

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Magistrado Ponente

SP304-2023

Radicación N° 56099

(Aprobado Acta N° 147)

Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

I. VISTOS

La Corte resuelve el recurso de casación promovido por las víctimas -a través de apoderada- contra la sentencia proferida el 5 de junio de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en la cual fue confirmada la condena impuesta a WILSON FERNEY LEÓN OTÁLORA por hurto calificado agravado en concurso heterogéneo con “uso de menores en la comisión de delitos”.

II. ANTECEDENTES

2.1. Fácticos

A las 8:25 de la noche del 11 de enero de 2017, WILSON FERNEY LEÓN OTÁLORA junto con tres personas más -entre estas dos menores de edad-, ingresaron a la vivienda ubicada en la carrera 8A # 38-28 sur, barrio Puerto Rico de esta ciudad, sin autorización de su residente Dainer José Sarmiento Rodríguez, quien para ese momento se hallaba dentro del

inmueble en compañía de dos de sus sobrinos de 7 y 11 años.

El acusado y sus compinches amenazaron a los moradores con armas blancas y una de fuego y se apoderaron de bienes muebles -Tablet marca Zoom, dos parlantes, televisor marca Challenger y equipo de sonido marca LG- de propiedad de Dainer José Sarmiento Rodríguez, avaluados en \$4.650.000.

2.2. Procesales

Por los anteriores hechos, en audiencia celebrada el 12 de enero de 2017¹ ante el Juzgado Setenta y ocho Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, la Fiscalía imputó en contra de WILSON FERNEY LEÓN OTÁLORA los cargos de hurto calificado agravado en concurso heterogéneo con uso de menores en la comisión de delitos (artículos 31, 239, 240, 241 -numeral 10- y 188D del Código Penal), a los cuales éste no se allanó. No hubo solicitud de medida de aseguramiento.

Surtida la fase de investigación formal, el ente acusador presentó escrito de cargos el 13 de marzo de 2017² y formuló la acusación oral en audiencia adelantada el 11 de julio del mismo año³ ante el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá, para cuyo efecto mantuvo la descripción fáctica y calificación jurídica comunicadas en la diligencia de imputación.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 12 de enero de 2018⁴.

El juicio tuvo lugar en sesiones adelantadas los días 7 de mayo, 8 de octubre y 6 de diciembre del mismo año, fecha esta última en la cual el juez emitió sentido de fallo condenatorio contra el acusado por las dos conductas en concurso que le fueron imputadas.

La sentencia fue proferida el 11 de marzo de 2019⁵, en la cual LEÓN OTÁLORA resultó

condenado a la pena principal de 82 meses de prisión -sin beneficios de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria- y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

Inconforme la víctima con la tasación punitiva, promovió recurso de apelación; sin embargo, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá resolvió confirmarla el 5 de junio de 2019.

Dentro del término legal el mismo interviniente interpuso recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda, para cuyo examen y resolución la carpeta fue remitida por el Tribunal a la Corte Suprema de Justicia.

El libelo fue admitido el 5 de diciembre de 2019.

Como no fue posible llevar a cabo audiencia de sustentación debido a la emergencia sanitaria, por auto del 11 de agosto de 2020 se dispuso el correspondiente traslado, conforme con lo indicado en el Acuerdo No 020 del 29 de abril de 2020 emitido por esta Colegiatura.

Sustentada la demanda y vencido el término para alegar, el expediente pasó al despacho el 3 de septiembre de 2020.

III. SÍNTESIS DE LA DEMANDA DE CASACIÓN Y SU SUSTENTACIÓN

La demandante propone cargo único contra la sentencia por violación directa de la ley sustancial originada en interpretación errónea del inciso primero del artículo 31 del C.P. - contenido de la norma que rige la tasación de la pena en situación de concurso- el cual señala, que quien “con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas

conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”.

Los juzgadores entendieron que para seleccionar la pena base, acorde con el criterio según el cual quedará sometido a la disposición que establezca la pena más grave según su naturaleza, debe llevarse a cabo una comparación abstracta de los cuartos escogidos para la tasación punitiva de cada delito, es decir, sin considerar la dosimetría penal concreta.

A partir de esa interpretación, la sentencia acogió como pena más grave la señalada en la ley para el delito de hurto calificado agravado e impuso como pena base la mínima del primer cuarto (144 a 192 meses), es decir 144 meses.

Seguidamente esta fue disminuida en el 50%, conforme lo señala el artículo 269 del C.P. para los casos de reparación del patrimonio económico, y aumentada 10 meses por la otra conducta cometida en concurso; producto de lo cual se impuso la pena privativa de la libertad definitiva de 82 meses.

De esa manera el fallo desconoció la interpretación fijada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del “7 de octubre de 1998 (rad. 10987), del 11 de agosto de 2004 (20849), del 20 de octubre de 2005 (rad. 24026) y del 29 de enero de 2014”, la cual señala que “es la pena individualizada de cada uno de los delitos en concurso la que conduce a determinar la base de construcción de la pena total a imponer, sin importar para el caso las sanciones mínimas y máximas previstas en abstracto para los respectivos tipos penales”.

Por la infracción puesta de presente, los juzgadores impartieron una pena bastante inferior a la que correspondía a partir de una correcta interpretación del artículo 31 del Código Penal, la cual les imponía (i) tasar individualmente las penas para los delitos en concurso; (ii) escoger como pena más grave la más alta, que en el presente asunto fue la tasada para el delito de uso de menores para la comisión de delitos, esto es 120 meses de prisión - correspondiente al mínimo del primer cuarto-, para luego sí (iii) adicionar los 72 meses

dosificados por el delito de hurto calificado agravado, obtenido después de la aplicación del artículo 269 del C.P.

IV. INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

Se pronunciaron la Fiscalía y el Ministerio Público.

4.1. Para la primera, la censura no debe prosperar por cuanto los falladores de instancia, posterior a aplicar el sistema de cuartos, determinaron que el cuarto mínimo del delito de hurto calificado agravado oscilaba entre 144 y 192 meses de prisión, mientras que el de la conducta de uso de menores de edad fluctuaba entre 120 y 150 meses.

De modo que el delito contra el patrimonio económico realmente contiene la pena más grave “según su naturaleza”, cuya determinación es anterior a los actos posdelictuales, conforme con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJ SP338-2019, rad. 47675 del 13 de febrero de 2019), la cual señala que estos no inciden en el marco de punibilidad, sino que su aplicación tiene lugar después de la individualización de las penas.

Por consiguiente, solicita no casar el fallo impugnado.

4.2. La representante del Ministerio Público conceptúa que el fallo impugnado debe casarse porque el juez de conocimiento no tuvo en cuenta la indemnización frente al delito contra el patrimonio económico, lo cual afectó directamente los extremos punitivos de la condena por hurto calificado agravado.

En su criterio, la jurisprudencia⁷ ha decantado que la pena a la cual hace referencia el artículo 31 del Código Penal no es la pena en abstracto, sino la debidamente dosificada para cada delito.

La indebida interpretación del art. 31 C.P. comporta una violación directa de la ley

sustancial, que reclama ser corregida para dar aplicación a una correcta tasación punitiva.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

La Sala es competente para resolver de fondo en sede de casación, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 270 de 1996 (artículos 11 -parágrafo 1- y 16 -inciso 2-) y 906 de 2004 (artículos 32-1 y 185).

5.2. Del cargo en concreto

5.2.1. El artículo 31 del Código Penal señala que quien con una sola acción o una omisión o con varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones penales, o varias veces la misma disposición penal, “quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza”, aumentada hasta en otro tanto, sin que supere la suma aritmética de las penas correspondientes a los respectivos delitos, “debidamente dosificados cada uno de ellos”.

Conforme con la precitada disposición, la pena base a partir de la cual se debe tasar la sanción definitiva en los casos de concurso, es la correspondiente a la “más grave según su naturaleza” y para determinar cuál satisface este criterio, ciertamente es necesario individualizar cada una de ellas, lo cual se surte como se indica a continuación:

La individualización de cada una de las penas que concursan tiene que obedecer a los parámetros de dosificación previstos en el estatuto sustantivo, esto es, fijar los límites mínimos y máximos de los delitos en concurso dentro de los cuales el juzgador se puede mover (art. 60 del C.P.); luego de determinado el ámbito punitivo correspondiente a cada especie concursal, dividirlo en cuartos, seleccionar aquél dentro del cual es posible oscilar según las circunstancias atenuantes o agravantes de la punibilidad que se actualizaron y

fijar la pena concreta, todo esto siguiendo las orientaciones y criterios del artículo 61 ibidem (CSJ SP, 24 de abril de 2003, rad. 18856)⁸. (Subrayado fuera de texto).

Le asiste razón a la delegada de la Fiscalía -quien se opuso a la demanda-, en el sentido de que la disminución punitiva por fenómenos posdelictuales, -los cuales difieren de las circunstancias que concurren con la comisión del delito- no afectan el rango o extremos mínimo y máximo de punibilidad, sino que modifica el quantum de la sanción ya determinada en aplicación de los criterios indicados en los artículos 60 y 61 del Código Penal.

Sin embargo, de lo anterior no se sigue que para la selección de la “pena más grave según su naturaleza” en los casos de concurso de conductas punibles, el juzgador debe ceñirse exclusivamente a la pena tasada en aplicación de los artículos 60 y 61 del C.P., esto es, sin considerar las circunstancias posteriores al delito que modifican la tasación punitiva.

La Corte en AP, 24 sep. 2014, rad. 43439 y SP1286-2015, rad. 38076 acogió la tesis según la cual, en situaciones de concurso se requiere primero determinar las penas individualmente consideradas con la aplicación inclusive de las normas modificadoras del quantum de la sanción en virtud de fenómenos posdelictuales.

Ciertamente, en la última de las providencias mencionadas la Sala explicó lo indicado en el párrafo anterior de la siguiente manera:

(...) [L]as circunstancias posdelictuales diferentes a las previstas como genéricas de punibilidad, operan frente a las conductas ilícitas en su singularidad, algunas inclusive se circunscriben a una determinada categoría de ellas como ocurre con la reparación en los delitos contra el patrimonio económico (art. 269 C.P.), por lo que necesariamente afectarán sus consecuencias jurídico-penales de manera individual. Este proceder es aún más necesario cuando se trata de un concurso de delitos porque es posible que solo uno o algunos de éstos sean los que presenten esa clase de circunstancias, por lo que su

aplicación global es desacertada. Siendo así, en el procedimiento cuantificador de la sanción correspondiente a una pluralidad de conductas, el instituto bajo estudio debe producir sus efectos en la etapa de individualización de las penas imponibles a cada una de ellas.

En la misma sentencia también se indicó que la selección de “la pena más grave según su naturaleza”, impone al juzgador escoger, entre las penas aplicables -de idéntica naturaleza- la que afecta con mayor intensidad “los intereses del sentenciado”. De manera que, por ejemplo, frente a varias penas privativas de la libertad, se debe tomar como pena base la de “mayor duración” y frente a sanciones pecuniarias, “la de mayor cuantía”.

Esta postura es jurisprudencia vigente de la Corte Suprema de Justicia, reiterada en AP5772-2016, rad. 47975; AP4987-2018, rad. 50518; AP3160-2019, rad. 50993 y AP3282-2021, rad. 58366, entre otras providencias.

5.2.2. WILSON FERNEY LEÓN OTÁLORA fue condenado en las instancias por hurto calificado agravado (artículos 239, 240 -inciso 5- y 241.10 del C.P.) en concurso heterogéneo con “uso de menores en la comisión de delitos” (artículo 188D ídem).

La pena principal por hurto calificado agravado individualmente considerada fue tasada a partir del mínimo del primer cuarto (144 meses de prisión) y disminuida a 72 meses por reparación (en el 50%), en aplicación del artículo 269 del Código Penal.

Hasta aquí nada se discute en la demanda.

Ahora bien, el quantum de 72 meses atrás mencionado, en las instancias fue adoptado como la pena base a partir de la cual se incrementó en otro tanto (10 meses) por el concurso heterogéneo con el delito de uso de menores en la comisión de delitos cuya pena mínima es de 120 meses.

El Tribunal sustentó la anterior operación en la premisa según la cual, en los eventos de

concurso de conductas punibles, la selección dispuesta en el artículo 31 del C.P. de la sanción más grave según su naturaleza “se debe realizar después de que se haya escogido el cuarto en el cual se aplicará la pena y no teniendo en cuenta la pena básica establecida para cada delito por el legislador”. Criterio a partir del cual entendió que para la selección de la pena más grave simplemente se debe comparar cada uno de los respectivos cuartos en los que concierne tasar la pena individual de cada conducta.

Fue así como, frente a los cuartos mínimos aplicables tanto para “hurto calificado agravado” (de 144 a 192 meses de prisión) como para “uso de menores de edad para la comisión de delitos” (de 120 y 150 meses), señaló que “la pena más grave es la primera”, sin consideración alguna a que el quantum punitivo de 144 meses fijado por el a quo para el delito contra el patrimonio económico fue disminuido a la mitad por reparación, es decir a 72 meses, en aplicación del artículo 269 del C.P.

Pese a que los juzgadores no desconocieron que la pena base en los casos de concurso debe ser la “más grave según su naturaleza”, con la manera en que comprendieron este significante legal fijaron como pena base la menos grave -72 meses-, en sentido contrario al señalado en el Ordenamiento.

Conforme con lo ya precisado en el numeral anterior (5.2.1.), “la pena más grave según su naturaleza” corresponde a la mayor de las sanciones entre las que afecta el mismo derecho (libertad personal, peculio, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, etc.), tras haber sido completamente individualizadas cada una de ellas.

El correcto entendimiento del artículo 31 del Código Penal, les imponía a los juzgadores en el presente caso, no solo identificar los extremos punitivos (artículo 60 del C.P.) y el cuarto de movilidad (artículo 61 incisos 1 y 2) de cada pena individualmente considerada -como en efecto hicieron-, sino también culminar el proceso de determinación con la aplicación tanto de los criterios indicados en los incisos 3 y 4 ídem como de las normas que modifican su

quantum por circunstancias posdelictuales, para después sí -no antes como equivocadamente lo llevaron a cabo- escoger como pena base la más grave.

Por tanto, la sentencia está incurso en violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del texto normativo contenido en el artículo 31 del Código Penal.

Este yerro, como se verá más adelante, trascendió en el quantum tanto de la pena principal como de la sanción accesoria impuesta al acusado, en detrimento del abstracto derecho de la víctima a la justicia, el cual se concretiza -para este caso- en el derecho a que se imponga una pena justa, esto es, dentro de los límites jurídicos que rigen su cuantificación, lógicamente sin quebrantar garantías fundamentales del procesado.

En consecuencia, el cargo prospera.

5.2.3. Pasa la Corte a ajustar el fallo a la norma que se demostró quebrantada, para cuyo efecto acogerá los criterios normativos no cuestionados y las proporciones aplicadas en las instancias.

Esto último por cuanto el artículo 3º del Código Penal establece que la imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

En la jurisprudencia de la Corte se verifica que para proceder en segunda instancia o en casación a reajustar la sanción principal o accesoria -inicialmente fijada por el juez- sin quebrantar la garantía fundamental a la legalidad de la pena (artículo 299 de la [Constitución Política](#)), el Tribunal o la Sala de Casación Penal debe ceñirse proporcionalmente a los criterios que no fueron revocados o invalidados. (Ver, entre otras providencias, SP 26 Feb. 2014, Rad. 41265; SP 9 abr. 2014, Rad. 43255; SP 14 jun. 2017, Rad. 44197)¹⁰.

Conforme con el artículo 60 del Código Penal y los tipos penales aplicados al caso, los extremos punitivos que pertenecen a las conductas objeto de la condena son los siguientes:

Delitos.

Pena de prisión mínima.

Pena de prisión máxima.

Hurto calificado agravado (artículos 239, 240 -inciso 5-11 y 241.1012 del C.P.).

12 años (144 meses).

28 años (336 meses).

Uso de menores de edad para la comisión de delitos (artículo 188D13 ídem).

10 años (120 meses).

20 años (240 meses).

Delitos

Cuarto 1.

Cuarto	2.
Cuarto	3.
Cuarto	4.
Hurto	calificado agravado.
144	a 192 meses.
192	meses y un día a 240 meses.
240	meses y un día a 288 meses.
288	meses y un día a 336 meses.
Uso	de menores de edad para la comisión de delitos.
120	a 150 meses.
150	mese y un día a 180 meses.
180	meses y un día a 210 meses.
210	meses y un día a 240 meses.

Los juzgadores se ubicaron en el mínimo del primer cuarto y la pena por el delito de hurto calificado agravado fue disminuida a la mitad en aplicación del artículo 26914 del C.P.

En consecuencia, las penas de prisión individualizadas que corresponde a cada hecho

punible son las siguientes:

Delitos

Penas privativas de la libertad individualizadas.

Hurto calificado agravado.

72 meses.

Uso de menores de edad para la comisión de delitos.

120 meses.

En aplicación del artículo 31 del C.P. en el sentido precisado en el numeral 5.2.1., se adopta como pena base privativa de la libertad la determinada para el delito de uso de menores de edad para la comisión de delitos (120 meses), por ser la más grave en comparación con la impuesta por hurto calificado agravado (72 meses).

Teniendo en cuenta que en las instancias el aumento “hasta en otro tanto” -por la conducta de uso de menores de edad para la comisión de delitos, cuya pena individual es de 120 meses- fue de 10 meses, equivalente a la doceava parte – el 8,33%- de 120, en esa misma proporción será el incremento por la conducta de hurto calificado agravado.

La doceava parte -8,33%- de 72 meses es 6 meses.

Por tanto, la pena principal definitiva que se impone a WILSON FERNEY LEÓN OTÁLORA por haber sido declarado autor responsable de uso de menores de edad para la comisión de

delitos en concurso heterogéneo con hurto calificado agravado es de (120+6) 126 meses de prisión.

De otra parte, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas fue impuesta por el juez por un tiempo igual al de la pena principal (82 meses), conforme con lo indicado en el artículo 52 del Código Penal.

Como la pena principal en sede de casación se tasa en 126 meses, el quantum de la pena accesoria tendrá idéntica suerte, toda vez que la Sala mantiene el mismo criterio de cuantificación acogido en las instancias.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. CASAR parcialmente la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá para fijar en 126 meses tanto la pena de prisión como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, impuestas a WILSON FERNEY LEÓN OTÁLORA por hurto calificado agravado en concurso heterogéneo con uso de menores en la comisión de delitos.

Segundo. – ADVERTIR que las demás determinaciones de la sentencia permanecen sin modificación.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cumplase.

HUGO QUINTERO BERNATE

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Salvo voto

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 135 del cuaderno de primera instancia digitalizado.

2 Ibidem, folios 131 a 134.

3 Ibidem, folio 118.

4 Ibidem, folios 96 y 97.

5 Ibidem, folios 23 a 40.

6 Ibidem, folios 17 a 28.

7 Citó las providencias CSJ SP213-2019, CSJ AP5920-2017, CSJ SP13350-2016, CSJ SP12861-2015, SP2998-2014, CSJ SP, 24 de abril de 2003, rad. 18856 y CSJ SP, 10 oct. 1998, rad. 10987.

8 CSJ SP 12 mar. 2014, rad. 42623 y AP3160-2019, 5 ago. 2019, rad. 50993.

9 “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”.

10 Esta línea de pensamiento también pudo evidenciarse en CSJ SP 20 mar. 2016, Rad. 44443; SP 1º jun. 2016, Rad. 47079; SP 10 ago. 2016, Rad. 48223; SP 3 may. 2017, Rad. 45680; SP 24 may. 2017, Rad. 45750; SP 23 ago. 2017, Rad. 45920, entre otras decisiones.

11 “La pena será de prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años cuando se cometiere con violencia sobre las personas”.

12 “La pena imponible de acuerdo con los artículos anteriores se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes, si la conducta se cometiere:

“(…)

“10. Con destreza, o arrebatando cosas u objetos que las personas lleven consigo; o por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto”.

13 “El que induzca, facilite, utilice, constriña, promueva o instrumentalice a un menor de 18 años a cometer delitos o promueva dicha utilización, constreñimiento, inducción, o participe de cualquier modo en las conductas descritas, incurrirá por este solo hecho, en prisión de diez (10) a diez y veinte (20) años.

“(...)”.

14 “El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”.