que la doctrina es pacífica en identificar que en la inducción, debe identificarse un doble dolo. El primer dolo, es el que se le atribuye al determinador, y el segundo, el que el determinador hace nacer en el autor. Así, por ejemplo, lo expone Wessels:

“(...) por un lado, debe dirigirse a la provocación de la decisión al hecho, y por otro lado, a la ejecución y consumación de un determinado hecho, concretizado en sus rasgos esenciales, por medio de un determinado autor o de un círculo de personas pasible de determinación (denominado como doble dolo del instigador)”⁴³.

Para determinar si MOLINA SALAS actuó como determinador o no, debemos entonces constatar que los cinco requisitos anteriores se presentaron en su conducta. Así, en primer lugar debe advertirse un vínculo entre el hecho principal antijurídico, y la conducta del inductor. Este criterio lo aplica a cabalidad la CSJ en la presente sentencia, pues indica que la comisión del delito de peculado por apropiación no sería posible si MOLINA SALAS no hubiera celebrado el acuerdo conciliatorio con CUELLAR ÁNGEL. Esta se trata de una mera verificación de causalidad, pues permite concluir que la conducta de MOLINA SALAS fue la causa de la conducta de SALVADOR ATUESTA.

Si bien en otras legislaciones este requisito no se podría considerar acreditado, pues exigen que el vínculo entre uno y otro sujeto sea directo, en Colombia el Legislador no lo ha dispuesto así. De esta manera, y tal como se señaló, sí se requiere que haya un vínculo, pero este no necesita ser directo, físico, ni personal para que opere la determinación.

La constatación del segundo requisito, este es, que exista una *“actuación determinante del inductor”*, supone mayores problemas. Puede entenderse que las postulaciones jurídicamente infundadas que realizó MOLINA SALAS consistieron en un medio idóneo encaminado para que Salvador Atuesta ordenara los pagos solicitados, no obstante, su actuar va más allá de ejercer una influencia psíquica en el inducido, Salvador Atuesta.

42 Por ejemplo, consideramos equivocada la postura de la CSJ en la Sentencia de rad. 45889 de 2018, en la que la CSJ condena a un menor de edad como determinador a título de dolo eventual del homicidio de sus abuelos. Ya que desnaturaliza la conducta del determinador, al justificar el dolo del determinador a partir de una previsión (no efectiva) de la probabilidad de ocurrencia del resultado, que en verdad es integrante del dolo del ejecutor material, y no del determinador. Así, Ortiz Martínez en “¿Es realmente posible la determinación a título de dolo eventual? (...)”.

43 WESSELS, J.; BEULKE, W.; SATZGER, H. *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*, cit., p. 398.

En efecto, tal como se desprende de los hechos probados, Salvador Atuesta realiza una contribución objetiva en la comisión del delito de peculado por apropiación en favor de terceros. Específicamente, su contribución, en el *iter criminis* del peculado, puede identificarse como actos preparatorios para la configuración del peculado, pues como lo indica la CSJ en la Sentencia de radicado 52377 del 21 de noviembre de 2018, la fase consumativa en el delito de peculado se entiende iniciada a partir de que se expide la sentencia o la decisión que reconoce y ordena ilegalmente el pago de las prestaciones.

La contribución objetiva en el *iter criminis* se explica en virtud de las postulaciones que realiza MOLINA SALAS, las cuales termina por conciliar con una representante de Foncolpuertos. De manera que, contrario a lo que señala la CSJ en la Sentencia de radicado 29221 del 02 de septiembre de 2009 sobre la conducta y el rol del determinador, MOLINA SALAS no limita su actuar al mero "*hacer nacer en otro la voluntad de delinquir*", sino que además aporta causalmente en la configuración del peculado, a través de un aporte objetivo exteriorizado, sin el cual hubiera sido posible la comisión del punible.

Debiendo concurrir los cinco elementos anteriormente señalados para que se considere a una persona determinadora de un hecho antijurídico, la falta de uno cualquiera de dichos requisitos implica dos consecuencias: que la conducta analizada es atípica, o que en realidad la conducta se ajusta a otra tipología de autoría o participación. De esta manera, no hace falta entrar a evaluar si los elementos referidos a la configuración de un hecho antijurídico, la carencia del dominio del hecho por parte de MOLINA SALAS, y su actuar doloso, y en cambio, pasaremos a analizar las otras figuras de participación restantes.

Interviniente.

El interviniente es la última figura de participación criminal que consagra el artículo 30 del Código Penal, la cual es distinta a la del determinador y el cómplice. Sobre el alcance dogmático penal de dicha figura ha habido toda una discusión, principalmente jurisprudencial, la cual no es nuestro objetivo abarcar en este texto, razón por la cual nos centraremos en el estado actual del desarrollo jurisprudencial sobre el interviniente en Colombia. El análisis de esta figura es importante, pues el casacionista plantea en su demanda ante la CSJ, que MOLINA SALAS no puede ser tenido como determinador, sino como interviniente⁴⁴.

44 Postulación que además, resulta paradójica desde el punto de vista dogmático penal, pues es la misma defensa de MOLINA SALAS quien arguye que este realizó un comportamiento objetivamente

En términos generales, el interviniente es un coautor no calificado, también llamado *extraneus*. Esto quiere decir que, cuando un particular incurre en la conducta descrita en los delitos con sujeto activo calificado, como el peculado por apropiación, no podrá ser considerado autor, sino interviniente, por no tener la calidad de servidor público requerido por el tipo penal.

Pues bien, lo único que diferencia entonces a un interviniente de un autor - coautor es su calidad como sujeto activo de la conducta. Los otros elementos, en este caso de la coautoría, se mantienen intactos, siendo posible entonces que el interviniente sea coautor propio o impropio. Como ya hemos visto, MOLINA SALAS no puede ser considerado coautor propio, pues su conducta se limita a realizar reclamaciones administrativas y posteriormente conciliarlas, más no dispone material ni jurídicamente de bienes estatales, de manera que él no es quien directamente realiza la conducta de "apropiación" tipificada por el peculado, sino que es Salvador Atuesta quien realiza esta acción. Esto nos deja un supuesto por analizar: la coautoría impropia en calidad de *extraneus*. Es por esto que expondremos a continuación el desarrollo dogmático que se ha hecho de la coautoría impropia en Colombia.

Desde ya, debemos advertir que no compartimos los argumentos por los cuales la CSJ desestima que MOLINA SALAS no actuó como interviniente. Si bien la CSJ en la sentencia objeto de estudio, al inicio de sus consideraciones reconoce que la coautoría puede darse en virtud del dominio del hecho material (coautoría propia) o el dominio del hecho funcional (coautoría impropia), luego desarrolla sus argumentos solo en el entendido de que MOLINA SALAS no es interviniente porque no realizó actos de apropiación de los recursos del erario público. Esta es una postura claramente de la teoría objetivo-formal, y da la espalda a la misma jurisprudencia de la CSJ, según la cual para ser autor no se requiere estrictamente incurrir en la realización del tipo penal.

Desde el punto de vista de la coautoría funcional (impropia), son otras las razones que impiden predicar que la conducta de MOLINA SALAS es propia de un interviniente como analizaremos a continuación. Los elementos de este tipo de coautoría han sido determinados por la CSJ, y son los ya expuestos en este texto en la página diez (10). En todo caso, en la más reciente jurisprudencia en materia de coautoría impropia, la Sentencia de radicado 52150 del 17 de febrero de 2021, la CSJ

de mayor desvalor que el que realiza un determinador, buscando claramente la reducción punitiva que el artículo 30 del Código Penal prevé para el interviniente y no para el determinador. Esta, como hemos visto, ha sido una de las consecuencias de la equiparación punitiva del determinador y el autor.

sintetiza los requisitos de la coautoría impropia en tres: “i) un acuerdo o plan común; ii) división de funciones y iii) trascendencia del aporte en la fase ejecutiva del ilícito”.

El primer requisito, el cual hace parte del elemento subjetivo de la coautoría impropia, tal y como lo reconoce la CSJ en este caso, no se encuentra probado en el caso a evaluar. Es decir, no existe prueba de que haya habido un acuerdo común, previo o concomitante, tácito o expreso, entre las distintas personas que participaron en el hecho. Esta, recordemos, es la misma razón por la cual tampoco se configura la complicidad. En ese sentido, sin el plan común, tampoco se puede predicar una división de funciones, entre los participantes en el ilícito. Finalmente, si pueden predicarse la trascendencia del aporte que realiza MOLINA SALAS para la comisión del peculado, su aporte no se materializa en la fase ejecutiva del delito, sino que puede categorizarse como un acto preparatorio.

Este último requisito, la trascendencia del aporte en la fase ejecutiva, es además cuestionado por algunos doctrinantes, en el sentido de que hay aportes esenciales que se realizan en la fase preparatoria del delito, a tal punto que puede una persona tener dominio funcional del hecho (negativo) desde los actos que realiza en la fase preparatoria⁴⁵. Este creemos que podría ser tal caso, ya que MOLINA SALAS, con sus postulaciones, tiene un dominio negativo del hecho, de manera que si él retira su aporte, es decir, su postulación, no sería posible la comisión del delito de peculado por apropiación por parte de Salvador Atuesta. No obstante, seguiría sin poder predicarse el acontecer de un plan común en las condiciones ya señaladas, lo que impediría la configuración de la coautoría. En conclusión, MOLINA SALAS tampoco puede considerarse interviniente en el delito de peculado por apropiación.

La coautoría impropia, aunque es una figura fuertemente criticada desde algunos sectores de la doctrina, como la teoría de la determinación positiva y objetiva del hecho, deja por fuera un universo de casos que tampoco encajan en la complicidad. Estos casos son aquellos en que la persona tiene un dominio del hecho en la fase preparatoria del delito, y en aquellos en que la persona realiza una contribución objetiva, esencial, y dolosa para la comisión del delito, sin mediar un acuerdo previo.

A este punto, hemos descartado todas las figuras de autoría y participación del Código Penal que podrían entenderse aplicables a MOLINA SALAS, razón por la cual se analizará la figura de la cooperación necesaria a continuación.

45 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. “Autoría y participación”, cit., p. 32.

B. La cooperación necesaria.

En Colombia no existe la forma de participación consistente en la cooperación necesaria, también llamada complicidad necesaria o primaria⁴⁶, desde la entrada en vigencia del Código Penal de 1980⁴⁷. Antes de este, el Código Penal de 1936 consagraba la cooperación necesaria, en su artículo 19, como una forma de autoría, así:

*Artículo 19. El que tome parte en la ejecución del hecho, o preste al autor o autores un auxilio o **cooperación sin los cuales no habría podido cometerse**, quedará sometido a la sanción establecida para el delito. (Negritas fuera del texto original).*

No siendo posible analizar esta figura desde la jurisprudencia de la CSJ, tal como se procedió anteriormente con las otras formas de participación, se acudirá entonces a la doctrina y a la jurisprudencia extranjera, especialmente de tratadistas en cuyos países sí existe la cooperación necesaria, como es el caso de España y Argentina, y quienes además defienden la consagración de esta figura en sus ordenamientos jurídicos.

La cooperación, en términos generales, debe entenderse como una complicidad de mayor proporción. Para Díaz y García Conlledo, la cooperación necesaria es un tipo de complicidad en cuanto constituye una forma de *“favorecimiento, fomento o facilitación del delito no consistentes en hacer nacer en el autor la resolución del delito (lo que es propio de la inducción)”*⁴⁸. Más concretamente, la jurisprudencia del Tribunal Superior de España ha precisado que son tres las teorías a las que se puede aludir para determinar que la complicidad es necesaria más no secundaria:

“(...) cuando el solidarizado apoya al ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se hubiera cometido (teoría de la conditio sine qua non), o cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir

46 Figura que no puede ser confundida con la llamada “participación necesaria” tratada por Jescheck, la cual consiste en una forma de participación en determinados tipos penales en los que es imprescindible la intervención de más de una persona, como lo es en el homicidio por petición, el acceso carnal entre parientes, o el encubrimiento personal. JESCHECK, H; WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, cit., p. 751 – 753.

47 Bajo la égida del Código Penal de 1980, la CSJ consideró que la cooperación necesaria, no consagrada expresamente por el Código, era una forma de autoría y debía sancionarse como tal, difuminando aún más los límites entre los tipos de autoría y participación. URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. “Autoría y participación. Balance jurisprudencial”, cit., p. 203 – 204.

48 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. “Autoría y participación”, cit., p. 48.

la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho)" (STS 589/2021).

El punto más álgido en la discusión dogmática sobre la figura de la cooperación necesaria lo demarca la diferenciación de esta forma de participación con la complicidad secundaria. Diferenciar una tipología y otra tiene consecuencias prácticas importantes, teniendo en cuenta que la cooperación necesaria es comúnmente sancionada con la misma pena que el autor, mientras que la pena de la complicidad secundaria tiene una reducción significativa.

Para Mir Puig, secundado por Díaz y García Conlledo, la cooperación necesaria se diferencia de la complicidad a partir de dos requisitos: (1) que la necesidad de la cooperación lo sea para la producción del resultado, más no de las modalidades, es decir, para el "sí" y no para el "cómo" del dominio del hecho; y (2) la teoría de los bienes escasos propuesta por Gimbernat, según la cual la aportación en la cooperación necesaria se entiende que es un bien escaso para el autor en la situación concreta, es decir más difícil de conseguir⁴⁹, de manera que si no lo es, se estará en un supuesto de complicidad⁵⁰.

Otro punto de vista expone Percy García, quien sostiene que el punto de partido en cuanto a la cooperación necesaria es entender que este tiene dominio sobre el hecho, pero que *"la cantidad de dominio que tienen del hecho común no es suficiente para poder imputarles la configuración de lo que es propio del delito correspondiente"*⁵¹. Para Percy García, el juez debe ubicarse en un plano hipotético según el cual, si se puede sustituir el aporte por otro, o prescindir de este, entonces la complicidad es simple y no necesaria.

Sobre el dominio del hecho de quien coopera en la comisión del delito a partir de actos preparatorios, existe una opinión divergente de Roxin, quien además critica las posturas de Gallas, Maurach, Welzel y Bockelamn. Para Roxin, quien únicamente "prepara" el hecho delictivo no es considerado coautor en virtud de la teoría del dominio del hecho por diversas razones. En primer lugar, porque el autor es la figura central del delito, quien toma parte en la ejecución del delito, razón por la cual, quien crea una condición previa para la ejecución del delito no tiene un protagonismo en la configuración de este. En segundo lugar, partiendo de que quien ejecuta el delito obra libre y autónomamente, no se puede considerar que el que ayuda en

49 GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal. Parte general*, 3ª edición corregida y actualizada, Ideas Solución Editorial S.A.C., 2019, p. 786.

50 MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 418.

51 GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 787.

la preparación domina el hecho, pues la decisión de la ejecución del delito recaerá exclusivamente en quien realiza actos ejecutivos. Y en tercer lugar, porque considerar que un aporte en fase preparatoria implica dominio del hecho socaba las bases de esta teoría (el dominio del hecho), y trae como consecuencia echar al traste la delimitación objetiva realizada entre la autoría mediata y la inducción⁵².

La anterior es también la teoría que defiende Zaffaroni a partir del estudio de la ley penal de Argentina. Según este autor, el dominio del hecho lo tiene quien realiza aportes en la fase ejecutiva del delito, mas no en la preparatoria. Esto, en el entendido de que quien domina la preparación del delito, permite que pueda darse la fase ejecutiva del mismo, más no la ejecución misma. La ejecución misma está en mano de quienes ejercen los actos ejecutivos del delito, frente a lo cual el cooperador no tiene un dominio⁵³.

Lo anterior nos lleva a otro problema, y es el de precisar el momento del *iter criminis* en que interviene un cooperador necesario. Al respecto, un sector importante de la doctrina considera que la cooperación debe darse en la fase preparatoria del *iter criminis*. Si la cooperación se realizara en la fase ejecutiva, al tener el sujeto un dominio funcional del hecho (negativo, según Díaz y García Conlledo), entonces debería ser considerado coautor. Este es el tratamiento que, por ejemplo, ha acogido el Código Penal en Argentina.

Bajo los anteriores criterios, la cooperación necesaria entonces abarcaría aquellos dos supuestos que identificamos en el subtítulo anterior de este texto, que se encuentran excluidos de la coautoría funcional (impropia): cuando no hay acuerdo común previo para la configuración del delito; y cuando el aporte se realiza en la fase preparatoria del *iter criminis*. De esta manera, con acierto entra la cooperación necesaria a complementar el catálogo de las formas de participación⁵⁴, sin extender innecesariamente el concepto de autor (coautor).

La cooperación necesaria, según lo expuesto hasta este punto, es completamente compatible tanto para quienes defienden la teoría del dominio del hecho, como para los adeptos a la “reciente” teoría de la determinación positiva y objetiva del hecho. En todo caso, para ambas corrientes es claro que quien coopera en la preparación del delito, no debe considerarse un coautor.

52 ROXIN, CLAUDIUS. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit.

53 ZAFFARONI, ENRICO; ALAGIA, ANTONIO; SLOKAR, ANDRÁS. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Ediar Sociedad Anónima Editora, 2002, p. 789 – 790.

54 Díaz y García Conlledo defiende el mantenimiento de esta figura en la legislación penal por dos razones: (1) genera criterios para diferenciar entre una complicidad que por su trascendencia para el delito merece la misma pena del autor, de la complicidad que merece una menor pena; y (2) porque la equiparación punitiva entre el autor y el cooperador necesario permite llegar a decisiones satisfactorias sin extender el concepto de autor.

Luego, ¿es MOLINA SALAS un cooperador necesario? A este punto, ya hemos descartado que MOLINA SALAS sea cómplice, determinante e interviniente (coautor no calificado). En nuestro concepto, la conducta de MOLINA SALAS es propia de la figura de la cooperación necesaria, para lo cual se analizarán uno a uno los requisitos de esta figura.

En primer lugar, si bien algunos autores consideran que la cooperación necesaria puede darse tanto en los actos preparatorios como en los ejecutivos, consideramos que bajo la teoría del dominio del hecho que acoge la CSJ, la contribución debe entenderse solo en la fase preparatoria del delito. Esto, por cuanto una contribución objetivamente indispensable para la consecución del resultado típico implicaría estar bajo la figura de la coautoría funcional. Este problema, por supuesto, no se presentaría bajo la acogida de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, quienes critican del coautor impropio el hecho de poseer un “dominio negativo del hecho”.

Este primer punto se encuentra acreditado en el caso objeto de estudio, pues como ya se señaló anteriormente, la CSJ ha señalado que los actos ejecutivos en el delito de peculado por apropiación se entienden desde el momento en que se expide la decisión que precisa la apropiación de los recursos del erario. Las postulaciones hechas por MOLINA SALAS, posteriormente conciliadas con la representante judicial de Foncolpuertos, no pueden ser tomados como actos idóneos e inequívocos para la comisión del peculado, pues ninguno de estos sujetos cuenta con la posibilidad de disponer material o jurídicamente de bienes públicos. Adicionalmente, considerar que las postulaciones infundadas legalmente hechas por un abogado parte del acto ejecutivo, implicaría considerar punible, en grado de tentativa, esa sola postulación, extendido desmedidamente la cobertura penal a supuestos que ya se encuentran sancionados por otras ramas del derecho.

En segundo lugar, el acuerdo común. La doctrina mayoritariamente considera que la cooperación necesaria no requiere ser producto de un acuerdo previo y común entre los participantes en el hecho⁵⁵, sin perjuicio de que deba constatarse el dolo del cooperador necesario. Esta es tal vez la mayor dificultad dogmática y probatoria a superar por parte de la defensa de MOLINA SALAS en sede de casación, para plantear que la figura correcta a aplicar es la del interviniente. Como en el proceso no hubo prueba alguna que diera cuenta de un acuerdo entre MOLINA SALAS y los servidores públicos Cuellar Ángel y Salvador Atuesta, la coautoría (no calificada) es imposible de sostener. Muñoz Conde, indica que esta ha sido precisamente una de

55 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, 2010, p. 438.

las virtudes de mantener tipificada la cooperación necesaria en la legislación penal española, pues no parece correcto que “(. . .) *las dudas y vacilaciones que surgen a la hora de diferenciar autor y cómplice, obligaran a castigar sólo con la pena atenuada de éste lo que, (. . .) merece ser castigado con la pena del autor, aunque no sea autor*”⁵⁶.

Adicionalmente, debe existir un nexo causal entre la conducta del sujeto y el resultado típico, de manera que la primera sea *conditio sine qua non* del segundo. Si eliminamos hipotéticamente las postulaciones de MOLINA SALAS, y su contribución en la conciliación llevada a cabo con Cuellar Ángel, resulta palmario la consecuente desaparición hipotética de la apropiación de los recursos del erario, al menos por la vía en que se sucedieron en este caso. Las reclamaciones y la conciliación eran el paso necesario para que se ejecutara el peculado por apropiación en favor de terceros (y el prevaricato por acción). Esto implica que la conducta de MOLINA SALAS era necesaria (más no suficiente) para la configuración del delito, lo que desliga su conducta de ser considerado un mero cómplice, que presta secundaria y no determinadamente una ayuda para la realización del delito. En palabras de Díaz y García Conlledo, se podría decir que MOLINA SALAS tenía un dominio negativo del hecho, pues si dicho sujeto retiraba su contribución en el mismo, el delito no se pudiera haber cometido.

Bajo el análisis de la conducta de MOLINA SALAS, es claro que esta se ajusta con mayor precisión a los postulados dogmáticos de la cooperación necesaria, más que a la de la determinación, y que de las otras figuras ya revisadas. Más precisamente, MOLINA SALAS es cooperador necesario y no determinador porque la causación de la resolución de delinquir nacida en Salvador Atuesta se origina la facilitación objetiva que el primero hace al segundo. No se trata entonces de que la conducta de MOLINA SALAS se limitó a ejercer una influencia psíquica en Salvador Atuesta para que este cometiera el hecho, sino que Salvador Atuesta comete el delito (física y psicológicamente) en virtud de las reclamaciones y la conciliación realizada, las cuales suponen el paso previo necesario para que Salvador Atuesta emitiera las órdenes de pago de dichas reclamaciones.

Finalmente, en sede de tipicidad, la doctrina y la jurisprudencia española han señalado que, al igual que en la inducción, se requiere un doble dolo. El primer dolo, el del cooperador necesario, referido al conocimiento y la intención de estar cooperando en el hecho que constituye la ilicitud. El segundo dolo, es el referido a la ejecución del hecho principal, en cabeza de quien ejecuta el delito. En este caso, el primer dolo sería el de MOLINA SALAS, y el segundo el de Salvador Atuesta, los

56 *Ibíd.*, p. 438.

cuales para efectos académicos consideramos acreditados en el mismo sentido en que lo hace la CSJ, pues no existe como tal discusión sobre el dolo de MOLINA SALAS ni de Salvador Atuesta, sino la tipicidad de la participación del primero.

Sin duda alguna, la CSJ se encontraba ante una situación difícil de resolver, pues en sentido estricto no hay una figura de participación en el Código Penal colombiano de la cual se pudiera realizar un juicio de tipicidad con plena concordancia de sus elementos dogmáticos, no estando consagrada la cooperación necesaria en sentido estricto. No obstante lo anterior, se reconoce que la determinación pueda ser la figura que más se asemeje a la cooperación necesaria según los hechos jurídicamente relevantes de este caso, pues se puede considerar a toda instigación como una cooperación necesaria, pero no toda cooperación necesaria será una instigación. Lo anterior, por cuanto tanto el determinador como el cooperador necesario interponen una condición causal necesaria para la realización del hecho, pero la forma en que lo hacen es diferente entre uno y otro, encontrándose el determinador al margen de la realización de actos en la fase externa del delito, pues como lo afirma Jescheck, *“el inductor se limita a provocar en el autor la resolución delictiva, pero no toma parte en el dominio del hecho mismo”*⁵⁷.

7. Conclusión.

El análisis del caso de Foncolpuertos, específicamente la condena penal contra el abogado Marcos Molina Salas por el delito de peculado por apropiación en calidad de determinador, es un ejemplo que ilustra la necesidad de volver a integrar la figura de la cooperación necesaria en el ordenamiento jurídico-penal colombiano. Esta figura, impide dejar por fuera conductas penalmente reprochables que no encajan en los requisitos dogmáticos de otras formas de autoría o participación.

Específicamente, la cooperación necesaria permitiría judicializar correctamente y con una sanción punitiva equivalente a la del autor, principalmente a aquellos sujetos que aportan dolosamente y de manera indispensable a la comisión de un delito desde su fase preparatoria, sin flexibilizar o desconocer elementos de otras figuras, como se considera que lo hace la Corte Suprema de Justicia en el presente radicado.

La cooperación necesaria complementaría perfectamente los amplificadores del tipo a los que refieren los artículos 29 y 30 del Código Penal, sin modificar el contenido de la coautoría funcional (a pesar de sus críticas), especialmente en

57 JESCHECK, H; WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, cit., p. 739.

la constatación de un acuerdo común y una contribución en la fase ejecutiva del hecho. Se superarían las confusiones entre la cooperación necesaria y la instigación, en el sentido de que objetivamente la conducta de una y otra es distinta, pues la instigación debe limitarse a ejercer una influencia psíquica. También, la inclusión de la cooperación necesaria en el Código Penal evitaría el problema de tener que aplicar la reducción punitiva de la complicidad secundaria a casos en que la facilitación del delito es *conditio sine qua non* para la configuración del delito, lo cual difumina el mayor desvalor de la conducta del cooperador necesario, en el sentido de tener un dominio del hecho negativo sobre el resultado típico.

Bibliografía

- CARDONA CARDONA, LINA MARÍA. *La determinación como una forma de participación accesoría en el delito*, tesis presentada como requisito parcial para optar al título de Magíster en Derecho Penal, Medellín, Universidad EAFIT, 2015.
- CARDONA, CARDONA, LINA MARÍA. *La figura de la coautoría impropia en la jurisprudencia colombiana*, trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar por el título de Abogado. Medellín, Universidad EAFIT, 2012.
- CORREDOR BELTRÁN, DIEGO. "La determinación", *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Volumen XXV, número 75, 2004.
- CURY URZÚA, ENRIQUE. *Derecho Penal. Parte general*, 7ª edición ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. "Autoría y participación", *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, N° 10, 2008.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. "La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano", *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Volumen XXV, número 75, 2004.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho Penal. Parte General. Teoría del delito y de la pena. Volumen ii. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*, Tercera edición, Editorial Ibáñez, 2017.
- GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal. Parte general*, 3ª edición corregida y actualizada, Ideas Solución Editorial S.A.C., 2019.
- JAKOBS, GUNTHER. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, corregida, Editorial Marcial Pons, 1997.

- JESCHECK, H; WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 5ª edición, renovada y ampliada, 2002.
- LAGOS CHANDÍA, GLENDA CECILIA. *La inducción*, trabajo de investigación para optar al título de máster en derecho penal de la Universidad de Sevilla, Chile, Universidad de Sevilla, 2012.
- MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte general*, 10ª edición, actualizada y revisada, Editorial Reppertor, 2016.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, 2010.
- ORTIZ MARTÍNEZ, JUAN PABLO. "¿Es realmente posible la determinación a título de dolo eventual? Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 09 de mayo de 2018, rad. N° 45.889, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Aprobado Acta N° 145", *Repositorio Institucional, Universidad de los Andes*, 2020.
- PÉREZ, LUIS CARLOS. *Manual de Derecho Penal. Parte general y especial*, 3ª edición, Editorial Temis, 1974.
- ROXIN, CLAUDIUS. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7ª edición alemana, Editorial Marcial Pons, 2000.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. "En los límites de la inducción", *Revista Para el Análisis del Derecho (InDret)*, N° 2, Barcelona, 2012.
- SHELLER, ANDRÉ. "La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana", *Revista de Derecho*, N° 35, 2011.
- URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. "Autoría y participación. Balance jurisprudencial", *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Volumen XXV, número 75, 2004.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 3ª Ed., Tirant lo Blanch, 2020.
- WESSELS, J.; BEULKE, W.; SATZGER, H. *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*, traducción de la 46ª edición alemana, Instituto Pacífico S.A.C., 2018.
- ZAFFARONI, E; ALAGIA, A; SLOKAR, A. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Ediar Sociedad Anónima Editora, 2002.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de septiembre de 2000, rad. 12376. M.P. Nilson Elías Pinilla Pinilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de abril de 2002, rad. 12191. M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 08 de julio de 2003, rad. 20704. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de agosto de 2003, rad. 19123. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 07 de marzo de 2007, rad. 25974. M.P. María del Rosario González de Lemos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 09 de marzo de 2006, rad. 22327. M.P. Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 02 de septiembre de 2008, rad. 22076. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de abril de 2009, rad. 29221. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 02 de septiembre de 2009, rad. 30125. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 07 de noviembre de 2012, rad. 38172. M.P. María del Rosario González Muñoz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de febrero de 2013, rad. 38305. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de febrero de 2013, rad. 33254. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 24 de abril de 2013, rad. 40198. M.P. María del Rosario González Muñoz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de mayo de 2013, rad. 33118. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 09 de octubre de 2013, rad. 39346. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 11 de diciembre de 2013, rad. 42312. M.P. María del Rosario González Muñoz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 11 de diciembre de

- 2013, rad. 41177. M.P. Eugenio Fernández Carlier.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de enero de 2014, rad. 38725. M.P. Eugenio Fernández Carlier.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 26 de febrero de 2014, rad. 42428. M.P. Eugenio Fernández Carlier.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de octubre de 2014, rad. 37074. M.P. Eugenio Fernández Carlier.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 01 de julio de 2015, rad. 42293. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de agosto de 2015, rad. 38685. M.P. José Luis Barceló Camacho.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de noviembre de 2015, rad. 45034. M.P. José Luis Barceló Camacho.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de abril de 2018, rad. 35592. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 09 de mayo de 2018, rad. 46263. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 09 de mayo de 2018, rad. 45889. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de noviembre de 2018, rad. 53277. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 09 de octubre de 2019, rad. 55704. M.P. Eyder Patiño Cabrera.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de junio de 2020, rad. 50294. M.P. Jaime Humberto Moreno Acero.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 01 de julio de 2020, rad. 51444. M.P. Eyder Patiño Cabrera.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de julio de 2020, rad. 56591. M.P. Gerson Chaverra Castro.
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de septiembre de 2020, rad. 55249. M.P. Fabio Ospitia Garzón.
Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal. Sentencia del 24 de febrero de 2021, No. 160/2021. Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.